

TEMAS DE DERECHO PENAL
PARTE GENERAL

LOS AUTORES

TANIA DE ARMAS FONTICOPA

Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora Titular de Criminología y Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

CARLOS ALBERTO MEJÍAS RODRÍGUEZ

Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor Titular de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Vicepresidente de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales.

ARNEL MEDINA CUENCA

Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor Titular de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Vicepresidente de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales.

GRACIELA GARCÍA GONZÁLEZ

Doctora en Ciencias Jurídicas, Profesora Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Central Marta Abreu de Las Villas.

CIRO FÉLIX RODRÍGUEZ SÁNCHEZ

Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor Titular de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente.

ARLÍN PÉREZ DUHARTE

Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora Titular de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Secretaria de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales.

RAMÓN Y. ALARCÓN BORGES

Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor Auxiliar de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente.

MAYDA GOITE PIERRE

Doctora en Ciencias Jurídicas. Decana y Profesora Titular de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Presidenta de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales.

IRACEMA GÁLVEZ PUEBLA

Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora Auxiliar de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

YORUANYS SUÑEZ TEJERA

Especialista en Derecho penal. Profesora Asistente de Derecho penal de la Universidad Carlos Rafael Rodríguez, de Cienfuegos.

EMMA CALDERÓN ARIAS

Especialista en Derecho penal. Profesora Asistente de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

MARIANO RODRÍGUEZ GARCÍA

Especialista en Derecho penal. Profesor Asistente de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

LÁZARO ENRIQUE RAMOS PORTAL

Máster en Criminología. Profesor Asistente de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana

DAYÁN G. LÓPEZ ROJAS

Licenciado en Derecho. Profesor Asistente de Derecho penal de la Universidad Camilo Cienfuegos, de Matanzas.

TEMAS DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL

**Coordinador
Dr. Carlos Alberto Mejías Rodríguez**

**Libro Homenaje al Profesor
Renén Quirós Pírez**



Editora My. Gral. Ignacio Agramonte y Loynaz
La Habana, 2015

Edición: *Ministerio de Justicia*
Diseño de Cubierta: *Yanier Santos Triana*
Corrección: *Ramón Caballero Arbelo*
Composición Digital: *Yosney Fernández Pérez*

© Sobre la presente edición:
Ministerio de Justicia, 2015

Todos los derechos reservados. Se prohíbe la reproducción, total o parcial, de esta obra sin la autorización del Ministerio de Justicia.

ISBN 978-959-7143-48-2

Editora My. Gral. Ignacio Agramonte y Loynaz
Zanja No. 352 esq. a Escobar, Centro Habana,
La Habana, Cuba.

Índice

Los autores	2
Prólogo	7
El problema de la edad en el Derecho penal cubano.....	11
TANIA DE ARMAS FONTICOPA	
Evolución, actualidad y desafíos de la teoría de la relación social sobre el bien jurídico-penal	29
CARLOS ALBERTO MEJÍAS RODRÍGUEZ	
Los principios de intervención mínima, proporcionalidad y resocialización en la era del expansionismo irracional del poder punitivo del Estado.....	55
ARNEL MEDINA CUENCA	
Consideraciones acerca de la enfermedad mental como causa que excluye la capacidad de culpabilidad en el Derecho penal sustantivo cubano.....	93
GRACIELA GARCÍA GONZÁLEZ	
Los denominados delitos de peligro: entre la política criminal y la dogmática penal	129
CIRO FÉLIX RODRÍGUEZ SÁNCHEZ	
La conducta omisiva y la determinación de autores	159
ARLÍN PÉREZ DUHARTE	
Las normas penales en blanco en el ordenamiento jurídico penal cubano: una perspectiva de <i>lege data</i> y de <i>lege ferenda</i>	193
RAMÓN Y. ALARCÓN BORGES Y MAYDA GOITE PIERRE	
El concurso de delitos. Una aproximación a sus elementos teórico-doctrinales	221
IRACEMA GÁLVEZ PUEBLA	

Apuntes sobre la intención y la imprudencia. Su aplicación en el Código penal cubano	251
EMMA CALDERÓN ARIAS	
La eximente del miedo insuperable como una causa de inexigibilidad de la responsabilidad penal	283
YORUANYS SUÑEZ TEJERA	
Imputabilidad, imputación objetiva y el dilema de la libertad	311
LÁZARO ENRIQUE RAMOS PORTAL	
El error de prohibición en el Derecho penal	345
MARIANO RODRÍGUEZ GARCÍA	
A propósito del esquema general de los tipos penales	371
DAYÁN G. LÓPEZ ROJAS	

Prólogo

EL siglo xx concluyó con una insatisfacción por el funcionamiento desigual, selectivo y deteriorado de los sistemas penales, cuyas críticas ya se habían acrecentado en la década de los ochenta por la intronización de propuestas tolerantes, despenalizadoras y minimalistas del Derecho penal y, apenas diez años después, comenzó la gestación de ideas retribucionistas y expansionistas, incluyendo el remplazamiento de algunos modelos dogmáticos y de criminalización decimonónicos, los cuales traspasaron y perduran en el nuevo milenio, tratando de estabilizar el sistema y de satisfacer las exigencias del poder punitivo del Estado.

Esta problemática estuvo acompañada de preocupaciones legislativas dirigidas a sustentar y apoyar la posición de las víctimas del delito; incrementar las garantías del imputado; hacer prevalecer los principios limitativos al *ius puniendi* y constreñir, en lo posible, el sistema penal, hasta un período en el que como consecuencia de las políticas neoliberales y la desatención de los problemas sociales, se desencadenó un incremento de la criminalidad a nivel global y, con ello, el aumento de las tipificaciones penales, bajo la justificación de las emergencias y de la inseguridad social que genera el delito.

Crimen organizado, delincuencia transnacional, violencia de género, corrupción generalizada, tráfico de drogas, personas y armas, terrorismo, delincuencia informática y otras manifestaciones delictivas comenzaron, también, a inundar el entramado social en todos los ámbitos. La incapacidad y falta de compromiso de los estados en la solución de estos conflictos, produjo un viraje que rompió con el discurso histórico del Derecho penal; colocándose en el punto más alto la respuesta que le dio y aún le sigue dando el gobierno y la justicia de Estados Unidos a los sospechosos de los actos terroristas del 11 de septiembre de 2001.

En el marco de ese complejo y tribulante contexto internacional, es que aparece de manera más acabada e íntegra, la obra docente, legislativa y académica del profesor Renén Quirós Pérez, quien con los antecedentes de haber realizado amplios estudios sobre la materia, se esmeró y, definitivamente, logró construir una ideología

sobre el Derecho penal, que rompió con los cánones estructurales y metodológicos de las ciencias penales existentes hasta entonces, especialmente dirigido a los estudiantes de la carrera de Derecho y al gremio intranquilo y cuestionador de juristas cubanos.

Recordamos con placer los cursos de posgrados impartidos por el profesor Quirós en la década de los ochenta del siglo pasado, cuando en horas nocturnas y teniendo como escenario el anfiteatro de la Facultad de Derecho —colmado de fiscales, jueces, abogados, investigadores e instructores policiales—, explicando con el desafuero que durante años lo caracterizó, la teoría del delito desde una concepción dialéctico-materialista. Todos los presentes descubríamos un lenguaje discursivo distinto sobre el Derecho penal y tratábamos de entender e interpretar la dogmática jurídico-penal en un contexto social complejo, sometido a la novedad de haberse promulgado un Código penal, que rompía con los cánones del vetusto Código de Defensa Social de 1936; pero a la par, todos imbuidos en la necesidad de aprender cómo enfrentar los retos que se imponían en aquellos tiempos, sin desterrar los paradigmas de la justicia revolucionaria.

No tardó mucho en que el profesor Quirós, sin alejarse de sus menesteres como legislador y asesor del Ministro de Justicia, asumiera la jefatura de la disciplina penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, encaminando sus esfuerzos a transformar los planes y programas de estudios, e inculcando en los jóvenes y viejos profesores un pensamiento y una cultura penalista, acorde con la realidad social y con las ideas inspiradoras del proyecto político cubano.

Han pasado más de treinta años de aquellos tiempos y hoy el Derecho penal sigue en las encrucijadas del reduccionismo y el expansionismo, problemáticas que entre otras tantas, fueron abordadas por el profesor Quirós en su extensa bibliografía, siempre desde una posición de apego a la realidad jurídica cubana, cuyas posturas lo acompañaron siempre en sus clases y conferencias magistrales. Ese legado de evaluar en cada momento y bajo las condiciones históricas concretas de la sociedad las ciencias penales, es también un compromiso para las actuales y futuras generaciones de profesores y penalistas cubanos, capaces de desentrañar las interrogantes, desdenes y ventajas que el Derecho penal nos plantea, muy especialmente en la dogmática, a cuyo segmento dedicó buena parte de su vida docente y académica el profesor Quirós.

Este libro lleva el mensaje martiano de la honra en la pluma de los autores; todos, profesores de Derecho penal, que prestan sus servicios en varias universidades del país, quienes, con admiración y respeto, aceptaron sin reparos la difícil tarea de exponer en sus artículos ideas enriquecedoras, actuales y novedosas, de algunas temáticas abordadas por Quirós. La pretensión de esta obra, concebida desde finales del año 2013 no es solo un homenaje a la vasta obra intelectual del doctor Renén Quirós Pérez, leída, estudiada y criticada por millares de juristas de Cuba y otros países; es también un agasajo que hacemos sus alumnos al maestro probo, al intelectual de pensamiento ágil y convincente, al legislador hábil y consecuente, que logró ser un trabajador ejemplar del Derecho y un baluarte de las ideas jurídicas más lúcidas de estos tiempos.

Dr. Carlos Alberto Mejías Rodríguez
La Habana, 2014

El problema de la edad en el Derecho penal cubano

TANIA DE ARMAS FONTICOPA

Introducción

LA edad constituye un elemento jurídico trascendental que posee diversas significaciones, tanto en el orden legislativo, judicial como ejecutivo y adquiere gran trascendencia para el Derecho, que en sus distintas esferas, determina la capacidad de obrar. En el Derecho penal alcanza otras connotaciones: adecuación de la sanción y consideración de algunos tipos de víctima, entre otros.

La determinación de la edad penal debe ser analizada bajo el prisma de lo transdisciplinario. La Psicología, la Psiquiatría Forense, el Derecho, entre otras ciencias, ofrecen distintas interpretaciones y aportan aristas polémicas acerca del tema. La necesidad de superar la manera tradicional de abordar los problemas jurídicos solo a partir del Derecho y ofrecerle espacio a otras ramas del conocimiento es una necesidad insoslayable.

La transdisciplinariedad para determinar la edad en el Derecho penal estaría así avalada por una base científica incuestionable, que permitiría al legislador aproximarse a determinar la frontera entre las personas que pueden ser declaradas responsables penalmente y las que recibirían otro tratamiento jurídico en virtud de no poseer la mayoría de edad en un momento histórico concreto. Solo sería una aproximación, pues todo ello estaría sujeto, siempre, a la política criminal imperante como se fundamentará más adelante.

La edad como problema jurídico

En las legislaciones de algunos países, incluida Cuba, el problema de la edad padece de una gran dispersión: códigos, leyes especiales y decretos norman aspectos parciales del asunto, con la lógica consecuencia de incoherencias conceptuales y normativas; estas

se pueden advertir en las lagunas que existen en la regulación de ciertos temas, la heterogeneidad para apreciar la mayoría de edad en las diferentes esferas jurídicas, entre otros problemas. Todo ello facilita las grandes confusiones y contradicciones que se presentan para conceptualizar la edad y su connotación jurídica.

Es interesante observar la diversidad de criterios que existen respecto a la determinación de la edad en los diferentes ámbitos jurídicos. Incluso, en una misma esfera se disponen diferentes edades para realizar determinados actos jurídicos, argumentándose que se requiere mayor capacidad, responsabilidad y otras características superiores a la mayoría de edad establecida.

Aunque se han tenido en cuenta similares fundamentos para fijarla, lo cierto es que los límites de la mayoría de edad en los distintos ámbitos del Derecho no son idénticos y a veces se observa una gran diferencia que no ha sido satisfactoriamente explicada. Esto se expresa de la misma manera en la legislación cubana. El Código de trabajo fija la edad laboral a los 17 años, el Código civil a los 18 años, mientras que el Código penal dispone la mayoría de edad a los 16 años. El Decreto Ley No. 64, por su parte, dispone que el sistema creado para el tratamiento de niños con trastorno de conducta se realice a menores de 16 años, aunque no fija una edad mínima bajo la cual el Derecho no podría alcanzarlo.

Todo esto podría solucionarse con la fijación de una edad –uniforme para todos los ámbitos jurídicos– que debería acordarse en un Código que lo regule de forma integral.

Existen diversas clasificaciones para denominar la edad, que es el tiempo transcurrido desde el nacimiento de una persona hasta cierto momento específico de su existencia. Las referencias que se toman para conformar la edad suelen ser consideradas de diferentes formas:

Edad mental: Los estudios acerca de la edad mental no nos han proporcionado conclusiones bien definidas para establecer límites precisos, pero es posible resaltar ciertas características del desarrollo mental que deberían ser tomadas en cuenta para valorar la evolución intelectual del ser humano.

En el desarrollo de la vida del individuo se le presenta una serie de exigencias, retos, que deben afrontar de acuerdo con la madurez que propicia el incremento del nivel de capacidad, de independencia y responsabilidad.

La madurez tiene un carácter progresivo, por lo que no puede determinarse el momento específico en que es alcanzada por un individuo concreto, por lo que se torna difícil tomar alguna determinación acerca de la edad mental.

Para ello se utilizan, fundamentalmente, los datos obtenidos de estudios, en los que usualmente se incluyen los test psicológicos de inteligencia que se aplican a una persona o grupo de ellas durante cierto tiempo para conformar las características del estado mental que corresponde a las distintas edades. Es posible así, que un individuo pueda tener una edad cronológica determinada que no se corresponda con la mental.

La madurez es tenida muy en cuenta para establecer los límites de las edades en las distintas esferas jurídicas. Especialmente en el ámbito penal es altamente valorada, pero una vez definida la mayoría de edad penal, la edad mental no es tenida en cuenta para valorarla como circunstancia modificativa de la responsabilidad penal.

Al margen de lo señalado, es interesante observar la heterogeneidad que existe respecto a los límites que se establecen para determinar la mayoría de edad en los diferentes ámbitos jurídicos. Incluso, en una misma esfera, se disponen diferentes edades para realizar determinados actos jurídicos, argumentándose que se requiere mayor capacidad, responsabilidad y otras características superiores a la mayoría de edad establecida. Aunque se han tenido en cuenta similares fundamentos para fijarla, lo cierto es que los límites de la mayoría de edad en los distintos ámbitos del Derecho no son similares y a veces se observa una gran diferencia que no ha sido satisfactoriamente explicada.

Edad cronológica. Es la externa o calendárica que se inicia partiendo del nacimiento de la persona y se hace constar en el acta de nacimiento, que es el documento que emite el Registro Civil. Esta es la que se tiene en cuenta en nuestro Derecho positivo.

Edad biológica. Cuando nos referimos a la edad, generalmente aludimos a la edad cronológica o calendárica y no a la biológica o interna.

La determinación del desarrollo de los elementos morfofisiológicos de la persona va conformando la edad biológica. El peso, la talla, el desarrollo de los genitales son datos somatométricos que se evalúan para analizar la madurez biológica alcanzada.

Normalmente, existe gran coincidencia entre las edades cronológica y biológica, al punto que suelen confundirse y superponerse conceptualmente. Esto sucede porque existiendo las condiciones adecuadas, las personas se desarrollan biológicamente a la par que el decursar calendárico, aunque a veces se altera, por diferentes razones: la inexistencia de condiciones propicias para su desarrollo, los elementos hereditarios que desencadenan o inhiben el desarrollo de forma temprana o tardía, entre otras razones.

Los elementos biológicos varían a lo largo de nuestras vidas, por lo que a través de datos estadísticos se van conformando perfiles somatométricos que ilustran acerca del desarrollo que deben alcanzar las personas hasta cierto momento de su existencia, determinándose así su edad biológica. Estos perfiles no son idénticos, varían entre los diferentes países, razas, por lo que se establecen diferencialmente y facilitan la determinación en cada nación acerca de cuándo se ha alcanzado la madurez biológica, aunque evidentemente, esta varía individualmente.

No obstante, actualmente la edad biológica no es la determinante para establecer la mayoría de edad penal, aunque se tiene muy en cuenta la madurez biosicológica alcanzada por las personas para fijarla. Lo decisivo ha de ser la madurez intelectual y moral, la capacidad para comprender y captar los valores que impone la ética social.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, es que se ha establecido un límite por debajo del cual se considera a una persona jurídicamente menor. No obstante, la opinión médica generalizada califica cuando menos de extraña, la concepción jurídica de suponer como menor, exento totalmente de responsabilidad, a un infractor de 16 años menos un día, y como mayor penalmente responsable a otro de 16 años y un día.

La edad y la imputabilidad penal

Los debates en torno a la determinación de la edad penal, como hemos visto, han posibilitado desarrollar criterios respecto al límite que se debe fijar para que una persona sea considerada jurídicamente como menor.

En este caso, es muy importante tener en cuenta la capacidad de autodeterminación. En la esfera jurídico-penal esa capacidad se denomina imputabilidad penal. Su contrario o negativo, la inimputabilidad, trae consigo supuestos —expresados en la ley que determinan las personas que no son imputables al momento de realizar el acto delictivo—, entre los cuales se incluye la minoría de edad. Esta categoría ha sido definida como aquella que no posee “La capacidad de autodeterminación del hombre, para actuar conforme con el sentido, teniendo la facultad, reconocida normativamente, de comprender la antijuricidad de su conducta”.¹

Existen criterios acerca de si la imputabilidad es capacidad de delito, es decir, una calificación personal del sujeto, que debe determinarse independientemente de la comisión del delito y preliminarmente a él. Otras valoraciones aluden al hecho concreto y se realizan solo respecto a la persona que ha cometido un delito, pues no tendría sentido indagar acerca de la imputabilidad de alguien que no haya incurrido en ilícito alguno.

Queda claro, sin embargo, que el hecho cronológico de que una persona no haya cumplido la edad determinada en el Código penal para ser penalmente responsable, queda excluida de ella, por lo que funciona parecido a una presunción *iuris et de iure*, en que es suficiente que se compruebe la edad para aplicar la eximente.

Pero, independientemente de la posición que se asuma, la valoración que ha de realizarse es jurídica y de política criminal, pues se trata de cuestiones que:

- Están previstas en la ley y sujetas, por tanto, a los principios de la interpretación jurídica.
- La determinación y concreción de la inimputabilidad-imputabilidad penal se realiza mediante un proceso psicológico-jurídico-valorativo.
- La frontera entre la imputabilidad y la inimputabilidad varía tanto en cada persona que cuando se establece el límite jurídico mínimo de edad, este obedece más a consideraciones político-criminales que a problemas de la técnica psicológico-jurídica.

El Artículo 156 de la Ley de Procedimiento penal cubana establece el modo de acreditar la edad de un acusado (también del

1 Vid. S. Vela Treviño: *Culpabilidad e inculpabilidad*, Editorial Trillas, México, 1973, p. 18.

perjudicado), aclarando que cuando “por cualquier circunstancia la obtención de la certificación puede dilatar excesivamente el proceso, se suplirá el documento por informe que sobre la edad probable emitirán los médicos forenses”.

Se puede comprender así, que el juez podrá servirse de la colaboración de los peritos, quienes desde los principios y reglas de su ciencia, podrán fundamentar la incapacidad de una persona que ha cometido un delito. Pero ello, no deberá entenderse como que estos peritos sean los que determinen la inimputabilidad-imputabilidad por razón de la edad, sino que esto ha de ser un problema jurídico que deberán resolver los jueces, interpretando las proposiciones legislativas que existan al respecto, auxiliándose del informe de los forenses.

El límite de la edad desde el que se puede considerar responsable penalmente a una persona y la determinación de una responsabilidad, o mejor, una responsabilidad atenuada, ha sido objeto de reflexión de algunos autores.

Quintero Olivares² resalta la diferencia entre los países de alto desarrollo cultural, donde se fija la edad penal en límites muy bajos, aunque para conferirle un tratamiento penal específico a jóvenes y adolescentes. En otros países, donde no se realiza esa gradación de edad, se aplica la pena sin distinción de la misma, o funciona como atenuante en los casos en que la persona haya arribado a la mayoría de edad penal pero se encuentra comprendida en determinados períodos de edad cercanos a esta. El problema no lo ve tanto centrado en el límite, sino en cómo se va a abordar el tratamiento antes y después de arribar a él, pronunciándose por un Derecho penal juvenil (hasta los 21 años) como fase intermedia que se caracterice por la aplicación de medidas especiales que soslayan la privación de libertad en lo posible.

Rocío Cantarero, cuando se refería a una “hipotética y futura ley penal del menor y del joven”, alegaba que “tendría que extender su acción a las edades comprendidas entre los trece y los 18 años, para hacer coincidir, como mínimo, edad civil y edad penal adultas. Más adecuado sería... que esta ley penal juvenil comprendiera también... hasta los veintiún años”.³

2 Vid. G. Quintero Olivares: *Derecho penal. Parte general*, 2ª. ed., Ed. Gráficas Signo, Barcelona, 1986, p. 504.

3 Vid. Rocío Cantarero: *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: Derecho penal y procesal de menores*, Ed. Montecorro, Madrid, 1988, pp. 228-229.

Para esta ley penal juvenil, la autora propone las siguientes edades:

- Menores de 16 y mayores de 13 años.
- Mayores de 16 y menores de 18 años.
- Mayores de 18 y menores de 21 o 25 años.

La nueva ley española en la materia, recoge una escala de edades parecida.⁴ Otros autores coinciden en que el actual límite de edad penal es aún muy bajo si se compara con los que históricamente se han fijado. No obstante, Cobo del Rosal y Vives Antón se refieren a que “el sistema actual es, sin desconocer sus inconvenientes y como juicio global, superior al histórico”.⁵

Mir Puig coincide con los autores anteriores pues aboga por una fase intermedia entre la minoría de edad penal y la mayoría plena, donde se aplicaría un Derecho penal juvenil, y afirma que “aunque la evolución de la criminalidad, cada vez más integrada por menores de 16 años, pudiera aconsejar revisar este límite de edad previsto por el Código penal, no sería admisible limitarse rebajarlo a quince años... si no se introduce al propio tiempo un Derecho penal juvenil para los mayores de edad penal pero todavía jóvenes”.

Muñoz Conde y García Arán advierten también la falta de un Derecho penal específico para jóvenes delincuentes de 16 a 21 años.⁶

Como se puede apreciar, existe coincidencia doctrinal acerca de proponer un Derecho penal juvenil o de adoptar un sistema diferente respecto a la aplicación de las medidas o sanciones correspondientes a los que aun arribando a la edad penal, todavía se encuentran en un período de sus vidas que los hace acreedores de un tratamiento distinto.

Es por eso, que como la determinación del límite de la mayoría de edad penal es convencional, a veces hasta arbitrario, podría existir una etapa después de esta en que se aplicara un Derecho penal juvenil, que posea las características de los adultos, pero no con sus

4 Vid. Ley Orgánica No. 5, Reguladora de la responsabilidad penal de los menores, de 12 de enero de 2000, publicada en el BOE de España No. 11, jueves 13 de enero de 2000.

5 Vid. M. Cobo del Rosal y T. S. Vives Antón: *Derecho penal. Parte general*, 3ª. ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1990, p. 442.

6 Vid. F. Muñoz Conde y M. García Arán: *Derecho penal. Parte general*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 329-330.

mismas consecuencias pues el cambio de la minoría a la mayoría de edad es muy abrupto.

La edad de la persona, como hemos visto, posee efectos en la esfera del Derecho, la tiene en cuenta, entre otros aspectos, en la capacidad de obrar, pero, definitivamente, en el asunto del establecimiento y la determinación de la minoría-mayoría penal, continúa siendo objeto de numerosas reflexiones que han propiciado, conjuntamente con el aliento de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño, una nueva manera de enfocar la concepción que tradicionalmente se tenía de este tópico, pues prevalece el criterio de elevar en lo posible la mayoría de edad penal (preferiblemente hasta los 18 años de edad), establecer tramos de edades que diferencien el tratamiento que reciban los menores de los distintos grupos, reservándose la mayor benignidad de las medidas para los que posean menos edad.

La determinación de la mayoría de edad penal como problema jurídico y el análisis de la cuestión de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, son cuestiones íntimamente ligadas y que en la actualidad concita la atención y el interés de los especialistas.

“La imputabilidad alude, en última instancia, a la capacidad del sujeto para *algo*”, como bien expresara nuestro querido profesor Dr. Renén Quirós en su imprescindible *Manual de Derecho penal I*, y sintetiza cuatro criterios acerca de para qué debe estar capacitado el sujeto: capacidad de deber, capacidad de pena, capacidad de culpabilidad y capacidad de responsabilidad jurídico-penal.

La culpabilidad se fundamenta en que el autor de la infracción penal, del hecho típico y antijurídico, posea las facultades psíquicas y físicas mínimas para que pueda ser motivado en sus actos por los mandatos normativos. “Al conjunto de estas facultades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico, se le llama imputabilidad, o más modernamente, capacidad de culpabilidad”.⁷ Es por esto que quien carece de esa capacidad, por no tener madurez suficiente, no puede ser declarado culpable y por tanto no puede ser responsable de sus actos penalmente, aunque estos sean típicos y antijurídicos.

En el análisis que se realiza en la actualidad alrededor del asunto, se recuerda la tesis de la Escuela Clásica acerca de la libertad de

7 F. Muñoz Conde y M. García Arán: *Derecho penal. Parte general*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 403.

voluntad, que se fundamenta en la capacidad de entender y querer lo que se está haciendo, por lo que el que carece de esa capacidad, su conducta no es libre y por eso no es estimado culpable. Se plantea lo insostenible de esa posición, además de lo cuestionable que es el libre arbitrio, porque las facultades humanas no pueden reducirse solamente a los planos intelectivos y volitivos, que en ocasiones suelen estar condicionados por otros elementos significativos en la determinación de la culpabilidad, como los factores socioculturales, entre otros.

Es así, que en el proceso de convivencia social, el ser humano va desarrollando un conjunto de facultades que le permiten conocer y comprender las normas que rigen la sociedad y dirigir su conducta de acuerdo con las mismas. Ese complejo proceso de interacción es lo que la Psicología moderna denomina motivación. Por ello, “es la capacidad de motivación a nivel individual, la capacidad para motivarse por los mandatos normativos, lo que constituye la esencia de ese elemento de la culpabilidad que llamamos imputabilidad”.⁸

Atendiendo a estas razones es que se afirma que las personas que no han alcanzado la madurez suficiente, no poseen desarrollada esa capacidad, y por lo tanto, no podría declarársele culpable de una actuación suya que esté tipificada como delito, de manera que solo a partir de la edad prevista en la ley se puede responder y no antes. No obstante, puede suceder en el caso concreto que el niño menor de esa edad tiene la capacidad suficiente, pero por razones de seguridad, normalmente se determina un límite fijo cronológico para determinar la mayoría de edad penal.

Es por eso que la comprobación de la presencia del discernimiento que fundamentaba la eximente de minoría de edad es ya insuficiente y ha dado paso a las modernas corrientes criminológicas y político-criminales acerca de que los menores no deben recibir el mismo castigo que los mayores, sino que se deben tomar medidas de tipo educativo-preventivo.

De ahí que debe reconsiderarse la reflexión en torno a la intervención del Estado (sea de justicia penal o tutelar) dentro de los límites de la inimputabilidad, pues resulta un eufemismo declarar inimputable a una persona por razón de la edad y después aplicarle

8 F. Muñoz Conde y M. García Arán: *Op. cit.*, p. 405.

sanciones o medidas, algunas veces más severas que las de los adultos, pero sin las garantías que se prevén para estos.

La declaración de inimputabilidad implica establecer mayores garantías al sujeto, no disminuirlas.⁹

Así, que conviene reflexionar como a pesar de que un menor de 16 años, que incurre en un hecho tipificado como delito, es declarado inimputable, pero se le aplican medidas de carácter tutelar, que implican, en ocasiones, restricciones de algunos de sus derechos más importantes y son, a veces, más severas que las sanciones previstas para los adultos.

Por tal razón, la concepción de inimputabilidad incluye, a veces, la idea de no considerar el carácter de persona del menor, con todos sus derechos y obligaciones, estigmatizándole al subordinarlo a las disposiciones del Estado, no reconociéndole todas las garantías previstas para los adultos.

La intromisión del Derecho en la vida de los menores en conflicto con la ley penal declarados inimputables, debe realizarse con relativa flexibilidad, que implique la aplicación de medidas que posean un mensaje educativo, que además de considerar el hecho cometido, se valore criminológicamente al menor, teniendo en cuenta sus características personales y sociales y se ejecuten, preferiblemente, en el medio donde vive para facilitar el compromiso de la familia y de las personas que gravitan en su pequeño entorno social, pero siempre contando con las garantías que en estos casos poseen todos los ciudadanos.

La edad y la adecuación penal en el Código penal cubano

El Artículo 17 del Código penal cubano, establece, con carácter facultativo, que los tribunales pueden reducir hasta la mitad los límites mínimos y máximos de las sanciones impuestas a las personas de más de 16 años y menos de 18 años, y hasta un tercio a los que poseen entre 18 y 20 años de edad.

9 Un sujeto inimputable requiere de una consideración diferente cuando ha entrado en conflicto con la ley penal, especialmente cuando es un niño(a). *Vid.* J. Bustos Ramírez: *Un Derecho penal del menor*, Editora Jurídica Cono Sur, Santiago de Chile, 1992, p. 344.

Esto implica una valoración cualitativa de la madurez psíquica alcanzada por el sujeto, cuya naturaleza no solo es objetiva por la sola apreciación de la edad cronológica, sino también subjetiva basada en la valoración que realiza el tribunal de esa madurez, lo que tendrá una correlación en el *quantum* y la calidad de la pena¹⁰ y la variación del marco penal, una vez apreciada la circunstancia de la edad, en la sanción judicialmente determinada.

Hay que precisar que debe considerarse lo que plantea el Artículo 16.2 del Código penal acerca de que la responsabilidad penal es exigible a la persona natural a partir de los 16 años de edad cumplidos en el momento de cometer el acto punible, de manera que hay que tener extrema precaución cuando se trate de delitos permanentes y de delitos continuados, especialmente estos, donde es posible que se considere erróneamente que exista cuando una persona cometa varias infracciones consideradas como delitos con los requisitos del Artículo 11.1 del Código penal, pero siendo menor de edad y solo la última de ellas la realice habiendo cumplido los 16 años de edad. Es obvio que aquí estaríamos ante la presencia de un solo delito.

El dilema de la valoración de la edad respecto al adulto mayor

Se debe tener en consideración que la Organización Mundial de la Salud sitúa la edad de 60 años para considerar el comienzo de la vejez, no obstante, pueden existir algunas situaciones que hagan que la consideración de envejecimiento pueda ser cuanto menos ambigua:

- Que no exista mucha relación entre la edad biológica y la cronológica.
- Diferencias acerca de la vejez entre las distintas culturas, condicionadas por factores biológicos, económicos y sociales.
- Variaciones respecto a la vejez en las distintas materias jurídicas.¹¹

10 Véase al respecto Renén Quirós Pírez: *Manual de Derecho penal. Parte general III*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002, p. 20; Carlos A. Mejías Rodríguez: "Límites, responsabilidad penal y atenuación de la pena por razón de la edad en el Código penal cubano", revista *Derecho y Cambio Social*; y Danilo Rivero García: *Algunas interrogantes sobre temas penales*, Ediciones ONBC, La Habana, 2006, p. 8.

11 En Cuba, la Ley de Seguridad Social fija la edad de jubilación, para los hombres, a partir de los 65 años, y el Código de Seguridad Vial dispone que se rea-

- El Programa Nacional de Atención al Adulto Mayor clasifica como ancianos a las personas de más de 60 años; tercera edad a las personas entre 60 y 74 años; cuarta edad entre los 75 y los 90 años y, adultos mayores.

Hay que valorar, también, que la vejez en sí misma, no hace méritos para modificar el límite mínimo del marco penal, solo intereses político-criminales y de individualización humanitaria de la pena potencian esta original forma de atenuación cubana de la sanción penal.¹²

Teniendo en consideración ese mismo carácter humanista de la aplicación de la pena que caracteriza al Derecho penal cubano, resulta contradictoriamente curioso cómo la valoración de la edad es tomada en cuenta solo en beneficio de los jóvenes, a pesar de que existen fundamentos científicamente avalados para realizar esta distinción con los adultos mayores en los siguientes casos:

- a) Exigencia de un tiempo mínimo de cumplimiento de la tercera parte de la sanción impuesta para el otorgamiento de la libertad condicional (Artículo 58.1a) para los que no han arribado a los 20 años de edad al cumplir la sanción.
- b) La sanción de muerte no puede imponerse a los menores de 20 años de edad ni a las mujeres que cometieron el delito estando encinta o que lo estén al momento de dictarse la sentencia.
- c) La consideración en el Artículo 29.9 del Código penal de que los menores de 20 años de edad cumplan la sanción en establecimientos especialmente destinados a ellos, o en secciones separadas de los destinados a mayores de esa edad y que no obstante, respecto a los de 20 a 27 años puede disponerse que cumplan su sanción en iguales condiciones que aquellos.¹³

licen exámenes médicos a partir de los 65 y los 70 años de edad, seguramente en la consideración de que a esas edades comienza a advertirse, eventualmente, alguna disminución de las capacidades físicas, intelectuales y volitivas. No obstante, se advierte que la valoración acerca del adulto mayor no es la misma.

12 Véase al respecto Renén Quirós Pérez: *Manual de Derecho penal. Parte general III*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002, p. 21 y Carlos A. Mejías Rodríguez: "Límites, responsabilidad penal y atenuación de la pena por razón de la edad en el Código penal cubano", revista *Derecho y Cambio Social*.

13 No obstante, el Reglamento penitenciario cubano vigente se encarga de establecer cierta distinción disponiendo que: Artículo 60. Los Colectivos de internos se constituyen atendiendo a las categorías siguientes: a) Adultos mayores.

- d) El Artículo 31.2 establece que las personas menores de 27 años de edad recluidas en establecimientos penitenciarios reciben una enseñanza técnica o se les adiestra en el ejercicio de un oficio acorde con su capacidad y grado de escolaridad. No se tiene en consideración que la Universidad del Adulto Mayor y otras fórmulas educativas para estas edades pueden favorecer a las personas internas que posean más de 60 años de edad.

No obstante, se beneficia al adulto mayor cuando el Código penal cubano establece que:

- a) El Artículo 17.2 del Código penal cubano dispone la edad de 60 años como criterio facultativo para atenuar el límite mínimo de la sanción.
- b) Los antecedentes penales se cancelan de oficio o a instancia del propio interesado por haber arribado el sancionado a los setenta años de edad y no hallarse cumpliendo sanción (artículos 67.1 y 2b del Código penal cubano).

Es necesario advertir que si bien están desarrolladas todas estas peculiaridades respecto a la edad en la parte general de la ley sustantiva en las instituciones estudiadas, no se establecen distinciones relativas a la misma para aplicar las medidas de seguridad. Téngase en cuenta que estas pueden llegar hasta cuatro años de internamiento en su concepción más severa, por lo que una apreciación respecto a la edad sería conveniente.

La cuestión de la edad y su significación victimológica en el Código penal cubano

Los estudios victimológicos han demostrado y hallado que ciertos sectores de la población pueden ser vulnerables a ser víctimas de delitos. Entre estos se encuentran los niños, las mujeres y los ancianos.¹⁴

La significación victimológica de la edad ha estado recogida en las leyes sustantivas de diferentes formas, lo que ha servido para proteger a determinados grupos etarios de la población.

14 Véanse las clasificaciones realizadas por Elías Neuman: *Victimología*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994, p. 50.

Por tanto, la cuestión de la edad como asunto victimológico, está presente en nuestro Código penal, fundamentalmente en la protección que se realiza en unos casos, previendo como víctimas a los menores de edad y, en otras, cuando en la comisión de los hechos delictivos se realicen con la participación de estos. Esta distinción se encuentra presente en:

- a) Los artículos 275.1; 275.4 y 276, relativos al Título VIII, “Delitos contra la vida y la integridad corporal”.
- b) Los artículos 279.1 y 2ch), referidos al Título IX, “Delitos contra los derechos individuales”.
- c) Los artículos 298.1; 2c); 4; 299.1; 2a); 300.2; 3; 305; 310; 311; 312; 313; 314; 315 y 316 del Título XI, “Delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales y contra la familia, la infancia y la juventud”.
- d) Los artículos 322.1; 2b); 326.1; 2b); 327.1; 4c); 328.1 y 3c) del Título XIII, “Delitos contra los derechos patrimoniales”.
- e) Los artículos 348.1 y 2ch) del Título XV, “Delitos contra el normal tráfico migratorio”.

En este estudio se trae a colación una polémica adicional: la consideración de la protección que se realiza en nuestro Código penal, tanto respecto a los menores de edad que resulten víctimas de delitos, como la que se hace respecto a los que cometan, junto a otros adultos, conductas tipificadas como delitos, no tiene reparo en lo establecido tanto en nuestro Código civil, como en la Convención Internacional de los Derechos del Niño (Artículo 1) acerca de que se considera niño a toda persona que no haya cumplido los 18 años de edad, con lo que una parte considerable de los menores estaría desprotegida de una forma u otra.

La conveniencia de elevar la edad penal en Cuba

En Cuba, como se ha planteado, la edad penal es de 16 años. No obstante, se está valorando por las instancias competentes elevarla a los 18 años de edad, conforme con la Convención Internacional de los Derechos del Niño y al consenso que ha existido al respecto en el área internacional, donde se observa cada vez más una adecuación legislativa al respecto.

Se valora, especialmente, el asunto del tipo de intervención que recibirá el joven antes y después de haber arribado a los 18 años de edad, pero esto puede resolverse perfectamente, pues las personas que salgan de la tutela del Código penal y, por tanto, hayan cometido conductas tipificadas como delitos, quedarían bajo la égida de la norma de protección integral que se estudia promulgar en estos momentos, donde la concepción, aplicación y ejecución estén acordes con esas edades, aunque se deben prever sanciones más fuertes para los casos más graves.

La ley debe partir de una definición del concepto niño(a) desde un enfoque cronológico a partir de su fecha de nacimiento que es la que se hace constar en el acta de nacimiento (documento que emite el Registro Civil). Esta es la que se tiene en cuenta en nuestro Derecho positivo.

Este concepto de niño(a) debe incluir la determinación de los 18 años de edad como mayoría única o exclusiva para todas las ramas del ordenamiento jurídico, pues debe tratarse de homogeneizar en lo posible el tratamiento normativo de la minoría/mayoría de edad.

Existen múltiples argumentos para fijar la edad penal en los 18 años, entre los que se encuentran:

- El problema no está tanto centrado en el límite, sino en cómo se va a abordar el tratamiento antes y después de arribar a los 18 años. Un Derecho penal juvenil, con una Ley de protección Integral del Niño(a) [...] podría asumir con rigor y sin impunidad alguna, la reacción jurídica respecto a la conducta de estos niños. La mayoría de los países del mundo, especialmente, en Latinoamérica, han acordado la edad de 18 años a pesar de poseer una delincuencia juvenil más grande y violenta que la nuestra, sin embargo, le han brindado un tratamiento diferente a través del Derecho penal juvenil.
- La consideración del Derecho penal como última ratio y la necesidad de potenciar privilegiadamente los controles sociales informales.
- La real y dañina influencia estigmatizante del Derecho penal.
- Las consecuencias jurídico-penales son consideradas las más drásticas dentro de todo el Derecho porque puede privar al ciudadano de los dos bienes más preciados que tiene: la vida y la libertad. Es por ello, que se debe pensar detenidamente al mo-

mento de decidir qué conductas se entienden como delitos y qué personas podrán ser castigadas con este tipo de sanciones. Cuando se decidió en nuestro Código penal vigente que una persona de 16 años fuera responsable penalmente, estamos asumiendo que se encuentra preparada para sufrir tales castigos, sin olvidar las futuras secuelas que los mismos generan en los seres humanos y más en personas como estas que aún no han completado la formación de su personalidad. Por lo que fijar la edad penal a los 18 años permitiría que solo a partir de ella los jóvenes reciban este tipo de sanciones.

- Resulta un eufemismo declarar inimputable a una persona por razón de la edad, y después aplicarle sanciones o medidas, algunas veces, más severas que las de los adultos, pero sin las garantías que se prevén para estos.
- La fijación de los 16 años estuvo exenta de estudios antropológicos, sociales y jurídicos, mientras que la propuesta de los 18 años ha sido avalada por estudios psicológicos, médicos, antropológicos, sociológicos, jurídicos y pedagógicos tanto a nivel internacional como nacional. También está refrendada por instrumentos jurídicos internacionales presididos por la Convención Internacional de los Derechos del Niño.
- Estudios de psicología demuestran que a partir de los 12 o 14 años es posible que el sujeto establezca una relación con la norma”.¹⁵
- Las conductas tipificadas como delitos para los niños menores de 18 años no quedarían impunes pues:
 - La coyuntura actual, en que se podría crear una Ley de Protección Integral de Niños(as), Adolescentes y Jóvenes, un Derecho penal juvenil tal como existe en casi todo el mundo, especialmente en Latinoamérica donde estas conductas reciben una respuesta-sanción, pero con las distinciones características y propias para estas edades, lo que garantizaría que las conductas de estos niños no queden sin respuesta jurídica.

15 A. Colás Turégano: “Modelos de tratamiento de la delincuencia juvenil en la pena y sus alternativas, con especial atención a su eficacia frente a la delincuencia juvenil”. Proyecto de Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico Generalitat Valenciana, Investigador Principal, E. Orts Berenguer, Valencia, España, 1998, p. 31.

- Como la determinación del límite de la mayoría de edad penal es convencional, a veces hasta arbitrario, podría existir una etapa después de esta en que se aplicara un Derecho penal juvenil, que posea las características del de los adultos pero no con sus mismas consecuencias, pues el cambio de la minoría a la mayoría de edad es muy abrupto.
- No es suficiente la atenuación facultativa de la sanción prevista en el Artículo 17.1 del Código penal cubano para las personas mayores de 16 años y mayores de 20, porque de todas maneras implicaría la misma proyección jurídica. Estos jóvenes, pese a algunos beneficios que otorga la norma penal, son tratados como adultos, sin una atención integral especializada que los distinga.
- Esto pudiera lograrse con un Derecho penal juvenil que contemple las adecuaciones que corresponden a esas edades.
- Con la ley integral, además, se potencian los derechos y garantías de los niños y la reserva de ley, la posibilidad de dictar las pautas fundamentales en estos rubros (derechos y garantías) solo quedaría en manos del legislador, no como ahora en que algunos ministerios lo suplantán y, crean y regulan indebidamente normas al respecto.
- La intervención del Derecho penal se limitaría en lo posible y se utilizaría una variedad de sanciones que deben sustentarse en principios educativos. Se facilitaría que el niño no quede excluido del sistema nacional de enseñanza y de la participación social.
- Estamos incumpliendo en la letra de la ley (el Código penal solo establece la prohibición de la pena de muerte para los menores de 20 años), lo establecido en la Convención Internacional de los Derechos del Niño que prohíbe expresamente la imposición de sanciones de privación perpetua de la libertad.
- Con una ley de protección integral no habría que realizar tantas salvedades en el Código penal, que solo estaría destinado a mayores de 18 años.
- Si la Organización Mundial de la Salud ubica la adolescencia entre 10 años y 20, razón de más para considerar niño y elevar la edad penal a los 18 años.

- La necesidad de que sea cual fuera la edad penal que se adopte, los que se reconozcan a partir de entonces como niños, gocen de la protección integral que preconiza la doctrina homónima que implica la consideración de su interés superior.

En Cuba ha existido interés respecto a la protección jurídica de las personas por razón de la edad. Los dilemas que se presentan en este estudio potencian la necesidad de reconsiderar un conjunto de concepciones jurídicas respecto a esta, por lo que, teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, pudiera considerarse como prioridad socio-política importante, replantearse la concepción jurídica acerca de la edad en el Código penal cubano

Evolución, actualidad y desafíos de la teoría de la relación social sobre el bien jurídico-penal

CARLOS ALBERTO MEJÍAS RODRÍGUEZ

Introducción

EL Derecho penal en los estados modernos encuentra su justificación como sistema de protección de la sociedad, denominándosele bienes jurídicos a aquellos valores que por su importancia merecen la protección del Derecho; sin embargo, como ha expuesto Mir Puig: “[...] que el Derecho penal solo deba proteger «bienes jurídicos» no significa que todo «bien jurídico» haya de ser protegido penalmente”;¹ por ello, el concepto de bien jurídico es más amplio que el de bien jurídico penal.

De esta manera, el principio del bien jurídico en la modernidad establece un límite material a la potestad punitiva estatal, pues este no puede establecer delitos y penas que no tengan en su base estructural un bien jurídico relevante y de alcance social, en tanto, siguiendo a Terradillos: “[...] sería inadmisibile una reforma penal que pretendiera imponer órdenes éticos que no sean los inevitablemente derivados de los bienes jurídicos que la sociedad plural reconozca”.²

Es común, también, el planteamiento que explica que determinado valor o interés social para que pueda ser elevado al selecto grupo de los bienes jurídicos penalmente tutelados, será necesario que satisfaga, al menos, dos exigencias: a) que esa tutela jurídica sea intensamente merecedora del Derecho penal, por así considerarlo la generalidad de los componentes del grupo social (y no solo una mi-

1 Santiago Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, 5ª. ed., Tecfotó S.L., Barcelona, 1998, p. 91.

2 Juan Terradillos Basoco: “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”, en *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense*, No. 63, Nueva época, Madrid, 1981, pp. 125-149.

noría o sector social determinado); y, b) que se encuentre necesitado de resguardo en sede penal ante el fracaso de los medios disuasivos, preventivos o coactivos que disponen las otras ramas del Derecho.³

En sus orígenes, el bien jurídico en materia penal abarcó dos concepciones que Balcarce, dándole continuidad a Amelung, distingue, separando una acepción de carácter crítico y perteneciente al mundo del deber ser, destinada a evaluar lo que pudiera ser sancionado con una consecuencia jurídico-penal; de aquella comprendida en el mundo del ser, cuyo objetivo era determinar el significado de las figuras delictivas y su ubicación sistemática, sirviendo a la vez para cumplir una función limitadora y de extrema ratio.⁴

Mir Puig, por su parte, realiza el análisis desde una óptica legal, y explica que el ordenamiento jurídico —a través de los órganos competentes del Estado— le da la característica de jurídico a un bien, los cuales no siempre fueron jurídicos y tuvieron por tanto una etapa “prepositiva”, sin embargo, el Estado los positiviza —mediante un juicio de valor— en virtud del cual los considera suficientemente importantes para ser protegidos por el Derecho.⁵

Esta calificación, entendida por el mencionado autor de suma importancia, permite separar a los bienes que se encuentren en el campo de la moral y que, por lo tanto, no gocen de protección jurídica alguna; de los que reconoce el Estado —a través del sistema jurídico— y decide proteger.

Sin embargo, todavía falta que el Estado haga otro juicio de valor en virtud del cual, selecciona los bienes jurídicos que considera más importantes y, por lo tanto, merecedores de la protección penal. Es decir, se trata de bienes que se consideran lo suficientemente relevantes como para que quien los vulnere sea castigado, que se le aplique una pena o, dicho de otra manera, se ejerza el poder punitivo en su contra.⁶

3 José Daniel Cesano: “El bien jurídico protegido en los delitos contra el orden económico: una contribución para su determinación”. Consultado: 24 de noviembre de 2011, en sitio web <http://www.ciidpe.com.ar>.

4 Fabián Balcarce: “Breve relato sobre la ineficacia de la función político-criminal del bien jurídico penal”. Consultado: 23 de diciembre de 2012, en sitio web <http://www.ciidpe.com.ar>.

5 Santiago Mir Puig: *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994, p. 160.

6 En este sentido, Roxin indica que “[...] la protección de bienes jurídicos no se realiza solo mediante el Derecho penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El Derecho penal solo es, incluso, la

En tal sentido, vistas las posiciones anteriores, no es suficiente proteger bienes jurídicos concretos; es necesaria la tutela de bienes jurídicos que pudieran catalogarse de institucionales; en tanto el Derecho penal también debe tener la función de proteger a todos los mecanismos e instituciones que hacen posible la existencia de bienes jurídicos concretos individuales y son los que precisamente Bustos Ramírez denomina bienes jurídicos fundadores.⁷

Identificar materialmente una teoría del bien jurídico-penal, partiendo de la indisolubilidad entre el bien jurídico y la norma penal, resultaría importante, porque con ella se lograrían despejar las formulaciones formales, tautológicas e ideológicamente encubridoras de la realidad, con una visión democrática del sistema penal. De ahí, nuestra postura en opción por la teoría de la relación social, fruto de un pensamiento dialéctico, dinamizante y objetivo de los fenómenos sociales como basamento para la intervención del Derecho penal.

Hoy, la concepción que motiva la teoría de la relación social está en crisis. Factores externos e internos de los estados democráticos, especialmente la ausencia de políticas públicas encaminadas a la prevención del delito, han remontado la solución de los conflictos sociales, destinando el Derecho penal como la única fuente soluble que puede aliviar el auge de la criminalidad; y en ese empuje *ius-político*, en el que intervienen varias agencias de poder, lamentablemente se ha visto involucrada la sociedad.

De todas formas, las reflexiones de una buena parte del gremio, aconsejan buscar soluciones para evitar el expansionismo punitivo, y seguir apostando por la minimización de las normas de castigo, bajo cuyos supuestos estará siempre la realidad social. Entendemos así, que inspirados en la teoría de la relación social, la sociedad y el Estado estarían en mejores condiciones de orientar y decidir sobre aquellas conductas que inexorablemente tienen que ser acogidas o abandonadas por el Derecho penal.

última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir, que solo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema –como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc.–. Por ello, se denomina la pena *última ratio de la política social* y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos. Roxin: *Op. cit.*, p. 65.

7 Juan J. Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée: *Lecciones de Derecho penal*, vol. 1, Editorial Trotta, Madrid, 1997, p. 57.

Extracto de las concepciones teóricas sobre el bien jurídico

En línea con la función limitadora del Derecho penal, es posible encontrar un grupo de teorías en las que se seleccionan, con independencia de lo dispuesto en la norma penal positiva, ciertos bienes cuyas características éticas, sociológicas, políticas o constitucionales, los hacen acreedores del estatus de bien jurídico,⁸ de tal forma que solo ellos podrán ser legítimamente protegidos por la norma penal.⁹

Han sido muchas las concepciones abordadas para tratar de explicar la naturaleza y formación del bien jurídico; sin embargo, todas estas tendencias se pueden clasificar en dos: aquellas tendencias que encuentran su ubicación más allá del Derecho positivo de corte *ius naturalista* en las que el bien jurídico se puede encontrar en el Derecho natural, la naturaleza de las cosas o bien en la vida social o cultural; y, por otro lado, aquellas que ubican al bien jurídico dentro del sistema jurídico, en la norma, es decir, el bien jurídico no tiene existencia propia antes de la norma, sino que nace con ella.¹⁰

El primer referente lo hallamos en la creación normativa del bien jurídico, que fuera planteada por Binding en la última década del siglo XIX sobre la base de lo que llamó la *teoría de las normas*. Binding entendió que el bien jurídico era creación del legislador, el cual seleccionaba los objetos que en su opinión merecían ser protegidos en el orden penal. Con esta construcción teórica, como aclaró Quirós,¹¹ no pretendía establecer un límite al *ius puniendi*, por cuanto si el Estado era el único que determinaba el contenido de la norma jurídica, en el fondo no había más límite que aquel que el propio Estado, voluntariamente, se confiera.

8 La teoría del bien jurídico cobra fuerza desde el siglo XVIII y ha llegado a nuestros días en correspondencia con las exigencias de un Derecho penal basado en el estricto cumplimiento de las normas y el llamado principio de legalidad. Quirós: *Op. cit.*, pp. 180-189.

9 Federico Szczanski: "Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra", *Político criminal*, vol. 7, No. 14, diciembre de 2012, Artículo 5, pp. 378-453.

10 Juan Bustos Ramírez: *Manual de Derecho penal*, 3ª. ed., Editorial Ariel, Barcelona, 1989, p. 53.

11 Renén Quirós Pérez: *Manual de Derecho penal. Parte general*, t. 1, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003, p. 154.

Más adelante, y en los albores del siglo xx, Von Listz expone su concepción material del bien jurídico, trasladando su noción a un momento previo al Derecho positivo, en la que conforme con la realidad social, esta y no el legislador, era la que decidía en cuanto a los objetos merecedores de la protección penal. Von Listz le dio un sentido social al contenido del bien jurídico y a la realidad social, y fue el precursor de las corrientes que luego defendieron la teoría de la relación social.¹²

Otras definiciones y conceptos han navegado en el tiempo tras las ideas contrapuestas de Binding y Von Listz, situándose el debate en uno u otro extremo. En este contexto, se destaca la posición teleológica-valorativa de los neokantianos, los cuales trasladaron la noción del bien jurídico al mundo de los valores. También, Welsel evocó un concepto finalista que identificó el bien jurídico con el concreto objeto del mundo empírico lesionado o puesto en peligro por el delito, con una alta prevalencia sobre los componentes éticos y sociales, alejando la definición de la acción del Estado e, incluso, del Derecho.

Conforme con la crisis del Estado y del Derecho acontecida a mediados del siglo xx, se desarrolla la concepción jurídica constitucionalista, mediante la cual la ley suprema del Estado fija la orientación básica para decidir acerca de la función punitiva del Estado y por tanto es la constitución la fuente de bienes jurídicos.

Bustos y Quirós han criticado, con acierto, estas posturas que en la actualidad se presentan como guías para la valoración legislativa de los bienes jurídicos en sede penal. En principio, es de los deberes y derechos fundamentales de la persona de donde se deriva la vigencia constitucional del principio del bien jurídico; sin embargo, estas posiciones tienden a confundir los derechos constitucionales fundamentales con los bienes jurídicos.

En la constitución y en el Derecho constitucional —aclara Bustos— los derechos fundamentales cumplen una función muy específica, que es regular las relaciones entre la sociedad política y la sociedad civil, y, por tanto, constituye un límite a la intervención del Estado respecto a los ciudadanos. En cambio, los bienes jurídicos tienen una función mucho más amplia y compleja, pues implican relaciones

12 *Ídem*.

sociales concretas de los individuos respecto de todos los posibles sujetos u objetos que pueden entrar dentro de esta relación; en ese sentido también el Estado, pero no solo este.¹³

El reconocimiento constitucional de un bien no es una condición suficiente para fundamentar la necesidad de protección penal. El catálogo de derechos y libertades contenidas en esta no pueden conformar, de manera exclusiva, la protección penal de los bienes jurídicos. De ser así, todo interés constitucional por vago o ambiguo que fuera, merecería protección penal y también porque la protección penal de un derecho fundamental puede suponer la lesión de otro derecho fundamental.¹⁴

En la década de los setenta, del siglo pasado, Amelung y Callies se afiliaron a una concepción funcionalista del bien jurídico penal, e intentaron explicar el concepto aprovechando las bases que les aportaron la teoría finalista de Parsons y, en especial, el fundamento a las preocupaciones liberales de la ilustración sobre la dañosidad social como requisito para apelar a la sanción penal; concepto que está ligado a la función social del Derecho penal, pero que presentado el funcionalismo como un criterio superior, se vuelve a minimizar el papel del Estado como estabilizador del orden social.

También fueron funcionalistas las propuestas de Parson, Merton y Luhmann, quienes siguiendo a Durkheim, buscaron conformar una teoría social del bien jurídico, donde la realidad social quedaba conformada por un sistema de interrelación de las conductas o roles individuales determinantes del fenómeno delictivo y de ahí la necesidad de protección.

Definitivamente, como explica Hormazábal, la teoría sistémica o funcionalista, en su expresión más conservadora, es heredera del positivismo decimonónico; busca deslegitimar las teorías que plantean un factor único como causa de los fenómenos sociales, y aunque valora la acción humana para la consecución de ciertos fines como un ser socialmente vacío de contenido, es la sociedad quien lo llena de sustancia con normas morales y valores.¹⁵

13 Juan Bustos Ramírez: *Op. cit.*, p. 52.

14 Vladimir Rodríguez Sanabria: "El bien jurídico penal: límite del *ius puniendi* estatal basado en el ser humano", *Revista Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología*, 2007. Consultado: 23 de marzo de 2013 en www.iuspenalismo.com.ar.

15 Hernán Hormazábal Malarée: *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal*, 2ª. ed., Editora Jurídica Cono Sur, Santiago de Chile, 1992, p. 98.

Mas, de otra parte, corresponde al Derecho en su concepción aplicada de ciencia, ser la institución orientadora de la acción estabilizadora del orden social y luego será el bien jurídico quien le hará los aportes significativos al desarrollo del Derecho penal.¹⁶

En los últimos años, Jakobs también se ha desentendido del bien jurídico cuando considera que la misión de la pena es la prevención general confirmando el reconocimiento normativo.¹⁷ Jakobs parte de la “*no fidelidad al derecho*” para obtener el fin del Derecho penal que es el de confirmar el reconocimiento normativo y preservar la confianza en la norma. La opción por la confirmación normativa no resulta satisfactoria. No se niega que la propia protección de bienes jurídicos hace estabilizar la norma, pero ello es a consecuencia de un efecto secundario. Desde una perspectiva sistémica, ha dicho Jakobs, *no puede considerarse misión de la pena evitar lesiones de bienes jurídicos. Su misión es más bien reafirmar la vigencia de la norma, debiendo equipararse, a tal efecto, vigencia y reconocimiento*.¹⁸

Y una última posición es la que presenta Hassemer, quien desde una perspectiva monista personalista del bien jurídico sostiene que se debe definir al bien jurídico de un modo genérico: como *interés humano necesitado de protección jurídico penal*.¹⁹

Resumiendo este punto, las tendencias actuales siguen orientadas a fundamentar al bien jurídico desde la política criminal, es decir, se trata de vincular la teoría del bien jurídico con los fines del

16 *Ídem*, p. 105.

17 Niklas Luhman: *Sociedad y sistema. La ambición de la teoría*, Editorial Paidós, Universidad Autónoma de Barcelona, 1990, pp. 41 y ss.

18 Jakobs Günther: *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª. ed., corregida, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 13-14.

19 Hassemer comenta que: Desde el punto de vista conceptual, el bien jurídico se denomina con los más diversos nombres: “interés”, “potencial”, “unidad funcional de valor”, “función”, “participación”, “bien vital”, “valor objetivo”, “imagen ideal” o “estado”. Estas denominaciones no siempre reflejan un contenido específico del objeto designado; son, más bien, soluciones de compromiso o simples conceptos vacíos, tales como “estado”, “interés”, que cada uno puede rellenar a su arbitrio. Winfried Hassemer y Francisco Muñoz Conde: *Introducción a la criminología y al Derecho penal: Op. cit.*, pp. 111-112.

ordenamiento jurídico y del Estado, con una orientación de tendencia jurídico-constitucional y, la segunda, de tendencia sociológica.²⁰

La concepción del bien jurídico no encuentra, por tanto, en la actualidad una posición unívoca, y como consecuencia de ello, el relativo consenso en cuanto a la función del Derecho penal como protector de bienes jurídicos se torna inestable. Por ello, el concepto material de delito y la teoría del bien jurídico siguen considerándose como uno de los problemas fundamentales que adopta el Derecho penal de hoy.

Fundamentación de la teoría de la relación social

La concepción del bien jurídico penal protegido por el Derecho penal, sobre la base de la relación social, se debe a Bustos Ramírez y Hormazábal. El bien jurídico penal, afirman estos autores, constituye una síntesis concreta de una relación social dinámica, con la cual se comprende la posición de los sujetos, las formas de vinculación entre ellos y los objetos, sus interrelaciones y su transcurso dentro del desarrollo histórico del contexto social.²¹

La convivencia social y el orden social, como afirmó Quirós al afiliarse a las ideas de Bustos, reclaman el aseguramiento de ciertas condiciones para que los comportamientos del hombre y, con ellos, las relaciones sociales se materialicen de manera ordenada, valiosa, pacífica, provechosa y útil. Esas condiciones, denominadas *bienes*, en tanto son de utilidad para la común vinculación de los hombres en la vida social, son protegidas por el Derecho penal y, de ahí, las características de ser *bienes jurídicos*.²²

Al considerar el bien jurídico en la realidad social, ello nos lleva a señalar que los bienes jurídicos siempre son eminentemente personales, pues están ligados a las condiciones de existencia del sistema, es decir, a la persona como tal (vida, salud personal, libertad, honor, patrimonio), o bien, al funcionamiento del sistema (bienes

20 César Busato Paulo y Sandro Montes Huapaya: *Introducción al Derecho penal. Fundamentos para un sistema penal democrático*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, Nicaragua, 2009, pp. 57-83.

21 Juan Bustos Ramírez: *Manual de Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1996, p. 122.

22 Renén Quirós Pérez: *Manual de Derecho penal. Parte general I*, Editorial Félix Varela, La Habana, 1999, p. 158.

jurídicos colectivos, institucionales o de control), a fin de permitir el mantenimiento y desarrollo de las condiciones de existencia del sistema y de las personas.²³

Ese fundamento tiene, igualmente, una respuesta materialista de rechazo categórico a la ilusión de que la forma jurídica prevalece sobre el contenido económico, y que las normas jurídicas se basan en la voluntad libre de los hombres divorciada de la base material de la sociedad,²⁴ lo que fuera científicamente explicado por Marx y Engels.²⁵

Estas valoraciones indican que ante las violaciones del derecho es necesario atender tanto a los aspectos jurídicos como a los sociales. Es inadmisibles ignorar el contenido social ante una acción ilegal. La esencia social de la violación del derecho—incluido en primer lugar el delito—solo puede explicarse a partir de los puntos de vista del materialismo histórico, por lo que es imposible calificar los actos de los hombres en legítimos o ilegítimos ignorando la suma total de las relaciones de producción objetivamente formadas.²⁶

Precisamente, en el marco del control del Derecho y las relaciones sociales, es que se desarrollan las funciones del Derecho penal haciendo referencia a los modos de influencia de este con respecto a las relaciones sociales. Esta influencia se lleva a cabo, principalmente, de dos modos, que fueron ampliamente expuestos por

23 Bustos: *Op. cit.*, p. 122.

24 L. S. Jawitsch: *Teoría general del Derecho*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1988, p. 17.

25 “En los políticos profesionales, en los teóricos del derecho público y en los juristas que cultivan el derecho privado, la conciencia de la relación con los hechos económicos desaparece totalmente. Como en cada caso concreto los hechos económicos tienen que revestir la forma de motivos jurídicos para ser sancionados en forma de ley, y como para ellos hay que tener en cuenta también, como es lógico, todo el sistema jurídico vigente, se pretende que la forma jurídica lo sea todo, y el contenido económico nada”, en Carlos Marx y Federico Engels: *Obras escogidas*, t. III, Editorial Progreso, 1974, p. 380.

26 El materialismo histórico comienza desde el punto en que la sociedad no está constituida solo por las condiciones objetivas y las circunstancias que determinan la conducta del hombre, sino también por la actividad constante del hombre que crea y altera esas circunstancias y que el hombre es titular de las relaciones históricas y sociales y el sujeto y la meta de la creación histórica. Jawitsch: *Op. cit.*, p. 25.

Quirós.²⁷ De una parte, confiere particular protección al sistema de relaciones sociales conocido como la función protectora; y de otra, procura promover en todas las personas la observancia y desarrollo de comportamientos ajustados precisamente a dicho sistema de relaciones sociales, conocida como la función de motivación. Una y otra función las realiza el Derecho mediante la definición de normas jurídicas de ciertas conductas altamente peligrosas para el mencionado sistema de relaciones sociales.

De esta forma, el bien jurídico está constituido por los elementos de las relaciones sociales, que por su particular interés social, son protegidas de los ataques y amenazas que son materializados por comportamientos considerados como graves para la sociedad por medio del Derecho penal.

Si se examina la teoría del bien jurídico²⁸ se advertirá un proceso progresivo de aproximación de su contenido a la realidad social. Sin embargo, este propósito no ha finalizado de manera satisfactoria. La solución fue planteada hace algún tiempo, como ya dijimos, por Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal cuando afirmaron que: *El bien jurídico constituye una síntesis concreta de una relación social dinámica, con lo cual se comprende la posición de los sujetos, las formas de vinculación entre ellos y los objetos, sus interrelaciones y su transcurso dentro del desarrollo histórico del contexto social.*²⁹

Las premisas del principio de legalidad obligan a la formación de los preceptos penales como resultado de un proceso legislativo; sin embargo, la determinación del objeto de protección no puede estar reducida a una decisión exclusiva del legislador; será la base social la que comunicará a las instancias políticas la necesidad de materializar en sede penal la esfera de protección. Es por ello que se plantea que el bien jurídico es el resultado de un ejercicio democrático, expuesto a su revisión crítica.³⁰

27 Renén Quirós Pírez: *Manual de Derecho penal*, t. I, Editorial Félix Varela, La Habana, 1999, p. 230.

28 La teoría del bien jurídico sirve para explicar algunos casos importantes de justificación de una conducta típica. Carlos Santiago Nino: *Consideraciones sobre la dogmática*, UNAM, 1989, p. 70.

29 Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal: "Significación social y tipicidad", *Estudios Penales*, Ediciones Universidad de Salamanca, España, 1982, p. 143.

30 Hormazábal: *Op. cit.*, p. 142.

Por su carácter de *última ratio* el ámbito de protección se restringe a los ataques más graves, ello confirma el carácter residual, fragmentario y exclusivo del Derecho penal. Como síntesis normativa, es también expresión de una estructura social, y su origen se encuentra en el sistema de relaciones sociales, por lo que cada modelo concreto de sociedad debe generar bienes jurídicos que resulten de la suma de los componentes individuales y colectivos, relacionados entre sí, con sus complejidades y condicionamientos históricos.

Tras el paso de un sistema social a otro, las relaciones sociales han ido adquiriendo una dimensión que representa, muy especialmente, los modelos económicos predominantes. En la actualidad, las relaciones de producción y mercado conforman las estructuras económicas de las sociedades y en ellas aparecen, como determinantes y definitorias, las relaciones sociales de carácter económico.

Como significó oportunamente Hormazábal, las relaciones de mercado condicionan el conjunto de las instituciones políticas, jurídicas y económicas ubicadas en las estructuras y superestructuras de la sociedad, las cuales se hallan dialécticamente relacionadas,³¹ unas veces utilizando el consenso y otras la coerción; esta última, utilizando como fuente la ley.

Por ello, el bien jurídico es un producto social e histórico; no pertenece a la sociedad en abstracto, sino que surge de un sistema concreto de relaciones sociales en un período determinado. Es el producto de las condiciones concretas de la sociedad y de las condiciones específicas de las superestructuras social y política, y de un ámbito particularizado de ellas: la superestructura jurídico-penal.³² De estos argumentos se deduce el doble carácter del bien jurídico, en tanto síntesis normativa y síntesis social, definida por Bustos como una relación social concreta.³³

El problema confrontado con respecto al bien jurídico ha radicado, precisamente, en que no se ha llegado a alcanzar un nivel satisfactorio de comprensión acerca de lo que existe en la base de toda norma jurídica, es decir, de lo que le confiere a esta su real y esencial fundamento. Tal confusión se ha suscitado cuando se ha intentado hallar

31 *Ídem*, p. 147.

32 *Ídem*, p. 151.

33 Bustos: *Op. cit.*, p. 54.

siempre en toda infracción penal una relación social real, materializada, completa. Este punto de vista no es exacto; no se corresponde con la teoría de la relación social en su condición de bien jurídico.

Las relaciones sociales son vínculos entre los hombres, establecidos en el proceso de su actividad común; las normas penales las protegen no solo en su fase dinámica, sino también en su estructura, en todos sus elementos esenciales y en los diversos aspectos que conforman esa relación social determinada, las que pueden ser protegidas en diversas esferas del Derecho.

Bienes vitales como la vida, la libertad, la salud, etc., expresan condiciones de realización del ser humano, indispensables para la convivencia en sociedad y su constante desarrollo. Estos son protegidos por el Estado al ejercer la potestad punitiva, es decir, estos bienes tienen existencia antes de la norma y no con el nacimiento de ella. En consecuencia, son estos bienes jurídicos los que se convierten en la base incuestionable para la construcción de la teoría jurídica del delito y da predominio al concepto material del bien jurídico, antes que al concepto formal.³⁴

Amenazas que en la actualidad enfrenta la teoría de la relación social

La tendencia expansiva del Derecho penal

Desde hace algún tiempo el Derecho penal está expandiendo, en general, el ámbito de lo penalmente prohibido, introduciendo nuevos tipos penales o ampliando los ya existentes, se están endureciendo las penas clásicas o se plantea la introducción de nuevas sanciones y están empezando a aparecer nuevas instancias de creación y aplicación del Derecho penal.³⁵

34 Busato: *Op. cit.*

35 Con puntos débiles y discutibles la doctrina presenta la opinión de Silva Sánchez sobre los factores que propician el avance de este fenómeno. Las causas que en la sociedad actual dirigen la expansión del Derecho penal son: a) los “nuevos intereses”, o sea, la aparición de nuevos bienes jurídicos, generalmente colectivos, difusos; b) la efectiva aparición de nuevos riesgos, como consecuencia de la sociedad de riesgo en la que se vive actualmente, con marcos económicos cambiantes, con intensos avances tecnológicos (criminalidad asociada a los me-

La creciente utilización de la técnica legislativa que supone la incriminación de ataques a bienes jurídicos colectivos, asociada a la configuración de delitos de peligro abstracto ha suscitado no pocos reparos en la doctrina penal, sea sobre la legitimidad de esta técnica legislativa para el campo del Derecho penal, como otras referidas a concretos problemas dogmáticos.

González Cussac había alertado sobre la tensión entre intereses individuales e intereses colectivos al momento de determinar los bienes merecedores de protección penal.³⁶ Hassemer, por su parte,

dios informáticos, a Internet, por ejemplo); c) la institucionalización de la inseguridad o percepción de la convivencia como fuente de conflictos interindividuales (criminalidad callejera, de masas, etc.) que lleva a una desmesurada utilización de los delitos de peligro, incluso, de los rechazables de peligro abstracto; d) sensación social de inseguridad, es la dimensión subjetiva frente a la más objetiva anterior, en la que tienen una evidente influencia los medios de comunicación que reiteradamente publicitan más los elementos del mal, del delito; e) configuración de una sociedad de “sujetos pasivos”, como una sociedad de clases pasivas, pensionistas, desempleados, destinatarios de prestaciones públicas educativas, sanitarias, personas y entidades subvencionadas que encadena una sociedad orientada, cada vez más, hacia una restricción progresiva de las esferas de actuación arriesgada con prototipos de víctimas que exigen responsabilidades concretas para evitar cualquier tipo de riesgo para su propia seguridad; f) la identificación de la mayoría social con la víctima del delito, lo que produce una continua evolución del Derecho penal de esta; g) descrédito de otras instancias de protección, que conlleva un realce del Derecho punitivo como factor esencial y prioritario de protección, visión del Derecho penal como único instrumento eficaz de pedagogía político-social, lo que supone un alejamiento evidente de su raíz de *ultima ratio*; h) los gestores atípicos de la moral, tradicionalmente ocupados por los elementos más conservadores de la sociedad, actualmente adquieren protagonismo expansivo opciones claramente diferenciadas en lo ideológico con aquellos como las asociaciones ecologistas, de consumidores, de vecinos, movimientos feministas, pacifistas, organizaciones no gubernamentales, etc.; i) la actitud de la izquierda política, que asentada en el poder desde perspectivas socialdemocráticas no duda en instrumentalizar políticas criminales de claro expansionismo, la mayoría de las veces de una expansión razonable pero no siempre así, con lo que viene a integrarse en las perspectivas más tradicionales de utilización del Derecho penal; f) el “gerencialismo” como factor colateral, que asume al Derecho penal como mecanismo de gestión eficiente de determinados problemas, sin conexión alguna con valores, por lo que se deriva en una justicia negociada, muy distante de los presupuestos más básicos de orden punitivo clásico. Jesús María Silva Sánchez: *La expansión del Derecho penal*, 2ª. ed., Madrid, 2001, pp. 25 y ss.

36 José Luis González Cussac: “Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal”, *Poder judicial*, No. 28, 1992, p. 8.

ha puesto de relieve un punto de vista crítico frente al abuso de la incriminación de comportamientos dirigidos contra bienes jurídicos altamente imprecisos mediante delitos de peligro abstracto, cuya tendencia sirve como control de los grandes problemas sociales o estatales.³⁷

Asistimos, como dice Mata Martín, al empleo del Derecho penal como instrumento que permite reforzar y dotar de mayor solidez las medidas de gobierno de la sociedad, ejecutas por las administraciones públicas.

También se vienen observando determinadas disfunciones técnicas originadas por la expansión de nuevas formas de tutela que buscan la máxima eficacia en el control de nuevos procesos de riesgo y de problemas sociales complejos, situación, que a la par, ha introducido problemas para los principios de atribución que son tradicionales en el Derecho penal en campos como los de la autoría, participación, causalidad, dolo e imprudencia.³⁸

El lema ya no es la protección de intereses humanos concretos, sino la protección de instituciones sociales; el funcionamiento del sistema subvencional; de procesamiento de datos o de crédito; el medio ambiente como totalidad; la salud pública, etc. De esta forma, el problema que se le crea con esto a la teoría del bien jurídico se ve claramente; los bienes de protección de esta calidad conceptual no permiten criticar un tipo penal por su excesiva amplitud.

La inclusión en el Derecho penal de nuevos intereses ha provocado un distanciamiento doctrinal entre quienes ven en estas transformaciones el nuevo motor para el desarrollo de la dogmática y de la legislación penal y, por otra parte, los que consideran que estas ampliaciones y modificaciones solo podrán acogerse si se adaptan a los criterios generales de legitimación del Derecho penal.

Lo cierto es que el expansionismo tiende a desnaturalizar las funciones del Derecho penal, y al separar el delito del contenido social y darle relevancia a los intereses manifiestos de los gru-

37 Hassemer: "El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho penal eficaz", *Estudios Penales y Criminológicos XV*, Universidad de Santiago de Compostela, 1992, pp. 190 y ss.

38 F. Herzog: "Límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales (Una perspectiva crítica ante el Derecho penal de peligro)", *Poder judicial*, No. 32, diciembre de 1993, pp. 29 y ss.

pos de poder en una sociedad, el *ius puniendi* se torna impreciso, inoperante, simbólico, populista e incrédulo, en tanto se desvía la atención de la búsqueda de las soluciones al conflicto social para darle paso al voluntarismo y a las recetas eventuales del poder para disminuir la criminalidad, dejando así la selección y tutela de bienes jurídicos de responder eficazmente a las exigencias sociales.

El populismo punitivo

Con la sustitución del modelo del Estado social por un modelo de corte neoliberal, se ha producido en el campo del Derecho el abandono de un Derecho resocializador garantista (con todas sus carencias) y la apuesta por un Derecho de tipo vindicativo. La fórmula actual de este Derecho vindicativo que corresponde al modelo neoliberal es el populismo punitivo.³⁹

En los últimos años, la necesidad de aparecer como certeros e implacables ante el crimen se ha acentuado por el hecho de que los asuntos de seguridad son, en muchos países, el primer tema de la agenda gubernamental y del debate público. De ahí, que si la ideología que sigue la concepción teórica de la relación social como fundamento y acreditación de la selección de bienes jurídicos, tienen como fuente principal la sociedad, esta, conmovida por la publicidad de hechos y delincuentes, acaba confundiendo la verdad mediática con la verdad jurídica.

De esta forma, la intervención e influencia de los medios de comunicación, en connivencia con otros aparatos estatales, o no, le están dando un enfoque distinto a la percepción de la sociedad sobre el delito y sus comisores, llevándolos a aceptar la necesidad de incorporar nuevas conductas delictivas y de penalizar con extrema severidad y afectando las garantías jurídicas, manifestaciones y actitudes que eran insospechadas en otras épocas, como ha ocurrido en muchos países latinoamericanos con la creación del llamado delito de “femicidio”.

39 Amat y Joan Lara León: “El conflicto social en la globalización neoliberal y el neoconservadurismo: entre las nuevas guerras y el populismo punitivo”, *Revista Crítica Penal y Poder Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos*, No. 4, Universidad de Barcelona, 2013, p. 224.

En estos casos, donde ha estado presente el populismo punitivo o los juicios paralelos,⁴⁰ como expone Vidal, se fomenta un clima social donde los valores en juego los dominan, totalmente, los medios,⁴¹ transformando radicalmente la experiencia colectiva frente al delito.

El impacto de los medios, en el criterio de Barata, se produce cuando se crean olas mediáticas con una visión desproporcionada de los hechos delictivos, una insistencia injustificada en el conflicto, el uso de un estilo narrativo sensacionalista y la presentación como próximos y peligrosos hechos que están alejados de nuestros contextos sociales.⁴²

Los medios y el conjunto de las llamadas industrias culturales son poderosas herramientas que producen, especulan y movilizan las creencias sobre el mundo del delito, tanto en el plano racional como en el psicológico.⁴³ La sociedad no se nutrirá, entonces, de las víctimas o de su propia realidad, constituidas como las fuentes tradicionales para saber del mundo criminal y evaluar la dañosidad social del delito; en estos tiempos, la fuente directa del conocimiento no será otra que la visibilidad mediática de la criminalidad, incluso, a través de los familiares de las víctimas del delito, los cuales se hallan en el centro del discurso mediático.

Es preocupante cómo los medios han convertido a los familiares de las víctimas en verdaderos grupos de presión y sujetos políticos, con una gran capacidad para movilizar los sentimientos colectivos,

40 El concepto de juicios paralelos es uno de los más utilizados y fue definido por Espín Templado como el conjunto de informaciones aparecidas a lo largo de un periodo de tiempo en los medios de comunicación sobre un asunto *sub iudice*, a través de los cuales se efectúa por dichos medios una valoración sobre la regularidad legal y ética del comportamiento de personas implicadas en los hechos sometidos a valoración. Esta valoración se convierte ante la opinión pública en una suerte de proceso en el que los diversos medios de comunicación ejercen los papeles de fiscal, abogado defensor y muy frecuentemente de juez. Espín Templado: “En torno a los llamados juicios paralelos y la filtración de noticias judiciales”, *Poder judicial*, número especial XXIII, España, 1990, p. 123.

41 José María Vidal: *Poder Judicial y medios de comunicación: ¿Conflicto de poderes o conflicto de interés? Reflexiones sobre el uso y abuso de esta relación más allá del objetivo intrínseco de los procesos judiciales*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2001, p. 153.

42 Francesc Barata: *La construcción mediática de la culpabilidad, estudios críticos sobre un sistema penal*, Editora Ledze, Curitiba, Brasil, 2012, p. 737.

43 *Ídem*.

y promover cambios penales, so pretexto de demandas sociales y, todo ello, concluye con un simbolismo del Derecho penal, en el que se pretende tranquilizar los supuestos alarmistas de los ciudadanos, que combatir de forma eficaz la delincuencia.

Sin duda, el discurso mediático influye en el sistema penal y en el diseño de las políticas criminales; cultiva, además, la punición anticipada y genera alarmas sociales en las que se sustenta luego el populismo punitivo y la expansión penal.

El simbolismo penal y el Derecho penal de riesgo

La misión del Derecho penal en el posmodernismo ha perdido sustento. No es exclusiva su presencia en la protección del ser humano y en la salvaguarda de sus derechos fundamentales. La tendencia es a la tutela de funciones que garanticen el normal desarrollo del sistema social, en el cual se protegen relaciones de fidelidad y de consenso para una buena marcha del sistema, generándose para ello un intenso control social sobre las personas que constituyen un factor de riesgo.⁴⁴

Cuando el Derecho penal se orienta en esa dirección, rebasa el simbolismo racional, y su abuso terminará deslegitimando al propio sistema y declarándolo inoperante como ocurre actualmente en el enfrentamiento a la criminalidad mediante leyes extremadamente severas que, igualmente, crean una expectativa en la ciudadanía, que desconocedora, cree en la solución de los conflictos mediante el uso indiscriminado del Derecho penal.

El Derecho penal simbólico, concebido, entre otros, por Carl Schmitt y ampliado en el discurso de Jakobs,⁴⁵ se caracteriza por el surgimiento de nuevos delitos que aparentemente tan solo cumplen efectos meramente simbólicos. Se construyen, y utilizan los tipos delictivos con el objetivo de dar la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido a resolver los conflictos sociales,

44 Carlos Sánchez Escobar: “Bien jurídico y principio de lesividad. Bases históricas y conceptuales sobre el objeto de protección de la norma penal”, *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, No. 5, RDMCP-UCR, 2013.

45 Günther Jakobs: *Derecho penal. Parte general. Fundamento y teoría de la imputación*. Trad. Cuello Contreras González de Murillo, 2ª. ed., Madrid, 1977, pp. 8 y ss.

buscando los efectos de comunicación política a corto plazo en la aprobación de las correspondientes normas.

Una de sus características está asociada a la creación de nuevas figuras delictivas en evitación de riesgos, y en la que resulta difícil desdibujar el bien jurídico protegido. El modelo social que se ha denominado “sociedad de riesgos” o “sociedad del riesgo”, encuentra su génesis en la aparición de avances tecnológicos sin precedentes en la historia de la humanidad. Este hecho resulta sumamente interesante y paradójico en el sentido que estos avances técnicos han implicado un gran bienestar para la humanidad y, a la vez, causa directa del nacimiento o configuración de la inseguridad ciudadana ante el riesgo.⁴⁶ Así, en este nuevo orden de cosas, la violencia, el riesgo y la amenaza constituyen hoy fenómenos centrales de la percepción social que aparentemente deben ser corregidos por el Derecho penal.

La creación de nuevos “bienes jurídico-penales”, la ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, la flexibilización de las reglas de imputación y la relativización de los principios político-criminales de garantía, no serían, sino aspectos de esta tendencia general a la que los autores se refieren de igual manera con el nombre de “expansión”.⁴⁷

Otra de las características del Derecho penal simbólico actual no es solo promulgar normas para crear sensación de seguridad, sino también normas penales, listas para ser aplicadas cuando convengan en la lucha contra el “enemigo”.

La internacionalización del delito y el contenido vinculante de los tratados y las normas de carácter internacional derivadas de la relación entre el Derecho penal y el movimiento globalizador

El Derecho penal ha dejado de ser el compendio de normas consignadas en un Código penal. Hoy, hay que entenderlo en su complementación con los tratados y convenios internacionales que exigen reglas de interpretación y aplicación bajo el compromiso de

46 Winfried Hassemer: *Crítica al Derecho penal de hoy*, Trad. Patricia S. Ziffer, 1998, pp. 5 y ss.

47 Jesús María Silva Sánchez: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*, Ed. Civitas, 1999, pp. 18 y ss.

cumplir con el contenido de las normativas que son aprobadas por la comunidad de estados.

Las ideas de soberanía absoluta y nacionalidad de los siglos XVIII y XIX llegaron hasta el Derecho penal con la impronta de que las únicas normas jurídicas vinculantes y de acatamiento sin reparos eran las nacionales. Esta postura, unida a los efectos que irradiaron sobre los derechos fundamentales en el ámbito constitucional, soslayó la presencia en las normas penales de los postulados internacionales.

En la actualidad, la selección de bienes jurídicos penales inclina también su mirada a la legislación internacional que exige un orden de tutela, no solo hacia los derechos humanos fundamentales, sino también a los fenómenos delictivos provenientes de la delincuencia transnacional, transfronteriza e internacional. Esa selección de los bienes jurídicos es el resultado de los efectos vinculantes de las normas internacionales, especialmente en materia de colaboración y, en no pocas ocasiones, por la incidencia que se viene reportando en el entramado social: nacional e internacional.

Así, aparecen bienes jurídicos, mayoritariamente colectivos, que son tutelados por el Derecho penal interno asociados a delitos de carácter internacional como el genocidio, el apartheid, la piratería, el terrorismo, etc.; u otros, agrupados en fenómenos relacionados con el tráfico y trasiego ilícito de drogas, armas, personas, órganos humanos y especies; así como delitos que son el resultado de la protección necesaria al orden económico internacional, entre los que encontramos el lavado de activos y la corrupción en el ámbito de las transacciones comerciales.

Como apunta Terradillos Basoco, la globalización difícilmente permitirá hablar de una política criminal unitaria, al menos coherente y justa. La globalización, como fenómeno esencialmente económico, deriva también hacia la mundialización de determinadas manifestaciones delictivas –como pueden ser a título de ejemplo, la delincuencia organizada en general y el terrorismo en particular– que requieren de respuestas transnacionales. Se produce, en definitiva, una globalización del crimen y una globalización de las respuestas frente al crimen.⁴⁸

48 Juan M. Terradillos Basoco: “El Derecho penal de la globalización: luces y sombras”, en *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 187 y ss.

El *delito* es el objeto de atención de la política criminal y del Derecho penal, los que se ven impactados si dicho objeto experimenta cambios; si el delito se *internacionaliza*, si trasciende las fronteras nacionales y ramifica sus actividades en amplios ámbitos de influencia, también la política criminal y el Derecho penal se internacionalizan; y esa *internacionalización*⁴⁹ acarrea otras consecuencias entre las que se encuentra la selección de bienes jurídicos ante las exigencias de transformación y revisión de los tipos penales, los que son afectados por la crisis de criterios y principios que han orientado al Derecho penal tradicional.⁵⁰

Moreno ha señalado la fuerte tendencia que en la actualidad, al menos en el plano teórico, tiene la vigencia de políticas criminales ajustadas a los lineamientos y directrices que marcan las constituciones políticas y los instrumentos internacionales, cuyas estrategias, guiadas por el combate a la delincuencia organizada, ponen en entredicho principios que el Derecho penal logró armonizar y perfeccionar desde la segunda mitad del siglo XVIII.⁵¹

La tendencia, como explica Morillas, será por tanto, hacia una protección penal coordinada y colectiva de bienes fundamentales para el desarrollo de las comunidades, y de protección a las libertades de todos los ciudadanos, consiguiéndose, de esta forma, un Derecho penal de carácter internacional, que le haga frente a las nuevas formas de criminalidad que han de surgir de la expansión globalizadora, sin dejar de atender a las peculiaridades concretas que van apareciendo en cada Estado, y la protección especial a los derechos humanos.⁵²

49 Hablar de internacionalización del delito en los tiempos actuales, es referirse a una serie de fenómenos que se presentan hacia el interior de los estados nacionales y que, debido a múltiples factores, trascienden las fronteras nacionales, ramificando sus actividades y logrando con ello que crezcan notablemente sus ámbitos de influencia. Sin duda, el ejemplo más representativo de esta internacionalización o transnacionalización del delito lo constituye el fenómeno del narcotráfico. Moisés Moreno Hernández: *La internacionalización del delito, de la política criminal y del Derecho penal*, Instituto Nacional de Estudios e Investigación Jurídica, Ed. Nicaragua, 2009, p. 35.

50 Moreno: *Op. cit.*, p. 8.

51 *Ídem*, p. 11.

52 Lorenzo Morillas Cuevas: "El Derecho penal mínimo o la expansión del Derecho penal", ponencia presentada en el Encuentro Internacional Escuela de Verano de La Habana sobre temas penales contemporáneos, La Habana, 20 de julio de 2005.

El riesgo, sin duda, está en tomar ideas penales de otras latitudes y otros tiempos y aplicarlas, sin más, a un medioambiente distinto para el que fueron concebidas.

El acelerado desarrollo internacional ha generado estrechos vínculos *supranacionales*, que se manifiestan, sobre todo, en el ámbito de la economía, pero también en otros aspectos de la vida social, política, cultural, jurídica, científica y tecnológica, que superan la dimensión *intranacional* y que nos han ido conduciendo a una profunda interdependencia no solo entre los estados, sino, incluso, entre las organizaciones y los hombres que forman parte de ellos.

Por ello, los esquemas de organización política tradicionales se ven superados, obligando a buscar nuevas estructuras de entendimiento que van más allá de las fronteras convencionales. Es decir, si la comunidad internacional experimenta un innegable proceso de globalización en diversos órdenes, que encierran la consideración de diversos y nuevos problemas, ha surgido, también, la necesidad de enfrentarlos globalmente; así, se habla, por ejemplo, de *coalición mundial contra la pobreza*, *coalición mundial contra el terrorismo*, *combate globalizado del hambre y de la ignorancia*, *globalización en la lucha contra la delincuencia organizada*, entre otros mecanismos de coalición internacional contra el delito.

Aun, cuando el Derecho penal se internacionalice —lo que tiene que ver fundamentalmente con su ámbito de aplicación—, su misión central, seguramente, seguirá siendo la de proteger *bienes jurídicos* considerados de fundamental importancia, sea para lograr la vida ordenada en la comunidad, en un plano local o nacional, o bien para lograrlo en el ámbito de la comunidad internacional.

La falta de democratización del Derecho penal

La tendencia democratizadora del Derecho penal que se ha observado en el plano estrictamente formal no encuentra correspondencia en el plano material. El Derecho penal, en la actualidad, lamentablemente ha quedado reducido a un mero discurso administrativo o policial de enfrentamiento y represión al “enemigo”.⁵³

La democratización del Derecho penal también parte de los criterios para delimitar la potestad punitiva estatal, cuyos pilares están

53 Moreno: *Op. cit.*, p. 21.

en el reconocimiento y respeto de los derechos humanos. Las políticas penales para enfrentar el crimen, en cualquiera de sus extremos —minimalistas o expansionistas—, no pueden apartarse de las directrices delimitadoras del *ius puniendi*, en la que los derechos humanos constituyen un factor determinante. Tanto la maximización como el minimalismo en la selección de los bienes jurídicos nos lleva a pensar en una nueva concepción de la teoría de la relación social en concordancia con las tres funciones que cumple el bien jurídico como centro de la estructura dogmática en la construcción de la norma.⁵⁴ dogmática, sistemática e interpretativa.⁵⁵

Las leyes penales, por su parte, deben ser el resultado de un proceso reflexivo y científico y no de decisiones precipitadas. A finales

54 Hans-Heinrich Jescheck: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Ed. Comares, Granada, 1993, p. 233.

55 La función *dogmática* aparece porque la transgresión de la norma se explica como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley. En el campo dogmático, el concepto de bien jurídico también produce importantes efectos; por ejemplo, en lo relativo a la validez del consentimiento. En este ámbito, la correcta delimitación del bien jurídico es esencial para la consideración de la supremacía de valores que se produce.

La situación del consentimiento con relación a la agresión al bien jurídico también se encuentra afectada. Ello es verificable en la medida en que las diferentes teorías respecto de los bienes jurídicos pueden derivar diferentes conclusiones con relación a la posibilidad de la disposición de los bienes. Si se adopta una postura monista, colectiva o social, por ejemplo, la existencia de bienes jurídicos individuales solamente, se justifica en la medida en que estos bienes reflejen un interés colectivo, ya que los bienes jurídicos individuales constituyen simples atribuciones jurídicas de las funciones del Estado. En este orden se encuentra limitada cualquier disposición de bienes jurídicos bajo este fundamento, sean estos individuales o colectivos.

La función sistemática se identifica porque con el bien jurídico por referencia, se tiende a establecer jerarquías en las infracciones particulares contenidas en la parte especial. En el ámbito de la organización normativa, el concepto de bien jurídico sirve a la función de clasificación para permitir la agrupación de los tipos penales, en un cuerpo legislativo, según la especie y la intensidad de la protección necesaria. Finalmente, se cumple, además, una función *interpretativa*, siendo el bien jurídico la base sobre la cual se estructura el tipo penal; será a partir de él donde se inicia la labor exegética. La tarea de la hermenéutica jurídico-penal moderna es reinterpretar las categorías dogmáticas según el baremo político-criminal. Así que la adecuada comprensión de la norma debe tener por elemento referencial el punto que sintetiza los objetivos del Derecho penal, es decir, la protección de bienes jurídicos. Busato: *Op. cit.*

del siglo xx es perceptible una firme tendencia hacia la consolidación de *sistemas democráticos*, pero, no puede negarse la presencia de orientaciones opuestas cada vez más crecientes, motivadas por la propia transformación que el delito ha experimentado en los últimos tiempos y, sobre todo, por los procesos de *internacionalización* del delito, que ha traído como consecuencia la internacionalización de la política criminal y del Derecho penal.

De igual manera, el propio desarrollo de la ciencia y de la tecnología ha motivado la generación de nuevas necesidades y de exigencias de protección, así como la creación de nuevos tipos penales entre los que se destacan los llamados *delitos de peligro abstracto*, que implican una intervención anticipada del Derecho penal.

También se perciben legislaciones con un marcado endurecimiento de los medios de reacción penal, o que claramente se apartan de los criterios de garantistas, como ciertas *leyes de excepción* que se han originado en algunos países, particularmente contra el narcotráfico u otras manifestaciones de la delincuencia organizada. El Derecho penal, lejos de ser un instrumento al servicio del hombre para satisfacer necesidades de justicia y seguridad pública, se ha ido convirtiendo en un instrumento de sujeción del hombre.

Los problemas sociales deben resolverse según su naturaleza y no con respuestas penales. Lo que hoy está ocurriendo en el Derecho penal forma parte de una de las etapas por las que transita la humanidad. En los siglos xv y xvi la revolución mercantil y el colonialismo reflejaron un pensamiento jurídico penal, que se manifestó en la arbitrariedad y un castigo a través de la pena desmedida y horripilante; la revolución industrial y el neocolonialismo de los siglos xviii y xix causaron genocidios y explotaciones en los que tuvo como aliados al Derecho penal con el resurgimiento del pensamiento positivista y también hubo ideas que se consagraron en el iluminismo penal. En la actualidad, la revolución tecnológica y la globalización han abierto nuevas perspectivas y, también, retrocesos a ideologías pasadas para la aplicación del Derecho penal que también se refleja en sus normas.

La propuesta, por tanto, como ha dicho Zaffaroni, es a no asumir actitudes apocalípticas, sino críticas, frente a un cambio de paradigma que tiende a alterar el significado de las cosas,⁵⁶ y en ello

56 Eugenio Raúl Zaffaroni: *Política y dogmática jurídico penal*, INACIPE, México, 2002, pp. 32 y ss.

un papel decisivo lo tendrá la participación de los ciudadanos en la toma de las decisiones respecto al ejercicio del poder coactivo. La democratización del Derecho penal será, entonces, componente y parte de la función limitadora que poseen los bienes jurídicos sobre un nuevo poder punitivo.⁵⁷

Que el bien jurídico dependa del sistema social como han expresado Bustos, Hormazábal y Quirós, significa que su contenido se proyecta hacia el cuerpo y la realidad social;⁵⁸ justamente, la participación de la sociedad en la selección no puede reducirse a un cuerpo de legisladores o a un grupo de representantes de los colectivos sociales. El voto directo de la población en su conjunto hacia la aprobación de las leyes sustantivas penales, o no, pudiera, en la actualidad, aminorar los desafueros y pretensiones del poder punitivo. Solo así estaríamos en condiciones de una verdadera democracia en la protección y funciones del Derecho penal.

Para concretar esto, Bustos sostiene que un concepto crítico de bien jurídico —que permita limitar todavía más el principio conforme con el cual la intervención estatal solo debe tener lugar en tanto sirva para mantener la “organización política dentro de una concepción hegemónica democrática”⁵⁹— debe girar en torno a la persona humana en tanto ente de una sociedad democrática.

Conclusiones

En los criterios expuestos se plantea la necesidad de revisar a fondo y hacer un balance de la situación actual del Derecho penal, para determinar si tal como está se encuentra aún en aptitud de cumplir con el objetivo para el que fue diseñado, o no; y, en su caso, cómo debe transformarse y cuáles han de ser los rumbos que deberá seguir como instrumento, cuya importante función es la de garantizar la protección de los bienes jurídicos más valiosos de los individuos y de la colectividad, así como cuáles serán los rumbos u

57 Matías Eidem: “Bien jurídico y límites al poder punitivo”, *Revista Electrónica Derecho penal online*, 2011, disponible en www.derechopenalonline.com.

58 Juan Bustos: *Obras completas. Control social y otros cambios*, t. II, Ediciones Jurídicas, Santiago, 2007, p. 113.

59 *Ídem*, p. 96.

orientaciones de las construcciones teóricas que en torno suyo habrán de realizarse.

La dogmática penal tiene que desembarazarse de todo aquello que la ha convertido en una “disciplina pretenciosa y abstrusa, de menor substancia de la que se le atribuye”⁶⁰ y convertirse en una disciplina que pueda ser recorrida no solo por los iniciados, sino, incluso, por quienes toman las decisiones político-penales; es decir, la dogmática penal debe dejar de ejercer en el vacío y conectarse más con la realidad.

Los bienes jurídicos cumplen una función más amplia y compleja, que comprende no solo los bienes que se derivan de los derechos fundamentales, sino también de las fluctuantes relaciones sociales entre los individuos y, también, entre estos y el Estado.

Lo que incumbe, eso sí, es filtrar la norma penal en sus aspectos de validez y legitimidad a través de la verificación del cumplimiento efectivo de la misión del Derecho penal, consistente en la protección de bienes jurídicos. Así, la identidad de la norma penal y la protección de bienes jurídicos no es una realidad ontológica, sino una propuesta de *lege ferenda*.

La protección de bienes jurídicos no se identifica ni procede de la norma, sino que la norma, para cumplir sus propósitos de validez y legitimidad, debe reflejar la protección de un bien jurídico,⁶¹ y por ser así, el fin de protección de bienes jurídicos aparece como más adecuado a las propuestas político-criminales de un Estado social y democrático de Derecho, ya que esta base material constituye la génesis y la idea que preside la formación del tipo. De suerte, que a partir de esta base material se puede observar sobre qué gira la base selectiva del legislador penal,⁶² cohibiendo con ello, cualquier posible disfunción o desviaciones en el ámbito de protección que no le competen al Derecho penal.

Tal como se destacó, los bienes jurídicos, para ser elevados, deben guardar vínculo con el sujeto, pues es en función de este que

60 Zaffaroni: *Op. cit.*, p. 32.

61 Busato: *Op. cit.*

62 Raúl Peña Cabrera: “El bien jurídico en los delitos económicos (con referencia al Código penal peruano)”, en *Revista brasileira de ciências criminais*, vol. 11, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, pp. 36-49.

se eligen. La justificación de la selección de un ente cuya lesión habilitará la última ratio estatal, tiene que estar relacionado con el individuo. Ello es así, porque el Estado, desde su concepción, surge como utilidad al sujeto, de ahí que los bienes seleccionados no podrán referirse arbitrariamente a la protección de un individuo o grupos en concreto. La tarea es, por tanto, la de ponderar y seleccionar de entre las conductas sociales aquellas que contengan una mayor negatividad en el juicio de desvalorar frente a los bienes jurídicos protegidos.

Los principios de intervención mínima, proporcionalidad y resocialización en la era del expansionismo irracional del poder punitivo del Estado

ARNEL MEDINA CUENCA

Introducción

LOS primeros años del siglo XXI, que al decir de algunos se inició con la caída del muro de Berlín el 9 de noviembre de 1989, y para otros, el 11 de septiembre de 2001, se han caracterizado por un expansionismo acelerado e irracional del Derecho penal, amparado en la necesidad de perfeccionar la lucha contra el crimen organizado transnacional y el terrorismo, que se distingue por la aparición de nuevas modalidades delictivas, el incremento de las penas y un mayor rigor penitenciario, mientras que cada día se habla menos de la necesidad de prevenir el delito con la aplicación de políticas de inclusión de los excluidos de siempre y de los que se le han ido incorporando, como consecuencia de las frecuentes crisis económicas.

La denominada sociedad de riesgo y la aparición de fenómenos delictivos congruentes con ella, está requiriendo de una política criminal, en la que se logre la necesaria armonía entre la necesidad de adaptar el Derecho penal al surgimiento de nuevos intereses de protección o la revalorización de algunos ya existentes, y la vigencia de los principios limitativos del derecho de castigar de los estados, consagrado en numerosos instrumentos jurídicos internacionales de protección de los derechos humanos y en las constituciones nacionales.

En 2012, según datos de las Naciones Unidas, casi medio millón de personas (437 000) perdieron la vida a causa de homicidios dolosos en todo el mundo. Más de una tercera parte de estos (36%) tuvieron lugar en el continente americano, 31% en África, 28% en Asia, mientras que Europa (5%) y Oceanía (0,3%) presentaron las tasas más bajas de homicidios a nivel mundial.¹

1 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). Estudio Mundial sobre el Homicidio. Resumen Ejecutivo, 10 de abril de 2014, p. 1. Na-

La delincuencia forma parte de la estructura normal de una sociedad; el delito no se encuentra en la mayoría de las sociedades, sino en todas, aunque cambia en sus manifestaciones; lo normal es, sencillamente, que exista una delincuencia y que cada sociedad asuma, sin sobrepasarse, un cierto límite que no es imposible fijar. Más aún, constituye un factor de salud pública; una parte integrante de toda sociedad sana. El delito es normal porque una sociedad sin él sería completamente imposible, en palabras de Durkeim,² por ello, resulta necesario crear un conjunto de medidas que contribuyan a la disminución de la delincuencia en todas las sociedades, deben ser estructuradas desde la política social, como marco general, hasta la política criminal como marco particular o especial, donde la prevención desempeña un papel trascendental.

Para combatir a los traficantes de armas, drogas y seres humanos, que junto al terrorismo, la corrupción y otros males se encuentran en el centro de la preocupación de los gobiernos, los partidos y la sociedad civil, un sector minoritario de la doctrina penal y criminológica considera necesaria la promulgación de normas penales de mayor severidad, con la inclusión de nuevos delitos y un sistema de justicia penal que coloque en el centro de su actividad la defensa de la sociedad, en detrimento de las garantías penales y procesales por las que la humanidad ha luchado durante siglos y que cuentan con reconocimiento universal.

Los principios limitativos del *ius puniendi*, como los de legalidad, intervención mínima, igualdad, humanidad de las penas, proporcionalidad y resocialización, entre otros, por los que la humanidad ha luchado durante siglos y han alcanzado rango constitucional, ahora comienzan a ser valorados de modo diferente y de igual forma, se relativizan las garantías procesales, cuando se identifica al delincuente con el enemigo y, por lo tanto, sus derechos se interpretarán de otra manera.

Como resultado de la política de mayor rigor en todos los ámbitos, que caracteriza al denominado Derecho penal moderno, se pro-

ciones Unidas. Disponible en: www.unodc.org/documents. Consultado: 15 de abril de 2014.

2 Émile Durkheim: *Las reglas del método sociológico y otros escritos sobre filosofía de las ciencias sociales*, Ediciones Altaya, Madrid, 1995, p. 34.

duce una menor incidencia de los principios de intervención mínima y proporcionalidad de la pena y, en consecuencia, se penalizan conductas de escasa peligrosidad social, se incrementan las sanciones, disminuyen los beneficios penitenciarios y la excarcelación anticipada y disminuyen las posibilidades de aplicación de alternativas a las penas privativas de libertad, entre otras consecuencias de dichas políticas.

Se está produciendo un retorno al denominado Derecho penal de autor, a las medidas de seguridad, los tipos penales abiertos y otros males que ya parecían superados como resultado de los esfuerzos de cientos de miles de hombres y mujeres de buena voluntad, que en diferentes épocas, han contribuido al reconocimiento universal de los derechos humanos fundamentales.

Los últimos años parecen caracterizarse por un desmedido protagonismo del Derecho penal como nos señala con acierto el profesor Carbonell Mateu, al afirmar que: Basta asomarse a los medios de comunicación para comprobar que un elevadísimo porcentaje de sus contenidos está relacionado de manera más o menos directa con jueces, tribunales, crímenes, delitos, penas, policías, sobornos, prevaricaciones, etc. La vida política depende de sentencias judiciales y la amenaza con recurrir a los tribunales es constante [...] Allí donde la pena resulta innecesaria, es injusta, como se viene diciendo desde Beccaria y reconoce la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. No solo no debe intervenir el Derecho penal allí donde no es necesario, bien porque puede ser el bien jurídico tutelado por otros mecanismos menos costosos, bien porque no necesita de tutela alguna, sino que hay que proclamar que la intervención ha de ser también la mínima imprescindible; por consiguiente, la consecuencia jurídica, la pena, ha de ser la menor de las posibles.³

El profesor Zaffaroni ha expresado al respecto que las garantías penales y procesales penales no son producto de un capricho, sino el resultado de la experiencia de la humanidad acumulada en casi

3 Juan Carlos Carbonell Mateu: *Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad*, Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones Universidad, Salamanca, Cuenca, 2001, pp. 129 y 131. Disponible en: portal.uclm.es/. Consultado: 28 de mayo de 2014.

un milenio, en lucha constante contra el ejercicio inquisitorial del poder punitivo, propio de todas las invocaciones de emergencias conocidas en todos estos siglos, en que el poder punitivo descontrolado emprendiendo empresas genocidas causó más muertes y dolor que las propias guerras.⁴

Con el surgimiento de nuevas y complejas formas de criminalidad y, especialmente, las relacionadas con la denominada criminalidad organizada, se justifica que junto al proceso de discriminación de determinadas conductas de escasa peligrosidad social, exista en la actualidad una tendencia a criminalizar otras, como el terrorismo, el tráfico ilícito de migrantes, la trata de personas, el lavado de activos, la protección penal del ambiente, los delitos informáticos, los relacionados con la corrupción y muchos más. Se trata de conductas que por el perfeccionamiento del modo de actuar de sus comisores, en la era de la globalización, requieren de frecuentes modificaciones de los tipos penales y, en ocasiones, de un mayor rigor en el sistema de sanciones y de una especial dedicación de la comunidad internacional y de los estados nacionales, con una tendencia, en los últimos años, a regularlos por leyes especiales, lo que rompe la sistematicidad de los códigos penales y afecta la armonía de la legislación penal.

En el actual escenario mundial y regional, el enfrentamiento a la violencia y a sus manifestaciones más peligrosas, que son las vinculadas a la delincuencia organizada, resulta complejo y se mezcla demasiado con las campañas electorales, el oportunismo político y la aplicación de políticas extremas desde los gobiernos, que en lugar de resolver el problema, lo que hacen es agudizarlo y demostrar que el combate a la violencia con la violencia institucional, conduce a un camino sin salida. Se trata de un tema que no podemos dejar de abordar con sentido crítico, al menos los que continuamos pensando que la solución al incremento de la criminalidad hay que buscarla en las políticas de inclusión social, con medidas preventivas, y no

4 Eugenio Raúl Zaffaroni: “Globalización y crimen organizado”, conferencia de clausura de la primera Conferencia Mundial de Derecho penal, organizada por la Asociación Internacional de Derecho penal (AIDP) en Guadalajara, Jalisco, México, pronunciada el 22 de noviembre de 2007. Disponible en: www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/globalizacion_crimen_organizado.pdf. Consultado: 26 de abril de 2014.

en el aumento del rigor de las penas, ni en la construcción de más cárceles.⁵

Intervención mínima

Los fundamentos de lo que hoy conocemos como el principio de intervención mínima los podemos encontrar en las luchas contra los poderes ilimitados que se concentraban en manos de los monarcas —en la segunda mitad del siglo XVIII— que dieron origen a la doctrina política del liberalismo, caracterizada por importantes reivindicaciones sociales en el ámbito personal, religioso y económico, que en relación con el Derecho penal se materializaron en la lucha contra las leyes penales rígidas y la severidad de las penas.

La mayor expresión de los ideales del liberalismo en el Derecho penal fue Cesare Beccaria, que con su obra *De los delitos y de las penas*, lanza los fundamentos de un sistema penal garantista y limitador del poder punitivo, que sustentan las proposiciones doctrinales presentadas más tarde, y que llegan hasta nuestros días.⁶

El sistema presentado por Beccaria está constituido, básicamente, por un elenco de garantías que limitan la intervención punitiva del Estado, que era el reclamo de la sociedad de la época, o sea, limitar el poder del soberano a través de la libertad e igualdad del ciudadano, que responde a una nueva perspectiva, basada en la valorización de la persona, con afirmación del principio de la dignidad humana, donde esta ya no es vista como cosa, sino asegurando su libertad e igualdad.⁷

5 Eduardo Blaustein: *Prisiones privatizadas en EE.UU., modelo de exportación. Mazmorras Inc.* En Servicio Informativo Ecueménico y Popular (SIEP), EL Salvador, 2006. Disponible en: www.ecumenico.org. Consultado: 13 de mayo de 2014. Vid. la expresión atribuida al experto en sistemas penitenciarios de Estados Unidos, Robert Gangi: *Construir más prisiones para detener el delito es como construir más cementerios para detener las enfermedades mortales*.

6 Adela Asúa Batarrita: “Reivindicación o superación del programa Beccaria”, en *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1990, pp. 9-10.

7 Pablo Milanese: *El moderno Derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima*. Tomado del sitio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Fribourg, p. 3. Disponible en: www.unifr.ch/ddp1. Consultado: 22 de abril de 2014.

Según este principio, denominado a partir de Muñoz Conde “principio de intervención mínima”, el Derecho penal ha de ser la *última ratio*, el último recurso al que hay que acudir a falta de otros menos lesivos, pues si la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse, en ciertos casos, con medios menos graves que los penales, no es preciso ni se deben utilizar estos. Incluso aunque haya que proteger bienes jurídicos, donde basten los medios del Derecho civil, del Derecho público o, incluso, medios extrajurídicos, ha de retraerse el Derecho penal, pues su intervención –con la dureza de sus medios– sería innecesaria y, por tanto, injustificable. También debe haber subsidiariedad dentro de las propias sanciones penales, no imponiendo sanciones graves si basta con otras menos duras.⁸

Muñoz Conde y García Arán, destacan el hecho de que al Derecho penal, en el contexto del ordenamiento jurídico, le corresponde la tarea más ingrata: “la de sancionar con las sanciones más graves los ataques más intolerables a los bienes jurídicos más importantes, y, en este sentido, sí se puede decir que el Derecho penal debe ser subsidiario del resto de las normas del ordenamiento jurídico, por cuanto en ello se expresa su carácter de *última ratio*; es decir, cuando el ataque no sea tan grave o el bien jurídico no sea tan importante, o cuando el conflicto pueda ser solucionado con soluciones menos radicales que las sanciones penales propiamente dichas, deben ser aquellas la aplicables”.⁹

La presencia de un bien jurídico merecedor de tutela penal constituye un presupuesto para legitimar la facultad del Estado de instituir delitos y penas, pero en consecuencia, con el principio de intervención mínima, se exige, además, que la intervención del Derecho penal resulte necesaria, que se hayan agotado todas las posibilidades de buscar otras soluciones menos lesivas. “Se habla así del principio de intervención mínima, que debe entenderse en un doble sentido: se ha de castigar tan solo aquellos hechos que necesiten ser penados, y para la sanción de tales hechos se deben preferir penas que, sin dejar de ser adecuadas y eficaces, resulten

8 Diego Manuel Luzón Peña: *Curso de Derecho penal. Parte general I*. El ius puniendi (*la potestad punitiva*), Editorial Universitas S.A., 1996, p. 82.

9 Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán: *Derecho penal. Parte general*, 7ª. ed., revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 72.

menos onerosas”.¹⁰ La actual tendencia a criminalizar nuevas conductas, que si bien representan un peligro para la humanidad, no necesariamente deben ser combatidas con las armas del Derecho penal, sin ni tan siquiera experimentar primero con otros mecanismos como el Derecho administrativo sancionador, no contribuye a promover la necesaria racionalidad que debe caracterizar a una política criminal sensata y racional, propia del Estado de Derecho.

Intervención mínima, despenalización y expansionismo penal

El proceso despenalizador que caracterizó las últimas décadas del pasado siglo, evidenció el grado de aceptación que tuvo, en muchos países, la aplicación consecuente de este principio al prescindir del Derecho penal ante determinadas conductas que históricamente habían sido consideradas como delictivas; así son los casos del adulterio en la legislación española y del maltrato de obra y la conducción de vehículo motor sin poseer licencia de conducción, en Cuba, a partir de la vigencia del Código penal de 1987.

Roxin¹¹ valora la despenalización en un doble sentido, por la vía del no castigo en un Estado de Derecho de una conducta que atenta-se solo contra la moral, la religión o que condujere exclusivamente a la autopuesta en peligro, en la cual puede producirse una anulación sin sustitución de aquellos preceptos penales que no son necesarios para el mantenimiento de la paz social, pues entre las funciones que se le asignan al Derecho penal, no se encuentra la inhibición de semejantes formas de conducta, sino que este debe impedir el perjuicio ajeno, y tutelar las condiciones de la existencia social. Y a través del principio de subsidiariedad se abre una segunda vía en el ámbito de la despenalización, que significa que solo debería conmi-

10 María Dolores Fernández Rodríguez: “Los límites al *ius puniendi*”, en *Anuario de Derecho y Ciencias Penales*, t. XLVII, Facsímil III, Madrid, septiembrediciembre de 1994, p. 99. *Apud*, Exposición de motivos del Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980, donde aparecían valiosas reflexiones relacionadas con el Principio de Intervención Mínima que, sin embargo, no se veían reflejadas en el texto articulado de este proyecto.

11 Claus Roxin: “¿Tiene futuro el Derecho penal?”, *Revista del Poder Judicial*, tercera época, No. 49, Editor Consejo General del Poder Judicial, 1998, pp. 49-50.

narse bajo sanción penal una conducta socialmente lesiva allí donde la superación de la perturbación social no se puede alcanzar con otros medios extra-penales de menor injerencia, como ocurre con las sanciones administrativas del orden público, que por regla general, en la actualidad son sancionables con simples multas.

Los constantes avances y retrocesos que se producen en la tarea de consolidar una política penal, en la que sin dejar de proteger los bienes jurídicos, prevalezca la tendencia reduccionista en la aplicación del Derecho penal, por diversas razones generalmente mediáticas y al servicio de los intereses de las nuevas fórmulas del mercado, continúa siendo una aspiración de numerosos tratadistas, que ven con preocupación la tendencia imperante en muchos países¹² a una criminalización excesiva de determinadas conductas y

12 *Vid. a modo de ejemplo, en la legislación española, la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, que establece medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas que introducen negativos criterios retribucionistas, que se distancian de los fines de resocialización de las penas, con el argumento, expresado en la exposición de motivos de la Ley, de perfeccionar el ordenamiento jurídico con el fin de concretar la forma del cumplimiento de las penas para conseguir que se lleve a cabo de manera íntegra y efectiva y, en consecuencia, dar mayor protagonismo al principio de seguridad jurídica en esta materia, además de asegurar este derecho, la ley persigue un claro objetivo conforme con su propia naturaleza penal: el de lograr una lucha más efectiva contra la criminalidad. Como ha señalado autorizada doctrina penal, se continúa señalando en la exposición de motivos, que el mayor freno de los delitos no es la dureza de las penas, sino su infalibilidad, de modo que la certeza de un castigo, aunque este sea moderado, surtirá más efecto que el temor de otro más severo, unido a la esperanza de la impunidad o de su incumplimiento.*

Un ejemplo claro de cómo se relativizan los principios y garantías en correspondencia con la filosofía del denominado Derecho penal del enemigo, es el siguiente párrafo de la exposición de motivos de la Ley Orgánica No. 7/2003: “La flexibilidad en el cumplimiento de las penas y los beneficios penitenciarios tienen su razón de ser en el fin de reinserción y reeducación del delincuente constitucionalmente consagrado, pero, precisamente por ello, la legislación debe evitar que se conviertan en meros instrumentos al servicio de los terroristas y los más graves delincuentes para lograr un fin bien distinto”.

Que se adopten medidas de mayor severidad con los terroristas, cuenta con un alto grado de aceptación, pero la cuestión se complica cuando se le añaden “los más graves delincuentes” y las medidas se van extendiendo a una categoría no muy precisa de personas sancionadas a privación de libertad, con una tendencia al incremento de las categorías a incluir, como es el caso de las bandas organizadas, pues precisamente la tendencia actual de la criminalidad es al

a un irreflexivo aumento de las consecuencias jurídicas derivadas del delito.¹³

Los excesos que se aprecian, de modo creciente, en los últimos años, con la criminalización de nuevas conductas, incluidas algunas

desarrollo de este tipo de asociaciones delictivas. Los delitos de carácter transnacional han sido incluidos en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de noviembre de 2000, conocida como la Convención de Palermo, y sus dos protocolos complementarios, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire. Si bien la Convención de Palermo y sus dos protocolos adicionales están encaminados a promover la cooperación internacional para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional en los delitos relacionados con el lavado de dinero, la corrupción, la obstrucción de la justicia y el tráfico de drogas y de personas, que son los que están incluidos específicamente en el texto de la convención y sus dos protocolos, también incluyen los delitos graves (cuando la pena máxima prevista para el delito sea de al menos cuatro años de privación de libertad, u otra más grave), cuando sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado.

La Ley Orgánica No. 5/2010, de 22 de junio (BOE Núm. 152. Miércoles 23 de junio de 2010, Sec. I, pág. 54811), por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal Español, ha incrementado las penas de varios delitos y ha creado la muy discutida medida de seguridad de libertad vigilada, que se impone en la sentencia junto a la pena privativa de libertad, para que sea ejecutada con posterioridad a su cumplimiento, con una duración de hasta diez años.

Solo, a modo de ejemplo, podemos señalar lo regulado en el Artículo 379, inciso 1, del CPE, tal como quedó modificado por la referida Ley Orgánica, de 22 de junio de 2010, que sanciona con penas de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, al que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente y la forma en que quedó redactado el Artículo 384, que prevé penas de prisión de tres a seis meses o de multa de 12 a veinticuatro meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, para los que condujeren un vehículo de motor o ciclomotor, en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente y también al que realizare la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción.

13 Lorenzo Morillas Cueva: *Derecho penal. Parte general. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho penal. Ley Penal*, Editorial Dykinson, S. L. Madrid, 2004, p. 1.

de dudosa constitucionalidad,¹⁴ evidencian que el principio de intervención mínima está siendo abandonado con demasiada frecuencia y no siempre por causas que verdaderamente lo justifiquen.

Al respecto, Morillas Cueva coincide con Silva Sánchez en destacar cómo se constata “la existencia de una tendencia claramente dominante hacia la introducción de nuevos tipos penales, así como a una agravación de los existentes, que pueden enclavarse en el marco general de la restricción o la reinterpretación de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal; creación de nuevos bienes jurídico-penales, ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía que proyectan una clara tendencia hacia un desorbitado expansionismo que se manifiesta en diversos niveles de preocupación garantista y científica”.¹⁵

14 En España, la Ley Orgánica No. 15/2003 criminalizó el abandono de un animal doméstico en condiciones en que pueda peligrar su vida o su integridad, y recientemente la Ley Orgánica No. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal, le agravó las sanciones. Lo que se debate es el bien jurídico protegido constitucionalmente, y al respecto se han elaborado diversas teorías sobre si lo que se protege es la moral pública o las buenas costumbres, la conducta moral de la comunidad o una lesión al medio ambiente. Al respecto, el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni ha expresado que “[...] el bien jurídico en el delito de maltrato de animales no puede ser otro que la salud y el bienestar del propio animal. Se puede argumentar: ¿Cómo el animal puede ejercer esos derechos? Tenemos varios seres que no pueden y que nunca podrán ejercer derechos y que sin embargo son objeto de tutela jurídico penal: oligofrénicos profundos, fetos, descerebrados, dementes en los últimos estadios, son seres que no podrán nunca ejercer sus derechos, pero no por eso les negamos esos derechos. Negarle ese derecho es el equivalente a aquel argumento que sirvió de ideología básica para la masacre nazi-fascista, o lo que ocurrió en Francia, en los manicomios, durante la Segunda Guerra Mundial”, en conferencia impartida el 22 de septiembre de 2010, en Quito, en el acto de investidura como Doctor Honoris Causa de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, sobre “Los derechos de la naturaleza en la nueva Constitución ecuatoriana”. Vid. Hernán J. Rivadinegra, Editor: *Memorias de la XV Conferencia Continental de la Asociación Americana de Juristas. Justicia, soberanía, democracia e integración en América*, Quito, 2011, p. 14. Al respecto, considero que estamos en presencia de conductas criticables, pero que se pueden combatir con la intervención del Derecho administrativo.

15 Lorenzo Morillas Cueva: “El Derecho penal mínimo o la Expansión del Derecho penal”, *Revista Cubana de Derecho*, No. 25, La Habana, enero-junio de 2005, p. 107.

Frente a las transformaciones ocurridas en las diversas esferas de la vida social, se afirma que el Derecho penal clásico no posee elementos suficientes para el enfrentamiento de los problemas derivados de ellas. De acuerdo con Muñoz Conde, ese Derecho penal “carece de información suficiente sobre el efecto preventivo de sus disposiciones, exige una imputación del injusto a personas físicas individuales y requiere una prueba precisa de la relación causal entre la acción y los daños”.¹⁶

Esa presunta insuficiencia, provoca el surgimiento de un Derecho penal moderno, con características propias, actuando en sectores distintos que el Derecho penal clásico, con otros instrumentos y produciendo cambios en sus funciones, generando problemas de gran relevancia, que atentan directamente contra los fundamentos del Estado social y democrático de Derecho.¹⁷

El expansionismo del Derecho penal ya no se extiende solamente a las partes especiales de los códigos penales, incrementando el rigor de las penas, creando nuevas figuras delictivas –incluidas las de peligro abstracto–, o ampliando las existentes, sino que también ha incursionado en la parte general, instituyendo nuevas sanciones, y limitando la denominada adecuación administrativa de la pena. Tal parece que todos los problemas de la sociedad los vamos a resolver con la represión penal, lo que significa un retroceso a políticas criminales que parecían abandonadas desde la segunda mitad del pasado siglo.

Las crecientes exigencias de aplicar una mayor severidad penal a partir de diferentes posiciones para responder a las aparentes demandas de la sociedad, que generalmente son alentadas por los medios de comunicación que responden a determinados sectores de la opinión pública, provoca que cuando el legislador sustenta su política criminal en semejantes reivindicaciones “[...] corre el riesgo de incorporar al ordenamiento respuestas penalizadas a problemas falsos, en la medida en que el énfasis punitivista se alimenta de las noticias que aparecen en dichos medios de comunicación de masas, para los cuales, ni todos los sucesos se convierten en noticias, ni

16 Francisco Muñoz Conde: “Presente y futuro de la dogmática jurídico penal”, *Revista Penal*, 2000, p. 48.

17 Pablo Milanese: *Op. cit.*, p. 5.

todas las que se convierten en tales, tienen la repercusión necesaria para crear «alarma» en la sociedad”.¹⁸

De esta forma, la técnica de legislar sobre la base de los resultados de los estudios criminológicos y de las investigaciones científicas se sustituye por las campañas publicitarias, que no contribuyen al necesario equilibrio que debe existir entre la utilización del poder punitivo por parte del Estado y la aplicación de los principios de intervención mínima y de proporcionalidad de las penas.

Es, precisamente, en este contexto, en que ha ido cobrando fuerza la teoría del Derecho penal del enemigo que postula “despersonalizar” a los enemigos y, por ende, no someterlos a las penas medidas conforme con la culpabilidad, sino “contenerlos” para neutralizar su peligro. No es más que la reiteración de “las medidas de seguridad” para los multirreincidentes, habituales, etc., o sea, penas sin culpabilidad.¹⁹

Al analizar su aplicación en el panorama actual, el profesor Zaffaroni afirma con razón que “[...] en verdad, lo que se designa como Derecho penal del enemigo es práctica corriente en casi todo el planeta y en especial en América Latina, donde su instrumento preferido es la prisión preventiva, usada como pena principal y casi única, dado que casi el 70% de los presos latinoamericanos se hallan en prisión cautelar y suelen agotar la pena en ella, resulta muy claro que esta opera como una pena sin culpabilidad, anticipada a la sentencia normal.”²⁰ Sus principales características las podemos resumir en la construcción de tipos penales que suponen un adelantamiento al momento de la comisión del hecho delictivo, el retorno a las penas sin culpabilidad, el argumento de la necesidad de garantizar la seguridad de los ciudadanos frente al enemigo, penas desproporcionadas, recorte de las garantías procesales para determinados tipos de delincuentes y de delitos, y una disminución

18 María Alcaide Sánchez: “Medición de la respuesta punitiva y Estado y Derecho. Especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso”. Monografía asociada a *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso penal*, No. 24, Pamplona, España, 2010, p. 18.

19 Eugenio Raúl Zaffaroni: “¿Es posible una contribución penal eficaz a la prevención de los crímenes contra la humanidad?”, *Revista de la Asociación Americana de Juristas*, editada en Buenos Aires Argentina, septiembre de 2010, p. 32.

20 *Ídem*, p. 32.

y transformación de las instituciones dogmáticas. A tales fines, la utilización de leyes excepcionales o de emergencia (antimafia, antiterrorismo, anticamorra, antimaras) ha venido a alterar las fuentes de legitimación de un Derecho penal propio del Estado de Derecho.

Coincidimos con Milanese²¹ en que en el denominado Derecho penal moderno hay la evidente quiebra del principio de intervención mínima, lo que es inadmisibile en el Estado de Derecho, así que, o se elimina una parte (o incluso toda) de esa modernidad, o se corre el riesgo de transformar el Derecho penal en un simple símbolo, perdiendo su carácter de principal medio de coacción jurídica y de control social.

Por más que el Derecho penal clásico necesite de transformaciones a fin de atender las nuevas necesidades sociales, el núcleo de esos cambios no puede representar, de manera alguna, la infracción de los principios fundamentales que sustentan los requerimientos básicos de convivencia de los seres humanos.

A 250 años de la publicación de *Los delitos y las penas*, en 1764, podemos preguntarnos: ¿Qué queda de la obra que conmovió a la sociedad de su época y sentó las bases para la construcción de un Derecho penal más humano y equilibrado? No queda mucho, por lo que desde la academia nos corresponde insistir en la necesidad de retornar a la aplicación consecuente de reformas penales, procesales y penitenciarias, que despenalicen las conductas de menor dañosidad, que aun abundan en las leyes penales, disminuyan los límites mínimos de las sanciones privativas de libertad, flexibilicen los requisitos para acceder a la libertad anticipada, incrementen las penas alternativas y conviertan el principio de intervención mínima en el pilar fundamental de la política penal y penitenciaria. Para lograr estos propósitos se requiere que desde la comunidad internacional y los estados nacionales se diseñen estrategias, que prefieran la prevención y las políticas de inclusión social a la represión excesiva, en las que se evite, al menos en la medida de lo posible, que por circunstancias coyunturales y hasta de oportunismo político²²

21 Pablo Milanese: *Op. cit.*, p. 7.

22 Resulta frecuente en los parlamentos latinoamericanos y, también, en el español la presentación de proyectos legislativos que implican un retroceso a lo avanzado en la aplicación consecuente del principio de intervención mínima,

se produzcan retrocesos en las estrategias diseñadas que atenten contra tales propósitos.

Proporcionalidad de la pena

La exigencia del principio de proporcionalidad tiene entre sus antecedentes lo proclamado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, donde se señala que la ley no debe establecer más penas que las estrictamente necesarias y que estas deben ser proporcionales al delito.

En la obra cumbre de Beccaria²³ encontramos, entre otras concepciones en relación con la proporcionalidad de las penas, la de que debe haber una proporción entre los delitos y las penas, y al respecto, precisa que si se destina una pena igual a dos delitos que ofenden desigualmente la sociedad, los hombres no encontrarán un obstáculo más fuerte para cometer el mayor cuando este les acarree mayores ventajas, y concluye afirmando que uno de los mayores frenos del delito no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad.

Hay coincidencia en la doctrina en el hecho de que el principio de proporcionalidad de las penas o de prohibición de exceso se fue introduciendo como tal, paulatinamente, en los códigos penales a partir de la Revolución Francesa de 1789, pero no logró su consagración hasta finalizada la Segunda Guerra Mundial y las declaraciones internacionales que le sucedieron como la Declaración Universal de

que ha inspirado las reformas del sistema penal que se realizaron en la mayoría de los países de Iberoamérica en las últimas décadas del pasado siglo y en los primeros años del presente, con la característica de que en muchos casos han prosperado, sin que existan causas que verdaderamente lo justifiquen. A esta situación se unen las medidas que se han visto obligados a adoptar numerosos estados para el enfrentamiento al terrorismo y a la criminalidad organizada transnacional, fundamentalmente al tráfico de drogas, el lavado de activos (generalmente bajo la presión de los países más ricos) y el tráfico y la trata de personas, en las que, también, se cometen excesos, que conducen a un debilitamiento del Derecho penal del ciudadano y, en consecuencia, al fortalecimiento del denominado Derecho penal del enemigo, que sin mencionarse por su nombre, está entrando de contrabando en las leyes penales de numerosos países.

23 César Beccaria: *De los delitos y de las penas* (introducción, notas y traducción por F. Tomás Valiente). Reimpresión, Madrid, 1979, p. 71.

los Derechos Humanos,²⁴ adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, donde se materializan en regulaciones bien precisas, la eliminación de las torturas y de las penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes.

El principio de proporcionalidad de las penas exige, por una parte, que la pena sea proporcional al delito y, por la otra, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca sobre la base de la importancia social del hecho,²⁵ teniendo en cuenta su trascendencia en la propia sociedad que se pretende proteger con la norma.²⁶

En la Constitución española, si bien no aparece de forma explícita reflejado el principio de proporcionalidad, mayoritariamente la doctrina le confiere rango constitucional sobre la base de lo regulado en los artículos 1.1, que proclama como valores superiores del ordenamiento jurídico español la libertad, la justicia y la igualdad; el 15, que proscribe la tortura y las penas inhumanas o degradantes,²⁷ el 17.2, que precisa que la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averi-

24 *Instrumentos Internacionales de Protección de Derechos Humanos*. Publicado por el Instituto de Derechos Humanos y la Comisión de la Unión Europea, Talleres de Mundo Gráfico de San José de Costa Rica, 1998, p. 13.

25 Santiago Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, 6ª. ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2002, p. 133.

26 Nieves Sanz Mulas: *Alternativas a la prisión. Su viabilidad en las legislaciones centroamericanas, española y mexicana*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Talleres Impresos Chávez, México, 2004, p. 395. Al analizar los elementos que deben ser tenidos en cuenta en la valoración de este principio, precisa que “el principio de proporcionalidad, en su perspectiva más garantista, está obligado a ponderar tres entidades: la gravedad de la conducta, el bien jurídico a proteger y la consecuencia jurídica con la que se va a castigar”.

27 Lorenzo Morillas Cueva: *Derecho penal. Parte general*, p. 132, donde destaca que “la proporcionalidad de la pena con la gravedad del hecho cometido puede desprenderse del Artículo 15 de la Constitución. Para nuestro Tribunal Constitucional el juicio de proporcionalidad respecto al tratamiento legislativo de los derechos fundamentales y, en concreto, en materia penal, en relación a la cantidad y calidad de la pena sobre el tipo de comportamiento inculpativo debe partir en esta sede de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con que intenta conseguirlo”.

guaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y en el inciso cuarto del propio Artículo 17, que le asigna a la prisión provisional un límite máximo de duración, establecido por la ley.

Otros preceptos de esta Constitución como el Artículo 9.3, que ratifica la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y el 10.1 que afianza la dignidad de la persona, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, como fundamentos del orden político y de la paz social, aparecen también muy relacionados con la consagración del principio de proporcionalidad en la Ley Fundamental.

Por la Sentencia 65 del Tribunal Constitucional Español, de 22 de mayo de 1986, se ha precisado que el juicio de proporcionalidad corresponde, en principio, al legislador, pero que ello no impide que la proporcionalidad debe ser tenida en cuenta por el juez en el momento de la individualización de la pena, ni excluye que pueda plantearse la cuestión de inconstitucionalidad allí donde la ley señale penas desorbitadas.²⁸

En lo relacionado con la consideración de las penas como desproporcionadas, en correspondencia con lo postulado en el Artículo 15 de la Constitución Española, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como el Tribunal Constitucional Español,²⁹ han afirmado que solo ha de estimarse que una pena desproporcionada vulnera este precepto constitucional, en la medida en que conlleve sufrimientos físicos o psíquicos intolerables o provoque una humillación superior y distinta a la que supone toda condena.

28 Manuel Cobo del Rosal y Tomás Vives Antón: *Derecho penal. Parte general*, 3ª. ed., Valencia, 1990, pp. 71 y ss.

29 María Luisa Cuerda Arnau: “Aproximación al principio de proporcionalidad en el Derecho penal”, en *Estudios jurídicos en memoria del Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, t. I, Universidad de Valencia, 1997, p. 457. Vid. Fernando Batista Jiménez: “La eficacia del valor dignidad de la persona en el sistema jurídico español”, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, STC 161/97, fundamento jurídico 12. En el mismo sentido, las SSTC 136/99, f. j. 23; donde se afirma que: “La relación valorativa entre precepto y sanción solo será indicio de una vulneración del derecho fundamental que la sanción limita cuando atente contra el valor fundamental de la justicia propia de un Estado de derecho y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa con la *dignidad de la persona* [...] es decir, cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma”. Disponible en: www.juridicas.unam.mx. Consultado: 22 de junio de 2014.

La proporcionalidad de la pena en el Código penal cubano

En Cuba, a partir de la Ley No. 62 de 1987,³⁰ se presentó una situación favorable para los operadores del sistema de justicia penal, con marcos penales más flexibles y la posibilidad de apreciar facultativamente la reincidencia y la multirreincidencia, entre otras importantes regulaciones de la parte general, que favorecieron la aplicación de una política penal más racional y un incremento significativo de la utilización de las sanciones subsidiarias de la privación de libertad.

Modificaciones posteriores que se correspondieron con el incremento de determinadas modalidades de la actividad delictiva, así como con el surgimiento de nuevas formas de comisión de delitos,³¹

30 “Código penal, Ley No. 62 de 1987”, actualizado. *Colección Jurídica*, Ministerio de Justicia, La Habana, 1999.

31 “Ley No. 87, de 16 de febrero de 1999”, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, extraordinaria No. 1, de 15 de marzo de 1999, *Vid.* el primer Por cuanto que expresa “en los últimos años se ha advertido un incremento de determinadas modalidades de la actividad delictiva, así como el surgimiento de nuevas formas de comisión de delitos, lo cual resulta totalmente incompatible con los generalizados principios éticos de la sociedad cubana y exige una respuesta adecuada y enérgica, tanto en el orden a las medidas prácticas, como en la esfera de las normas jurídicas, en particular en las concernientes al Código penal”, p. 1.

Esta Ley, vigente desde el 15 de marzo de 1999, introduce, entre otras modificaciones al Código penal, las siguientes:

- La sanción de privación perpetua de libertad;
Elimina el límite de 30 años, para la aplicación por el Tribunal, de la sanción de privación temporal de libertad, al facultarlo para extender dicho término, sin límites de duración, en los delitos en los que al apreciar la agravación extraordinaria de la sanción, esta excediera de treinta años, al aplicar preceptivamente la reincidencia o multirreincidencia y cuando al formarse la sanción conjunta, esta excediera de treinta años, a cuyos efectos también suprimió del Artículo 56, inciso 1 del Código penal, los límites de 30 años para la sanción de privación temporal de libertad y de 20 mil cuotas para la multa;
- Modifica la cuantía de las cuotas de la sanción de multa, situándolas entre uno y cincuenta pesos. Hasta esa fecha estaban reguladas entre cincuenta centavos y 20 pesos;
- Incluye una nueva modalidad de agravación extraordinaria de la sanción en el Artículo 54, al incrementar preceptivamente hasta el doble los límites mínimos y máximos de la sanción prevista para el delito cometido, cuando al ejecutar el hecho el autor se halle extinguiendo una sanción o medida de seguridad o sujeto a medida cautelar de prisión provisional o evadido de un

endurecieron las penas y elevaron el límite mínimo de las sanciones previstas para determinados delitos, lo que en la práctica de su aplicación limitó el arbitrio judicial, como ocurre, por ejemplo,

establecimiento penitenciario o durante el período de prueba correspondiente a su remisión condicional;

- Modifica la forma de apreciar la reincidencia y la multirreincidencia por los tribunales pasándola de facultativa a preceptiva para los delitos intencionales reprimidos con sanción superior a un año de privación de libertad o de trescientas cuotas de multa e introduce con carácter facultativo, su apreciación por los tribunales cuando la sanción prevista para el delito sea inferior;
- Incrementa las sanciones para el delito de tráfico de drogas, hasta la pena de muerte, para los casos en que el delito se comete por funcionarios públicos, autoridades o sus agentes o auxiliares, cuando el inculcado participa en actos relacionados con el tráfico ilícito internacional o se utilizan en su comisión personas menores de 16 años de edad;
- Se modifican los artículos 298 y 299 sobre la Violación y la Pederastia con Violencia, perfeccionando y ampliando a nuevas situaciones, la redacción del primero y penalizando más severamente, hasta con la pena de muerte, la reincidencia en la comisión del delito de violación e incluyendo en la figura agravada del delito de Pederastia con Violencia la reincidencia, como circunstancia de agravación específica, sancionada con privación de libertad de 15 a 30 años o muerte;
- Se amplían las circunstancias de calificación de la figura agravada del delito de Corrupción de Menores y se le agrava la sanción de 20 a treinta años o muerte;
- Se penaliza la Venta y Tráfico de Menores;
- Se agravan las sanciones de los Delitos Contra los Derechos Patrimoniales, elevando significativamente las penas previstas para las figuras agravadas de mayor peligrosidad social, como el Robo con Fuerza y el con Violencia o Intimidación en las Personas, con límites mínimos de 20 años en dos apartados del Artículo 327 y las sanciones de privación perpetua de libertad y la de muerte para las figuras delictivas más graves; y en el de Robo con Fuerza en las Cosas, se prevé también un límite mínimo de 20 años, que puede llegar hasta 30 o privación perpetua de libertad, cuando el hecho se comete en vivienda habitada hallándose presente sus moradores, o se ejecuta por una persona que es reincidente específico en la comisión de delitos de robo con fuerza o con violencia, o por miembros de un grupo organizado, o con la participación de menores de 16 años de edad. Catorce años después de la promulgación de la Ley 87/1999, no ha existido ningún caso de aplicación efectiva de la pena máxima prevista en nuestro Código penal por ningún hecho relacionado con este artículo, por lo que, en relación con la previsión de la sanción de muerte, afortunadamente, se ha convertido en una norma penal simbólica.

con la formulación de los artículos 327 y 328, del citado cuerpo legal.³²

Al entrar en vigor estas modificaciones, la práctica judicial enfrentó la problemática de la ocurrencia de determinados hechos delictivos, en los que reuniéndose los elementos de tipicidad de las figuras agravadas, su magnitud, las circunstancias concretas en que se realizaron y las características personales de sus autores, no ameritaban la elevada severidad de las sanciones previstas, aun considerándolas en sus límites mínimos, por lo que, en los primeros meses de su aplicación, los tribunales adoptaron decisiones que si bien se encontraban establecidas en los marcos legales, no se correspondían con el principio de proporcionalidad y racionalidad, que debe predominar en la administración de justicia.

A lo anterior, se unió el hecho de que la Ley de Procedimiento Penal³³ vigente, tal como quedó modificada por el Decreto Ley 87

32 El Artículo 327 del Código penal al tipificar el delito de Robo con Violencia o Intimidación en las personas en su apartado 4, establece como marco sancionador de 20 a 30 años de privación de libertad o privación perpetua de la libertad, en los supuestos en los que el hecho se cometa en vivienda habitada; o portando el comisor un arma de fuego; o se realiza por una o más personas actuando como miembros de un grupo organizado, o con la participación de personas menores de 16 años de edad; o si el hecho se ejecuta por una persona que con anterioridad ha sido ejecutoriamente sancionada por el delito de Robo con Fuerza en las Cosas o Robo con violencia o intimidación en las personas; mientras que por el apartado 5, la sanción prevista es de 20 a 30 años o muerte, cuando se hace uso de un arma de fuego, se priva de libertad a una persona, se ocasionan lesiones graves o cuando la violencia o la intimidación se realiza en la persona de la autoridad o sus agentes. Cuando se produce la muerte de una persona en ocasión de la comisión de estos ilícitos penales, se integra el delito de asesinato, previsto y sancionado por el Artículo 263, inciso j, del Código penal.

Por su parte, el Artículo 328, inciso 3, establece una sanción similar a la del apartado 4 del delito de Robo con Fuerza en las Cosas, cuando el hecho se comete en vivienda habitada hallándose presentes sus moradores; o se ejecuta por un reincidente en este delito o integrando un grupo organizado o con la participación de menores de 16 años de edad.

Otros preceptos del Código penal, tal como quedó modificado por la Ley 87 de 1999, también contienen sanciones excesivamente severas para determinados delitos.

33 La Ley de Procedimiento Penal, No. 5, de 13 de agosto de 1977, fue modificada en materia de Procedimiento de Revisión por el Decreto Ley No. 87 de 22 de julio de 1985. La facultad de dictar decretos leyes modificativos de una ley le

de 1985, autoriza al tribunal que conoce de un proceso de revisión para que en caso de haberse calificado la modalidad agravada de un delito, si aún la sanción mínima correspondiente a este resulta excesivamente severa, sustituirla por otra, partiendo del marco previsto para la modalidad básica del referido delito.

Ante esta nueva situación, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular adoptó el Acuerdo No. 239 de 8 de octubre de 1999,³⁴ mediante el cual se facultó a los tribunales, de forma excepcional, a adecuar la sanción partiendo del marco penal correspondiente a la modalidad básica del delito de que se trate, si estiman que aún el límite mínimo previsto para la figura agravada por la que procede, resulta excesivamente severo de acuerdo con la peligrosidad social del hecho, la entidad de sus consecuencias y la personalidad del comisor.³⁵

El carácter excepcional de esta facultad atribuida a los tribunales por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, por una parte, les daba la posibilidad de aplicar una mayor racionalidad en el momento de determinar la sanción que correspondía imponer al caso concreto,³⁶ y por la otra, evitaba la evidente contradicción que

está atribuida al Consejo de Estado por la Constitución de la República en su Artículo 90, inciso c, el que asume la función legislativa entre períodos de sesiones de la Asamblea Nacional del Poder Popular.

34 La Constitución de la República en el Artículo 121 faculta al Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, sobre la base de la experiencia de los tribunales, a dictar instrucciones de carácter obligatorio para establecer una práctica judicial uniforme en la interpretación y aplicación de la Ley; facultad esta, que fue debidamente desarrollada en la Ley No. 82 de 1997, ley Orgánica de los Tribunales Populares.

35 La introducción en el sistema penal de esta modalidad de adecuación, que posibilita una mayor individualización de la sanción, tiene sus antecedentes, entre nosotros, en el Acuerdo 71 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de 10 de junio de 1986, que se mantuvo vigente hasta el 12 de abril de 1988, en que se entendió innecesario con la entrada en vigor de la Ley No. 62 de 1987, por las amplias facultades que otorgaba a los tribunales en su arbitrio judicial. Internacionalmente, han existido normas similares en los códigos penales de los antiguos países socialistas de Europa del Este, tales como el Artículo 43 del de la República Socialista Federativa Rusa, el Artículo 40 de la antigua Checoslovaquia, el Artículo 42 de la antigua República Federativa de Yugoslavia, el 47 de Polonia y el 68 de Hungría.

36 La Sentencia 349 de 12 de enero de 2001, dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular, al materializar la aplicación de este acuerdo ha

existía entre la causal de revisión que autoriza al tribunal que conoce de este proceso a adecuar la sanción por el tipo básico y la no previsión en la Parte general del Código penal de una norma similar.

Esta solución, aunque justa y en correspondencia con la situación descrita anteriormente, estaba requerida de que en una posterior modificación del Código penal se incorporara al contenido del Artículo 47, que precisa las reglas para la adecuación de las sanciones, porque de la forma en que se estaba aplicando, aunque a favor del encausado –lo cual apreciamos como positivo–, podía entrar en contradicción con el principio de legalidad.

El 29 de mayo de 2013, el Consejo de Estado de la República de Cuba, aprobó el Decreto Ley No. 310, modificativo del Código penal y de la Ley de Procedimiento Penal, que añade el apartado cuatro al Artículo 47 del Código penal, que expresa: “Si al dictar sentencia el Tribunal considera que la sanción a imponer, aun en el límite mínimo previsto para el delito calificado, resulta excesivamente severa, podrá excepcionalmente adecuar la sanción dentro del marco previsto para la modalidad básica del propio delito”,³⁷ con lo cual ha quedado definitivamente incluido en el texto de nuestra ley penal esta importante regla de adecuación, que es apreciada frecuentemente por nuestros tribunales, con lo que se facilita la aplicación de la política de racionalidad en las resoluciones judiciales que debe caracterizar la justicia penal en Cuba.

No obstante, las situaciones explicadas anteriormente, en el contenido de la Parte general del Código penal y en las modificaciones

expresado que: La sanción de 5 años de Trabajo Correccional con Internamiento impuesta al acusado como autor de un delito de Robo con Fuerza en las Cosas de bienes de considerable valor, fijada por debajo del límite inferior del marco penal dispuesto para esa figura delictiva, en virtud de que se acogió en su beneficio a las prerrogativas que ofrece el Acuerdo 239 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, lejos de ser excesiva, es por el contrario ponderada y justa, teniendo en cuenta la gravedad de la infracción penal, la circunstancia de que el agente venía obligado a proteger los bienes que sustrajo por la función específica que desempeñaba y el daño que ocasionó al patrimonio de la entidad, objeto de la ilícita actividad, sin que por demás, se observen violaciones de los principios contenidos en el Artículo 47, apartado 1, del Código penal, todo lo cual determinó la desestimación del único motivo del recurso por Infracción de Ley.

37 “Decreto Ley No. 310”, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición extraordinaria, No. 18, 25 de junio de 2013. *Vid.* el Artículo 3, que adiciona al Artículo 47 del Código penal el apartado 4.

que se le han realizado posteriormente, también existen disposiciones que favorecen y amplían las posibilidades de adecuación de la sanción por parte de los tribunales, incluyendo aquellas que especialmente permiten disminuir el límite mínimo del denominado marco penal legal normal, y facilitan la aplicación de una política de racionalidad, y también de alternativas a las penas privativas de libertad, entre las que podemos destacar las siguientes:

- Los tribunales pueden rebajar facultativamente hasta en dos tercios los límites mínimos de las sanciones establecidas para los delitos, cuando los mismos se cometen en grado de tentativa.³⁸
- El Artículo 17 que prevé en su apartado 1 que en el caso de las personas mayores de 16 años y menores de 18 años de edad, los límites mínimos y máximos de las sanciones pueden ser reducidos hasta la mitad, y con respecto a los mayores de 18 y hasta 20 años de edad, la rebaja puede ser hasta en un tercio. En ambos casos predominará el propósito de reeducarlos, adiestrarlos en una profesión u oficio, e inculcarles el respeto al orden legal.
- El límite mínimo de las sanciones de privación de libertad puede ser rebajado en la tercera parte a las personas que tengan más de 60 años de edad en el momento en que se le juzga.
- La regulación de que la sanción imponible al cómplice es la correspondiente al delito, rebajados en un tercio en sus límites mínimo y máximo (Artículo 19.2).
- En la posibilidad de aplicar alternativamente a la sanción de privación de libertad que no exceda de cinco años, las sanciones subsidiarias³⁹ de trabajo correccional con internamiento, trabajo

38 La sentencia No. 172, de 10 de enero de 2000, dictada en Casación por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular, muestra el rigor antes comentado, y al pronunciarse sobre la sanción de 14 años de privación de libertad, impuesta al acusado por el tribunal de instancia, por un delito de Robo con Fuerza en las Cosas en grado de tentativa, considera que la misma resulta en extremo severa, teniendo en cuenta la forma y circunstancias en que se produjo el hecho, así como las características individuales de su comisor, por lo que anuló la sentencia impugnada y dictó un fallo ajustado a derecho, rebajando la sanción a 9 años de privación de libertad.

39 Arnel Medina Cuenca: “Las sanciones subsidiarias de la privación de libertad en la legislación cubana”, *Revista Cubana de Derecho*, No. 40, Año XIX, La Habana, enero-abril de 1990. *Vid.* los antecedentes, requisitos y características de la aplicación de estas sanciones subsidiarias de la privación de libertad.

correcional sin internamiento y limitación de libertad, cuando por la índole del delito y sus circunstancias y por las características individuales del sancionado, existen razones fundadas para estimar que la reeducación es susceptible de obtenerse mediante el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 32; 33 y 34 del Código penal para el cumplimiento de estas sanciones.

- La facultad que tienen los tribunales de disminuir hasta la mitad el límite mínimo de la sanción prevista para el delito cuando concurren varias circunstancias atenuantes o se manifieste una de ellas de modo muy intenso (Artículo 54.1).
- La extensión a cinco años del límite de la sanción que faculta a los tribunales para disponer la remisión condicional.⁴⁰
- La posibilidad que tienen los tribunales de otorgar la libertad condicional a los sancionados a privación temporal de libertad, cuando apreciando sus características individuales y su comportamiento durante el tiempo de reclusión, existen razones fundadas para considerar que se ha enmendado y que el fin de la punición se ha alcanzado sin necesidad de ejecutarse totalmente la sanción, siempre que haya extinguido uno de los términos siguientes:
 1. La tercera parte de la sanción impuesta para los menores de 20 años de edad.
 2. La mitad cuando se trate de sancionados primarios.
 3. Las dos terceras partes cuando se trate de reincidentes y multirreincidentes.

En materia de procedimiento, el Artículo 8, inciso 3, del Código penal, tal como quedó modificado por el Artículo 1 del Decreto Ley No. 310 de 29 de mayo de 2013, autoriza la remisión a la esfera administrativa de un número significativo de hechos de poca significación, al regular que: “En aquellos delitos en los que el límite máximo de la sanción aplicable no exceda de tres años de privación de libertad o multa de hasta mil cuotas o ambas, la autoridad actuante está facultada para, en lugar de remitir el conocimiento del hecho

40 El Artículo 57 del Código penal cubano hasta el año 1997, en que fue modificado en el apartado uno por el Artículo 13 del Decreto Ley No. 175 de 17 de junio de ese año, establecía el límite de tres años de privación de libertad.

al Tribunal, imponer una multa administrativa, siempre que en la comisión del hecho se evidencie escasa peligrosidad social, tanto por las condiciones personales del infractor como por las características y consecuencias del delito. Para la aplicación de esta prerrogativa a los delitos sancionables de uno a tres años de privación de libertad, se requiere la aprobación del Fiscal”.⁴¹

Resocialización de los privados de libertad

En correspondencia con el principio de resocialización, cuando se aplique la pena privativa de libertad, es necesaria la ejecución de una política penitenciaria que sitúe al sancionado en el centro de su contenido, adoptando las medidas imprescindibles para evitar la desocialización de los reclusos, facilitarles la comunicación con el exterior, y siempre contando con su anuencia, propiciarles una adecuada preparación para su futura reincorporación a la vida en libertad mediante la concesión de permisos de salida de los establecimientos penitenciarios por períodos cortos de tiempo, la aplicación de un tratamiento progresivo que le permita cambiar de régimen penitenciario, y pasar a condiciones carcelarias de semilibertad que le posibiliten obtener la libertad condicional en el menor tiempo posible, y reincorporarse a la sociedad.

El principio de resocialización se vincula al de humanidad en materia de ejecución penitenciaria, porque obliga a tratar a los reclusos con el debido respeto y a facilitar su resocialización y la reincorporación plena a la sociedad.

Para Mir Puig,⁴² el principio de resocialización debe entenderse como un intento de ampliar las posibilidades de participación en la

41 “Decreto Ley No. 310 de 2013”: *Op. cit.*, sustituyó la regulación anterior, que establecía un procedimiento similar, sin la aprobación del fiscal, cuando el límite máximo de la sanción aplicable no excediera de un año de privación de libertad o de multa no superior a trescientas cuotas o ambas, lo que ha quedado regulado de la misma forma y se le han incorporado los delitos sancionables de uno a tres años de privación de libertad o con multa de 301 a 1 000 cuotas, o ambos. El apartado tres de este Artículo 8, en su redacción anterior, había sido adicionado por el Decreto Ley No. 175 de 17 de junio de 1977 (*Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición extraordinaria, No. 6, 26 de junio de 1997, Artículo 1, p. 37).

42 Santiago Mir Puig: *Derecho penal. Parte general (Fundamentos y Teoría del delito)*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1984, p. 85.

vida social, una oferta de alternativas al comportamiento criminal, y no como sustitución coactiva de los valores del sujeto, ni como manipulación de su personalidad.

A los estados —que son parte, en su mayoría, de todos o de varios de los principales tratados internacionales, convenciones, pactos y reglas que conforman el sistema de derechos humanos básicos, que se aplican a todas las personas, incluidas las privadas de libertad—, les corresponde garantizarles a los reclusos el ejercicio de esos derechos, entre los que se incluyen, entre otros, el derecho a la vida y a la seguridad de la persona, a la salud, a no ser torturado o maltratado, al respeto de la dignidad humana, a la no discriminación de ningún tipo, a la libertad de cultos, y otros. Están en prisión como castigo, pero no para recibir castigos adicionales.

Esta loable aspiración, a pesar de los grandes esfuerzos de la comunidad internacional y de los estados nacionales por perfeccionar los sistemas penitenciarios, es bien distinta de la realidad existente en la gran mayoría de los países, incluidos muchos de los desarrollados, como consecuencia de las cada vez más frecuentes crisis económicas, que afectan sensiblemente los presupuestos de los establecimientos penitenciarios, que son los que reciben el sancionado y están obligados por la ley a garantizarle un tratamiento resocializador, conducente a prepararlos para retornar a la vida en libertad.

Al respecto, el periodista y escritor uruguayo Eduardo Galeano en una conferencia pronunciada en el Auditorio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, el 21 de junio de 1996, al referirse a la situación de los presos en América Latina expresó: “[...] las dictaduras militares ya no están, pero las frágiles democracias latinoamericanas tienen cárceles hinchadas de presos. Los presos son pobres, como es natural, porque solo los pobres van presos en países donde nadie va preso cuando se viene abajo un puente recién inaugurado, cuando se derrumba un banco vaciado por los banqueros o cuando se desploma un edificio construido sin cimientos. Cárceles inmundas, presos como sardinas en lata, en su gran mayoría presos sin condena. Muchos, sin proceso siquiera, están ahí no se sabe por qué. Si se compara, el infierno de Dante parece cosa de Disney. Continuamente estallan motines en estas cárceles que hierven. Entonces las

fuerzas del orden cocinan a tiros a los desordenados y de paso matan a todos los que pueden, con lo que se alivia la presión de la superpoblación carcelaria hasta el próximo motín”.⁴³

Esta situación, con relativa frecuencia en los últimos años, lejos de mejorar, tiende a agravarse por los efectos negativos de la globalización neoliberal y las políticas de ajustes estructurales que vienen obligadas a aplicar los estados conforme con las fórmulas del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, que con muy pocas excepciones para nada favorecen las reformas penitenciarias, que con muchos esfuerzos han emprendido algunos estados, pues los costos que ocasiona el sistema carcelario están precisamente enmarcados entre los que es necesario ajustar para disminuir el gasto público.

Otro elemento que conspira contra la resocialización de los privados de libertad y ha contribuido a la agudización de la crisis del sistema penitenciario, con su régimen progresivo, el tratamiento reeducativo y la resocialización del delincuente, lo constituye la inclusión en las leyes penales de normas relativas a garantizar el cumplimiento íntegro de las penas, desde el momento en que se acuerde la sentencia, para determinados tipos de delitos o de sancionados, o elevar el tiempo que deben cumplir los privados de libertad para poder acceder a la libertad condicional.

Con el argumento de que el Estado es incapaz de resolver los grandes males de la sociedad y de las cada vez más frecuentes crisis económicas, ha aparecido, desde la década de los ochenta del pasado siglo, otro fenómeno muy negativo para el tratamiento de los privados de libertad, la privatización de las prisiones, que se ha ido abriendo paso de manera creciente en los países más desarrollados, de manera que ahora tenemos un delincuente público, que recibe un tratamiento “reeducativo” dirigido y controlado por una empresa privada. Esta situación ha provocado una interesante controversia entre los que apoyan la idea de que la solución definitiva a todas las

43 Eduardo Galeano: “El sacrificio de la justicia en los altares del orden”. Conferencia pronunciada en el Auditorio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica el 21 de junio de 1996. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, Año 12, No. 14, diciembre de 1997, pp. 3-7. Disponible en: www.cienciaspenales.org. Consultado: 22 de abril de 2014.

insuficiencias del sistema penitenciario es la privatización de las cárceles y los que por el contrario, la consideramos como la más absoluta e intolerable dejación del Estado en materia que hasta ahora había sido considerada como un deber ineludible de la administración pública.

Los defensores de las fórmulas privatizadoras se aprovechan de los déficit presupuestarios que tienen que enfrentar frecuentemente las administraciones penitenciarias y nos presentan a las cárceles privadas como la mejor alternativa, en lugar de buscar otras soluciones por la vía impositiva y de la eficiencia de las administraciones penitenciarias para resolver la situación.

La desconfianza desde el propio aparato estatal y también desde la sociedad civil de que la administración pública pueda resolver los problemas, unido a la agudización, en las últimas décadas, de los problemas a los que tradicionalmente se han venido enfrentando la policía, la administración de justicia y la administración penitenciaria, en relación con la delincuencia organizada, la corrupción, el incremento del tráfico de drogas, de armas y de personas, unido a otros males sociales, ha provocado que las críticas a la privatización de las cárceles hayan bajado de tono en los últimos años.⁴⁴

Los fracasos del modelo resocializador en su intento de convertirse en el cimiento sobre el que se asienten las estructuras de los sistemas penales y penitenciarios, también han tenido su influencia negativa en los países que están optando por aplicar fórmulas de mercado en un tema tan sensible como el del tratamiento de los privados de libertad.

Convertir a los privados de libertad en una mercancía entraña también la contradicción que se produce entre un delincuente público, que ha sido privado de libertad por el propio Estado en el uso de su facultad punitiva y una cárcel privada, con intereses distintos a los fines de resocialización del delincuente, que incluye la formación profesional en algún oficio útil y su preparación para que en el futuro puedan asimilar las condiciones de trabajo en libertad.

44 Bernardo del Rosal Blasco: "Las prisiones privadas: un nuevo modelo en una nueva concepción sobre la ejecución penal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLIII, fascículo I, Artes Gráficas, Madrid, enero-abril de 1990, pp. 559 y ss.

El movimiento de privatización del sistema carcelario se desarrolló en Estados Unidos como respuesta al incremento significativo de las cifras de población reclusa,⁴⁵ es resultado de las reformas de los sistemas de determinación de la pena, efectuados a partir de 1976, con una tendencia a su incremento, a los cada vez más estrictos requerimientos para pedir la libertad bajo palabra y para la disminución de penas por el trabajo,⁴⁶ y, además, como una alternativa a la situación creada por el cambio de actitud de los jueces y tribunales federales norteamericanos, que hasta la década de los setenta habían mantenido una actitud de no intervenir en los asuntos relacionados con la administración penitenciaria⁴⁷ y comenzaron a aplicar la Octava Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, que había sido olvidada hasta esa fecha, y que prohíbe expresamente la imposición de penas crueles y extraordinarias, exigiendo a los responsables de los establecimientos penitenciarios y a las autoridades estatales, la adopción de medidas para humanizar las prisiones y garantizar los derechos civiles de los reclusos.

45 Según datos de octubre de 2005, Estados Unidos tenía el 25% de todos los presos en el mundo, pero solamente el 5% de la población mundial. De menos de trescientos mil presos en 1972, la población carcelaria creció a dos millones en el 2000. En 1990 era un millón. Hace 10 años había solo cinco prisiones privadas en el país, con una población penitenciaria de dos mil prisioneros, actualmente son cien con sesenta y dos mil camas ocupadas por prisioneros. Se espera que para esta próxima década el número llegue a las trescientas sesenta mil camas, según los informes. “La industria en las cárceles de EEUU: ¿un gran negocio o nueva forma de esclavitud?”, tomado de revista *Koeyu*, 8 de octubre de 2005. Consultado: 3 de junio de 2014. Disponible en: www.pensamientopenal.com.ar/52eeuu.doc.

46 A ello se une la ley de las tres ofensas (*three strikes*), que permite encarcelar por períodos prolongados a cualquier infractor capturado por tercera vez, aun si se trata de un delito menor o excarcelable.

47 Bernardo del Rosal Blasco: *Op. cit.*, pp. 568 y ss. La política seguida por los jueces y tribunales federales en Estados Unidos hasta esa fecha se denominaba de *hands off* (de no tocar, o manos fuera), mediante la cual los jueces solo atendían las peticiones que estuvieran relacionadas con la legalidad de la prisión de los reclusos, pero no las referidas a las condiciones de encarcelamiento o del proceso de ejecución de su sentencia, que pudiera suponer la usurpación de las facultades otorgadas a los gobiernos estatales de administrar, de la manera que estos entendieran como más correcta, sus propios establecimientos penitenciarios.

Las primeras experiencias, a partir de 1983, en el condado de Hamilton, estado de Tennessee, a las que siguieron otras en California, Florida, Kentucky⁴⁸ y otros estados, no han estado exentas de

48 Kentucky fue el primer estado que en 1985 le entregó el manejo completo de una prisión a una compañía organizada con fines de lucro. Gran parte del empuje que contribuyó al crecimiento de dicha industria se originó con el activista republicano Thomas Beasley del estado de Tennessee, que fundó la Corporación de Establecimientos Penitenciarios de América (*Corrections Corporation of America-CCA*), en 1983, con apoyo de Jack Massy, capitalista inversor en actividades especulativas, quien también ayudó a crear *Kentucky Fried Chicken* y la *Corporación de Hospitales de América* (*Hospital Corporation of America*). La industria penitenciaria, con fines de lucro, ha crecido enormemente desde que se inició. Los lucrativos ingresos derivados del manejo de estas cárceles sobrepasaron los mil millones de dólares en 1998. Si bien, en la actualidad, hay 163 establecimientos penitenciarios con fines de lucro en funcionamiento en 30 estados diferentes, así como en el Distrito de Columbia y en Puerto Rico, más de la mitad de dichas cárceles se encuentran ubicadas solamente en cuatro estados: Texas (43), California (24), Florida (10) y Colorado (9). La capacidad de esas cárceles alcanzaba aproximadamente 123 000 individuos, es decir, el 7% de los 1,8 millones de penados de todo el país en octubre de 1999. Una de las razones por las cuales las cárceles con fines de lucro no han aumentado aún más, es que muchas jurisdicciones, incluyendo algunas de las que tienen las cantidades más altas de presos, no tienen autoridad estatutaria para colocar a penados en establecimientos manejados con fines de lucro. Además, los reglamentos y la supervisión de dichas cárceles han aumentado a medida que los gobiernos han adquirido experiencia en este campo y se han dado cuenta de los riesgos potenciales que se asumen. Al cierre de 1999 habían 12 firmas con fines de lucro que estaban manejando establecimientos penitenciarios para adultos en Estados Unidos. CCA, con su sede en Tennessee y Wackenhut Corrections, con su sede en Florida —subsidiaria de la Corporación Wackenhut—, son los principales actores en esta industria y cuentan con más del 75% de todas las camas de cárceles de propiedad privada en el mercado. CCA manejó 83 establecimientos con un diseño de capacidad aproximada de 75 000 camas, es decir el 55% de las camas de las cárceles con fines de lucro en Estados Unidos. Wackenhut tenía 35 establecimientos contratados, con una capacidad de 29 000 camas. Después de CCA y Wackenhut vienen cuatro compañías de nivel medio: Management and Training Corporation, con sede en Utah (7,45% del mercado), Cornell Corrections (5,79%) con su sede en Texas, Correctional Services Corporation (5,35%) con su sede en Florida, y CiviGenics (3,16%), con su sede en Massachusetts. Las demás compañías cubrían el resto del mercado. Tomado de *Capitalismo Hoy: Vigilar y Castigar*, por Enrique Mozzo. Reseña bibliográfica sobre el libro “Las cárceles de la miseria”, de Loic Wacquant, publicado en la revista *Herramienta*, No. 14, que tiene gran actualidad al mostrar cómo los países del primer mundo fueron los pioneros en penalizar la miseria y exportar estas políticas al resto del mundo. El paraíso

fracasos y de éxitos desde el punto de vista económico y aunque en determinada medida mejoraron las condiciones de vida de los reclusos, también se han producido los abusos propios de la combinación de una actividad eminentemente lucrativa, con el tratamiento resocializador de los privados de libertad, como ha ocurrido, a modo de ejemplo, con la fijación de las remuneraciones y la determinación de las condiciones laborales.

En 1986, la Asociación de Abogados de Estados Unidos (*American Bar Association*), que agrupa a más de 400 mil abogados, se pronunció contra toda privatización, por estimar que la gestión de la pena incumbe por principio al gobierno, pero este proceso ha continuado su curso en Norteamérica, con diferentes modalidades, y ya en 1998 más del 20% de las prisiones con una cifra superior a los treinta mil reclusos, habían sido privatizadas.⁴⁹

A partir de la década de los ochenta del pasado siglo muchos países desarrollados adoptaron programas de privatización ante la imposibilidad de atender estos asuntos.

Desde la sociedad civil existe una fuerte oposición en Estados Unidos por parte de organizaciones no gubernamentales y grupos sociales, que no conciben la idea de negociar con la justicia. Algunas organizaciones de afroamericanos han comparado la privatización carcelaria con un retroceso a la esclavitud, argumentando que donde antes se subastaban esclavos, ahora subastan a jóvenes negros a las compañías que ofrecen los mejores precios.⁵⁰

muestra sus miserias, la “inmaculada democracia” norteamericana persigue, encarcela y proscribe a los pobres que ella misma crea, en su mayoría negros y latinoamericanos. Disponible en: www.afscme.org/. Consultado: 10 de junio de 2014. Grandes compañías estadounidenses como Microsoft, Starbucks y Colgate se han beneficiado de la mano de obra barata que proporcionan las cárceles privadas en EE.UU. Además de reducir el costo por recluso y aliviar la sobrepoblación de las cárceles públicas, uno de los grandes alicientes de las prisiones privadas es que ofrecen mano de obra barata. Tomado de: “Prisiones privadas, hacia un Estado penal”, 10 de diciembre de 2007, Publicado en: *Gloobal hoy* No. 3-4. www.articuloz.com/. Consultado: 13 de marzo de 2011

49 Leonard L. Cavise: “La cárcel una institución en crisis. La privatización de las cárceles”, en revista *El Correo de la UNESCO*, junio de 1998, pp. 20 y ss.

50 *Ídem*, p. 120. Al respecto véase: Eduardo Blaustein: “Prisiones privatizadas en EE.UU., modelo de exportación”, *Revista Zoom*, Buenos Aires, Argentina, en revista-zoom.com.ar. Consultada: octubre de 2006, donde se afirma que “los

Por otra parte, las ganancias que las compañías privadas producen no alivian los costos estatales de las prisiones, ya que las cifras de los contratos son similares a la inversión pública en las prisiones estatales. La diferencia en el haber se debe esencialmente a los recortes que las compañías privadas realizan a los servicios de los detenidos y a las diferencias salariales a favor que implica el contratar mano de obra menos capacitada como guardianes, lo que empeora el trato y aumenta el promedio de abusos. También la utilización directa o tercerizada de la mano de obra de los reclusos, que son a su vez consumidores “cautivos” de servicios telefónicos y alimenticios.⁵¹

El interés por el negocio de la privatización de las prisiones ha llevado a empresas de la industria privada carcelaria a participar activamente en la promoción de la ley antiinmigrante de Arizona para generar ganancias multimillonarias con el negocio de encarcelar migrantes ilegales.⁵²

Esta ley, que ha provocado la mayor controversia sobre migración y racismo contra latinos, tanto en Estados Unidos como en México, puede tener el efecto de enviar a decenas de miles de indocumentados a prisión, lo cual potencialmente podría generar cientos de millones de dólares en ganancias para las empresas de cárceles privadas que se encargan de alojar a las víctimas de la ley SB1070.

La controversia se ha producido, al efecto, entre quienes apoyan la idea de que la solución definitiva a todas las insuficiencias del sistema penitenciario es la privatización de las cárceles, y los que por el contrario, la valoran como la más absoluta e intolerable dejación del Estado, en materia que hasta ahora había sido considerada como un deber ineludible de la administración pública.⁵³

EE.UU., representando apenas el 5% de la población mundial, tiene al 25% de los presos a escala global y de manera inversa, el 63% de sus encarcelados pertenece a las minorías negra y latina, las más pobres, siendo que esas minorías solo constituyen una cuarta parte de la población nacional”.

51 *Vid.* “Estados Unidos: nuevo récord de presidiarios”, *Revista Global hoy*, 4 de mayo de 2005. Disponible en: www.gloobal.net/iepala/gloobal/fichas/ficha.php?entidad=Textos&id=931 Consultado: 13 de abril de 2014.

52 Véase Gerardo Serra: “El oscuro negocio de las cárceles privadas”, *Globedia*, 19 de diciembre de 2010. Disponible en: cu.globedia.com/ Consultado: 11 de junio de 2014.

53 Son, precisamente, los estados que forman parte de los principales tratados internacionales, convenciones, pactos y reglas que conforman el sistema de

Se trata de un tema poco estudiado, hasta el presente, por la doctrina española. Nistral Buron,⁵⁴ en un artículo sobre “la prisión del siglo xxi”, al valorar brevemente las ventajas e inconvenientes que puede presentar una gestión privada de las cárceles, señala como aspectos positivos el ahorro de los fondos del Estado, la posibilidad de mejorar las condiciones de habitabilidad de los centros penitenciarios, y de solucionar los problemas de ocupación; y como inconvenientes los siguientes:

- El cumplimiento de la pena sería diferente según el poder adquisitivo del recluso.
- El ánimo de lucro que rige, como es normal, en la gestión privada podría conllevar la reducción de los costos de personal, sustituyéndolos por medios tecnológicos, con lo que esto conlleva de despersonalización en la relación con los internos, destinatarios de esta ejecución.
- Obstáculos jurídicos, como puede ser el que el Estado abdique de su deber de castigar, dejándolo en manos privadas.

En Latinoamérica, donde durante años se ha rechazado la idea de privatizar las prisiones, se observa en los últimos años, en algunos países, una tendencia favorable a aceptar la idea de pasar las prisiones a manos privadas ante la crisis económica y los reiterados

derechos humanos básicos, los responsables de garantizarles a los reclusos el ejercicio de esos derechos. Vid. *Manual de Buena Práctica Penitenciaria. Implementación de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos*. Publicado por Reforma Penal Internacional. 1997. Versión en español publicada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y la Fundación Mc. Artur, San José de Costa Rica, 1998.

54 Javier Nistral Burón (Subdirector General de Gestión Penitenciaria): “La Prisión del siglo xxi”, revista *Criminólogo*, vol. I, No. 2, enero de 2000, publicación Oficial de la Escuela Superior de Ciencias Criminológicas. Universidad de las Palmas de Gran Canaria. Más adelante, refiriéndose al sistema español, precisa que el mismo parece orientar la gestión penitenciaria al sector público no posibilitando, por lo tanto, la gestión privada de las cárceles, aunque sí admite como formas especiales de ejecución a las instituciones extrapenitenciarias donde se puede cumplir la condena y que están gestionadas por instituciones privadas; y concluye afirmando que “el futuro de la gestión de las cárceles, quizás pueda estar en las fórmulas de gestión mixtas, que permitan que la gestión de los centros se lleve a cabo por la fórmula privada para las cuestiones económicas y por la fórmula pública para las gestiones relativas a la ejecución penal”.

fracasos de las políticas penitenciarias de los gobiernos, el hacinamiento y la desesperanza que imperan en el sistema carcelario.

Desde el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Ilanud), la voz autorizada del doctor Elías Carranza,⁵⁵ ha advertido que “sería un grave error tratar de resolver la situación de horror que se vive en los centros carcelarios de Latinoamérica privatizándolas, ya que resulta un negocio que agrava el problema penitenciario”.

Las primeras cárceles privadas en Latinoamérica se han desarrollado en Chile,⁵⁶ desde 2006, en el denominado Complejo Penitenciario de Rancagua, a las que han seguido otras como el Santiago uno,⁵⁷

55 “Seminario sobre Sistemas Penitenciarios y Derechos Humanos”, 18; 19 y 20 de abril de 2007, hotel Fiesta Inn, Centro Histórico, Avenida Juárez 76, México. Foro de Profesionales Latinoamericanos de Seguridad. En: www.forodeseguridad.com/. Consultado: 13 de junio de 2014. En otro tramo de su alocución, Elías Carranza consideró que entregar a manos privadas el sistema penitenciario no sería lo indicado “porque se dejan de lado los costos o la eficiencia con que se pueden ejecutar las sanciones, con el consecuente riesgo de que ese trabajo se convierta en un negocio”, alertó.

Por su parte, otro de los participantes en el seminario, el académico del Ilanud, Stephen Nathan, también embistió contra la gestión privada de las cárceles al sostener que “hay un patrón bien documentado de que el personal de esas cárceles está mal capacitado, tiene bajos salarios y trabaja con una alta rotación de los empleados”.

56 *Vid.* Carolina Villagra (Investigadora del Área Penitenciaria Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana, CESC INAP-Universidad de Chile): *Se Abren las Puertas de la Primera Cárcel Concesionada en Santiago*, Red de profesionales jóvenes para una América Latina más segura, quien afirma que: “En el caso chileno el sistema de concesiones difiere del sistema de privatización total, en términos de que el Estado mantiene la responsabilidad de la vigilancia y administración de los recintos. Los penales concesionados se introdujeron al sistema penal chileno en el marco del Proceso de Modernización de las Cárceles, impulsado el 2002 por el Gobierno, tras haber identificado cuatro problemas del sistema carcelario que requerían urgente solución: hacinamiento, malas condiciones de vida, altas tasas de reincidencia y alto gasto público en mantenimiento de los recintos penitenciarios. Así, se esperaba que la construcción de diez recintos penales concesionados, con una capacidad total de 16 000 reclusos, ayudara a dar solución a estos puntos críticos”. Se trata de un tema constitucional, ya que la constitución chilena establece que la seguridad tiene que ser administrada por el Estado. Disponible en: www.comunidadyprevencion.org/. Consultado: 14 de junio de 2014.

57 Ante la continuidad del hacinamiento carcelario, que ahora se ha trasladado a las cárceles privadas, en el año 2009, el Ministerio de Justicia debió pagar el

en 2007, y un proyecto en ejecución para completar diez cárceles privadas para 16 mil presos.

En el Perú se ha desarrollado, en los últimos años, un intenso debate sobre la pertinencia de autorizar la construcción de cárceles privadas, hasta que finalmente en el mes de marzo de 2011 se ha anunciado que un consorcio español⁵⁸ será el encargado de construir y operar el primer establecimiento penitenciario de operación privada de Perú, al ganar la concesión realizada por la Agencia de Promoción de la Inversión Privada para construir un nuevo penal en la provincia limeña de Huaraz, con una capacidad de 1 536 reclusos varones no reincidentes.⁵⁹

Personalmente, no albergo muchas esperanzas de que nuestras voces de alerta y rechazo a la privatización de las prisiones en Latinoamérica logren detener los proyectos en marcha⁶⁰ y otros que segu-

equivalente a 700 000 dólares (353 millones de pesos) de sobreprecio, o multa, al grupo francés Vinci, dueño del negocio de la prisión Santiago Uno por concepto de “sobrepoblación” en ese penal durante el último semestre de 2008. En fin, que con cárceles públicas o privadas los problemas continúan siendo similares y las soluciones hay que buscarlas en las políticas penales y de prevención, con la aplicación de programas sociales, que disminuyan la exclusión social e incrementen las oportunidades de educación y trabajo para todos por igual. Tomado de: Carmona Ernesto: “DDHH en Cuba *vs* Chile”, 28 de marzo de 2010. En www.redaccion.cl/general/politica-nacional/ddhh-en-cuba-vs-chile/. Consultado: 14 de marzo de 2011.

58 La licitación fue ganada por el consorcio compuesto por las empresas Montealto XXI, Exeteco Internacional y Eulen I, las que además del diseño, financiación y construcción de la nueva cárcel, se ocupará del mantenimiento y la operación de la misma por un período de 25 años. El penal tendrá capacidad para 1 536 reclusos varones no reincidentes y deberá, además, incluir una factoría a cargo de la concesionaria, que dé trabajo al menos el 60 por ciento de los presos, y busca paliar el alto hacinamiento que registran las cárceles peruanas, con una sobrepoblación, según datos oficiales, de 13 572 internos. El marco legal de la concesión es la Ley No. 29230 de 12 de mayo de 2008, para impulsar la inversión pública regional y local con la participación del sector privado. Disponible en la Red del Grupo RPP: www.rpp.com.pe/2011-03-04-consorcio-espanol-construira-y-operara-primera-carcel-privada-en-peru-noticia_342221. Consultado: 14 de junio de 2014.

59 Se trata precisamente de discriminar los sancionados, una de las principales críticas que han recibido las compañías que operan las prisiones, que seleccionan a reclusos jóvenes, saludables y no violentos, dejándoles a los establecimientos públicos a los que no cumplen estos requisitos.

60 Chile, Perú, Brasil, México, Honduras y Colombia, entre otros, son los países latinoamericanos donde se ha valorado en diferentes foros, desde el parlamento

ramente van a surgir en el futuro, pero al menos, en la medida de las posibilidades, podremos retardarlos y continuar desde la academia demostrando que las empresas privadas, en lugar de resolver los problemas de la resocialización de los sancionados, los van a empeorar, al entrar en contradicción con la obtención de los beneficios económicos que necesita la empresa privada para mantener su negocio.⁶¹

Desde el punto de vista ético, también resulta incompatible con los principios que inspiran al *ius puniendi*, y especialmente el de humanidad, que postula la necesidad de infringir el menor sufrimiento posible con la aplicación de la pena, al tener que admitir que alguien se enriquezca con el resultado del castigo, que necesariamente implica el cumplimiento de una pena de prisión, sin que por otra parte exista ninguna garantía de que las prisiones privadas van a resolver los problemas de las cárceles y, menos aún, al tratar de exportar estos modelos a los países pobres y subdesarrollados, donde las difíciles condiciones económicas, en todo caso, se reproducirían en el interior de la propias prisiones privadas.

Muy por el contrario, las mejores experiencias que se han conocido hasta hoy en materia de humanización de las prisiones y la resocialización de los sancionados a privación de libertad, no vienen precisamente de cárceles privatizadas, sino de aquellos países donde el nivel de desarrollo económico alcanzado por la sociedad, unido a la voluntad política existente en relación con este sensible proble-

hasta el sector empresarial, la posibilidad de desarrollar un proceso para privatizar las prisiones. En Brasil se trabaja en la primera concesión en el Estado de Pernambuco. En nuestro trabajo solamente abordamos los casos de Chile y Perú, por ser los más avanzados.

61 *Vid.* a modo de ejemplo, las valoraciones realizadas por Ernesto Milá en su artículo: “Sistema penitenciario de EE.UU.”, publicado en *Infokrisis* el 30 de octubre de 2004, p. 6, donde afirma que: “La reglamentación de estos presidios es peligrosa para los presos: si bien estos pueden gozar de beneficios penitenciarios y reducciones de condena por haber trabajado habitualmente y hecho gala de buen comportamiento, también pueden ser sancionados con aumento del tiempo en prisión si han cometido alguna falta. Distintos estudios han demostrado que las reducciones por buen comportamiento son ocho veces menores en las cárceles privadas, que en las prisiones estatales. Se trata, evidentemente, de optimizar la estancia de los presos en la cárcel para aumentar el rendimiento y los beneficios de la empresa”. Tomado de: infokrisis.blogia.com/2004/. Consultado: 14 de marzo de 2014.

ma les ha permitido a la administración pública obtener avances apreciables en las condiciones de vida y de trabajo de los reclusos y también en su resocialización.⁶²

A modo de conclusiones

En el actual escenario mundial y regional, resulta compleja la lucha por las alternativas a la privación de libertad, la intervención mínima, la proporcionalidad de la pena y la resocialización de los sancionados, en la tarea de darle continuidad a los avances que se habían logrado desde la segunda mitad del pasado siglo, cuando el tratamiento penal adoptó una amplia variedad de formas, que incluían la despenalización de las conductas de escasa peligrosidad social, una mayor racionalidad en la determinación de la cuantía de las penas y medidas sustitutivas de las penas privativas de libertad, entre otras acciones, encaminadas a lograr una política penal, en la que los propósitos enunciados desde la doctrina, sobre el cumplimiento del principio de humanidad de las penas, se tenían en cuenta en mayor grado por los poderes legislativo y judicial.

La aplicación consecuente de estos principios, supone la existencia de un Derecho penal destinado a defender los valores fundamentales de la sociedad, que actúe solo en los casos de los ataques más graves a esos valores, y que tanto en su elaboración, como en el ámbito de su aplicación, garantice el respeto a la libertad y dignidad humanas.

62 Elio Gómez Grillo: *Las penas y las cárceles. Las cárceles en el mundo*, Editorial El Cojo, Caracas, 1988, pp. 73 y ss. El autor narra sus experiencias de las visitas a numerosas prisiones de América y Europa y al resumir las impresiones de su visita a las prisiones escandinavas, destaca que lo primero que se percibe es el respeto a la dignidad del preso, al extremo de que ha llegado a afirmar que casi llega a creer que los presos son los seres humanos más consentidos en Suecia, en Noruega, en Dinamarca y hasta en Finlandia, a los que califica como los sistemas penitenciarios más avanzados, más progresistas y mejor logrados del mundo. Al compararlos con las prisiones de su país, afirma que si en Venezuela tenemos presos sin cárceles, porque les falta espacio en ellas, los nórdicos tienen cárceles virtualmente sin presos, y al analizar los presupuestos que dedican Venezuela y Dinamarca, explica cómo mientras el primer país, en 1977, dedicaba ciento seis millones de bolívares para diecisiete mil presos, en Dinamarca dedicaban trescientos millones de bolívares para tres mil presos.

La utilización del Derecho penal como método para garantizar la protección de los valores establecidos constitucionalmente de los ataques más graves e intolerables a las relaciones de convivencia, no podrá ser abolida, ni en las actuales condiciones, ni tampoco en el futuro. El día que la humanidad se decida a adoptar formas de organización de la sociedad que garanticen una distribución más justa y equitativa de las riquezas que conduzcan a un modelo de sociedad más justo y solidario, con un alto grado de satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de sus ciudadanos, se requerirá entonces de una menor aplicación de la represión penal para garantizar las relaciones normales de convivencia y la protección de los valores fundamentales de rango constitucional, pero ese día no parece cercano en el tiempo.

La denominada crisis de la prisión y el reconocimiento de que no resulta posible alcanzar la resocialización por medio de la ejecución de las penas privativas de libertad, no debe impedirnos que luchemos por un sistema penitenciario más justo, ni que conscientes de sus limitaciones no nos esforcemos por garantizar el respeto a los derechos humanos fundamentales de los privados de libertad, un tratamiento digno en consecuencia con el principio de humanización de las penas y la mejor preparación para vivir en condiciones de libertad mediante la ampliación de sus conocimientos y el desarrollo de su personalidad.

El futuro nos debe conducir a que las cárceles queden reservadas solo para los casos más intolerables de violaciones de las reglas de convivencia mutuamente aceptadas por la sociedad, y a una aplicación creciente de penas alternativas de todo tipo, con amplia participación de la comunidad, para las restantes violaciones de las normas penales, las que deberán mantener su tendencia a una disminución progresiva, en la medida en que mejoren las condiciones de vida y se logre una mayor armonía en la convivencia social.

Concluimos reiterando nuestro compromiso de defender la aplicación consecuente del Derecho penal con la racionalidad requerida y con la esperanza de que con la perseverancia de los millones de hombres y mujeres que tratamos de contribuir a la conformación de un mundo mejor para nuestros hijos y nietos, algún día, aunque sea lejano en el tiempo, se hagan realidad las aspiraciones expresadas por el profesor Morillas Cueva, cuando expresó: “A lo mejor

un día el Derecho penal se muestre innecesario para la resolución de los conflictos sociales más graves, precisamente porque estos no existan, suprimidos por grandes dosis de solidaridad, de igualdad y de libertad. Mientras tanto, y me temo que por mucho tiempo, es imprescindible conseguir un Derecho punitivo verdadero protector de todos los Derechos Humanos, y una educación y compromiso entre los ciudadanos que hagan inviable la destrucción gratuita, aberrante e incomprensible de bienes jurídicos del más alto nivel, entre ellos la vida. Para que los hombres y mujeres, buenos, justos y comprometidos puedan aportar toda su sabiduría y bondad a una sociedad más libre y más equitativa; y que ello lo puedan hacer sin temor, en paz”.⁶³

63 Lorenzo Morillas Cueva: “Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, No. 4, 22 de abril de 2002, p. 1. Disponible en: criminnet.ugr.es/recpc/. Consultado: 22 de marzo de 2014.

Consideraciones acerca de la enfermedad mental como causa que excluye la capacidad de culpabilidad en el Derecho penal sustantivo cubano

GRACIELA GARCÍA GONZÁLEZ

Introducción

EN el ámbito del Derecho penal, a excepción de las etapas históricas en que ha regido la responsabilidad objetiva, la vigencia del principio de culpabilidad ha determinado el análisis, ante la realización de un comportamiento ilícito, de la vinculación de tal actuación con el sujeto para poder establecer si corresponde realizar un juicio personal de reproche por la infracción del deber, o no.

La culpabilidad depende, sobre todo, de valoraciones y decisiones normativas, y está condicionada por la vida real. Como uno de sus elementos, la capacidad de culpabilidad es una idea madre del Derecho penal que no deberá abandonar bajo ningún argumento a la Psiquiatría forense.

La capacidad del hombre de intervenir consciente y voluntariamente en los acontecimientos que él protagoniza en el medio social, son premisas para considerarlo como responsable ante el Derecho penal. “La entidad básica del proceso social es el individuo, sus deseos y sus temores, su razón y sus pasiones, su disposición para el bien y para el mal. Para comprender la dinámica del proceso social, tenemos que entender la dinámica de los procesos psicológicos que operan dentro del individuo, del mismo modo que para entender al individuo debemos observarlo en el marco de la cultura que lo moldea”.¹

De esta forma, la relación entre la voluntad humana y el delito en su juicio de reproche, donde se centra la culpabilidad y, por ende, la capacidad de culpabilidad, se encuentra en continua adaptación, e influenciada por los condicionamientos no solo personales del individuo, sino del entorno en que se mueve.

1 E. Fromm: *El miedo a la libertad*, Paidós, Buenos Aires, 1971, p. 24.

Por otra parte, cuando las capacidades intelectivas, volitivas y afectivas de un sujeto están afectadas por la presencia de un trastorno mental y esta situación influye en el momento de la realización de un hecho delictivo por este, entonces la enfermedad mental como causa de exclusión o de disminución de la capacidad de culpabilidad debe ser un aspecto para valorar.

A partir de estas acotaciones, es nuestra pretensión realizar una exposición del trayecto legislativo recorrido por la enfermedad mental en el sentido descrito, a través de los diferentes códigos penales que han regido en Cuba hasta llegar a la actual Ley No. 62 de 1987. Tomando como referencia la formulación de la eximente en este cuerpo penal sustantivo, se realiza una valoración crítica de las manifestaciones de la enfermedad mental, de acuerdo con los criterios doctrinales y de la práctica jurídica existentes sobre el particular.

Los códigos penales que han regido en Cuba siempre han preceptuado las circunstancias legales negativas de la capacidad de culpabilidad. A continuación se abordará, a partir del tratamiento legislativo, lo concerniente a la enfermedad mental como causa que excluye la capacidad de culpabilidad en el Código penal español de 1870 (extensivo a Cuba en 1879), el Código de Defensa Social de 1936 y el Código penal de 1979.

La enfermedad mental como causa que excluye la capacidad de culpabilidad en los códigos penales que han regido en Cuba antes de 1987

El primer cuerpo jurídico que en materia penal rigió en Cuba antes de 1987 fue el Código penal español de 1870, el cual se hizo extensivo a la isla de Cuba en 1879. En el Artículo 8 de dicho Código se regulaba lo concerniente a la inimputabilidad.²

2 En: Código penal [edición al cuidado de A. C. Betancourt], Imprenta y Papelería Rambla, La Habana, 1922, pp. 28 y 29, se refleja el Artículo 8 del Código penal español de 1879, que planteaba:

“No delinquen y por consiguiente están exentos de responsabilidad criminal:

”1º El imbecil y el loco, a no ser que este haya obrado en un intervalo de razón.

”Cuando el imbecil ó el loco hubieren ejecutado un hecho que la ley calificare de delito grave, el Tribunal decretará su reclusión en uno de los hospitales

Según el legislador de 1870, para identificar a quienes padecen de una enfermedad mental se debe acudir a “estos dos órdenes generales de causas: perversión o extinción de las facultades que constituyen el entendimiento; cuando la razón falta por una de aquellas causas, se dice que una persona está loca; cuando la falta es motivada por una de las últimas, se califica de imbecil”.³

El pensamiento del penalista Groirzard nos esclarece los conceptos de locura e imbecilidad, pues parte de que son la consecuencia “de un trastorno, un desorden, de una perturbación de las facultades que constituyen el entendimiento, o de una depresión, de una progresiva debilidad, de un acabamiento, de una verdadera extinción de las mismas facultades”.⁴ En el primer caso estaba incluida la locura y en el segundo, la imbecilidad.

En el supuesto de la locura, el sujeto depende de “las condiciones de su razón” en el momento de la comisión del hecho a efectos de la capacidad de culpabilidad,⁵ pues si actuara sin discernimiento por tener la razón gravemente perturbada no responderá de sus actos, pero si se halla en un intervalo lúcido⁶ podría exigírsele responsabilidad penal por los mismos.

destinados a los enfermos de aquella clase, del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo Tribunal.

”Si la ley calificare de delito menos grave el hecho ejecutado por el imbecil o el loco, el Tribunal, según las circunstancias del hecho, practicará lo dispuesto en el párrafo anterior, o entregará al imbecil o loco á su familia si esta diese suficiente fianza de custodia”.

Se realiza una crítica al uso de los términos loco e imbecil por su sinonimia en un sentido y su divergencia en otro, al dar cabida a diferentes manifestaciones de locura destacando el atraso que muestra la fórmula acogida respecto a los avances de la frenopatía en esa época. Véase M. Azcutia: *La ley penal: estudios prácticos sobre la interpretación, inteligencia y aplicación del Código de 1870 en su relación con los de 1848 y 1858, con nuestras antiguas leyes patrias y con las principales legislaciones extranjeras*, Madrid, 1876, p. 110.

3 S. Viada y Vilaseca: *El Código penal reformado de 1870 con las variaciones introducidas en el mismo*, t. I, Madrid, 1890, p. 92, citado por J. González González: *La imputabilidad en el Derecho penal español. Imputabilidad y locura en la España del siglo XIX*, Editorial Comares, Granada, 1994, p. 74.

4 Groirzard y A. Gómez de la Serna: *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, t. I, 2ª. ed., Salamanca, 1902, pp. 173-174.

5 Imputabilidad e inimputabilidad son los términos utilizados en toda la literatura de la época con respecto al tema tratado por la influencia del positivismo.

6 La doctrina jurídica de estos intervalos lúcidos procede del Derecho romano y la patrocinaba la Psiquiatría Clásica, entendiéndose por los mismos “aque-

Al asimilar al imbecil como aquel que no tiene razón por haber perdido su capacidad intelectual, no puede plantearse que él esté en posibilidad de tener intervalos lúcidos y, por ende, la ley lo declara irresponsable.

Al adscribirse este código a la fórmula biológica, en la que se aludía únicamente a la enfermedad mental sin precisar los efectos psicológicos de la misma, se encomendaba a la pericia médica la comprobación de si el enfermo ya no estaba en esa situación por haberse curado o se hallaba en un estado de remisión de la enfermedad. Si se encontraba en el último caso, entonces se decretaba su inimputabilidad.⁷

Pero ya desde la vigencia del Código de 1870, los avances de la Psiquiatría comienzan a ser tomados en consideración en la interpretación judicial como puede corroborarse en la Sentencia No. 115 de 29 de junio de 1934 de Diego Vicente Tejera y García.⁸

Luego de numerosos intentos legislativos y, a partir del Código de 1870 como un antecedente inmediato, se elabora el primer texto penal propiamente cubano, el Código de Defensa Social de 1936.

llas fases en las que están latentes los síntomas de los desórdenes cerebrales existiendo un aparente estado de lucidez”. F. Puig Peña: *Derecho penal*, 2ª. ed., refundida y notablemente mejorada, t. I, Licili, Barcelona, 1950, p. 372.

7 Lo acotado se ilustra en la sentencia de 18 de noviembre de 1904 del Tribunal Supremo de Cuba en la que consta: “Para estimar la circunstancia eximente de locura es necesario que en los hechos probados se consigne que el reo cometió el delito encontrándose en dicho estado, y, por consiguiente, no puede estimarse cuando la Sala sentenciadora declare expresamente que no se ha probado esa circunstancia”. A. C. Betancourt: *Código penal*, Imprenta y papelería de Rambla, Bouza y Cia., La Habana, 1913, p. 29.

8 Esta sentencia en una de sus partes plantea: “La palabra loco, empleada en el Código penal, no debe interpretarse solo como ausencia de razón, concepto que pudo tener en 1848 cuando se instituyó esta eximente, porque de aquella fecha a nuestros días, el estudio de las enfermedades mentales ha tenido un poderoso avance, al extremo de considerar como locos, a seres que aparentemente razonan, cuando la confusión y el desconectamiento de sus ideas acompañadas de vicios de la voluntad hace que se les considere como personas intelectualmente inferiores por tener mente disminuida con relación al nivel medio de la razón humana, aceptando, como enfermedades de esta índole, a las que producen fobias o manías, no excluyéndose los tipos descubiertos por Morell”. D. Tejera y García: *Comentarios al Código de Defensa Social. Parte general*, t. I, Jesús Montero Editor, La Habana, 1944, pp. 242-243.

Con la entrada en vigor de este cuerpo legal, atemperado a las estructuras económicas y políticas cubanas, aparece en el Derecho penal un sistema de clasificación de las causas eximentes de la responsabilidad penal, en el cual se diferencian las circunstancias de inimputabilidad de las causas de justificación.

En el sistema adoptado por el Código de Defensa Social, la imputabilidad está relacionada con la facultad de determinación normal del individuo a partir de que este se considere un hombre mentalmente sano y maduro. Este código establece las causas de inimputabilidad en el Artículo 35.⁹

Antes de iniciar una valoración de este precepto, se debe esclarecer que no se aludirá a los apartados d) y e) enunciados en el mismo, por circunscribirse nuestro trabajo a la enfermedad mental como causa que excluye la capacidad de culpabilidad.

En el apartado a) hay expresa mención al enajenado y así se sustituye al imbécil y al loco del Artículo 8.1 del Código penal de 1870. Ya aquí se presenta una primera dificultad, el enajenado se caracteriza por un estado de trastorno mental, mientras que los sujetos que se distinguen por su debilidad mental no se clasifican en ese concepto, de lo que se infiere que los mismos no estaban comprendidos en este apartado. No obstante, las expresiones sustituidas lo son precisamente porque no se ajustaban a las normas de la Psiquiatría según el desarrollo de esta en la época referida.¹⁰ Otra cuestión de interés es la inclusión en este mismo apartado del trastorno mental transitorio, lo cual fue tomado del Código penal español de 1932.

9 “Son inimputables: a) El enajenado y el que se halle al tiempo de cometer el delito en estado de trastorno mental aunque fuere de carácter transitorio. b) El que se encuentre en estado de embriaguez con tal de que esta sea plena, fortuita, no habitual ni preordenada. c) El que se encuentre en estado de perturbación mental igualmente plena, fortuita, no habitual ni preordenada, por la ingestión, absorción o inyección de sustancias narcóticas o estupefacientes. d) El menor de 12 años. Cuando el menor que no haya cumplido esta edad ejecute un hecho sancionado por este Código, se considerará en estado de peligro y será entregado a la jurisdicción especial de menores. e) El sordomudo de nacimiento o el que cayere en estado de sordomudez antes de los siete años que carezca en absoluto de instrucción o educación. El sordomudo inimputable que haya cometido un hecho que las leyes sancionaran como delito, será reducido a un establecimiento de educación de anormales, del cual no saldrá sin permiso del Tribunal de conformidad con lo que al efecto dispone el Libro IV”.

10 Véase, Tejera y García: *Op. cit.*, p. 248.

Por otra parte, al estar recogidos en el Artículo 35 los casos de inimputabilidad por estado de embriaguez (apartado b) y por ingestión, absorción o inyección de sustancias narcóticas o estupefacientes (apartado c), supuestos todos de trastorno mental transitorio, se puede cuestionar si era necesario importar dicha categoría, o no, además de la mención expresa de los estados antes referidos. Es de señalar que la embriaguez con posible efecto eximente aparece en esta legislación por primera vez.

Por último, el fundamento psiquiátrico aducido para la inclusión del apartado c) en el Artículo 35 se apoyaba, entre otros elementos, en que los estados de crisis por abstinencia y de delirios provocados por la droga, pueden enervar la conciencia y la voluntad de forma considerable. En el caso de que se integrasen los restantes requisitos de la norma, entonces podía valorarse la eximente o la atenuante (en su defecto) de la responsabilidad penal.¹¹

Como se deduce del análisis de los apartados del Artículo 35, a los que se ha hecho referencia, la fórmula adoptada para la determinación de la eximente es la biológica o psiquiátrica, lo que se traducía en que una vez precisada por el médico psiquiatra la entidad nosológica concurrente y sus consecuencias psicopatológicas, no interesaban los efectos psicológicos y sociales derivados de estas para dictaminar sobre la capacidad de culpabilidad.

En la práctica jurídica se constata, a través de determinadas sentencias, la utilización de dicha fórmula biológica¹² según la cual

11 Véase, A. M. Raggi Ageo: *Derecho penal cubano. El Código de Defensa Social*, t. I, Cultural, S.A., La Habana, 1938, pp. 92 y ss.

12 La Sentencia No. 9 del 24 de enero de 1962 del Tribunal Supremo Popular (TSP), dictada respecto a un delito de Lesiones así lo confirma al acoger a favor del acusado la eximente de la responsabilidad penal por concurrir una causa de inimputabilidad (enajenación mental) aun cuando en la propia sentencia se plantea que de la resultancia probatoria quedó establecido “que al tiempo de ejecutar los hechos” no se acreditó que el acusado tuviera perturbadas sus facultades mentales pero, no obstante los antecedentes obrantes demuestran que el mismo había padecido de esquizofrenia paranoide, siendo evidente que en el momento de los hechos este se hallaba bajo una profunda alteración nerviosa como consecuencia de su estado patológico y por consiguiente merece ser eximido y aplicada, en lugar de una sanción penal, la medida de seguridad adecuada a su estado mental. Como puede apreciarse, el tribunal da por probado el estado de alteración en que el acusado actuó y al tener de base un trastorno psicótico, no considera necesario demostrar la perturbación de sus facultades intelectivas y volitivas al momento de los hechos.

la presencia de una enfermedad mental era fundamento suficiente para declarar la exención de responsabilidad penal.

Posteriormente, la Ley No. 21 de 1979, la cual derogó el Código de Defensa Social, no se adscribió a este criterio que fue el camino seguido por el Código penal de 1987 (Ley No. 62 de 1987).

Este último cuerpo legal, actualmente en vigor, al igual que su precedente inmediato, adicionó el desarrollo mental retardado y plantea la exigencia de que no basta el trastorno mental desde el punto de vista biológico, sino que, además, este debe haber afectado gravemente las capacidades del agente de comprender el alcance de sus actos o de dirigirlos en consecuencia.

Con esta exigencia, se afilia al criterio mixto que señala que no solo debe tenerse en cuenta el desorden mental, sino también su efecto en el actuar del sujeto,¹³ por lo que la fórmula legal empleada por el Artículo 20 de la Ley No. 21 de 1979 ha sido mantenida por el Código penal de 1987 en términos idénticos.¹⁴

A pesar de lo anterior, a juicio de Pérez González “[...] de nuestra cubana formulación «mixta» en realidad es la fórmula psicológica la

13 En este sentido, el desorden debe haber afectado profundamente las capacidades intelectivas y/o volitivas con incidencia en la formación de la voluntad del sujeto.

14 La Sentencia No. 996 del 26 de febrero de 1984 del TSP es una de las tantas que corroboran lo afirmado, al sostener en su texto, en uno de sus Considerandos: “La personalidad explosiva que la sentencia le atribuye a la acusada, es un trastorno de la personalidad, en cuya categoría están incluidas anomalías caracterizadas por patrones de conductas muy arraigados, generalmente evidenciables desde edades tempranas y que dificultan, de manera habitual la adaptación del sujeto a su medio, pero sin que puedan asimilarse con lesiones estructurales encefálicas, neurosis o psicosis, por lo que la persona que la posee, no se encuentra limitada para comprender la significación antijurídica de los delitos ni frenar sus impulsos delictógenos”. *Código penal anotado con instrucciones del Tribunal Supremo* por J. M. Regalado Salazar y S. Seriosha Fernández Pérez, concordado con sentencias del Tribunal Supremo Popular por R. de la Cruz Ochoa, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1998, p. 41. En este caso, el tribunal plantea que al no ser el trastorno de personalidad de entidad similar a los otros supuestos que refiere, la acusada no se halla en situación de “inimputabilidad” y al no ofrecerse otro argumento tal parece que para la apreciación de la consecuencia psicológica, un trastorno de este tipo no tendría ninguna posibilidad, lo cual tiende a evidenciar que el fundamento se ha inclinado más hacia lo biológico aun cuando la fórmula es mixta.

que establece los requisitos de inimputabilidad. La fórmula biológica da las opciones de categorización que van a permitir decidir sobre el aseguramiento posdelictivo”.¹⁵

La enfermedad mental como causa que excluye la capacidad de culpabilidad en el Código penal cubano actual (Ley No. 62 de 1987)

El Código penal cubano de 1987 preceptúa la enfermedad mental en su Libro Primero, Título V, “La Responsabilidad Penal”, Capítulo III, “Las Eximentes de la Responsabilidad Penal”, Sección Primera, “La Enfermedad Mental”, en el Artículo 20.

Para iniciar el análisis de este artículo se debe puntualizar una cuestión metodológica con incidencia práctica. En la ley sustantiva cubana las eximentes de la responsabilidad penal aparecen reguladas en los artículos del 20 al 26, en el Título V, Capítulo III, la denominación genérica de eximentes¹⁶ de la responsabilidad penal identifica a todas las circunstancias reguladas en estos artículos sin realizar distinción alguna en lo tocante a su naturaleza jurídica. Sin embargo, usualmente para su estudio la doctrina cubana, en su mayoría, las ha dividido en causas de justificación, de inculpabilidad y circunstancias de inimputabilidad.¹⁷

15 Pérez González: *Manual de Psiquiatría forense*, ediciones ONBC, La Habana, 2005, p. 35. Como puede apreciarse el término inimputabilidad es usualmente utilizado en la práctica forense. En el Código penal cubano el aseguramiento de este tipo solo se establece para los casos que puedan ser catalogados de enajenación mental. El desarrollo mental retardado no lo excluye (Artículo 85.a) pero después el Artículo 86 no lo dispone, lo cual puede interpretarse como una incoherencia.

16 Según Quirós Pérez, causa eximente es “aquella circunstancia anterior o concomitante al acto delictivo, que excluye la responsabilidad penal por ese acto, a pesar de que concurren todas las condiciones necesarias para configurar el delito”. Quirós Pérez: *Manual de Derecho penal III, Ciencias jurídicas*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002, p. 140.

17 Véase por todos Quirós Pérez: *Op. cit.*, pp. 140 y ss; U. Baquero Vernier: *Derecho penal general*, t. II, Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, s/f, p. 37; A. Cejas Sánchez: *La declaración jurisdiccional de la responsabilidad penal*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1989, p. 80.

Según lo acotado, abordaremos la enfermedad mental como causa que excluye la capacidad de culpabilidad y, en consecuencia, la responsabilidad penal, es decir, cuando el individuo puede quedar excepcionalmente excluido de comprender la ilicitud al realizar el hecho y/o de comportarse conforme con esa comprensión o cuando esas facultades puedan quedar reducidas aun cuando no se le exonerare de responsabilidad.

Para la determinación de la capacidad de culpabilidad, el Artículo 20.1 del Código penal cubano se afilia al criterio mixto (biológico-psicológico) en el que se conjugan el trastorno mental con la inaptitud psíquica para el autogobierno del comportamiento.

En dependencia de cuán notable sea la disminución de la capacidad de culpabilidad, se estará ante la posibilidad de valorar la circunstancia eximente, la semieximente e, incluso, la pertinencia de la atenuante del Artículo 52 f),¹⁸ la que puede llegar a ser de gran impacto atenuatorio en correspondencia con la posibilidad del Artículo 54.1 del Código penal.¹⁹

En caso de existir una absoluta falta de conciencia o de voluntad, habrá ausencia de acto²⁰ y, por ende, no aparecerá el primer elemento del delito. En ese sentido, valoramos como desacertadas las expresiones utilizadas en sentencias de nuestros tribunales como las de “ausencia total de las facultades cognoscitivas y volitivas”, “estado de inconsciencia absoluta”, entre otras, citadas por Quirós Pérez²¹ como ejemplos de lo que ha exigido la práctica judicial cubana para apreciar la causa que se analiza.²²

18 Artículo 52: Son circunstancias atenuantes las siguientes: inciso f): Haber obrado el agente en estado de grave alteración psíquica provocado por actos ilícitos del ofendido. Código penal (actualizado), Ley No. 62 de 1987, Editora del Ministerio de Justicia, La Habana, 2003, p. 45.

19 Artículo 54.1: De concurrir varias circunstancias atenuantes o por manifestarse alguna de ellas de modo muy intenso, el Tribunal puede disminuir hasta la mitad el límite mínimo de la sanción prevista para el delito. Código penal (actualizado)..., *Op. cit.*, p. 47.

20 “Si el sujeto no es consciente «en absoluto» del hecho que realiza [...] falta la capacidad de acción”. D. Rivero García: “La capacidad de culpabilidad o imputabilidad. Su ausencia en el momento de la comisión del hecho delictivo”. En *Boletín ONBC*, No. 9, mayo-agosto de 2002, Ciabo, La Habana, p. 9.

21 Véase, Quirós Pérez: *Op. cit.*, p. 159.

22 Es así que los incapaces de culpabilidad son capaces de acción y en ese sentido son capaces de conocer y querer aun cuando no valoren la ilicitud de su comportamiento.

A partir de estas consideraciones comenzaremos el análisis del Artículo 20 del Código penal.

“1. Está exento de responsabilidad penal el que comete el hecho delictivo en estado de enajenación mental, trastorno mental transitorio o desarrollo mental retardado, si por alguna de estas causas no posee la facultad de comprender el alcance de sus acciones o de dirigir su conducta.

”2. Los límites de la sanción de privación de libertad fijados por la ley se reducen a la mitad si en el momento de la comisión del delito el culpable solo posee una facultad disminuida sustancialmente para comprender el alcance de su acción y dirigir su conducta.

”3. Las disposiciones de los dos apartados anteriores no se aplicarán si el agente se ha colocado voluntariamente en estado de trastorno mental transitorio por la ingestión de bebidas alcohólicas o sustancias sicotrópicas, ni en ningún otro caso en que pudiera haber previsto las consecuencias de su acción”.

En un inicio, debe precisarse que el artículo en análisis es una regla probatoria debido a que las conductas humanas trascendentes para el Derecho penal deben ser ejecutadas comprendiendo el sujeto la ilicitud de su comportamiento y pudiendo regularlo en correspondencia con ello.

La ley parte de dicha presunción, y si se invoca la excepción, es necesario que se acredite la distorsión grave de la capacidad de culpabilidad, no bastando solo la probabilidad.²³ Lo anterior se vincula con la fórmula mixta en lo que respecta a los efectos constitutivos de la incapacidad.

En este sentido, algunos penalistas del suelo patrio coinciden en que aun cuando nuestra fórmula para definir la capacidad de culpabilidad es mixta, en la práctica opera como psicológica.²⁴ También en sentido análogo, la opinión sostenida por el psiquiatra Pérez González, quien a su vez acota que: “Sin embargo, en las enunciaciones psicológicas, las cuales en definitiva norman y describen a los estados categorizados en la biológica, se pueden escapar en análisis superficiales o mecánicos, algunos graves trastornos mentales que

23 Para Quirós Pérez, las eximentes “deben resultar tan probadas como el hecho delictivo”. Quirós Pérez: *Op. cit.*, p. 140

24 Véase, Rivero García, *Op. cit.*, p. 19.

pueden cursar sin afectar aparentemente el control de la conducta o a la comprensión”.²⁵

En definitiva, el método mixto se ha impuesto porque la incapacidad de culpabilidad no se puede derivar solo de un estado específico, abstractamente valorado. Su análisis debe hacerse en correspondencia con un hecho concreto, con el contexto psicosocial en que transcurre, donde la individualidad de cada grupo social y de cada individuo es importante, y tomando en consideración las innumerables variables no previstas en criterios diagnósticos.

De otra parte, aun cuando lo que resulta decisivo es la consecuencia psicológica que tal estado ha originado en las capacidades intelectivas, volitivas y afectivas del sujeto, se ha temido, en virtud de la seguridad jurídica, que el juez carezca de las indicaciones pertinentes que contengan las hipótesis en que resulten subsumibles los posibles casos abarcadores de causas de incapacidad de culpabilidad.

Consideramos que el método mixto debe ser denominado psicológico-normativo a partir del juicio valorativo que implica la evaluación de la consecuencia psicológica. Al ser la culpabilidad un escalón valorativo, el análisis de la misma debe hacerse tomando como punto de partida legítimo la posibilidad de culpabilidad en el sentido de poder ser responsable individualmente al no concurrir factores que difieran del estado normal del autor.²⁶

El Código penal precisa que será capaz de culpabilidad quien posea la facultad de comprender el alcance de sus acciones y de dirigir su conducta.²⁷ En ese sentido, consideramos que la comprensión

25 Pérez González: *Manual de Psiquiatría...*, *Op. cit.*, p. 37.

26 La Sentencia No. 1490 de 18 de marzo de 1981 del TSP plantea que la sentencia de instancia expresa que el acusado es un esquizofrénico paranoide y un alcohólico crónico. A continuación, la misma aduce que sus capacidades para discernir entre el bien y el mal y para controlar sus impulsos delictógenos se hallan reducidas, sin otro fundamento que atestigüe sobre si dicha situación podía impedirle comprender el alcance de sus acciones y dirigir su conducta al momento del hecho, por lo que al no aportar el criterio valorativo necesario sobre la capacidad de culpabilidad haciendo omisión del pronunciamiento obligado acerca de la consecuencia psicológica de la fórmula mixta, procedió a decretar de oficio la casación de dicha resolución judicial por quebrantamiento de forma. Véase, *Boletín del Tribunal Supremo Popular*, primer semestre de 1981, año 8, No. 1, La Habana, p. 270.

27 Con esta expresión nuestro Código penal alude de forma implícita a la libertad de actuación del hombre cuyo equivalente empírico será la capacidad de actuar de otro modo.

referida puede interpretarse como alusiva a cualquier acción, por lo cual su carácter es casi absoluto cuando es el nivel social de repercusión de la conducta lo que debe ser comprendido por el sujeto. Por su parte, la dirección de la conducta se vincula con la capacidad de este de autogobernar sus posibles comportamientos a partir de procesos de reflexión en que lo social, lo biológico y lo psicológico han de integrarse para que la respuesta del individuo sea armónica y coherente con respecto al sistema de relaciones sociales que le es dado.

Cuando un sujeto trata de lograr determinados objetivos, su conciencia no funciona como algo aislado e individual, es decir, como algo “libre” de todo condicionamiento del medio y de las relaciones sociales que lo rodean. Comprende y valora la realidad que lo circunda, lo cual lo conduce a la comprensión de su responsabilidad ante la sociedad por las acciones que realiza. Para ello, ese proceso de comprensión no puede estar mediatizado por factores internos o externos que imposibiliten que el mismo fluya de manera adecuada. Pero no se trata solo de comprender el alcance de todos los actos, sino de la ilicitud de la conducta asumida en correspondencia con lo que siendo socialmente inaceptable, también es jurídicamente desaprobado.

El mismo debe carecer de cualquier posibilidad exigible de comprender la antijuridicidad de su comportamiento,²⁸ es decir, del posible choque entre este y el orden jurídico, lo que si bien ha podido ser interpretado así en nuestra práctica jurídica, no es lo que a nuestro juicio refleja la expresión utilizada y a la que hemos hecho anterior referencia.

De otra parte, según lo apreciado en el apartado 1 del Artículo 20, los términos utilizados para identificar posibles afecciones mentales con incidencia en la capacidad de culpabilidad son: enajenación mental, trastorno mental transitorio y desarrollo mental retardado. Tomándolos como puntos de referencia, haremos el análisis de los mismos.²⁹

28 Véase E. R. Zaffaroni: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, t. IV, Cárdenas editor y distribuidor, México, 1988, p. 132.

29 Debemos aclarar que la referencia a autores extranjeros en este trabajo se debe a que a excepción de Quirós Pérez y en menor medida Rivero García, los restantes autores cubanos consultados no se han pronunciado con amplitud respecto a los aspectos aquí abordados.

Enajenación mental

Muchos autores coinciden en afirmar que la locución “enajenación mental”³⁰ es un término vago porque es un vocablo ajeno al campo de la Psiquiatría. En el Derecho penal se ha interpretado en el sentido de que “cuando se enajena una propiedad esta deja de ser mía y pasa a ser de otro. En el hombre que se enajena, ese algo que deja de pertenecer a él son sus actos propios, porque no le pertenecen, el Código le declara irresponsable”.³¹ También por la vía lingüística se le ha dotado de contenido.³²

Torio López, al referirse a este concepto normativo y no técnico psiquiátrico, afirmaba que era un término orientado a lo popular, por lo que obviaba el progreso científico, posibilitando la introducción de falsas ideas o prejuicios frente a la enfermedad mental, y facilitaba la sustitución de los conocimientos científicos por juicios pseudopsiquiátricos.³³

Es una realidad que tal expresión posibilitó que la práctica jurídica la fuera moldeando a partir de fundamentos valorativos, dando pie a críticas, actitudes reticentes y nuevas propuestas, que finalmente allanaron el terreno para propiciar el entendimiento entre juristas y psiquiatras.³⁴

30 En cuanto a esta denominación recogida en la legislación de diferentes países, se ha planteado que es objetable y que también la expresión “enfermedad mental” es inoportuna y gravemente equivoca. Véase, J. Frías Caballero: *Imputabilidad penal (capacidad personal de reprochabilidad ético-social)*, Ediar, Argentina, 1981, pp. 369-370.

31 J. J. López Ibor: “La responsabilidad penal del enfermo mental”. Discurso de ingreso en la Real Academia de Medicina, Cosano, Madrid, 1951, p. 13, citado por Cerezo Mir: *Curso de Derecho penal español, parte general III, Teoría jurídica del delito 2*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 58 y ss.

32 A falta de una definición científica de enajenación, la interpretación gramatical del término conducía a identificarlo con “desprendimiento de la identidad, la alienación de la personalidad entendida como nexo referencial de los actos”. A. Doval País: “Las consecuencias jurídico-penales de la enajenación mental y el trastorno mental transitorio. Perspectiva histórica”. En *Cuadernos de Política Criminal*, No. 39, Edersa, Madrid, 1989, p. 674.

33 A. Torio López: “Las fórmulas legislativas sobre la enfermedad mental. Discusión sobre el concepto jurídico de «enajenación»”. En *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Octavio Pérez-Vitoria*, t. II, Bosch, Barcelona, 1983, pp. 967 y ss.

34 Si bien Quirós Pérez considera que tal término ha sido rechazado por la doctrina por varias razones, no deja de reconocer que por su amplitud e imprecisión

En criterio de algunos autores,³⁵ sería un error vincular al penalista a los términos psiquiátricos, con lo cual concordamos, pero sí consideramos que el concepto de enajenación mental, por su significación real, hoy día, no refleja el desarrollo alcanzado por la ciencia psiquiátrica.³⁶ Por ello, cuando se incluyen en dicho concepto trastornos que nada tienen que ver con su sentido literal, se está realizando una interpretación correctiva del mismo.

Ello indica que la enunciación legislativa en ese sentido no ha evolucionado en correspondencia con el desarrollo alcanzado por la Psiquiatría, cuyos avances metodológicos pueden verificarse en el *Tercer glosario cubano de Psiquiatría*.

Ya Cejas Sánchez, en referencia a esta cuestión en el Código de Defensa Social y mantenida en el Código penal de 1979, realizaba una oportuna crítica al considerar ambigua la denominación “estado de enajenación mental”, no obstante, se mantuvo en el nuevo Código penal,³⁷ y permanece en la actualidad.

puede abarcar diferentes entidades psicopatológicas por lo que también ha gozado de apoyo. Véase, Quirós Pérez: *Manual de Derecho penal III...*, *Op. cit.*, p. 164. Por su parte, González Alcantul considera un acierto del Código de Defensa Social el uso del término “enajenado mental” al poder incluir en el mismo “toda la amplia escala de perturbados que pueden catalogarse de alienados”. Véase, D. González Alcantul: *Manual de Derecho penal*, t. II, Imprenta Central de las FAR, La Habana, 1986, p. 27. También Rivero García considera, a partir de ciertas razones, “que la palabra genérica de enajenación” al pertenecer al lenguaje corriente es acertada. Véase, D. Rivero García: *Op. cit.*, p. 10. Aun cuando somos respetuosos del criterio de los autores, consideramos que la expresión utilizada no es la más adecuada. En cuanto al criterio de González Alcantul de considerar el término acertado por equipararse al de alienado nuestro desacuerdo es total por ser este término obsoleto según lo confirma la opinión de Quirós Pérez: *Manual de Derecho penal III...*, *Op. cit.*, p. 164.

35 Véase F. Muñoz Conde y M. García Arán: *Derecho penal. Parte general*, 6ª. ed., revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch libros, Valencia, 2004, p. 374. No obstante, estos mismos autores habían planteado en una obra anterior que la terminología utilizada actualmente por el Código español (1995) para el establecimiento de la eximente tratada es “poco científica” aun cuando esta ya había evolucionado con respecto a sus antecedentes. Véase, F. Muñoz Conde y M. García Arán: *Derecho penal. Parte general*, 4ª. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 419.

36 Como ya quedó precisado, la expresión enajenación es “sinónimo de «alienado» y tal término nada tiene que ver con los objetivos, conocimientos y recursos de la Psiquiatría desde hace ya casi un siglo”. Quirós Pérez: *Manual de Derecho penal III...*, *Op. cit.*, p. 164.

37 Cejas Sánchez: *Op. cit.*, p. 84.

Pérez González, refiriéndose al uso actual del término en análisis, plantea que su utilización en la formulación biológica penal de las enfermedades mentales es más simbólico que directo, no propiciando el común entendimiento entre la Psiquiatría y el Derecho penal y lo califica de ambiguo y arcaico.³⁸

Este concepto, que se halla carente de una significación precisa en cuanto a la materia que abordamos, ha podido mantenerse debido a que la fórmula mixta contribuye a minimizar su inespecificidad. Esto no descarta que confronte dificultades, no solo para su aplicación psiquiátrica, sino también jurídica.

Ejemplos de lo contradictorio que puede resultar el uso del término, lo constituyen algunos casos de epilepsia, cuando pudieran originar la incapacidad de culpabilidad del sujeto.³⁹ Esto es debido a que siendo generalmente un cuadro que por sus características —en cuanto a su manifestación externa—, de aparición abrupta y breve duración, pudiera calificarse como un trastorno mental transitorio habría que considerarla en la categoría de enajenación mental, si el caso así lo requiriese.

Lo anterior se fundamenta, entre otras razones, en que el aseguramiento terapéutico posdelictivo no está previsto legislativamente⁴⁰ para este tipo de trastorno transitorio, el cual puede plantear el

38 E. Pérez González: “La Psiquiatría forense y el Código penal cubano. Análisis actual y perspectivas de su relación”. En: *Revista Jurídica*, No. 24, año VII, julio-septiembre de 1989, Ediciones cubanas, La Habana, p. 20.

39 No obstante, existen supuestos en que el diagnóstico de psicosis orgánica se plantea en el peritaje psiquiátrico a partir de una epilepsia postraumática, como lo ilustra el Auto No. 1 del 27 de septiembre de 2005 del Tribunal Municipal de Majagua, provincia de Ciego de Ávila, en el que se dispone el sobreseimiento libre de las actuaciones por los delitos de Lesiones y Amenazas por presentar el acusado dicho cuadro clínico y proceder la aplicación de la eximente (Artículo 20.1 del CP) al ser incapaz de culpabilidad. A su vez, la Sala dispuso, tomando en consideración la petición fiscal, el internamiento psiquiátrico al valorar que el acusado “es una persona que por su propia enfermedad es socialmente peligrosa”.

40 En ese sentido, el Artículo 85 del Código penal cubano plantea la posibilidad de aplicación de las medidas de seguridad posdelictivas, entre otros casos a:

a) Al enajenado mental o al sujeto de desarrollo mental retardado, declarado irresponsable de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 del Artículo 20 [...]. Código penal (actualizado)..., *Op. cit.*, p. 61. Como puede apreciarse, no está contemplada la posibilidad de medida de seguridad para el trastorno mental transitorio. Consideramos que no debería excluirse tal posibilidad para casos que en esta situación lo puedan requerir.

problema de la peligrosidad posdelictiva y, por consiguiente, la necesidad de una medida de seguridad. Lo anterior puede evidenciar su importancia en el orden jurídico.

Según lo analizado desde las ópticas psiquiátrica y jurídica, se aprecia que el término enajenación mental no se corresponde con el sentido y alcance que abarcan los trastornos mentales subsumibles en el mismo y aceptados por la comunidad científica, estudiosa de esta materia.⁴¹

Consideramos, que lejos de valorar como acertada la utilización del término “enajenado”, que a juicio de algunos autores,⁴² posee la doble ventaja de ser suficientemente expresivo y carecer de valor técnico específico, lo mismo en la Psiquiatría que en el Derecho penal, la formulación legislativa “debe partir del conocimiento científico, aunque sea vulgarizado”,⁴³ en correspondencia con el desarrollo de las ciencias del comportamiento.⁴⁴

Al ser el concepto de enajenación normativo, que por la vía lingüística y cultural se interpreta como “una pérdida del yo”, no debe

41 Según criterios de algunos autores, entre los que se hallan O. de Toledo y Ubieto Huerta Tocildo y Muñoz Conde, el término enajenación debe ser sustituido al ser muy improbable que el mismo pueda abarcar todos los trastornos mentales que pueden incidir en la capacidad de culpabilidad. Véanse, E. O. de Toledo y Ubieto, y S. Huerta Tocildo: *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, 2ª. ed. corregida y aumentada, Editor Rafael Castellanos, Madrid, 1986, p. 345; F. Muñoz Conde: *Teoría general del delito*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1984, p. 149. Quirós Pérez, si bien realiza una objetiva crítica al término no se pronuncia por su variación. Véase, Quirós Pérez: *Manual de Derecho penal III...*, *Op. cit.*, p. 164.

42 Véase, Rivero García: *Op. cit.*, p. 10; J. M. Rodríguez Devesa: *Derecho penal español*, parte general, 18ª. ed., Editorial Dykinson, Madrid, 1995, p. 592.

43 Pérez González: *Manual de Psiquiatría...*, *Op. cit.*, p. 34.

44 En referencia a la trascendencia de las denominaciones que identifican a la enfermedad mental en los textos legislativos, autores como Rodríguez Padrón han planteado que “el concepto de sujeto que padece un trastorno mental ha sido el primero de los puntos debatidos” no siendo esto una cuestión carente de importancia ya que la misma “ha tenido reflejo en la redacción concreta de las sucesivas reformas legislativas [...] que se han operado sobre los artículos correspondientes”. C. Rodríguez Padrón: “La influencia de la culpabilidad en la determinación de la pena”, en *Elementos subjetivos de los tipos penales. Cuadernos de Derecho judicial*, Consejo General del Poder Judicial, XXXIII, Madrid, 1994, p. 95.

asimilar a los trastornos de personalidad, ni a los neuróticos, así como a aquellos defectos del proceso de socialización que pueden afectar la capacidad de culpabilidad y que no se vinculan directamente con la enfermedad mental. Aun, cuando pueda ser dotado de contenido por la fórmula mixta, de todos modos se produciría una interpretación forzada de su tenor literal.

Trastorno mental transitorio

En el Artículo 20.1 del Código penal, el trastorno mental transitorio aparece junto al estado de enajenación mental, no aludiéndose en ningún momento a la base patológica, por lo cual no se puede restringir el alcance de la eximente.

A su vez, una interpretación lógico-sistemática del precepto penal, nos conduce a diferenciar el trastorno mental transitorio de la circunstancia atenuante de “haber obrado el agente en estado de grave alteración psíquica, provocado por actos ilícitos del ofendido”. En este caso, la perturbación sería de una menor intensidad.⁴⁵

De ordinario, se han considerado como supuestos de trastornos mentales transitorios, entre otros, los producidos por estados de embriaguez alcohólica o por el consumo de otras drogas, así como los provocados por crisis de abstinencia o estados carenciales, siempre que se cumplan los requisitos legales.

Antiguamente, durante la vigencia del Código de Defensa Social, este delimitaba el estado de embriaguez por un lado, y el de “perturbación mental” producido por sustancias narcóticas o estupefacientes de otro (Artículo 35, apartados b y c, respectivamente).

Esta diferenciación quedó abolida en los códigos posteriores (1979 y 1987), al considerarse que lo trascendente es la presencia de una incapacidad de culpabilidad transitoria, independientemente de que el trastorno se produzca debido a sustancias embriagantes y/o adictivas, siempre que se den los requisitos de plenitud e imprevisibilidad.⁴⁶

45 Sobre la profundización de esta diferencia véase *infra*.

46 En ese sentido apréciase la Sentencia No. 5308 de 18 de septiembre de 1981 que plantea “[...] es un individuo habituado a la ingestión de bebidas alcohólicas y que se colocó en ese estado, si no intencionalmente, por lo menos, por imprevisión de lo que debió haber previsto”. *Boletín del Tribunal Supremo Popular*, segundo semestre, 1981, pp. 242 y ss.

Así, la eximente puede ser estimada cuando el efecto psicológico que se produzca sobre las capacidades intelectivas, volitivas y afectivas del sujeto sea de tal magnitud que determine una grave distorsión en la comprensión de la ilicitud de su comportamiento o en las condiciones del autocontrol de este.

Por su parte, los artículos 53 I) y II)⁴⁷ son circunstancias agravantes de la responsabilidad penal que en armonía con lo manifestado en el Artículo 20.3, todos del Código penal actual, dan poco margen a la interpretación, ya que la expresión “si el agente se ha colocado voluntariamente en estado de trastorno mental transitorio [...]” alude a las acciones libres en su causa.⁴⁸

El Artículo 20.1 no menciona cuáles han de ser las características del trastorno mental transitorio. Su apreciación requiere una exploración pormenorizada de las dimensiones de la personalidad del procesado, de la situación de hecho y de todas las demás circunstancias concurrentes para llegar a un resultado que se adecue al Derecho. El informe pericial podrá ser, la más de las veces, solo un elemento añadido a la valoración del conjunto de todas las circunstancias que gravitaron alrededor de la conducta ilícita.⁴⁹

47 Artículo 53, inciso I), “Cometer el delito bajo los efectos de la ingestión de bebidas alcohólicas y siempre que en tal situación se haya colocado voluntariamente el agente con el propósito de delinquir o que la embriaguez sea habitual; II) Cometer el delito bajo los efectos de la ingestión, absorción o inyección de drogas tóxicas o sustancias alucinógenas, hipnóticas, estupefacientes u otras de efectos similares y siempre que en tal situación se haya colocado voluntariamente el agente o que sea toxicómano habitual. Código penal (actualizado)...., *Op. cit.*, p. 46.

48 Para el examen de esta cuestión en la legislación penal cubana, véase a Quirós Pérez: *Manual de Derecho penal III...*, *Op. cit.*, pp. 233 y ss. En criterio de Bustos Ramírez, las acciones libres en su causa, “parece absurdo incluirlas expresamente en el Código, pues resulta obvio que en tales casos no juega la eximente, y basta con recurrir a los principios generales, sin necesidad de recargar el Código”. J. Bustos Ramírez: *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987, p. 556.

49 Es dable destacar como nuestro más alto Tribunal de Justicia durante la vigencia del Código de Defensa Social atendía con mucha prudencia a todas las circunstancias concurrentes en el caso como puede constatarse en la Sentencia No. 213 de 4 de julio de 1944. Al declarar la sentencia dictada por el Tribunal de instancia que no se puede justificar que el día de autos la acusada estuviera en estado de trastorno mental transitorio, el Tribunal Supremo plantea que al ser tal manifestación de carácter conceptual, puede ser rectificada en casación, si los hechos probados ofrecen los elementos suficientes para ello, apreciándola en

Dada la propia exigencia del texto legislativo de que la capacidad de culpabilidad del sujeto debe concurrir en el momento del comportamiento delictivo (“el que cometa el hecho delictivo en estado de [...] si por alguna de estas causas [...]”), se hace indiferente el que dicho trastorno sea permanente o transitorio.

Superada ya la antigua polémica acerca del requisito de base patológica, la distinción en este aspecto puede carecer de sentido, máxime si aplicando la fórmula mixta, lo trascendente es la profunda perturbación de las capacidades del sujeto en el momento del hecho, es decir, el efecto psicológico, sea cualquiera la causa que lo determine.

Por las características del trastorno neurótico: aparición aguda, brusca y de breve duración, consideramos que puede ser incluido en la categoría jurídica de trastorno mental transitorio del Artículo 20.1 del Código penal, a partir de la interpretación que le ha dado la doctrina⁵⁰ y la práctica jurídica.⁵¹ Esta consideración se fundamenta en que este trastorno puede provocar una amnesia parcial o completa tras la situación desencadenante de la ansiedad, la cual desaparece en un período relativamente corto. Entre la conducta del sujeto y la situación provocada por el estrés tiene que existir un nexo para que la incapacidad de culpabilidad pueda ser valorada.

El concepto de trastorno mental transitorio no existe ni en el Código penal ni en los instrumentos GC-3 y CIE-10,⁵² que rigen en el

consecuencia. Véase, J. J. E. Casasús: *Código de Defensa Social y Derecho penal complementario*, 2ª. ed., t. I, Molina y Compañía, La Habana, 1950, p. 245.

50 Según Ramos Smith, el trastorno mental transitorio “es de carácter temporal, de corta duración [...]”. Véase, G. Ramos Smith: *Derecho penal general II*, Universidad de La Habana, La Habana, p. 68. En el caso de Baquero Vernier, solo alude a sus rasgos diferenciales mencionando la temporalidad y la ausencia de un estado patológico. Véase, Baquero Vernier: *Op. cit.*, p. 31. Para Quirós Pérez, las características que lo distinguen son: perturbación de las facultades mentales de índole pasajera, corta duración e intensidad suficiente para anular la cognición y la volición del sujeto. Véase, Quirós Pérez: *Manual de Derecho penal III...*, *Op. cit.*, p. 179.

51 En ese sentido la Sentencia No. 95 de 25 de mayo de 1959 ofrece un concepto de trastorno mental transitorio, en el cual pueden verse identificadas las neurosis por sus características. Véase, Quirós Pérez: *Manual de Derecho penal III...*, *Op. cit.*, p. 179.

52 Son instrumentos clasificatorios de los trastornos mentales. En Cuba se emplea el *Tercer Glosario Cubano de Psiquiatría* (GC-3) siendo una adecuación regional del Capítulo V de la décima revisión de la clasificación internacional de enfermedades y problemas relacionados con la salud (CIE-10).

campo de la Psiquiatría,⁵³ tanto en el ámbito nacional como internacional, respectivamente. Su definición solo se encuentra en la praxis judicial,⁵⁴ lo cual nos induce a plantear, unido a todo lo expresado, que la referencia a su transitoriedad no es necesaria.

Por todo lo expuesto en cuanto a rasgos fundamentales, entre trastorno mental, transitorio y enajenación mental no existen diferencias esenciales a los efectos de afirmar o negar la capacidad de culpabilidad en el momento de la realización del delito. Sin embargo, la apreciación del primero, impide la imposición de una medida de seguridad posdelictiva aun cuando sea una necesidad.

Si el trastorno mental transitorio es una reacción del sujeto ante una circunstancia generalmente externa, no debe absolutizarse que ante la actualización de una situación de esa índole no se repita tal reacción. Por ende, cabe la posibilidad de que pueda existir una prognosis de peligrosidad, por lo que consideramos que debe dejarse una vía expedita para supuestos que requieran la aplicación de una medida de esta naturaleza.

Desarrollo mental retardado

En el Artículo 20.1 del Código penal se utiliza la denominación de desarrollo mental retardado que se equipara al diagnóstico psiquiátrico de retraso mental.⁵⁵

La clasificación de esta anomalía psíquica, en los diferentes grados que comporta, no puede basarse solo en el coeficiente de inteligencia, sino que deben ser analizados, además, el grado de socialización y de formación del sujeto.⁵⁶

Aun, cuando en el ámbito del Derecho penal se ha admitido el retraso mental como una enfermedad mental con potencial incidencia sobre la capacidad de culpabilidad, hay autores que se pronuncian

53 No existe ningún síndrome concreto que tenga tal denominación.

54 La misma ha dotado de contenido a esta figura, de difícil delimitación etiológica y también en cuanto a sus efectos, careciendo el trastorno mental transitorio de reconocimiento científico bajo dicha denominación.

55 Pérez González: *Manual de Psiquiatría...*, *Op. cit.*, p. 31.

56 Sobre ese aspecto y la existencia de diversos grados que identifican el desarrollo mental retardado, véase, Quirós Pérez: *Manual de Derecho penal III...*, *Op. cit.*, pp. 190 y ss.

en contra de su consideración como enfermedad de este tipo, arguyendo que no constituye un proceso patológico, no teniendo posibilidad de curación o al menos de mejoría.⁵⁷

En síntesis y de acuerdo con lo expuesto, todas las manifestaciones de la enfermedad mental que aparecen registradas en el Artículo 20.1 del Código penal, obligan a la interacción de las esferas de actuación del psiquiatra y del juez a favor del ejercicio de la justicia. El psiquiatra dictaminando sobre las causas biológicas que pueden ejercer una marcada influencia sobre la capacidad de culpabilidad y el juez apreciando, según el arbitrio que lo faculta, las consecuencias de estas causas en la vida anímica del sujeto.⁵⁸

Según se ha ido precisando, las determinaciones conceptuales de “enajenación mental” y “trastorno mental transitorio”, alusivas al estado de capacidad psíquica del sujeto, han sido asumidas por la doctrina jurídica mucho más que por el saber psiquiátrico. Asimismo, han recibido “un alud de críticas por su carácter acientífico”.⁵⁹

Si bien la potenciación de lo normativo en el análisis del precepto es importante, no debe obviarse la inescindible interdependencia

57 En ese sentido véase, M. D. Serrano Tárraga: *Retraso mental e imputabilidad*, IV Congreso Andaluz de Ciencias Penales, Derecho penal y Psiquiatría criminal y forense, El Puerto de Santa María, 1998, p. 537. Los criterios sobre las amplias posibilidades terapéuticas que ofrecen las formas menores del retraso mental bajo ciertas condiciones afectivas, pedagógicas y sociales son posibles sobre todo en los primeros años de vida sin que ello se aprecie como sinónimo de curación ni de acceso a la normalidad.

Por su parte, en el *Common Law*, a raíz del caso Durham de 1954, el Superior Tribunal del Distrito de Columbia encargado del mismo estableció, en referencia al término enfermedad (en su sentido amplio pero vinculado en este supuesto a la enfermedad mental), que esta se define como: “la condición capaz de mejorar o de empeorar mientras que defecto sería la condición no capaz de tales cambios y que puede ser congénita, consecuencia de una lesión o efecto residual de una enfermedad física o mental”. Véase en ese sentido a Frías Caballero: *Imputabilidad penal...*, *Op. cit.*, p. 376.

58 Según el criterio de Pérez González y al que nos unimos plenamente, es indispensable que el perito psiquiatra pueda homologar didácticamente el diagnóstico clínico a la categoría penal correspondiente en la enfermedad mental y que el jurista domine lo más necesario que, desde la óptica psiquiátrica, le facilite su interacción con el perito. Para la consecución de lo anterior, se impone que ambos profesionales conozcan a cabalidad la común zona de intercambio de sus respectivas ciencias. Véase, Pérez González: *Manual de Psiquiatría...*, *Op. cit.*, p. 12.

59 G. Quintero Olivares: *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, 1981, p. 201.

que del mismo se deriva entre el Derecho penal y la Psiquiatría forense. Perseverar en el mantenimiento del concepto de enajenación mental bajo el argumento de que su imprecisión favorece su uso por quienes no son conocedores de nociones psiquiátricas, a lo que puede conducir es a alejar más al Derecho penal de una de sus ciencias auxiliares en una época signada por el conocimiento científico.

Consideramos que la formulación del Artículo 20.1 del actual Código penal cubano puede provocar un efecto restrictivo en relación con las posibilidades de exención de la responsabilidad penal, atendiendo a la incapacidad de culpabilidad del sujeto. Un ejemplo de esto son los casos de los trastornos de personalidad⁶⁰ y de las neurosis, las cuales, al ser anomalías psíquicas y no perturbaciones mentales, son de difícil encaje en los conceptos de enajenación mental y de trastorno mental transitorio, aun cuando la flexibilización que se le ha otorgado a dichas expresiones lo ha permitido.

En el supuesto del psicópata, sus actos no son extraños a su personalidad, sino por el contrario, se corresponden con ella, y si bien las psicopatías no inciden en la generalidad de los casos, en la comprensión de la ilicitud del hecho, sí repercuten en la esfera afectiva. Lo anterior influye en una anómala formación de la voluntad, con posible afectación de la capacidad de culpabilidad del sujeto, y atendiendo al criterio psicológico de la fórmula mixta, para declarar como incapaz a una persona, es suficiente que concorra en esta uno de los dos rasgos de dicho criterio.

En definitiva, “las formulaciones biológicas cubanas más importantes –referentes a la enfermedad mental– son conflictivas, ya sea por ser arcaicas, ya por dificultades operacionales en su aplicación general”.⁶¹

Siguiendo esa línea de pensamiento, pudiera plantearse la búsqueda de un concepto más abierto, que abarque a todos aquellos tras-

60 Un caso muy interesante es el que fue conocido por la Sala cuarta de lo Penal del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana, Causa No. 305 de 2006 seguida por un delito de asesinato en la que la acusada resultó eximida de responsabilidad por su incapacidad para comprender el alcance de sus acciones y dirigir su conducta. En la solicitud de sobreseimiento libre, luego de un breve relato del hecho se plantea: “[...] determinándose en el curso de las investigaciones que al momento de los hechos la acusada DB se encontraba en estado inimputable al no comprender [...], por un trastorno esquizoide de su personalidad, según dictamen de Medicina Legal”, evidenciándose la inclusión de un trastorno de personalidad en el concepto de enajenación, a pesar de lo diferente de su contenido y, además, la posibilidad de exclusión de la responsabilidad penal en tales casos.

61 Pérez González: *Manual de Psiquiatría...*, Op. cit., p. 23.

tornos que se relacionan con la compleja esfera psíquica del hombre y que tengan la posibilidad de afectar la capacidad de culpabilidad.

En ese sentido, el concepto de trastorno mental recogido en las clasificaciones psiquiátricas citadas, puede incluir la diversa gama de afecciones de esta índole, oscilando desde las llamadas psicosis hasta los trastornos neuróticos y los de personalidad, el retraso mental y todas las alteraciones del proceso de socialización que puedan generar los efectos psicológicos exigidos por la ley.

De esa forma, la utilización de un concepto amplio, como el propuesto, pero a la vez aceptado por la Psiquiatría, facilitaría la inclusión de múltiples casos sin violentar la literalidad del precepto penal, ni afectar las consecuencias que de su apreciación pudieran derivarse.⁶² Es por ello que esta pretensión no debe ser considerada una cuestión superflua.⁶³

Coincidimos con el criterio de Bustos Ramírez en cuanto a que en la formulación legislativa “en materia de inimputabilidad, quizá lo preferible sea solo darle un carácter indiciario al concepto, y junto a él establecer una enumeración abierta. En todo caso no aparece como recomendable ligar el concepto, como hacen algunos cuerpos de reforma, a casos claramente estigmatizadores “desarrollo psíquico incompleto o retardado”.⁶⁴

La capacidad de culpabilidad sustancialmente disminuida

La capacidad de culpabilidad disminuida es una variante del apartado primero del Artículo 20, cuyo tratamiento constituye uno

62 Nos referimos a la posibilidad de imponer una medida de seguridad, siempre que sea necesario, por lo que con un concepto que incluya tanto los trastornos permanentes como los transitorios no se limitaría dicha posibilidad cuando aun siendo transitorio el trastorno, por la prognosis de peligrosidad fuera aconsejable la imposición de una medida de este tipo, lo cual no es posible con la formulación del Artículo 85 a) del Código penal.

63 Siguiendo el pensamiento de Pérez González, al que nos afiliamos plenamente, “el propio Derecho penal ha forzado sus términos, no los ha hecho evolucionar –o peor aún, los ha hecho involucionar– en el aspecto de su fundamentación científica, al no considerar inicialmente –ni incorporar después– los avances de la que, en definitiva, es una de las ciencias auxiliares”. Pérez González: *Manual de Psiquiatría...*, *Op. cit.*, pp. 35-36.

64 Bustos Ramírez: *Control social y sistema penal...*, *Op. cit.*, p. 556.

de los principales problemas de política criminal⁶⁵ siendo uno de sus puntos más álgidos el concerniente a la consecuencia penal derivada de su posible apreciación judicial.

La denominación de semiimputabilidad, según criterio de Quirós Pérez, no es la más adecuada, debido a dos razones fundamentales: a) porque sugiere la idea de cuantificación de algo que no es susceptible de fraccionarse matemáticamente, y b) porque implica dividir por la mitad una entidad indivisible.⁶⁶

En nuestro ámbito jurídico ha prevalecido la de imputabilidad disminuida,⁶⁷ sin desconocer otros criterios.⁶⁸

Al ser coherentes con la posición asumida en este trabajo, nos afiliamos a la expresión capacidad de culpabilidad sustancialmente disminuida. Esta significa que siendo aún el sujeto imputable, es decir, cuando existiendo conciencia su capacidad de control se encuentra sustancialmente mermada⁶⁹ en virtud de lo cual debe dis-

65 J. Cerezo Mir: *El trastorno de los semiimputables: Problemas fundamentales del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 133.

66 Quirós Pérez: *Manual de Derecho penal III...*, *Op. cit.*, p. 160. También la expresión "imputabilidad disminuida" ha sido considerada poco plausible. Véase también a R. Maurach: *Tratado de Derecho penal*, t. II (prólogo de O. Pérez-Vitoria Moreno, traducción y notas J. Córdova y Rodas), ediciones Ariel, Barcelona, 1962, pp. 117 y ss.

67 Quirós Pérez: *Manual de Derecho penal III...*, *Op. cit.*, p. 160. Otros autores cubanos no se han pronunciado en cuanto a la expresión a utilizar, aceptando tácitamente la que aparece en la ley y por ende coincidiendo con el criterio de Quirós Pérez. Entre estos pueden citarse a Ramos Smith, Cejas Sánchez, González Alcantul, Grillo Longoria y Baquero Vernier.

68 Lo cierto es que la cuestión de la imputabilidad disminuida ha sido muy polémica entre los estudiosos del tema, algunos de los cuales la identifican de manera indistinta como semiimputabilidad o imputabilidad disminuida. Véase, J. C. Carbonell Mateu; J. L. Gómez Colomer e I. Ilul Mengual: *Enfermedad mental y delito: aspectos psiquiátricos, penales y procesales*, primera edición, Civitas, Madrid, 1987, p. 61.

69 Para Quirós Pérez, el reconocimiento de una zona intermedia entre la enajenación y la salud mental es ampliamente aceptada. Véase, Quirós Pérez: *Manual de Derecho penal III...*, *Op. cit.*, p. 162. Además, son abundantes los supuestos en que puede presentarse esta circunstancia, entre ellos, iniciales manifestaciones de demencia arteriosclerótica y senil, formas leves de epilepsia y retraso mental, en los estados pasionales y de embriaguez, en las neurosis, psicopatías, etc. Véase, Roxin: *Derecho penal. Parte general*, t. I, *Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito*, traducción de la 2ª. ed. alemana y notas por D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal, Editorial Civitas, S.A., 1997, p. 839.

minuir la culpabilidad y atenuarse la penalidad.⁷⁰ Lo anterior se aprecia en numerosas sentencias de nuestros tribunales.⁷¹

A lo largo de los años, muchos han sido sus detractores⁷² y sus defensores⁷³ pero siempre se ha mantenido un especial interés por el

70 Según criterio de algunos autores la capacidad de culpabilidad no es susceptible de más o de menos, lo que realmente tiene grados es la culpabilidad y la responsabilidad. Véase, Rivero García: *Op. cit.*, p. 11.

71 A manera de ejemplo consignamos la Sentencia No. 1941 de 7 de abril de 1981 del TSP: “Considerando: ...debe estimarse que, en el presente caso, la acusada actuó agobiada por el peso de las dificultades surgidas del ambiente familiar desajustado en que se desenvuelve, los problemas que el mismo le plantea y su incapacidad para entenderlos correctamente y buscar una solución adecuada, los que acumulándose en el tiempo, exacerbaron su emotividad hasta el punto de enervar sus facultades intelectuales y volitivas, de suyo menguadas, por su retraso mental asociado al estado de depresión, situación que la incapacitó para comprender el alcance de su acción y dirigir su conducta, por lo que debe apreciarse a favor de la acusada, el estado de enfermedad mental del Artículo 20.2 del Código penal”. *Código penal anotado...*, *Op. cit.*, pp. 44-45. Como se aprecia, el tribunal considera la capacidad de culpabilidad sustancialmente disminuida como una manifestación de la enfermedad mental y acepta la importancia de las circunstancias de socialización en conjunción con el trastorno mental, como elementos decisivos, para acoger el Artículo 20.2, lo que consideramos acertado.

72 Todavía, en la actualidad, algunos autores se muestran críticos con esta categoría alegando como argumento fundamental, su imprecisión. Véase por todos, G. Quintero Olivares: *Locos y culpables*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 113. También encontramos una referencia en el Derecho penal de la antigua URSS, en la que se planteaba: “[...] Otros piensan que la inclusión en la Ley Penal soviética de la imputabilidad «reducida» no tiene fundamento alguno, pero señalan la necesidad de tomar en consideración las anomalías psíquicas que no excluyen la imputabilidad, en la individualización de la responsabilidad penal y en el cumplimiento de la sanción”. R. J. Mijuv: “El problema de la imputabilidad y la inimputabilidad en la ciencia del Derecho penal y su regulación jurídica en la legislación penal”, en *Problemas del perfeccionamiento de las leyes penales*, Ediciones MINJUS, La Habana, 1985, p. 142. También, la Sentencia No. 9 de 1962 del TSP planteaba: “[...] y mucho más difícil resulta afirmar [...] que el procesado padecía de enajenación incompleta cuando ocurrieron los hechos, pues aparte de las certeras críticas que se le ha hecho a esta clasificación artificial de los enfermos mentales [...]”. Regalado Zalazar; Fernández Pérez y De la Cruz Ochoa: *Código penal anotado...*, p. 30.

73 En referencia a la cuestión de la capacidad de culpabilidad disminuida, Zaffaroni apunta: “La naturaleza de la imputabilidad disminuida no puede ser otra que la de una causa de atenuación de la culpabilidad, que se refleja en una atenuación de la pena, pero como una necesaria consecuencia de la menor culpabilidad”. Zaffaroni: *Op. cit.*, p. 182.

debatido perímetro que abarca esta categoría. La base de la atenuación de la responsabilidad penal que la misma puede originar está en que el plano de la afectividad imposibilita la crítica del sujeto hacia la ilicitud de su conducta, existiendo reconocimiento de la realidad, pero dentro de sus zonas de conflicto, lo que desequilibra el autocontrol.

En realidad, existen dos elementos importantes que pueden influir en la valoración de la semieximente por parte del órgano juzgador. El primero es la peligrosidad manifestada por los sujetos que pueden presentar una capacidad de culpabilidad sustancialmente disminuida al existir la opinión de que estos se resisten menos a los impulsos delictivos que la generalidad de los individuos. El segundo se refiere a la posible vulneración del principio de seguridad colectiva que pudiera producirse al conferirle a dichos comisores un trato privilegiado, al atenuar su responsabilidad penal, sobre todo, en el caso de los psicópatas delincuentes.⁷⁴

A partir de la letra de la ley, la eximente incompleta puede prosperar siempre que el trastorno perturbe sustancialmente las facultades intelectivas y volitivas,⁷⁵ lo que originará la reducción preceptiva de la sanción de privación de libertad en el caso de nuestra legislación. Esta reducción, al estar limitada solo a ese tipo de pena, origina una inconsecuencia con el principio de culpabilidad. En el caso de preverse legislativamente la imposición de otro tipo de sanción, se imposibilitaría su rebaja, lo cual provocaría que la menor culpabilidad no se viese reflejada en el límite de la pena.⁷⁶

74 Sobre ello véase a J. Córdova Roda: *Las eximentes incompletas en el Código penal*, Publicaciones del Instituto de Estudios Jurídicos, Oviedo, 1966, pp. 43 y ss.

75 En opinión de Pérez González, la disminución sustancial de la capacidad de culpabilidad puede ser apreciada “en formas moderadas de desorganización psíquica, esencialmente si favorecen, sin determinar, la acción delictiva”. Pérez González: *Manual de Psiquiatría...*, *Op. cit.*, p. 34.

76 De otra parte, queremos acotar que al menos en nuestra legislación, no aparece la alternativa de la medida de seguridad para ciertos casos de capacidad de culpabilidad sustancialmente disminuida que por sus peculiares características pueden necesitar más de un tratamiento terapéutico que de una pena. En ese sentido véase la Causa No. 322 de 2005 conocida por la Sala primera de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de Villa Clara por un delito de asesinato donde se constata un hecho en que se apreció a favor del acusado el Artículo 20.2. En este caso, a pesar de lo grave del delito calificado, consideramos (previo estudio de la causa) que al autor del mismo podía habersele impuesto una

En el artículo tampoco existen elementos que nos indiquen qué ha de entenderse por “sustancialmente disminuida”,⁷⁷ por lo que puede deducirse que se trata de una cuestión de hecho y que solo a partir de la determinación de la intensidad del trastorno, quedará a la valoración jurídica de la Sala su apreciación, o no. Debemos plantear que tal determinación es la mayoría de las veces sumamente difícil por la propia naturaleza gradativa de la capacidad de culpabilidad disminuida. De esta forma, “la delimitación entre la disminución «notable» y la menos notable de la imputabilidad, naturalmente deja un espacio amplio a la valoración judicial”.⁷⁸

En este sentido, es de señalar que se establece una diferenciación entre la capacidad de culpabilidad sustancialmente disminuida como eximente incompleta y la atenuante genérica contenida en el Artículo 52.f del Código penal cubano. La primera, por las consecuencias penológicas vinculadas a su apreciación, ha sido considerada como una circunstancia con un carácter de verdadera atenuante. Es necesario precisar que dentro de la doctrina, autores⁷⁹ consultados niegan dicho criterio. El principal argumento esgrimido es que las atenuantes genéricas son elementos accidentales⁸⁰ del

medida de seguridad, de haber sido posible legislativamente, debido a que este actuó bajo circunstancias muy concretas que en nuestro criterio deben conllevar a que su comportamiento esté requerido de un tratamiento asistencial más que de una pena atenuada de acuerdo con las necesidades preventivas.

77 Entre los autores cubanos, Cejas Sánchez planteó que en el Código penal de 1979 se introdujo “la polémica formulación de la «imputabilidad disminuida» [...]”. Cejas Sánchez: *Op. cit.*, p. 84. Para Rivero García el término “sustancial” empleado como concepto valorativo inconmensurable, trae múltiples dificultades para la determinación de la capacidad de culpabilidad “sustancialmente disminuida”. Rivero García: *Op. cit.*, p. 11. En ese sentido la doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado sobre tal calificativo pero es, en última instancia, el tribunal con el auxilio pericial quien decide sobre su apreciación o desestimación según la valoración normativa en cada caso. Por su parte, para Quirós Pérez “lo sustancial admitido por la norma no implica la reducción de la imputabilidad a un plano de tan elevada exigencia que la aplicación de la norma quede reservada para los supuestos de confusión o coincidencia con la total inimputabilidad”. Quirós Pérez: *Manual de Derecho penal III...*, *Op. cit.*, p. 163.

78 Roxin: *Derecho penal. Parte general...*, *Op. cit.*, p. 840.

79 M. Alonso Álamo: *El sistema de las circunstancias del delito*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1981, pp. 193 y ss.

80 Consideradas las circunstancias como lo que está alrededor de un hecho y lo modifica accidentalmente, en el ámbito del Derecho penal estas desempeñan

delito en tanto la semieximente es una modificación valorativa de los elementos del delito, lo cual se aprecia en el plano de las consecuencias jurídicas.⁸¹

Ello es debido a que las atenuantes solo inciden en la adecuación de la sanción, a criterio del tribunal, sin posibilidad de variar los marcos legales establecidos y la capacidad de culpabilidad sustancialmente disminuida origina, en nuestra legislación, la rebaja obligatoria de la pena.

En el Código penal la apreciación de la atenuación extraordinaria de la sanción puede conllevar a la rebaja facultativa de la misma, pero para ello una opción es la concurrencia de una circunstancia atenuante genérica de manera muy intensa, como puede ocurrir con la del Artículo 52.f citado. Sin embargo, si únicamente concurre la atenuante de forma ordinaria, el marco sancionador no puede ser variado.

Atendidas las razones expuestas, consideramos que la circunstancia del Artículo 20.2 posee una naturaleza dogmática específica como especie del género eximente incompleta, que la distingue de las atenuantes genéricas por su especial incidencia sobre la culpabilidad como elemento esencial del delito.

Otra inquietud⁸² que se plantea con relación a la redacción del Artículo 20.2, es la concerniente a si para su posible apreciación, el efecto psicológico exigido requiere, o no, la previa existencia de los estados contemplados en el apartado primero de dicho artículo, es decir, enajenación mental, trastorno mental transitorio o desarrollo mental retardado en correspondencia con el criterio biológico-psicológico.

Interpretando el artículo, y según la coherencia que debe poseer, consideramos que tratándose igualmente de la capacidad de culpabilidad aunque no excluida pero sí reducida notoriamente la pre-

una función secundaria. Véase, C. A. Mejías Rodríguez: "Las circunstancias atenuantes y agravantes de la teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal", Tesis doctoral, Universidad de La Habana, La Habana, 2003, p. 21.

81 Véase en ese sentido a Carrancá y R. Trujillo, y Carrancá y R. Rivas: *Derecho penal mexicano*, parte general, decimoctava edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1995, p. 483.

82 Véase Rivero García: *Op. cit.*, p. 11.

sencia de alguna de las manifestaciones del Artículo 20.1 también debe ser un aspecto a considerar, lo que nos conduciría a la valoración de los trastornos mentales subsumibles en las mismas que no lleguen a poseer la entidad suficiente para excluir tal capacidad.⁸³

De otra parte, por lo polémica que resultan las pasiones y, sobre todo, las emociones, las que integran la esfera emocional del hombre junto a los sentimientos, en relación con el tema que nos ocupa⁸⁴ consideramos oportuno realizar ciertas reflexiones. La capacidad de inteligencia y de voluntad no son suficientes para dotar de contenido a la capacidad de culpabilidad. La personalidad del individuo, considerada como un todo, incluye junto a estas capacidades, lo afectivo y lo emocional.

La influencia que los estados afectivos pueden tener sobre la comprensibilidad que tuvo el sujeto de los actos que asumía y de direccionarlos en consecuencia en el momento de su realización, unido a sus controvertidas manifestaciones, son razones que nos animan a referirnos a ellos de manera particular.

En el análisis de cualquier aspecto vinculado al Derecho como ciencia no se puede desconocer que el hombre, ubicado en su epicentro, es un sujeto del proceso histórico, considerado al mismo tiempo, premisa y producto de la historia, y dotado, a su vez, de “propiedades específicas como personalidades provistas de carácter propio, voluntad, capacidades y pasiones”.⁸⁵

83 En ese sentido, previa consulta de los códigos penales de algunos países latinoamericanos, se constata que la capacidad de culpabilidad sustancialmente disminuida se aprecia también a partir de los trastornos mentales que pueden provocar la incapacidad de culpabilidad, siempre que el efecto psicológico de disminución notable de la capacidad de culpabilidad se produzca. Véanse en tal sentido los códigos de: Bolivia, Artículo 18; Costa Rica, Artículo 43; Ecuador, Artículo 35; Paraguay, Artículo 23.2; Perú, Artículo 21; Venezuela, Artículo 63; México, Artículo 15-VII (segundo párrafo), entre otros.

84 “En la práctica ocupa con mucho el primer plano la inimputabilidad o incapacidad de culpabilidad a causa de estados pasionales intensos, que suscita también jurídicamente problemas específicos, aun no esclarecidos definitivamente. Mientras que en la Psiquiatría, por el influjo del concepto psiquiátrico de enfermedad, antiguamente se excluía absolutamente la posibilidad de que los estados pasionales psicológicamente normales, es decir, no basados en manifestaciones patológicas, pudieran excluir la imputabilidad, la jurisprudencia de la posguerra reconoció constantemente –si bien solo para casos excepcionales– tal posibilidad”. Roxin: *Derecho penal. Parte general...*, Op. cit., p. 829.

85 Diccionario de Filosofía, Editorial Progreso, Moscú, 1984, p. 213.

Todo ello, sin obviar la capacidad de adaptabilidad individual del sujeto y el medio cultural en que se desenvuelve, pues la vivencia o experiencia del hombre, derivada de su interrelación con el ambiente, forma las esferas de las emociones, pudiendo producir los estados afectivos una inhibición de la actividad cognoscitiva.⁸⁶

“Los sentimientos humanos expresan en forma de la vivencia la realidad de las relaciones recíprocas del hombre, como ser social, con el mundo, sobre todo con los demás seres”.⁸⁷ En el caso de los estados afectivos, entre los que se encuentran el amor, la ira, el dolor, el miedo, los celos, la emoción, la pasión, es importante describir detalladamente la conducta del sujeto enjuiciado. Esto es debido a que si se alude solo al concepto del estado que puede haberse manifestado en la situación que se juzga, el análisis por parte del órgano jurisdiccional para dictaminar sobre la capacidad de culpabilidad puede carecer de la objetividad suficiente.

La afectividad es la actitud emocional con la cual un sujeto se enfrenta al medio. En los estados afectivos, el estado emocional puede afectar la vulnerabilidad psicológica del agente, impidiéndole ejercer *ex ante* una valoración crítica de la conducta asumida.

Estos estados han resultado muy discutidos dentro de la doctrina debido a que si bien se ha reconocido que bajo específicas condiciones pueden afectar en alguna medida la capacidad de culpabilidad, prima la oposición a su consideración en ese sentido e, incluso, se ha tratado de negar su eficacia atenuatoria hasta legislativamente.⁸⁸

86 “La respuesta adaptativa del hombre frente a los estímulos del medio depende, no solo, de la calidad y significado general del estímulo, sino de su significado individual para un hombre concreto; depende de las características de su sistema nervioso y de su personalidad; depende del momento y situación concreta de ese hombre al entrar en contacto con el estímulo dado”. G. Barrientos Llano y C. Martínez Gómez: “Neurosis y stress”, en *Revista del hospital psiquiátrico de La Habana*, vol. XIX, No. 4, La Habana, 1978, p. 605. Así, para cada individuo la realidad existe como subjetividad a partir de la manera en que cada cual interactúa con la realidad objetiva.

87 J. L. Rubinstein: *Principios de Psicología general*, sexta reimpresión, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1982, p. 511.

88 En el caso del Código penal brasileño, la emoción y la pasión no se aceptan como circunstancias que puedan excluir la imputabilidad penal según se aprecia en el Artículo 28. “No excluyen la imputabilidad penal: I- la emoción o la pasión; [...]”. J. O. Gómez López: *El delito emocional*, 2ª. ed., Ediciones Doctrina y ley, Santa Fe de Bogotá, D.C., 1995, p. 402.

Determinados estados emocionales pueden llegar a ser asimilados como trastorno mental transitorio,⁸⁹ al poseer características similares a este como la aparición abrupta en el sujeto, la corta duración (a excepción de los pasionales) y la desaparición con rapidez.

Lo anterior influye en que existan inconvenientes para su valoración diagnóstica y judicial, ya que generalmente la turbulencia afectiva coetánea al hecho y provocadora de este, desaparece con la ejecución delictiva. Pero lo anterior no obsta para afirmar que, aun cuando no es lo ordinario, una reacción emotiva de determinada intensidad desencadenada frente a un estímulo externo de gravedad suficiente pueda ocasionar un trastorno de la conciencia que pueda excluir la capacidad de culpabilidad.⁹⁰

Al indagar cuál es el fundamento de la atenuación de la responsabilidad penal por la concurrencia de un estado afectivo, es necesario profundizar en si tal fundamento no descansa solo en una disminución de la voluntad del sujeto. Cuando nos hallamos ante supuestos “en que la razón cede su paso a la voluntad obnubilada ante el injusto”,⁹¹ lo indicado será el análisis de los motivos impenables que tuvo el autor de la conducta delictiva para actuar de la manera que lo hizo.⁹²

89 No obstante, generalmente se diferencian. Zaffaroni en relación con esta cuestión y refiriéndose a la emoción violenta plantea: “La diferencia que media entre la emoción violenta y el trastorno mental transitorio, es la que hay entre una causa de atenuación de la culpabilidad y una causa de inculpabilidad: en la emoción violenta aún hay exigibilidad, en el trastorno mental transitorio no la hay”. Zaffaroni: *Op. cit.*, p. 146.

90 Según Quirós Pérez, pueden existir estados emotivo-pasionales que alcancen un efecto psicológico semejante al de un trastorno mental transitorio. Véase, Quirós Pérez: *Manual de Derecho penal III...*, *Op. cit.*, p. 187, y en sentido análogo, Frías Caballero: *Capacidad de culpabilidad penal. La imputabilidad según el Artículo 34, inciso uno del Código penal*, José Luis Depalma/editor, Argentina, 1994, p. 285.

91 Gómez López: *Op. cit.*, p. 64.

92 Consideramos importante el pensamiento de Pérez González cuando plantea: “determinados factores favorecen que se produzca la conducta delictiva [...]. Puede tratarse de factores externos, actuales e históricos, propios de una cultura y momento dados; o inmediatos de tipo crítico; o específicos a determinada víctima que propicia o provoca, con lo que contribuye a la decisión delictiva del agente o la precipita; y similares”. Pérez González: *Manual de Psiquiatría...*, *Op. cit.*, p. 16.

Tratándose del examen de cuestiones relacionadas con el influjo psíquico que un determinado estímulo puede producir en un individuo comisor de un delito y de la connotación que ello puede tener en la esfera de la capacidad de culpabilidad, habría que apreciar los actos provocadores, el estado afectivo desencadenado y la reacción materializada en un ilícito penal.⁹³

Existen determinados criterios de que “en nuestra época «pragmática» las emociones están en poca estima, que necesitamos cálculo y practicidad”⁹⁴ lo cual es un criterio que no compartimos, pues las emociones están como telón de fondo del comportamiento humano.⁹⁵

La manifestación de un estado afectivo se identifica popularmente con situaciones en las que “el hombre pierde la cabeza”, con lo que se pretende expresar que presenta una perturbación del control de la actuación consciente en la actuación afectiva.

El obrar en estado afectivo, es decir, cuando un determinado estado anímico invade al ser humano y este no lo puede controlar del todo, nos conduce a valorar el afecto, o sea, la “acusada excitación espiritual (para hablar en el lenguaje de nuestras leyes), como una circunstancia atenuante”.⁹⁶ Pero ello solo será posible siempre que se integren los requerimientos legislativos y no proceda la exención de la responsabilidad penal.⁹⁷

93 En este sentido queremos significar la afirmación de que “es admitido ampliamente en el campo de la Psiquiatría y de la Medicina Legal, ciencias auxiliares del Derecho, que el grado de las reacciones se mide en relación con la ofensa, con el temperamento de quien recibe el ataque o la provocación y el temor, el miedo o la angustia que le haya causado [...]”. J. E. Gutiérrez Arzola: *Nuevo Foro Penal*, No. 3, Medellín, 1979, p. 106.

94 Véase al respecto lo planteado en torno a esto por, G. Kirilenko y L. Kóshunova: *¿Qué es la personalidad?*, Editorial Progreso, Moscú, 1989, p. 147.

95 Refiriéndose a las emociones humanas, Lenin aseguraba que no podrá existir búsqueda humana de la verdad sin las mismas. Véase, V. I. Lenin: *Obras completas*, t. 25, Editorial Progreso, 1975, p. 112. También se plantea que “los factores emocionales pueden ser uno de los motivos de la conducta, pero la cuestión de la regulación de la actividad humana en conjunto no se decide solamente por las emociones”. Rubinstein: *Op. cit.*, p. 56.

96 Rubinstein: *Op. cit.*, p. 545.

97 En tal sentido, la Sentencia No. 7364 de 9 de septiembre de 1992 del TSP nos ilustra al tratarse de un delito de Homicidio que se realiza bajo un estado emocional que provoca una grave alteración psíquica integrándose la atenuante del Artículo 52.f de forma muy intensa. Véase a J. Bodes Torres, J. Candia Ferreira

A partir del criterio de que la ley penal tiene como destinatario al hombre que no es capaz de controlar sus pasiones, entonces estos estados afectivos no pudieran atenuar la responsabilidad. Pero sobre esto las opiniones están divididas.⁹⁸

Si la pasión puede superponerse a la voluntad, producto de una situación no provocada por el sujeto, esto entraría en contradicción con el criterio de que este estado afectivo, si bien hipertoniza la conciencia, no priva de la voluntad.⁹⁹ Lo afirmado nos conduciría a estimar que tal estado puede dar cabida a actitudes comportamentales incontinentes, pero no al delito, a no ser cuando inciden en un sujeto caracterizado por un temperamento proclive a la violencia.¹⁰⁰

Otros autores consideran que estos estados pasionales sí pueden ejercer un señorío sobre la voluntad, mermándola considerablemente.¹⁰¹ Para Evangelina Matallín, las pasiones, “si bien la ley no las puede considerar legítimas, si debe al menos, tenerlas en cuenta para graduar la responsabilidad criminal de aquel que se encuentra bajo su influjo en el momento de realizar la conducta delictiva”.¹⁰²

y D. Rivero García: *Temas sobre el proceso penal*, Ediciones Prensa Latina S.A. y Sociedad Cubana de Ciencias Penales, La Habana, 1998, pp. 164-165.

98 Debido a la influencia del concepto psiquiátrico de enfermedad, en el pasado se negaba la posibilidad exculpatoria de los estados pasionales que no se fundamentaran en manifestaciones patológicas, por lo que ante casos de esta naturaleza siempre se afirmaba la capacidad de culpabilidad. Hoy es aceptado, generalmente, que el desbordamiento pasional acaecido en un estado de intensa excitación puede provocar la disminución de la capacidad de control del sujeto en el momento del hecho.

99 En ese sentido, dice Casasús: “Las pasiones extremas embrutece el juicio, pero no lo destruyen [...] el hombre obra bajo un sentimiento imperioso que lo domina, pero esta dominación él la ha aceptado y obra voluntariamente”. Casasús: *Op. cit.*, p. 230.

100 Esto es argüido por los positivistas como fundamento contra los delincuentes pasionales.

101 En este sentido, Jakobs plantea, uniéndose al criterio de otros autores, que “no es la conciencia lo que se pierde en el estado pasional sino el discernimiento”. G. Jakobs: *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 639.

102 A. Matallín Evangelina: *La circunstancia atenuante de arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante*, Tirant monografías, Valencia, 1999, p. 52.

También, cabría destacar las opiniones acerca de si la actuación bajo un estado pasional no podría subsumirse en lo regulado sobre la *actio libera in causa*. Esto se plantea a partir de la consideración de que los hechos pasionales son la consecuencia de conflictos prolongados en el tiempo. Lo anterior permite diferenciar sus distintos momentos, es decir, cuando se desencadenan u originan, cuando se intensifican y, finalmente, cuando se produce el desbordamiento o descarga, que se materializa a través de la conducta delictiva y que ya implica pérdida del autocontrol.

La cuestión fundamental radica en si, cuando todavía el sujeto puede controlarse, este no hace nada para prevenir su comportamiento, por lo que se pudiese valorar esa falta de precaución como una provocación del posterior resultado y, basar en este argumento, la exigencia de responsabilidad penal.¹⁰³

No puede negarse que existen casos en que la perturbación afectiva obedece a actos que, objetiva y subjetivamente, pueden desencadenarla, influyendo sobre la capacidad de culpabilidad de quien reacciona y realiza un comportamiento ilícito.

Desde el punto de vista legislativo, esta cuestión ha sido tenida en cuenta en el ámbito de la imputación personal.

Con la formulación del Artículo 52, inciso f, con la que caben los estados afectivos, el legislador acierta al resultar impertinente y engorroso la diferenciación de estos estados desde el punto de vista jurídico debido a que lo importante es verificar el influjo de la causa generadora del efecto, con independencia de su ubicación o tipo.

En criterio de Pérez González, “emoción violenta es —desde un prisma psicológico y neurofisiológico— la ira y el miedo, y siempre ha habido autores que lo ubican así, y que lo asimilan o asemejan con el trastorno mental transitorio, considerándolo siempre como causa de inimputabilidad o eximente, si alcanza determinado nivel”.¹⁰⁴

En definitiva, somos de la opinión de que lo relativo a los estados afectivos debe quedar vinculado a la culpabilidad, bien en el plano de la exigibilidad o en el de la capacidad de culpabilidad, siendo la valoración jurídica, con el auxilio pericial y los restantes medios probatorios, la que defina si estamos en presencia de una causa de

103 Véase, Roxin: *Op. cit.*, p. 832.

104 Pérez González: *Manual de Psiquiatría...*, *Op. cit.*, p. 49.

atenuación de la culpabilidad o de una que excluye la responsabilidad penal.¹⁰⁵

Conclusiones

En resumen, en una sociedad donde los derechos del hombre son respetados, las decisiones a asumir acerca del tema de la enfermedad mental como causa que excluye la responsabilidad penal, siempre deberá ser valorada con un máximo de prudencia y cientificidad. Para ello, la complementariedad e interdependencia deben ser los rasgos que distingan la interrelación entre el Derecho penal y la Psiquiatría forense como una de sus ciencias auxiliares.

Nos unimos al criterio de que: “en la Administración de Justicia las distintas funciones y profesiones se encuentran representadas por personas que poseen una formación diversa e intereses heterogéneos: jueces, fiscales, abogados [...] psiquiatras, psicólogos [...]. Todos ellos necesitan de una forma conjunta de pensamiento y argumentación, de modo que puedan aportar al denominador común sus respectivas contribuciones por medio de discusiones que resulten comprensibles”.¹⁰⁶

En consecuencia, la regulación legislativa de la enfermedad mental, en el sentido desarrollado, debe propiciar que se adecue la responsabilidad penal al estado mental del sujeto, que los términos utilizados faciliten el intercambio imprescindible entre juristas y psiquiatras, y que exista correspondencia entre el estado mental jurídicamente declarado y las consecuencias penales que se puedan derivar del mismo.

105 Con frecuencia la valoración de la posible incapacidad de culpabilidad de quien actúa bajo el influjo de un estado emotivo o pasional ha estado sometida a criterios restrictivos por la ausencia de una evidencia científica que permita considerar con la suficiente certidumbre la afectación que puede producir un estado de esta naturaleza sobre la capacidad de culpabilidad de un sujeto.

106 H. H. Jescheck y T. Weigend: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, traducción de M. Olmedo Cardenete, 5ª. ed., corregida y ampliada, Editorial Comares, Granada, 2002.

Los denominados delitos de peligro: entre la política criminal y la dogmática penal

CIRO FÉLIX RODRÍGUEZ SÁNCHEZ

Planteamiento del problema

CIERTAMENTE, y como consecuencia del preocupante incremento de la criminalidad que experimentan hoy las distintas sociedades, especialmente en ámbitos tales como delincuencia organizada, seguridad informática, protección medioambiental y el orden socioeconómico, entre otros, los sistemas penales nacionales se presentan como la primera solución para contrarrestar esta realidad, lo cual se ha manifestado, fundamentalmente, con la inclusión de nuevas figuras delictivas o la agravación desproporcionada de los marcos penales para muchas de las ya existentes, lo que confirma, aún más, el exagerado y preocupante protagonismo del Derecho penal como mecanismo de control del delito, incluso, en detrimento del empleo de otras fórmulas que pudieran resultar menos nocivas para los intereses individuales y de las sociedades en general; a juicio de Ferrajoli, prosigue la expansión incontrolada de la intervención penal que parece haber llegado a ser, al menos en Italia, el principal instrumento de regulación jurídica y de control social, aunque solo sea por la total ineficiencia de los otros tipos de sanciones: civiles, administrativas, disciplinarias, políticas.¹

Tales modificaciones tienen lugar, principalmente, en la parte especial de las legislaciones penales que, como se sabe, se destina a la inclusión de las definiciones de delitos y a la previsión de las correspondientes sanciones para sus comisores. Al parecer, la parte general del Derecho penal ha llegado a un nivel de elaboración y desarrollo que satisface las más exigentes inquietudes sobre su interpretación y aplicabilidad, correspondiendo ahora trabajar en la parte especial de las leyes penales que, sin duda, ha sido la menos

1 Luigi Ferrajoli: *Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales*. Traducción del profesor M. Walter Antillón, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Disponible en www.fd.uo.edu.cu. Biblioteca virtual. Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, p. 1.

tratada en los diversos estudios que sobre esta rama del orden jurídico se han realizado.

Lo antes expresado, nos permite afirmar que, innegablemente, asistimos a una clara expansión de las potencialidades sancionadoras del Derecho penal, lo cual es posible constatar, entre otras tantas manifestaciones, por un notable incremento de aquellas prohibiciones cuyo contenido de ilicitud tiene su fundamento en la posibilidad de que de su realización por una persona se derive la puesta en peligro de un bien jurídico; esto es, ha tenido lugar un preocupante aumento de los llamados delitos de peligro en los códigos y demás leyes penales de estos tiempos, evidenciándose con ello un preocupante adelantamiento de las posibilidades de imposición de una sanción penal, en contraposición con la idea de que la ley penal, por lo que entraña su aplicación, debiera responder, esencialmente, a aquellos supuestos de cuya verificación se desprenda un resultado lesivo e importante para cualquier interés social, tal como lo exige el denominado principio de ofensividad o de protección de bienes jurídicos que propugna la adecuada utilización del Derecho penal, a partir de la significación social de determinados comportamientos para los intereses colectivos o individuales, garantizados por tan especial sistema de normas. Al respecto, es necesario significar que la lesividad de una conducta no debe equipararse, únicamente, a la realización de un daño material, por lo que serán también relevantes al Derecho penal aquellas que impliquen la posibilidad de daños a esta clase de intereses sociales.

En consecuencia, no resulta difícil advertir un notable incremento de la denominada zona punible, con el consiguiente perjuicio para la libertad individual y, lo que es peor aún, cierto y deliberado desconocimiento de la idea de mínima intervención del Derecho penal, muy a pesar del desarrollo teórico que ha experimentado esta importante limitación al *ius puniendi*,² muy a propósito también de los múltiples cuestionamientos sobre la real efectividad de las soluciones penales. En tal sentido, se impone tener muy en cuenta que el empleo de la ley penal siempre debería justificarse a partir

2 Sobre el principio de proporcionalidad o mínima intervención del Derecho penal puede consultarse, entre otros, a María Luisa Cuerda Arnau: "Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho penal", en *Estudios Jurídicos* en homenaje al Profesor José Ramón Casabó Ruiz. Primer Volumen, Valencia, 1998.

de las afectaciones que experimenten los bienes jurídicos con la realización de las conductas descritas en los tipos penales, máxime si tenemos en cuenta que es la protección de estos intereses³ el cometido principal del Derecho penal, en tanto parcela sancionadora por excelencia del ordenamiento jurídico en cualquier tipo de sociedad.

A pesar de ello, existe consenso alrededor de la idea de que la ley penal no debe aplicarse únicamente para responder a los hechos delictivos con realización efectiva de daño o menoscabo importante para el bien jurídico; es necesario que también sirva para dar respuesta a determinadas conductas que, sin ocasionar una afectación material, hayan evidenciado la posibilidad real de ocurrencia de ese resultado o, mínimamente, cuando de su realización se pueda afirmar la posibilidad, mediata o abstracta, de una lesión para determinados intereses sociales, fundamentalmente de titularidad colectiva o difusa, tal como ocurre con la seguridad colectiva, por solo citar un ejemplo de este tipo de interés social.⁴

Por esa y otras razones, en cualquier literatura de Derecho penal, siempre que pretendamos recordar los fundamentos esenciales del hecho punible, encontramos la explicación de que, atendiendo a los resultados de la conducta delictiva, es posible afirmar la existencia de delitos de daño y de delitos de peligro, que a su vez se convierten en las modalidades del efecto o alteración que en los bienes jurídicos provoca la acción penalmente relevante, lo cual es fruto del desarrollo alcanzado por la teoría del delito y, al propio tiempo, constituye expresión inequívoca de la trascendencia que ha adqui-

- 3 Aun cuando existen opiniones diversas sobre la función principal del Derecho penal, es mayoritario el consenso a favor de que es la protección o tutela de bienes jurídicos lo que determina la criminalización de las conductas de esta clase y la consiguiente imposición de sus severas sanciones, véase Renén Quirós Pérez: *Manual de Derecho penal*, t. I, Editorial Félix Varela, La Habana, pp. 18-19; Juan Carlos Carbonell Mateu: "Reflexiones sobre el concepto de Derecho penal", en *Estudios Jurídicos*, en memoria del profesor Dr. José Ramón Casabó Ruiz. Primer volumen. Valencia, 1998. p. 343; Claus Roxin: *Derecho penal. Parte general*, t. I. Traducción de la 2ª. ed. alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Edit. Civitas, Madrid, 1997, p. 52, entre otros.
- 4 El Título III, Libro II, del Código penal cubano, se destina a la protección del bien jurídico denominado Seguridad Colectiva que, indudablemente, se ha convertido en uno de los más identificativos de las particularidades de los llamados bienes jurídicos colectivos, supraindividuales o, simplemente, difusos.

ruido el análisis de las consecuencias de la conducta humana en la dogmática de la ciencia penal actual.

Sin temor a equivocarnos, los llamados delitos de daño material han merecido mayor espacio en la literatura más tradicional sobre el Derecho penal; claro está, esto se corresponde con los fundamentos existenciales de esta disciplina y con el evidente predominio de los comportamientos lesivos sobre aquellos que solamente ponen en peligro la conservación de un interés social; en consecuencia, las legislaciones penales se han caracterizado por contener un mayor número de figuras delictivas de daño que tipicidades de peligro, lo que nos permite afirmar que tanto la tipificación como la interpretación y aplicación de los delitos de resultado lesivo o dañoso ofrecen menos dificultades que la elaboración y aplicabilidad de aquellas tipicidades, cuya penalidad se fundamenta en la probabilidad, ya sea más o menos inmediata, de una afectación al objeto de la protección penal.

Pero, sucede que hoy se evidencia una marcada tendencia al aumento de los tipos penales de cuya realización puede derivarse la probabilidad de un daño, siendo aún más preocupante la actual inclinación por el incremento de aquellos que suponen una posibilidad más remota de ejecución de tales consecuencias; es decir, comportamientos en los que la posible ocurrencia de resultados materiales aparece como probable, según la experiencia común, pero su real concreción se presenta más incierta y abstracta. Como se infiere, nos referimos a los denominados delitos de peligro abstracto que, a diferencia de lo que ocurre con los delitos de peligro concreto, no exigen para su tipificación y aplicación la demostración de la inmediatez o proximidad del posible resultado de daño, siendo suficiente para su comisión la materialización de la conducta prohibida por parte del sujeto actuante para el desencadenamiento de las consecuencias jurídico-penales,⁵ por mencionar su particularidad más relevante en relación con los delitos de peligro concreto.

5 La tendencia al incremento de los delitos de peligro y, especialmente, de aquellos que clasifican como de peligro abstracto ha sido advertida por diversos autores, entre ellos, Cristina Méndez Rodríguez: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Servicio de Publicaciones, Universidad Complutense de Madrid, 1993; José Ulises Hernández Plasencia: "Delitos de peligro con verificación de resultado: concurso de leyes", en *Anuario de Derecho penal*, t. XLVII, Fascículo I, enero-abril de 1994; Luigi Ferrajoli: *Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales: Op. cit.*

Al respecto, basta con señalar que una de las principales manifestaciones del denominado Derecho penal del enemigo⁶ ha sido el adelantamiento de la punición para determinados comportamientos que no necesariamente expresan afectaciones materiales para los bienes jurídicos, incluso, puede decirse que tales conductas constituyen un paso previo a las mismas, pero en modo alguno tan significativas como aquellas. Esto se ha materializado, entre otras soluciones, a partir de la criminalización de algunos actos preparatorios que, tradicional y mayoritariamente han resultado conductas impunes, al margen de que alguna que otra legislación haya previsto sancionarlas, pero en todo caso con un tratamiento punitivo diferente a la consumación.

Como resultado de lo antes dicho, y principalmente a partir de la inclusión de esta clase de conductas peligrosas como delitos, el Derecho penal extiende sus barreras punitivas para alcanzar comportamientos muy distantes de la posibilidad de daño material, con lo que se afianza el predominio de los intereses de la política criminal sobre aquellas posturas dogmáticas que procuran un Derecho penal de mínima intervención para evitar, entre otras consecuencias, la excesiva utilización de esta clase de normas jurídicas en perjuicio de las posibilidades que pueden ofrecer otras como el Derecho administrativo, el Derecho civil, el Derecho ambiental y el Derecho tributario, por solo mencionar algunas. Al propio tiempo, para castigar las conductas de peligro, y especialmente las de peligro abstracto, teniendo en cuenta que ciertamente algunas deben perdurar en el ámbito penal, se han previsto marcos sancionadores que no guardan proporción con las particularidades del resultado probable, incluso, en determinados tipos se establecen penas tan severas como

6 Con esta denominación se ha identificado una preocupante tendencia para aplicar sanciones penales con inobservancia de importantes garantías establecidas para hacer posible un Derecho penal de mínima intervención, que ha sido propugnada, entre otros, por autores como Gunther Jakobs con artículos tales como “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”; en Günther Jakobs: *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit. Civitas, Madrid, 1997, pp. 293-324; también con “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Edición especial sobre el Código penal peruano, Año VII-VIII, No. 12; por último, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en *Derecho penal del enemigo*. Thomson Civitas, 1ª. ed., 2003; por solo mencionar algunos.

las reservadas para aquellos hechos con afectación real al objeto de la tutela penal, lo que resulta incoherente con la sistemática penológica que debe caracterizar a toda legislación penal y, aún más, con la exigencia de proporcionalidad que todo sistema penal debe observar y mostrar desde su propia configuración hasta su realización práctica.

Paradójicamente, los delitos de peligro abstracto no han merecido la necesaria atención de los estudiosos del Derecho penal; salvo algunas excepciones,⁷ no abundan los materiales que traten en profundidad esta temática de tanta actualidad y futuro en el pensamiento penal contemporáneo. Lo que podemos encontrar en los tratados y manuales al respecto, o al menos en la inmensa mayoría de ellos, se limita a la exposición de las notas o elementos esenciales sobre las modalidades del resultado como componente obligado del análisis de la conducta delictiva, la referida al daño y la relacionada con la puesta en peligro del bien protegido, sin que se ofrezcan otros análisis que permitan particularizarlas con detenimiento.

De lo antes expuesto, se desprende la necesidad de profundizar en la formulación de los delitos de peligro en general, procurando determinar las principales regularidades de su tipificación en los códigos penales y, sobre todo, de la previsión de los marcos sancionadores para el castigo de tales conductas, en correspondencia con los fundamentos y los límites que justifican la existencia y aplicabilidad de las soluciones jurídico-penales, tal como lo sugiere la Dogmática Penal más contemporánea. Al mismo tiempo, se impone insistir en aquellas características que distinguen a las figuras delictivas de peligro abstracto de las que definen conductas de peligro concreto, toda vez que subsiste mucha confusión entre ambas modalidades del peligro como *ratio legis*; de igual manera, se impone reflexionar sobre la forma de solucionar los supuestos de concurren-

7 Existe un interesante libro de Cristina Méndez Rodríguez sobre las técnicas de tipificación de los delitos de peligro y en el que se analizan en detalles los conceptos de bien jurídico y de peligro como componentes importantes de esta temática; al propio tiempo, se enjuicia la elaboración e interpretación de los delitos de peligro concreto y de peligro abstracto, pronunciándose por la supresión de estos últimos de las legislaciones penales contemporáneas. *Cfr.* Cristina Méndez Rodríguez: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Servicio de Publicaciones, Universidad Complutense de Madrid, 1993.

cia de conductas de peligro con aquellas que implican la verificación o realización del resultado lesivo, pretendidamente evitable a partir de la inclusión de las conductas peligrosas; esto es, determinar si se trata de supuestos de concurso real de delitos o si, por el contrario, estamos en presencia de situaciones de concurso aparente de normas penales.

Sobre tales cuestiones versa este material con el que, sin el ánimo de ofrecer criterios absolutos, pretendo llamar la atención alrededor del necesario equilibrio que debe existir entre la Política criminal, entendida, en términos muy generales, como el diseño de la estrategia estatal para el control y la disminución de la delincuencia y, por el otro lado, la Dogmática Penal como aquel conjunto de categorías, reglas y principios a partir de los cuales debe configurarse, interpretarse y aplicarse el Derecho penal, muy a propósito del empuje innegable de los delitos de peligro en los sistemas penales contemporáneos. Otra razón, muy poderosa por cierto, para la publicación de estas ideas, la constituye el merecido homenaje de los penalistas cubanos, al que quiero contribuir, para quien ha representado mucho en la formación de incontables generaciones de juristas, especialmente de aquellos que nos desempeñamos en la docencia universitaria, quienes también reconocemos sus importantes y decisivas aportaciones a la codificación de nuestro Derecho penal, el Dr. Renén Quirós Pérez.⁸

Los delitos de peligro. Cuestiones generales

Como se sabe, las primeras nociones sobre el delito se caracterizaron por entenderlo como un acto puramente dañoso, una afectación material que implicaba un menoscabo de los intereses individuales de las personas, fundamentalmente; es así, que hasta los animales, según la historia de esta disciplina, podían ser juzgados por haber ocasionado algún daño a cualquiera de estos bienes. En tal sentido, las conductas que ocasionaren la muerte o lesiones corporales de alguna persona, pérdida o daños de los derechos patrimoniales u

8 Doctor en Derecho, Profesor Titular y Principal de Derecho penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, asesor del Ministerio de Justicia, Miembro del Tribunal Nacional de Grados Científicos de la República de Cuba y autor de varios libros y artículos sobre Derecho penal.

otras afectaciones materiales al sistema de relaciones sociales, serían consideradas delictivas sin mayores reparos.

Con el desarrollo doctrinal y científico que ha experimentado el Derecho penal, la noción de que el delito es un acto socialmente dañoso desde el punto de vista material, ha cedido espacio a la idea de que también resultarían delictivos y, por consiguiente, relevantes para este, todos aquellos comportamientos que, aunque materialmente no traigan aparejada una afectación, sí representen un peligro para la comunidad por la posible perturbación que sufriría de no enfrentarse eficazmente por la sociedad. Muy de acuerdo con Roxin⁹ de que la vinculación del Derecho penal a la protección de bienes jurídicos no exige que solo haya punibilidad en caso de lesión de bienes jurídicos; es suficiente una puesta en peligro de bienes jurídicos.

Aunque no es objeto de este trabajo incursionar en el concepto de peligro, tan controvertido por demás, sí nos interesa dejar establecido que de su utilización en el Derecho penal se desprende la idea de que la realización de una conducta, aunque no provoque un menoscabo a un determinado bien jurídico, sí puede poner en riesgo su conservación o integridad, a partir de las cualidades que presenta y las circunstancias en que ha tenido lugar, lo cual es comprobable y, al propio tiempo, significativo para el sistema de relaciones sociales.

Por otra parte, se ha afirmado que también es función del Derecho penal procurar la seguridad en el cumplimiento de las normas por los ciudadanos, lo cual solo sería posible a partir de que todos interioricemos lo imprescindible que resulta para toda sociedad de que sus individuos ajusten sus comportamientos a las prohibiciones o mandatos que derivan de las definiciones delictivas, lo que indudablemente puede contribuir a la prevención de las actividades delictivas.

Según la teoría sobre el hecho punible, los delitos se identifican por los daños que ocasionan a los bienes jurídicos o por el peligro de afectación que dichos comportamientos entrañan para el sistema de relaciones sociales entre otros elementos estructurales; en el primer caso, los daños pueden ser de índole material (la muerte de

9 C. Roxin: *Derecho penal. Parte general*, t. I (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito), traducción de la 2ª ed. alemana y notas de Diego Manuel Luzón Peña y otros. Edit. Civitas, 1ª. ed., 1997, p. 60.

una persona) o inmaterial (afectaciones al honor) y, en el segundo, el peligro puede ser concreto (posible lesión u otro resultado por conducir vehículos por la vía pública en total estado de embriaguez) o abstracto (probable afectación al medio ambiente por comportamiento intencional o negligente).

Siendo así, los tipos penales deben configurarse a partir de la necesidad de enfrentar una conducta que daña un bien jurídico, siempre que se trate de afectación importante, o cuando de su realización pueda afirmarse que puso en peligro su conservación o existencia como tal. Por tal razón, puede afirmarse que es la dañosidad o la peligrosidad de una conducta lo que justifica su inclusión en el sistema de las normas penales y, por consiguiente, su posible sanción por el sistema penal.

En efecto, todo bien jurídico puede ser objeto de un daño o puesta en peligro, siendo la intensidad del perjuicio lo que permite diferenciar ambas modalidades del resultado de la acción. Por el daño o lesión, debe entenderse la afectación real que se produce a un bien, una pérdida directa de su valor y que puede ser perfectamente calculable cuando se trata del denominado daño material. La pérdida de una vida, una alteración en la integridad corporal, la sustracción de bienes patrimoniales, entre otros, pueden ilustrar lo anteriormente planteado; en cambio, en los delitos de peligro basta la probabilidad de una lesión como resultado de la acción; la producción de peligro constituye un elemento esencial en la interpretación del tipo penal, al margen de la mayor o menor proximidad del probable resultado dañoso.

Según Jescheck, “por peligro debe entenderse un estado desacomunado y anormal en el que, para un observador inexperto, puede aparecer como probable, a la vista de las concretas circunstancias actuales, la ocurrencia de un daño cuya posibilidad resulta evidente”.¹⁰ Son sumamente ilustrativos de estos últimos algunos delitos cometidos en ocasión del tránsito, los denominados delitos medioambientales, los que atentan contra la seguridad colectiva, la salud pública, la seguridad del trabajo, entre otros; y que pueden estar incorporados tanto en las leyes penales ordinarias o, en mayor medida, en leyes especiales.

10 H. Jescheck: *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Traducciones y adiciones de Derecho penal español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, vol. I, Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona, pp. 358-359.

En los denominados delitos de peligro es importante referirnos a sus principales modalidades, alrededor de las cuales existe mayoritario consenso.¹¹ En los delitos de peligro real o concreto, tal peligro es efectivo y supone que la posibilidad de lesión ha estado muy próxima a concretarse. Para Borja Jiménez, en estos se tiene que demostrar, para que se pueda afirmar la tipicidad, que la acción del sujeto determina una alta probabilidad de menoscabo para los bienes jurídicos presentes en el ámbito espacio-temporal en el que se desarrolla la conducta punible, es decir, el comportamiento típico implica un riesgo específico para el objeto de protección que venga designado explícita o implícitamente en el precepto penal.¹²

Por su parte, Gustavo Rozas considera que los delitos de peligro real son aquellos en los que el resultado consiste en la causación efectiva y cierta de un peligro. El momento en que el peligro se produce es el de la consumación.¹³ Los delitos consistentes en la conducción de un vehículo en estado de embriaguez alcohólica, con posibilidad inmediata de lesión a los bienes jurídicos mayormente afectados por estas conductas, la vida y la integridad de las personas, constituyen el ejemplo más ilustrativo de estos casos.¹⁴

Por el contrario, en los delitos de peligro abstracto la probabilidad de lesión está más alejada, por lo que se puede afirmar que ellos constituyen el paso previo a la existencia del peligro concreto, y para su apreciación basta la peligrosidad general de la acción para afectar bienes jurídicos. A juicio de Gustavo Rozas, en los delitos de peligro abstracto lo típico es la realización de una conducta idónea para causar peligro;¹⁵ es por ello, que en esta clase de delitos no es

11 Hay autores, como Cristina Méndez Rodríguez, que mencionan una tercera modalidad de delitos de peligro, los llamados delitos de peligro abstracto-concreto, en los que concurren características del peligro abstracto y del concreto en una misma tipicidad delictiva. Cfr. Cristina Méndez Rodríguez: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación: Op. cit.*, pp. 165 y ss.

12 Emilianao Borja Jiménez: "La terminación del delito", en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1995, p. 32.

13 Gustavo Rozas: *Tratado de Derecho penal*. Disponible en <http://fd.uo.edu.cu>, Biblioteca virtual. Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, p. 16.

14 Emilianao Borja Jiménez: *Op. cit.*, pp. 147 y ss.

15 Gustavo Rozas: *Op. cit.*, p. 17

necesaria la afirmación del concreto riesgo para el objeto de protección de la norma, por lo que basta con la verificación de la conducta en los términos expresados en el correspondiente tipo penal para establecer el contenido del ilícito, lo cual debe implicar la demostración de la potencialidad lesiva de esta, desde un punto de vista general. Entre tales comportamientos podemos ubicar la conducción de un vehículo bajo los efectos de la ingestión de bebidas alcohólicas sin llegar al estado de embriaguez, los denominados delitos de falso testimonio, la asociación para delinquir y la portación y tenencia ilegal de armas, entre otros.

Para Mir Puig, en los delitos de peligro concreto el tipo requiere como resultado de la acción la proximidad de una concreta lesión, es decir, que la lesión haya estado muy próxima a consumarse. En consecuencia, los delitos de peligro concreto son, pues, delitos de resultado (de proximidad de lesión), mientras que los delitos de peligro abstracto son de mera actividad, pero que ambos son verdaderos delitos de peligro porque exigen que no se excluya previamente todo peligro. La peligrosidad de la conducta es la razón del castigo de todo delito de peligro (sea abstracto o concreto), por lo que siempre se exigirá que no desaparezca en ellos todo peligro. Sostiene, además, que lo que no se puede admitir es que en los delitos de peligro abstracto falte el tipo, siempre que se pruebe que a posteriori no resultó peligro concreto. Admitir esto, borraría la diferencia que la ley impone entre los delitos de peligro concreto y abstracto, al exigir solo para los primeros el resultado de proximidad de una lesión, lo cual contradice el fundamento político criminal de los delitos de peligro abstracto, que ha de verse en la conveniencia de no dejar a juicio de cada cual la estimación de la peligrosidad de acciones que normalmente lo son en alto grado (peligro estadístico).¹⁶

Para Maurach, la peligrosidad abstracta es la vara de medida que el legislador utiliza para prohibir ciertas acciones que pueden calificarse como peligrosas de acuerdo con la experiencia general;¹⁷ consecuentemente, para considerar punibles estos comportamien-

16 Santiago Mir Puig: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 2ª. ed.. Edit. Bosch, Barcelona, 1982.

17 Reinhart Maurach: *Derecho penal. Parte general*, t. I, Editorial Astrea. Traducción de la 7ª. ed. alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires, 1994, p. 283.

tos es suficiente que resulten idóneos para la causación de un resultado de interés para el Derecho penal. A diferencia de lo que ocurre en los delitos de peligro concreto, en los que la causación del resultado ha de constatarse por el órgano juzgador como elemento del tipo. En los delitos de peligro abstracto los indicios de la peligrosidad de la acción se hallan fijados de forma vinculante en la propia ley.

La probabilidad de lesión que representan los delitos de peligro, ya sea en forma abstracta o concreta, se ha esgrimido como argumento para adelantar las barreras punitivas del Derecho penal porque se ha llegado al consenso de que tales acciones exigen una previsión de ese tipo para evitar la consumación efectiva de los daños que, racionalmente, se producirían a los bienes jurídicos tutelados por esta esfera del derecho. Es por las nocivas consecuencias que pudieran ocasionar estas acciones que el legislador ha entendido necesario utilizar anticipadamente el Derecho penal para enfrentarlas con los medios de que dispone, lo cual manifiesta la necesaria tendencia de incorporar figuras delictivas de esta naturaleza en la parte especial de las legislaciones penales modernas.

El adelantamiento de la protección penal mediante la formulación de los delitos de peligro exige, ante todo, que los bienes jurídicos que puedan resultar agredidos sean de una importancia tal que justifique entender consumadas acciones sin que hayan ocasionado una alteración real. Se trata, en fin, de una protección penal especial que se dispensa a determinados valores o intereses jurídicos por la trascendencia que tienen para la colectividad, tales como la protección de la Seguridad del Estado, la Seguridad Colectiva, el Orden Público, entre otros, y cuyo propósito es evitar las conductas propiamente lesivas. De tal manera, los delitos de peligro tienen su razón de ser en la necesaria tutela penal que demandan intereses de inestimable valor para cualquier sociedad.

Si modernamente se ha asimilado la categoría peligrosidad como sinónimo de probabilidad o pronóstico de comisión de delitos, su empleo para la creación por el legislador de los delitos de peligro supone que para poder apreciar la naturaleza peligrosa de una acción hay que acudir a una consideración *ex ante* porque el peligro siempre consiste en juicio de probabilidad que implica una comparación entre la situación creada por la acción o la omisión del sujeto

y aquello que pudiera ocurrir. No es menos cierto que hablar de peligro desde una consideración *ex post* no tiene sentido; el peligro pasado ya no es peligro, pues, presupuesto que realmente ha ocurrido, nunca pudo pasar otra cosa que lo que efectivamente ha sucedido.¹⁸

En el Código penal cubano existen varias definiciones delictivas que exigen, para su consumación, la creación de una situación de peligro de lesión a determinados bienes jurídicos. En las familias de los delitos contra la Seguridad del Estado, la Seguridad Colectiva, el Orden Público, la Economía Nacional y la Vida e Integridad Corporal, encontramos algunas formulaciones que consisten en que la acción u omisión, por sí sola, constituye una posibilidad real para la ocurrencia de dichas consecuencias.

En fin, de lo que se trata es de imponer penas para prevenir que tales afectaciones no desestabilicen el normal funcionamiento de la vida en sociedad, pues ha quedado demostrado que el Derecho penal no debe actuar solamente cuando el daño se haya consumado; la evitación de tales afectaciones se convierte en una poderosa razón para justificar esta anticipación de las barreras punitivas del Estado. A pesar de ello, siempre habría que ponderar esta función a partir del cumplimiento de las garantías o límites del Derecho penal, en especial, las que tienen relación con la exigencia de taxatividad para las definiciones delictivas y aquellas que se derivan de la asimilación de los principios de proporcionalidad penal y de ofensividad al bien jurídico.

Lo antes planteado debe traducirse en la necesaria precisión del peligro en las correspondientes figuras delictivas, a partir de que el legislador inserte términos claros que permitan descifrar la entidad o peligrosidad de la conducta para el bien jurídico, con lo cual se evitaría que pasen a ser delitos conductas que constituyan meros ilícitos administrativos, laborales o, simplemente, insignificantes para los bienes jurídicos. No obstante, es una realidad innegable el incremento desmedido de las conductas peligrosas en los códigos y leyes penales especiales, hasta tal punto que no han faltado las preocupaciones de un importante sector doctrinal para llamar la

18 José María Rodríguez Devesa: *Derecho penal español. Parte general*, 16ª. ed., revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez, Edit. Dykinson, Madrid, 1993, p. 427.

atención sobre ello, tratando de poner límites a la excesiva utilización de esta técnica legislativa.

En todo caso, la implementación de la dimensión preventiva que se pone de manifiesto con la inclusión de los delitos de peligro no debe interpretarse como una excesiva flexibilización de las garantías que presuponen la utilización del Derecho penal para enfrentar los ataques más intolerables a los bienes jurídicos y que, al propio tiempo, impulsan a la búsqueda de soluciones en otras ramas del ordenamiento legal. Como se ha dicho, lo mínimo que debe reunir un comportamiento para que pueda ser objeto de la atención de la ley penal es peligrosidad o potencialidad suficiente para provocar daños importantes al sistema de relaciones sociales, de tal manera que no sea posible su enfrentamiento por otro tipo de disposiciones normativas de consecuencias menos severas.

Por tanto, nuestra primera preocupación alrededor de estos delitos está referida a su indiscriminada utilización como técnica de configuración de conductas sancionables por el Derecho penal, con el consiguiente incremento de la zona punible y el correspondiente recorte de garantías y libertades individuales, todo lo cual tiene lugar en detrimento de las posibilidades que pueden ofrecer otras ramas del ordenamiento jurídico para enfrentar comportamientos de similar naturaleza a los tipos de peligro, con lo que se afectan importantes principios de la Dogmática Penal, tales como lesividad u ofensividad al bien jurídico y el de intervención mínima.

Configuración de los delitos de peligro. El peligro abstracto

Por lo que hemos dicho, el peligro como fundamento de las prohibiciones penales y, al propio tiempo, modalidad del resultado penalmente relevante, tiene dos manifestaciones, el real o efectivo, o simplemente, *peligro concreto*, y el potencial o presunto, o como más se le conoce, *peligro abstracto*. Sin duda, la configuración de una u otra modalidad del peligro como fundamento del injusto penal, debe estar en correspondencia con las regularidades que se aprecian en las diferentes legislaciones penales a propósito de la tipificación de los delitos de daño material; esto es, cada figura de delito debe poseer

la definición de la conducta punible (acción u omisión), la voluntad de realización (dolo o culpa) y la precisión del resultado ocasionado al bien jurídico (afectación o puesta en peligro del bien jurídico), aunque también pueden aparecer otras referencias para indicar las circunstancias de tiempo, modo, lugar y medios, que constituyen exigencias típicas para la adecuada descripción del comportamiento delictivo.

En lo que respecta a la tipificación de los delitos de peligro, hay que significar que lo mayormente aceptado, por razones de elemental lógica, es que en dichas figuras aparezca, en forma expresa, el elemento del peligro como fundamento legitimante de estas prohibiciones, en lo cual subyace el interés de política criminal de penalizar tales comportamientos; al propio tiempo, ello se ha convertido en la peculiaridad más identificativa de esta clase de delitos, permitiendo argumentar la distinción e interpretación en relación con los delitos de daño material. Por ejemplo, el Artículo 238.1 del Código penal cubano, destinado a la definición del delito de Contaminación de las aguas, plantea que será sancionado *quien arroje objetos o sustancias nocivas en ríos, arroyos, pozos, lagunas, canales, o en lugares destinados a abreviar el ganado o las aves, poniendo en peligro su salud o su vida*; de lo cual no cabe duda de que se trata de una conducta peligrosa para los bienes que se mencionan, pues en modo alguno la aplicabilidad del precepto exige la realización de daños concretos a alguna de las especies de animales o aves protegidas, según la descripción de tal figura penal.

A pesar de ello, en los delitos de peligro no siempre se utiliza el término *peligro* u otro similar para expresar la entidad del resultado penalmente trascendente, lo que trae consigo dificultades para identificar el fundamento de la punibilidad en estos casos. Cuando el legislador emplea expresamente el término *peligro* en la configuración del tipo, el criterio mayoritario es identificar a dichas figuras como delitos de peligro concreto, con la consiguiente verificación o comprobación de la situación de riesgo efectivo que se le plantea al intérprete y aplicador de dicha solución penal; sin embargo, hay tipicidades delictivas que no emplean expresamente tal término en su redacción, pero aun así esta particularidad no convierte a estas, necesariamente, en delitos de peligro abstracto y, mucho menos, dispensa al juez de la comprobación de la probabilidad cierta de daño para el bien jurídico, a los efectos de la imposición de la sanción. El Artículo 239 de

nuestro Código penal ofrece un ejemplo de tales casos, pues sanciona *al que vierta, derrame o descargue sustancias perjudiciales para la economía nacional o residuos que contengan tales sustancias, en las aguas territoriales o en la Zona Económica Marítima de la República*; a nuestro juicio, este precepto establece un comportamiento de peligro concreto, aun cuando no hace uso del elemento peligro en su configuración, pero sí hace mención de *sustancias perjudiciales* para dar a entender que debe tratarse de una conducta que ocasione un peligro real a los intereses protegidos, por lo que es exigible en tales casos establecer, jurídica y penalmente hablando, la causación del resultado peligroso que no es otra cosa que la proximidad de lesión como consecuencia del comportamiento en cuestión.

De tal manera, es posible afirmar que la utilización del término *peligro* no es lo que determina la calificación de un tipo penal como delito de peligro concreto; lo determinante sería, entonces, la inferencia del intérprete alrededor de la inmediatez de la probable ocurrencia del daño para el objeto de la protección penal, de lo cual se derivaría, entonces, la obligación sobre la comprobación judicial de la potencial afectación que acarrea la realización de la conducta prohibida. Desde luego, para que esto funcione así, el tipo debe contener determinados términos que permitan afirmar la exigencia de un peligro concreto como fundamento de la punición, lo que, a su vez, legitimaría la sanción imponible que, indudablemente, debe resultar más severa en relación con la aplicable en los supuestos de peligro abstracto. En tal sentido, en nuestro Código penal para permitir tales interpretaciones se advierte el empleo de expresiones tales como: *sustancias nocivas, sustancias perjudiciales, sustancias dañinas, sustancias contaminantes, sustancias radioactivas, productos altamente tóxicos, objetos altamente contaminantes*,¹⁹ entre otros, que inevitablemente conducen a la comprobación judicial de la naturaleza peligrosa de su empleo en relación con un probable resultado lesivo; esto es, hacen posible la identificación de figuras de peligro concreto cada vez que analicemos un supuesto que resulte subsumible en este tipo de redacción delictiva.

19 En el actual Código penal tales expresiones las encontramos en los artículos 194.1, inciso a), destinado a la redacción del delito de Contaminación de las aguas y de la atmósfera; 238.1, incisos a) y b), y 239, destinados a la tipificación del delito de Contaminación de las aguas.

En cambio, en los delitos de peligro abstracto lo decisivo es que la conducta descrita aparezca como idónea para la causación de un resultado lesivo para el bien jurídico; claro está, desde un punto de vista general y en dependencia de las posibilidades de demostración que brinde la experiencia común. La ausencia del peligro inmediato en el tipo es, precisamente, una de las notas esenciales de estos delitos, por lo que no es exigible la específica comprobación del probable daño, aunque sí resulta necesario demostrar la abstracta peligrosidad de la conducta para ocasionar tal o tales resultados; consecuentemente, el peligro que justificaría la pena, sería el proveniente de la acción y no del probable resultado. Constituye manifestación de esta clase de comportamiento lo establecido en el Artículo 237 del Código penal, cuando plantea que se sancionará *al que infrinja las disposiciones emanadas de autoridad competente para prevenir, combatir o destruir las enfermedades y plagas de animales y vegetales*; de similar manera, el Artículo 185, inciso ch, que prevé sanción para cualquier persona *que se apodere o mantenga en su poder objetos o sustancias radioactivas u otras fuentes de radiaciones ionizantes, contaminados, destinados a ser utilizados o desactivados*.

Como puede apreciarse, aun cuando no se exige en los delitos de peligro abstracto la verificación o comprobación judicial del posible daño, sí resulta comprobable la potencialidad de la conducta para la realización de un daño, lo cual debe garantizar la incriminación de aquellas acciones de especial significado para el sistema de relaciones sociales. Es por ello que la denominada concepción significativa de la acción ha procurado fundamentar el carácter penalmente relevante de un comportamiento a partir de su potencialidad para comprometer la conservación o el mantenimiento de los bienes jurídicos; a nuestro juicio, esta explicación reafirma la necesaria dimensión material del fenómeno delictivo y que junto a la tradicional dimensión formal de lo ilícito penal deben conformar las principales exigencias para el establecimiento del carácter antijurídico de una conducta humana.

En modo alguno compartimos la explicación de que en los supuestos de delito abstracto no es exigible la comprobación de la peligrosidad de la conducta, pues tal posición reconduce la consideración de lo delictivo al aspecto meramente formal del análisis, que defiende la tesis de que en tales supuestos sería suficiente la simple

correspondencia entre el comportamiento y la definición delictiva para sancionar. En tal sentido, de lo que se trata es de establecer la nocividad del comportamiento para los intereses sociales predominantes, sin que ello implique una equivalencia con la exigencia de comprobación del probable resultado en los delitos de peligro concreto.

Siendo así, en los delitos de peligro abstracto el desvalor de la acción predomina sobre el desvalor del resultado, pero, en todo caso, se justifica sancionar una conducta en la misma medida que se demuestra que su realización por una persona supone una posibilidad de daño para un bien jurídico; lógicamente, dicha potencialidad debe tener como fundamento la presunción de un resultado de lesión, pero no con la inmediatez o inminencia que caracteriza el probable resultado en los delitos de peligro concreto. En consecuencia, en el peligro abstracto se verifica la peligrosidad general de la conducta punible, pero siempre a partir de la presunción del probable resultado; por el contrario, en el peligro concreto se establece la peligrosidad efectiva de la conducta a partir de la proximidad del riesgo de lesión experimentado por el bien jurídico, lo cual se somete a prueba judicialmente.

De lo afirmado antes, puede advertirse que no comparto la denominada presunción *iuris et de iure* para la aplicabilidad de los delitos de peligro abstracto, aun cuando tal posibilidad haya caracterizado e identificado a esta clase de formulación delictiva e, incluso, se menciona reiteradamente como uno de los elementos diferenciadores del peligro concreto. Al propio tiempo, no creemos que propugnar la verificación de la peligrosidad en el peligro abstracto implique, necesariamente, eliminar barreras de distinción con respecto al peligro concreto; por el contrario, se trata de afirmar que lo mínimo que debe constatarse de una conducta para que resulte penalmente relevante es su peligrosidad, lo cual es sinónimo de idoneidad o potencialidad para causar afectaciones a los bienes jurídicos, al margen de la mayor o menor proximidad de daño que por la intensidad del riesgo haya enfrentado el objeto de la protección penal.

En consecuencia, es la peligrosidad de determinadas conductas lo que ha compulsado la incorporación de los delitos de peligro en general, y de manera más preocupante, de peligro abstracto; siendo

así, considero importante resaltar algunas notas esenciales sobre el criterio de la peligrosidad como fundamento para la definición de conductas delictivas. Sin duda, el empleo del juicio de la peligrosidad cobra especial relevancia a partir de la necesaria distinción entre desvalor de acción y desvalor del resultado como elementos componentes de lo ilícito penal; en opinión de Esteban Sola Roche, cuando el contenido de lo injusto se analiza con esos parámetros, necesariamente surge la dificultad de poner en relación desvalor de la acción y desvalor del resultado por medio de la pregunta de si ambos deben concurrir irremisiblemente en la constitución de lo injusto.²⁰

Sobre esta cuestión de la estructura de lo injusto, es decir, sobre la trascendencia del desvalor de la acción y del desvalor del resultado, el referido autor considera que lo necesario del desvalor de la acción en la constitución de lo injusto se obtiene de la fundamentación imperativa de las normas, dirigidas a condicionar (prohibiendo u ordenando) determinados comportamientos humanos, con lo que queda claro, por tanto, que el desvalor de la acción es un elemento imprescindible en su composición. Lo suficiente del desvalor de la acción en la constitución de lo injusto en los delitos dolosos, se comprueba con la punición de la llamada tentativa inidónea y de los delitos de peligro abstracto.²¹

De tal postura, se infiere que lo que se conoce como desvalor de la acción para la configuración de los tipos penales, tiene su fundamento en la posibilidad de que mediante el Derecho penal es posible evitar resultados dañosos para los bienes jurídicos, lo que puede concretarse a partir de la elaboración de figuras delictivas en las que aparece que la realización de determinados comportamientos, por sí solos, representan daños potenciales para los intereses jurídicos. Esto convierte a la peligrosidad de la conducta en un requisito indispensable para desvalorar la acción, o lo que es igual, el juicio de peligrosidad sobre la conducta es lo que nos permite llegar a la conclusión de que un determinado comportamiento humano se di-

20 Esteban Sola Roche: "La peligrosidad de la conducta como fundamento del injusto penal", en *Anuario de Derecho penal*, t. XLVII, fascículo I, enero-abril de 1994, p. 167.

21 *Ídem*, p. 170.

rige a la lesión de un bien jurídico. Por tanto, la peligrosidad es un parámetro importante en la punición de tales conductas.

En opinión de Sola Roche, si no se aprecia la peligrosidad de la conducta, no concurre el elemento intelectual del dolo; no basta con reconocer la voluntad de lesión típica en el sujeto, para castigar su comportamiento; debe exigirse, además, que su actuación aparezca como peligrosa para los bienes jurídicos.²²

En nuestra opinión, esta utilización del concepto peligrosidad para fundamentar lo injusto en el Derecho penal es una clara manifestación del denominado Derecho penal preventivo, es decir, forma parte del conjunto de soluciones jurídico-penales que tienen el propósito de adelantar el sistema de consecuencias de esta disciplina para evitar la ocurrencia material de afectaciones importantes a la convivencia social. Por otra parte, el criterio de peligrosidad de la acción permite concretar el carácter fragmentario del Derecho penal, toda vez que no todas las acciones resultan realmente peligrosas; se trata de elegir aquellas que, en normales circunstancias, puedan acarrear afectaciones relevantes para determinados bienes jurídicos cuyo titular, en la mayoría de los casos, sería la colectividad.

Al respecto, Mir Puig ha planteado que “aunque la norma deba dirigirse a la mente de un sujeto y solo pueden prohibirse conductas voluntarias y conscientes, tampoco tiene sentido, en un Derecho penal preventivo y protector de bienes jurídicos, prohibir conductas que no aparezcan como externamente peligrosas en el momento de ir a realizarse y durante su realización”.²³

Obviamente, el criterio de peligrosidad no debe excluir otros para la configuración adecuada de los tipos penales, entre los que podemos mencionar los encaminados a evitar que cualquier conducta peligrosa resulte penada; así, los correctivos de significación social de la acción y la exigencia de que toda conducta peligrosa sea manifestación de la voluntad del sujeto comisor. Tal preocupación de introducir determinados límites a la valoración del criterio de peligrosidad como fundamento de lo injusto, obedece a la justa

22 *Ibidem*, p. 174.

23 Santiago Mir Puig: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 2ª. ed., Edit. Bosch, Barcelona, 1982, *cit. pos.* E. Sola Roche: *Op. cit.*, p. 175.

preocupación por evitar una excesiva ampliación de las prohibiciones y los mandatos que, lógicamente, supone el Derecho penal para los ciudadanos.

Sola Roche sugiere determinados principios para evaluar el criterio de la peligrosidad en función de la tipificación de las conductas punibles:

- El juicio de peligrosidad deberá atender en todo momento al principio de protección de bienes jurídicos que, como se sabe, es la misión más importante del Derecho penal.
- Al consistir en un compuesto de criterios de valoración referidos a la acción, puede ser elaborado con independencia relativa de cómo se construyan los correspondientes a la valoración del resultado. Así, mientras que para la acción debe adoptarse la perspectiva *ex ante*, la entidad del resultado y la posible agravación de lo injusto a la que podría dar lugar, puede ser calibrada *ex post*.
- La causalidad debe tener un fundamento naturalista. Por eso, debe basarse en un factor de probabilidad, cuyo incremento por la acción sea mayor que cero. Sobre ello debe, posteriormente, proyectarse la valoración jurídica.
- La acción es susceptible de ser jurídica y penalmente valorada solo en la medida que sea orientada por la voluntad.
- Los parámetros de valoración objetiva deben referirse al conocimiento ontológico (todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por el juez, más las conocidas por el autor), y al conocimiento nomológico (experiencia común sobre la época de los cursos causales).²⁴

Por su parte, Torío plantea que para establecer la peligrosidad de una acción deben observarse los pasos siguientes: en primer lugar, que la acción sea formalmente subsumible en el tipo; en segundo, que la acción sea apta, adecuada para producir un peligro al objeto de protección y, por último, que la acción esté en contradicción, o desvalorizada con la norma base del tipo penal.²⁵

24 E. Sola Roche: *Op. cit.*, pp. 176-177.

25 Ángel Torío: *Los delitos de peligro hipotético*, ADPCP, 1981, p. 827, cit. pos. Cristina Méndez Rodríguez: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, *op. cit.*, p. 187.

Al margen de la efectividad de estos criterios, para la configuración del criterio de peligrosidad como fundamento de lo injusto, es mi parecer, que todo intento por concretar esta valoración merece respeto y profundidad en el análisis que pueda sobrevenir. El concepto peligrosidad puede resultar muy abarcador para fundamentar la punibilidad de ciertas conductas si no se le insertan límites, al estilo de lo que hemos mencionado, para lograr una interpretación más o menos uniforme sobre su utilización en la elaboración de las conductas delictivas.

En consecuencia, la tendencia cada vez más acentuada en las modernas legislaciones penales de incorporar delitos de peligro tiene su fundamento en la peligrosidad que revisten ciertos comportamientos para la estabilidad de la convivencia social, lo que encuentra concreción a partir de la tipificación de conductas potencialmente dañosas para los bienes jurídicos.

Lo anterior puede aceptarse sin mayores reparos, al menos, teóricamente; sin embargo, desde los puntos de vista legislativo y práctico no resulta tan sencillo, pues se advierte gran confusión en la tipificación de las conductas peligrosas y, mucho más, en la interpretación y aplicabilidad de los preceptos penales en que están contenidas. En numerosas tipicidades delictivas se mezclan elementos de una modalidad del peligro y otra, hasta tal punto que ello dificulta precisar si se trata de una conducta de peligro abstracto o un comportamiento de peligro concreto.

Sin duda, la innegable confusión que tiene lugar alrededor de los delitos de peligro ha sido determinada, en gran medida, por los diversos criterios sobre la controvertida idoneidad de la teoría del bien jurídico para justificar la ordenación de los intereses a proteger por el Derecho penal. Al margen de tan discutible cuestión, lo cierto es que son los llamados bienes jurídicos colectivos los que experimentan mayor dependencia de la técnica del peligro para mantenerse como intereses necesitados de tan especial tutela jurídica; por consiguiente, mientras más indeterminables resulten, mucho más difícil será precisar las posibilidades de lesión que una conducta puede ocasionarle. En nuestra opinión, aun cuando se impone lograr la mayor precisión en la definición y alcance normativo de todo bien jurídico colectivo, para una mejor y efectiva protección de los bienes individuales, el Derecho penal tendrá que seguir acudien-

do a la inclusión de los bienes jurídicos de titularidad colectiva, al margen de las dificultades que ello implica para la interpretación y aplicación de sus consecuencias.

Si lo anterior ha ocurrido para la conformación de los delitos de daño material, teniendo en cuenta que ciertos bienes jurídicos resultan excesivamente abarcadores, algo diferente no puede ocurrir con la tipificación de los delitos de peligro. Tal como afirma Méndez Rodríguez, el peligro de lesión no puede concebirse sin tener en cuenta la real posibilidad de afectación que puede sufrir un interés social; no habrá riesgo de lesión si previamente no se ha determinado la lesión que efectivamente puede soportar el bien jurídico.²⁶

De ser así, solo se podrá sancionar el peligro cuando la experiencia general haya posibilitado demostrar el probable daño que puede derivar de este. Sin embargo, no han faltado criterios en el sentido de que todo delito de peligro causa afectaciones a la manera de verdaderas lesiones o daños a los intereses colectivos; con independencia de que al propio tiempo tales conductas representan probables afectaciones para aquellos intereses individuales que forman los intereses colectivos. Es decir, los delitos de peligro siempre lesionan a bienes jurídicos colectivos, pero ponen en riesgo a los bienes individuales que subyacen a esas fórmulas abarcadoras de los criterios legitimantes del poder de castigar.

Por tales razones, sería aconsejable que cada delito de peligro abstracto incluya como derivación típica, ya sea a la manera de modalidad del tipo básico o como forma agravada o atenuada, el o los resultados que pueden acontecer de la realización de la conducta, siempre con fundamento en la experiencia común sobre tales procesos de la realidad. Esto puede favorecer la concreción del bien jurídico tutelado y, lo que es más importante, la determinación de la peligrosidad de la conducta prohibida, con la consiguiente posibilidad de fijar una mejor gradación de los distintos marcos sancionadores aplicables.

A nuestro modo de ver, la redacción actual del delito de Estragos en el Código penal cubano expresa, con claridad meridiana, esta idea que sostenemos para la estructuración de los tipos de peligro; como puede apreciarse, en el tipo básico y en la modalidad que se

26 Cristina Méndez Rodríguez: *Los delitos de peligro...*, op. cit., p. 160.

acompaña en el segundo apartado se sanciona el peligro concreto; en cambio, en los siguientes apartados se prevén sanciones más graves para cuando de las conductas anteriores se desprendan resultados de lesión a los bienes o a la integridad corporal o la vida de las personas como objetos individuales de la protección penal. Al margen de la adecuada o inadecuada utilización de algunos términos para definir la conducta típica fundamental, opinamos que dicha figura pudiera resultar paradigmática para la configuración y previsión de penas en los delitos de peligro, bien sean de peligro abstracto o concreto.²⁷

Además de la solución anterior, puede valorarse la conveniencia de habilitar reglas concursales que establezcan la forma de sancionar determinadas conductas cuando de su verificación se derive un resultado de daño para el bien objeto de la protección, lo cual puede evitar también la doble incriminación de estos comportamientos, y permitir una adecuada penalidad en correspondencia con la magnitud de las afectaciones producidas.

De lo antes explicado se deriva nuestra segunda preocupación, y está relacionada con las innegables confusiones que subsisten entre las modalidades del peligro, fundamentalmente entre las de peligros concreto y abstracto, lo cual puede conducir a una inadecuada tipificación e interpretación de los propósitos y las características de una y otra, siendo peor aún, la previsión y aplicación de igual penalidad para supuestos de diferentes trascendencia y lesividad social, lo que contradice el principio de proporcionalidad penal, dificultando la posterior labor de individualización de la sanción en estos casos.

27 Artículo 174.1.- El que, mediante incendio, inundación, derrumbe, explosión u otra forma igualmente capaz de producir grandes estragos, ponga en peligro la vida de las personas o la existencia de bienes de considerable valor, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años.

2.- En igual sanción incurre el que, de cualquier modo, aumente el peligro común o entorpezca su prevención o la disminución de sus efectos.

3.- Si, como consecuencia de los hechos previstos en los apartados anteriores, resultan daños considerables para los bienes, la sanción es de privación de libertad de tres a ocho años.

4.- Si, como consecuencia de los hechos previstos en los apartados 1 y 2, resultan lesiones graves o la muerte de alguna persona, la sanción es de privación de libertad de cinco a 12 años.

Determinación de la sanción en los delitos de peligro con realización del resultado

Tal como se ha dicho, sobre los delitos de peligro en general muchas son las interrogantes que pueden plantearse, desde su propia legitimidad como modalidad de la conducta delictiva, su configuración o tipificación como comportamientos relevantes al Derecho penal y, aún más, sobre la penalidad y aplicabilidad de las sanciones en aquellos casos en los que al peligro sobreviene el resultado.

Alrededor de la previsión de las penas en los delitos de peligro, especialmente en aquellas figuras que clasifican como de peligro abstracto, se advierte la preocupación por la fijación de marcos penales que no guardan correspondencia con el propósito de tales prohibiciones, pues existe consenso en que tales conductas solo encuentran su razón de ser a partir de la asimilación de la dimensión preventiva que también caracteriza al Derecho penal contemporáneo. No basta con sancionar por el daño ya consumado, es necesario, también, que los sistemas penales contribuyan a la evitación de los daños provenientes de las conductas delictivas a partir de la penalización de aquellos comportamientos que pongan en peligro a ciertos y delimitados intereses sociales, siempre y cuando la experiencia indique que de su realización pueden derivar tales resultados.

De lo antes dicho, se desprende la afirmación de que la penalidad en los delitos de peligro abstracto debe corresponderse con el propósito preventivo que justifica su inclusión en las legislaciones penales; siendo así, los marcos sancionadores no pueden resultar desproporcionados en relación con el bien jurídico y a la modalidad de la conducta punible de que se trate. Debe tenerse en cuenta que estos delitos constituyen comportamientos previos al peligro efectivo, a la proximidad de una lesión, por lo que no sería coherente prever sanciones que se equiparen a aquellos que supongan esa inmediatez de la afectación y, aún menos, a la propia afectación del objeto de la protección penal.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que los delitos de peligro constituyen un necesario complemento en la protección de los bienes jurídicos; incluso, hay autores que afirman que la técnica del peligro en la configuración de los tipos penales expresa la necesaria relación

entre los bienes jurídicos individuales y los colectivos en la sistemática de toda legislación penal. Siendo así, los delitos de peligro ciertamente son inherentes a la naturaleza complementaria e instrumental de los bienes jurídicos colectivos, pues solo a través de ellos es posible plantearse fortalecer la protección de intereses individuales a partir de adelantar las posibilidades de imposición de una sanción para garantizar la conservación de intereses supraindividuales.

Sin embargo, en cuanto a la aplicación de sanciones penales en los supuestos de peligro con realización efectiva de daño material, múltiples han sido los criterios planteados para resolver las diversas interrogantes que en estas situaciones pueden formularse. En tal sentido, vale reconocer que la inmensa mayoría de los autores se inclinan por la solución del concurso de delitos para la determinación de las sanciones aplicables; no obstante, se han planteado otras soluciones que buscan impedir la dualidad de penas que presupone la fórmula anterior.

Alrededor de la solución para los supuestos de concurrencia de delitos de peligro con realización efectiva de resultado de lesión, Hernández Plasencia relaciona las siguientes técnicas legislativas:

- a) Configurar los delitos de peligro como delitos cualificados por el resultado.
- b) Configurar una cláusula especial para castigar más gravemente por el delito de lesión en los casos en que este sea imputable a título de culpa.
- c) Crear el tipo doloso de lesión valorando la infracción de otras normas de cuidado.
- d) Castigar separadamente el delito de peligro y el de lesión, al entenderse que ninguno de los dos absorbe el injusto total del hecho.
- d) Castigar la realización del peligro concreto o abstracto y el resultado consecuencia de este a través de un único delito, el de resultado, en el que queda embebido el peligro, si se constata que los bienes jurídicos afectados están en relación de identidad o complementariedad, y los sujetos afectados por el peligro son los que ulteriormente resultan lesionados.²⁸

28 José Ulises Hernández Plasencia: "Delitos de peligro con verificación del resultado: ¿concurso de leyes?", *Anuario de Derecho penal*, t. XLVII, Fascículo I, 1994, pp. 121-122.

De las soluciones anteriores, es mi opinión que pudieran merecer mayor aceptación y aplicabilidad las dos primeras y la última, toda vez que posibilitarían la imposición de una única sanción y, en todo caso, expresan una mayor correspondencia con los fundamentos legitimantes de la incorporación del peligro como técnica de elaboración de definiciones delictivas. Consecuentemente, coincidimos con Hernández Plasencia en el sentido de identificar estos supuestos de concurrencia de delitos de peligro con resultado material como situaciones de concurso de leyes y no de concurso de delitos.²⁹

De tal manera, para la determinación de la sanción aplicable en estos casos deben tenerse en cuenta los criterios de solución del concurso de normas penales: el de especialidad, absorción o consunción, subsidiariedad y alternatividad o mayor gravedad de la sanción. Como ya dijimos, la sanción imponible en los supuestos de verificación del peligro debe ser la correspondiente al delito más grave y que es, en todo caso, el resultado que se pretendía evitar con la incriminación de la conducta peligrosa; en modo alguno cumpliría objetivo imponer dos sanciones penales, una por el peligro y otra por el daño, toda vez que lo más adecuado, desde el punto de vista dogmático, sería sancionar por el daño porque la pena prevista por el peligro ha perdido su razón de ser. Al respecto, hay que significar que regularmente la sanción más grave se prevé para la afectación; por tanto, los criterios de consunción y mayor gravedad de la sanción del delito-resultado serían los aplicables para la delimitación de la consecuencia jurídica.

Son varias las razones que podemos enumerar para fundamentar la apreciación del concurso de leyes en estos casos, entre ellas tiene mucho peso la referida a la consideración de que los bienes jurídicos

29 En modo alguno resulta insignificante la cantidad de autores que se inclinan por la solución del concurso de delitos, especialmente la que se emplea para solucionar el denominado concurso ideal; por ejemplo, Orts Berenguer sostiene el criterio de que la efectiva lesión de los bienes jurídicos individuales que integran los intereses colectivos dará lugar, salvo alguna excepción referida legalmente, al correspondiente concurso de delitos, lo que pone de manifiesto que dichos bienes colectivos se configuran como sustancialmente distintos de los individuales que pudieran verse afectados. *Cfr.* Colectivo de Autores dirigido por T. S. Vives Antón: *Derecho penal. Parte Especial*, Editorial Tiran lo Blanch, Valencia, 1990, p. 311.

colectivos, a los cuales preferiblemente se pretende proteger con la inclusión de los delitos de peligro, no constituyen intereses totalmente separados de los individuales; por el contrario, es a partir de la necesidad que experimentan determinados intereses individuales, tales como la vida y la integridad corporal, que mayormente son los afectados como consecuencia de la realización de determinadas conductas contrarias a la seguridad colectiva, orden público, salud colectiva, medio ambiente, seguridad e higiene del trabajo, entre otros bienes jurídicos, que los sistemas penales se han pronunciado por asimilar la controvertida pero necesaria técnica del peligro para dispensar una mayor protección a los mismos.

Por otra parte, los delitos de peligro se consideran supuestos de consumación anticipada en la medida en que el momento de la perfección formal del tipo no se corresponde con el daño que implica la lesión u ofensa del bien jurídico, lo cual ciertamente puede ocurrir en un momento posterior. De ser así, coincidimos plenamente con Borja Jiménez, en el sentido de entender que la consumación en esta clase de delitos tiene lugar cuando se cumplen todos los elementos de la redacción típica; sin embargo, la terminación o el agotamiento ocurre cuando el riesgo que tales conductas representan se transforma en lesión.

En tal sentido, para la solución de estos supuestos y siguiendo este razonamiento de la teoría del *iter criminis*, se impone aplicar el criterio de consunción, toda vez que la lesión absorberá al correspondiente delito de peligro,³⁰ lo que expresa una particularidad de la denominada consumación material en los delitos de peligro.

Excepcionalmente, cuando de la verificación de una conducta peligrosa se derive un resultado de menor entidad, no incluido en la formulación delictiva ni en alguna solución concursal, siempre que no concorra con los que sí lo están, pero sí subsumible en otra figura, podría valorarse la solución del concurso de delitos, específicamente la modalidad conocida como concurso ideal, en cuyo caso se utilizaría el criterio de mayor gravedad de la sanción para la imposición de la correspondiente pena. Para seguir con el ejemplo del delito de Estragos, puede ocurrir que el resultado sea de lesiones no graves con necesidad de tratamiento médico, sancionado en el

30 Cfr. Emiliano Borja Jiménez: *Op. cit.*, p. 148.

Artículo 274 de la citada ley penal, que no aparece en la estructura típica del delito en cuestión ni en otro precepto para resolver problemas concursales; en este supuesto, se impondría solamente la sanción correspondiente al peligro por ser más grave que el daño que se produce.

Por último, nuestra principal preocupación alrededor de los delitos de peligro, radica en la posibilidad de la doble incriminación que representan tales conductas en los códigos penales, teniendo en cuenta que la solución del concurso de delitos para resolver los casos de verificación del peligro, en lugar del concurso de leyes, como a nuestro juicio debe ser, se menciona mayoritariamente como la utilizable en tales situaciones, por lo que se impondría una sanción por el peligro y otra por el daño, lo que compromete el principio *non bis in ídem*, al margen de las afectaciones a otros límites importantes para el Derecho penal como legalidad, proporcionalidad y ofensividad.

Consideraciones finales

No será posible la supresión de los delitos de peligro de las legislaciones penales actuales y futuras; sin embargo, por los inconvenientes que hemos mencionado y otros que pueden aparecer, se impone reflexionar seriamente sobre la conveniencia de seguir incorporando figuras delictivas con tales características. Para compensar las dificultades que entraña la técnica del peligro en la imposición de sanciones penales, puede mejorarse la tipificación de los diversos comportamientos que clasifican como tales, debiendo procurarse una delimitación más clara del elemento peligro que justifica su incriminación, ya sea porque de su realización se derive una probable e inmediata afectación al bien jurídico, o cuando dicha probabilidad se exprese a partir de la potencialidad manifiesta de la conducta descrita por el legislador en el correspondiente precepto, siempre que, en uno y otro caso, la peligrosidad del comportamiento sea de tal entidad que no ofrezca ninguna duda.

En igual medida, y para evitar la doble incriminación, una por el peligro y otra por el daño, es necesario incorporar en los tipos penales, siempre que sea posible, los probables resultados mate-

riales que pueden derivarse de las conductas peligrosas, debiendo lograrse una mejor gradación de las sanciones imponibles, con lo cual se conseguiría mayor precisión de los propósitos preventivos del Derecho penal y mejor correspondencia con las exigencias de proporcionalidad y ofensividad que todo sistema jurídico-penal debe cumplir. Por otro lado, para conseguir una adecuada fijación judicial de la sanción penal, puede optarse por la habilitación de reglas concursales que permitan sancionar por aquellos resultados que manifiesten la real peligrosidad de las conductas punibles y, de manera excepcional, sancionarse solamente por el peligro cuando los daños sean insignificantes en relación con las potencialidades lesivas que hayan manifestado tales hechos.

Finalmente, expresar mi adhesión a las siguientes afirmaciones de Ferrajoli, “Si el Derecho penal es el remedio extremo, deben reducirse a ilícitos civiles todos los actos que de alguna manera admiten reparación, y a ilícitos administrativos todas las actividades que violan reglas de organización de los aparatos, o normas de correcta administración, o que produzcan daños o bienes no primarios, o que sean solo abstractamente presumidas como peligrosas; evitando, obviamente, el conocido «engaño de las etiquetas» consistentes en llamar «administrativas» sanciones que son sustancialmente penales porque restringen la libertad personal. Sólo una reducción semejante de la esfera de la relevancia penal al *mínimo necesario puede restablecer la legitimidad y la credibilidad al Derecho penal*”.³¹

31 Luigi Ferrajoli: *Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales*, op. cit., p. 8.

La conducta omisiva y la determinación de autores

ARLÍN PÉREZ DUHARTE

Introducción

EN el entorno de la llamada sociedad moderna, llena de cantos triunfalistas o pesimistas, se escucha hablar del Derecho penal de la nueva “era”, el que a veces nos conduce a pensar que estamos frente a una ciencia sumida en la mayor inflación y crisis,¹ generadora de sentimientos sociales encontrados y que ha tenido su punto de ebullición con la aparición del llamado Derecho penal del enemigo.

En este entramado se ubica, como una de las más complejas y temidas por los estudiosos y prácticos de la ciencia penal, la temática de la omisión, bien como variante de la conducta humana, o como figura delictiva autónoma requerida de interpretación y aplicación, temor que responde a que la ciencia criminal ha estado concebida como patrón tradicional para delitos intencionales, perpetrados por acción, consumados y ejecutados por su autor directo o material; siendo el resto de las variantes que en la vida real se dan (imprudencia, omisión, tentativa y complicidad) asuntos de polémico planteamiento y peor solución.

La omisión, término proveniente del latín *omissio*, *omis*, se identifica con el haber dejado de hacer algo necesario o conveniente en la ejecución de algún proceso. Su aparición en los primeros textos penales evidencia una interesante paradoja; por un lado, es confusa la delimitación de los destinatarios del mandato y la precisión de las omisiones intencionales o imprudentes; y por el otro, las enunciaciones de los tipos señalando lo que se está obligado a realizar, son más numerosas y de mayor gravedad sancionadora que los preceptos

1 De manera magistral se califica por Maier el estado actual de las ciencias penales como de esquizofrenia, símil que se ajusta bien a las características de la enfermedad con la que es comparada el considerado “moderno” Derecho penal. Ver B. J. Maier Julio en “La Esquizofrenia del Derecho penal”, Ponencia presentada en el III Encuentro Internacional Justicia y Derecho 2006, La Habana.

comisivos. Así, el Derecho prusiano de 1620, en unión con las constituciones sajonas, castigó con fuertes penas a los enfermeros que dejaran perecer a los enfermos a su cuidado, y la Teresiana de 1768 determinó la decapitación, sin empalamiento, para una madre, que por simple omisión había causado la muerte de su hijo.² Sin embargo, no es hasta el siglo XIX que se inicia la controversia científica en el Derecho penal sobre el comportamiento omisivo, siendo considerada, primero, como *otro modo de acción*, y luego como *una forma independiente del acto delictivo*; discusión que no ha perdido vitalidad y sigue sumando adeptos para uno y otro bando.

El reconocimiento del proceder omisivo como una forma independiente de la conducta penalmente relevante, implica no solo entender la esencia ontológica de este, sino también identificar la autonomía de las tipicidades delictivas que lo configuran. En consecuencia, posee una naturaleza prejurídica matizada por un fuerte predominio del componente normativo. Es omiso, el comportamiento ordenado y dispuesto previamente por el sistema jurídico u otras fuentes reconocidas como tal por el catálogo legal. La relevancia penal de una omisión vendrá dada por la notabilidad de la situación o posición de espera que constituye su esencia y, por consiguiente, resultará necesario no solo el poder actuar de otro modo, sino, además, el momento normativo del que se pueda inferir la espera de lo no efectuado.

Estas peculiaridades del ilícito omisivo trascienden al resto de las instituciones del Derecho penal, y es la Participación Delictiva una en las que mayor impacto ha producido, al unirse las propias dificultades que acompañan a la omisión con las fuertes disquisiciones que se producen al momento de delimitar las formas de autoría y participación. Particular en el que encontramos una interesante situación imposible de soslayar; la tendencia más moderna del Derecho penal reafirma la necesidad de distinguir entre los intervinientes en el ilícito y los verdaderos dueños del mismo (los autores), y a los partícipes, haciendo depender de tal separación el resto de las consecuencias jurídico-penales; y en otro sentido, la tendencia

2 Estas referencias históricas y otras pueden consultarse en Von Liszt Franz: *Tratado de Derecho penal*, traducido de la 20 edición alemana por Jiménez de Asúa, t. II, Editorial Hijos de Reus, Madrid, 1916, pp. 305 y ss.

maximalista del Derecho penal apunta por el aumento de las tipicidades omisivas y por la disminución de las barreras entre autores y partícipes.

Tal cuestionamiento sobre la extensión que debe dársele al término de *participación*, bien genérico o específico, y la definición de autor y sus formas, alcanza mayores niveles de complicación al llevarlos a los marcos del delito omisivo; más aún, si las diferentes formulaciones doctrinales dedicadas a puntualizar el *quién* y el *por qué* del autor no logran abarcar esta variante conductual ni a sus modalidades.

Particularidades de la conducta omisiva en el sistema penal

La actual mirada al proceder omisivo supera los tradicionales modelos de no reconocimiento penológico de esta manifestación conductual o de imbricación con las formas positivas de actuación, configurando una argumentación sólida que abarca, desde su declaración como forma del comportamiento humano y su estructuración típica, hasta las especificidades para la adecuación de los ilícitos omisivos y la delimitación en ellos de las formas de intervención delictiva.

Esta postura doctrinal toma como línea de partida la aseveración de la existencia de una estructura típica omisiva, que surge de la diferencia entre la conducta realizada y la descrita,³ la que a su vez pone al descubierto el empleo legislativo de dos técnicas diferentes en la letra sustantiva penal: la configuración de normas prohibitivas y de normas imperativas, de estas últimas se deriva el delito omisivo.

Consecuentemente, esta modalidad delictiva, a pesar de su origen ontológico, requiere para su nacimiento y vitalidad de un

3 Coinciden en su análisis sobre el delito omisivo Eugenio Raúl Zaffaroni: *Derecho penal*, op. cit., p. 570; Santiago Mir Puig: *Derecho penal*, op. cit., pp. 303; Sebastián Soler: *Derecho penal argentino*, op. cit., p. 340; Muñoz Conde y Arán Mercedes: *Derecho penal*, op. cit., p. 253; Dora Nevares Muñiz: *Derecho penal puertorriqueño*, op. cit., p. 145, primero al delimitarlo del delito activo y luego al relacionarlo en el entorno legislativo con las denominadas normas de mandato, es decir, el tipo omisivo contiene una orden y el delito implica su no realización.

concepto normativo que posibilite su reconocimiento como omisión jurídico-penal; es decir, no existe un simple o puro no hacer, sino un no hacer que debía ser realizado,⁴ si el sujeto contaba con la capacidad psicofísica debida atendiendo al caso particular del que se trata;⁵ siendo este último elemento otra nota distintiva a ubicar en la estructura típica omisiva, que no solo la identifica, sino también la que posibilita diferenciarla de la modalidad activa del comportamiento.

Sin embargo, la existencia de denominadores comunes en estas formas del procedimiento omisivo no indican la igualdad total entre ellas, por el contrario, a pesar de contar con un sustrato común, cada una revela aspectos propios en su estructuración tipológica, los que trascienden a la valoración que se haga en otros institutos del Derecho penal, tales como la adecuación de la pena, la determinación de autores y partícipes, la valoración del *iter criminis*, etc.; este postulado es el que nos conduce a dividir, en nuestro trabajo, el análisis de las mencionadas variables omisivas.

La omisión propia, pura o simple. De su expresión conductual a su configuración tipológica

A partir de la reiterada idea de que los delitos de omisión pura o propia⁶ sancionan la infracción a normas jurídicas imperativas, la doctrina es coincidente en señalar como sus aspectos básicos los siguientes:

- a) El tipo se agota en la desobediencia a la norma de mandato, por lo cual resulta indiferente producto de su caracterización el efecto de un resultado, al menos en la gran mayoría de los casos.

4 Muy oportuna la reflexión de Zaffaroni en cuanto a los términos *conducta esperada o deseada*, nacidos del mandato legal; en tal sentido, el profesor argentino se suma a los que se cuestionan con relación a quién lo esperaba, es decir, para quiénes había omisión cuando no se efectuaba una actividad esperada; la respuesta podía conducir a una excesiva etización del Derecho penal, temor, entonces, que puede ser evitado a partir de la asimilación de la *conducta debida* como centro de la corporificación delictiva. Ver Eugenio Raúl Zaffaroni: *Derecho penal*, op. cit., p. 573.

5 Juan Bustos Ramírez: *Manual de Derecho penal. Parte general*, cuarta edición, PPU, Barcelona, 1994, p. 406.

6 A partir de este epígrafe, serán utilizados en el cuerpo indistintamente los términos de omisión simple u omisión pura para referirse al comportamiento del dejar de hacer lo previamente ordenado por la norma. (N. del A.)

- b) Los delitos de omisión propia son de pura inacción, no necesitan producir una alteración o efecto en el mundo exterior,⁷ por lo que han sido identificados como la contrapartida de los delitos de mera actividad, propios de los tipos de acción; particular que no debe conducirnos a la identificación del proceder omisivo con la pasividad total, la que, primeramente, es difícil de concebir en el ser humano; y segundo, no constituye el núcleo de la relevancia penal en esta manifestación conductual.⁸

En tal sentido, al igual que el comportamiento positivo, la omisión posee contenido psicológico y material que se contextualiza en su formulación típica; en el primer aspecto, cuando el sujeto deja de realizar aquella operación psíquica a la que está jurídicamente conminado; ejemplo, el funcionario público que se abstiene a prestar un auxilio al que está obligado por razón del cargo,⁹ y en el sentido material, cuando el omitente no hace la actividad concreta (material) que le era exigible y, por ende, puede lastimar a personas o cosas;¹⁰ condicionándose, en ocasiones, su tipicidad a la relación de la entidad objeto de la omisión con lugares, personas o cosas determinadas.

Estos argumentos nos conducen a colocarnos junto a los teóricos que reconocen la presencia de una forma específica de figura delictiva para los comportamientos omisivos,¹¹ la que al igual que el

7 Carlos Alberto Bellati: “El delito de omisión”, en www.noticiasjuridicas.com, Argentina, junio de 2000. Consultado: 20 de enero de 2004.

8 Sobre este particular se explicó supra, teniendo en cuenta los criterios originalmente formulados por la doctrina, basados en la explicación de la omisión a partir del desgaste de energía, el movimiento físico-corporal, o la percepción sensorial de la actividad humana, que dicha conducta en el ámbito penal no tiene como exigencia tales aspectos, sino la preexistencia de un deber legal que condiciona al agente a su cumplimiento, el cual puede efectivamente no realizar tanto si decide dormirse o ver la televisión, o si por el contrario inicia una partida de dominó.

9 Ver Artículo 145 de la Ley 62 de 1987, Código penal cubano.

10 Alfonso Reyes Echandía: *Tipicidad*, 6ª. ed., Editorial Temis, Colombia, 1989, pp. 60-61.

11 El tipo omisivo es construido inicialmente por Schopenhauer de forma análoga a la del pensamiento sistémico contemporáneo, el injusto se define a partir de considerar al deber como una acción mediante cuya omisión se lesiona a otro, por lo que este es posible solo cuando el omitente se ha comprometido a esta acción. Eugenio Raúl Zaffaroni: *Derecho penal, op. cit.*, p. 571.

tipo comisivo cuenta con una parte objetiva y otra subjetiva en su contextura,¹² además de satisfacer el atributo básico de describir una conducta que lesiona o pone en peligro un bien jurídico, del cual es titular una persona (natural o colectiva), descripción a la que se adicionan, en ocasiones, referencias normativas o subjetivas.

Las singularidades de la parte objetiva del tipo omisivo propio se aprecian en tres componentes:¹³ la situación típica, la ausencia de una acción determinada y la capacidad de realizar la acción; mientras que en el tipo subjetivo, las principales dificultades se focalizan en la estructuración y asimilación de las tradicionales formas de la culpabilidad; el dolo se somete a interrogantes tales como: ¿puede estar revestido de la misma ordenación que los delitos activos?, ¿existe verdaderamente intención en el no hacer?, y la imprudencia tampoco escapa a los cuestionamientos, en su caso, la polémica se centra en su aceptación, o no, de las conductas negativas.

La intencionalidad del proceder humano implica el conocimiento de lo ilícito y la voluntariedad de acometerlo (elemento intelectual y volitivo del dolo), esta organización provocó en el campo omisivo, primero, su no reconocimiento, al resultar suficiente para el juicio de culpabilidad la postura del omitente de no actuar o no persistir en su comportamiento; en un segundo momento, hoy ratificado por algunos teóricos, se sostiene que la omisión exige un concepto especial de dolo, en el que se prescinde del requisito del querer, y es suficiente con el de conocer (cuasidolo),¹⁴ junto a los que aspiran a sustituir la necesidad de lo intencional en los ilícitos del no hacer,

12 Son coincidentes las formulaciones doctrinales al respecto, asumiendo como esquema metodológico para el estudio del tipo su fraccionamiento en dos unidades: objetiva y subjetiva; al respecto ver Mir Puig: *Op. cit.*, pp. 309 y ss y Eugenio Raúl Zaffaroni: *Op. cit.*, pp. 573 y ss.

13 Para la tradición del *common law* en los delitos de omisión deben concurrir la existencia de un acto de voluntad, una conducta que no actúa y el deber jurídico de obrar o actuar según lo previsto en la ley, exigiendo, además, la concurrencia de todos para la configuración del ilícito. Dora Nevares Muñiz: *Derecho penal*, *op. cit.*, p. 145 y Glanville Williams: *Criminal Law*, *op. cit.*, p. 3.

14 Coinciden en este pronunciamiento Jescheck y Bustos Ramírez, al considerar que basta con el aspecto cognoscitivo del dolo para su apreciación en los tipos omisivos puros, es decir, que el sujeto tenga conciencia de la acción que se le exige. Jescheck Heinrich Hans: *Tratado de Derecho penal*, vol. I, p. 359, y Juan Bustos Ramírez: *Derecho penal*, *op. cit.*, p. 415.

por el particular de que el autor no haya querido realizar la conducta debida.¹⁵

Sin embargo, a la par de estas disquisiciones doctrinarias, se perfila una postura que aboga por el mantenimiento tradicionalista de la estructura del dolo en los delitos omisivos puros,¹⁶ es decir, el sujeto activo en esta forma delictiva es consciente de la situación descrita en el tipo y de sus posibilidades concretas de intromisión, por lo que bien puede decidir omitir consciente y voluntariamente; razones por las que existen en el catálogo de delitos manifestaciones omisivas propiamente intencionales; otras que admiten una culpabilidad dual: bien dolosa o culposa, o los que asimilan el llamado dolo directo, postura con la que mostramos nuestra conformidad.

En el caso de la imprudencia, la situación se muestra, también, controversial; entendida como no punible en estos delitos o como forma exclusiva de culpabilidad en el no hacer, se encuentra mayoritariamente aceptada dentro de la configuración típica pura y, bien puede surgir de la negligencia en la apreciación de la situación típica, de las propias posibilidades de intervención o, de la falta de cuidado en la ejecución de la acción ordenada,¹⁷ particular que condiciona —que al igual que en la forma dolosa—, se presenten en la Parte Especial de los ordenamientos sustantivos figuras puras imprudentes o delitos omisivos que admitan de su interpretación esta forma de la culpabilidad, no es este el único problema al que se enfrenta la culpa en los ilícitos de no hacer; al deber exigido en el mandato legal (deber de actuar) se adiciona el deber de cuidado propio de la imprudencia,

15 Son partidarios de esta posición Welzel y Armin Kaufmann, citados por Santiago Mir Puig: *Derecho penal, op. cit.*, p. 311.

16 Entre los defensores de esta fracción teórica se encuentran Santiago Mir Puig: *Derecho penal, op. cit.*, p. 311, Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán: *Derecho penal, op. cit.*, pp. 256; y en el predio nacional Renén Quirós Pérez: *Manual de Derecho penal*, t. II, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005, pp. 26 y ss.

17 Estos son los escenarios en los que a criterio de Muñoz Conde y García Arán puede presentarse la imprudencia omisiva, *op. cit.*, p. 256, aspectos que Bustos Ramírez sintetiza cuando afirma: “la tipicidad culposa puede darse respecto a un mandato mal cumplido, mala apreciación de la situación típica, mala ejecución de la acción o incorrecta apreciación en relación con los medios escogidos para la ejecución de la acción, *Derecho penal, op. cit.*, p. 415.

los que deberán ser apreciados de manera recíproca y delimitada;¹⁸ actividad que implica para el legislador la maestría de configurar detalladamente bien el cuidado esperado y la orden de actuar, y para el juzgador el arte de valorar cada uno de estos momentos en el juicio de antijuridicidad, de manera separada y, luego unida, al instante de individualizar e imponer la pena correspondiente.

Consecuentemente, la determinación del cuidado objetivo debe realizarse con un criterio normativo, por ende, no es decisivo –al decir de Gimbernat Ordeig– el cuidado que se observe de hecho en el desarrollo de una actividad de la vida social, sino el que sea *necesario* para evitar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, tal resultado será el fruto de la conexión interna entre la inobservancia del deber de cuidado objetivamente debido y las consecuencias que se obtienen, y debe ser de aquellos que trataba de evitar la norma y que le competía al sujeto destinatario evitarlo;¹⁹ vuelven a unirse el deber de cuidado y el deber de actuar, sin que dicha unión implique una relación unívoca; la conducta desconocedora del deber de cuidado puede estar constituida tanto por una acción, como por una omisión, a pesar de que un momento doctrinal fuera identificada en toda culpa la presencia de un instante negativo (el actuar culposos era siempre un omitir),²⁰ todo lo cual permite señalar que el tipo subjetivo de omisión propia puede ser configurado teniendo en cuenta la gama de formas dolosas y culposas que se prevén en el caso de los delitos activos.

Creemos que no deben existir mayores dudas acerca del entendimiento de que nos encontramos ante figuras, en apariencia, de extrema sencillez normativa, al exigírsele al creador de la ley, solo la enunciación de un mandato, que de ser incumplido, lleva aparejada la fijación de una sanción; sin embargo, la práctica legislativa y el debate doctrinal señalan que las puras omisiones pueden mostrar otra cara, la de las entendidas omisiones puras agravadas u omisio-

18 *Ibidem*, p. 69.

19 Enrique Gimbernat Ordeig: “Causalidad, omisión e imprudencia”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, t. XLVIII, fascículo III, septiembre-diciembre de 1994, Madrid, pp. 7-9.

20 Carlos Creus: *Derecho penal. Parte general*, Editorial Astrea y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 215.

nes puras de garante,²¹ en las que el “simple” dejar de hacer implica la producción de un resultado, que no llega a alcanzar la magnitud de la comisión activa y, por ende, no se identifican con la comisión por omisión, pero tampoco quedan al nivel de la escasa lesividad, característica de las omisiones puras.

En estas, el círculo de sujetos obligados por el telos de la norma se restringe a aquellos que ostentan una posición de responsabilidad especial en relación con el bien jurídico que se tutela, bienes valorados a mayor escala, al superar a los de mera solidaridad general y que traen como consecuencia la agravación de los marcos penales abstractos. El tipo sigue regulando un dejar de hacer, ahora, para un sujeto determinado, unido a la producción de un resultado más trascendente, pero que no llega a equipararse con el de la conducta propiamente activa, aspecto que identifica a la denominada comisión por omisión.

Sin embargo, lo preocupante en estas peculiares figuras no es el trazado de líneas diferenciadoras que marquen un espacio entre la acción y la omisión, sino el cómo ser acogidas en los textos penales y, posteriormente aplicadas por los operadores del Derecho penal; para esto se esgrimen dos alternativas: la estricta tipificación, en aras de evitar la posible expansión de la comisión por omisión y los males a ella aparejados y de ganar en mayor consagración del principio de proporcionalidad²² y, la estimación de estas variantes omisivas como manifestaciones legales de los delitos de comisión por omisión, habilitando una cláusula facultativa que permita a los

21 Consideradas, también, como omisiones de gravedad intermedia, delitos de omisión y resultado o delitos de omisión propia semejante a la comisión, son valoradas con detenimiento por Jesús María Silva Sánchez: “Comisión y omisión. Criterios de distinción”, Ponencia del Consejo del Poder Judicial, 1994; Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán: *Derecho penal, op. cit.*, p. 254; Isabel Pérez Cepeda: *La responsabilidad de los administradores, op. cit.*, pp. 100 y ss.; Jakobs Günter: *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª. ed., Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 940.

22 Al respecto, Silva Sánchez, contundentemente, aboga por la codificación de las omisiones de gravedad intermedia, como única forma de tender un puente entre las omisiones puras y la comisión por omisión, tarea que en su criterio debe ser irrenunciable para una correcta política criminal de los delitos de omisión. Jesús María Silva Sánchez: *Op. cit.*, p. 16.

tribunales rebajar la pena.²³ Debate en el que coloco mi voto a favor de la precisa tipificación de la variante pura de garante en los textos penales, bien como un tipo autónomo, o como una modalidad agravada de un delito de omisión simple, lo que elimina la necesidad de crear reglas adecuativas especiales para esta forma omisiva.

La omisión impropia o comisión por omisión

Ocasionar la muerte de una persona ha sido objeto de la represión penal desde tiempos remotos, bien sea esta ejecutada mediante actos corporales expresos: un disparo, una puñalada certera; o con el empleo de métodos pasivos: el dejar de alimentar o el “olvidar” administrar un medicamento vital para el mantenimiento de un paciente. Ambas conductas son merecedoras de gran reproche y se equiparan en el plano normativo y sancionador, fundamentando la idea de contrastar el no hacer causante de un resultado, con el hacer de forma activa.

Esta equiparación entre el omitir y el hacer en relación con un resultado similar, marcó el punto de partida en el análisis de los denominados delitos impropios de omisión, nacidos en condición de primogénitos,²⁴ y condujo a que algunos teóricos afirmaran que los mismos constituían la contrapartida de los nombrados delitos de resultado.²⁵

23 Este es el sentido que adopta la propuesta de Pérez Cepeda, quien llega en su trabajo, a configurar en toda su extensión el contenido de una cláusula general de adecuación para los delitos o faltas entendidos como cometidos por omisión pura de garante, cuando la no evitación del resultado no sea idéntica estructuralmente a la realización del delito de forma activa, en estos casos, los jueces, luego de comprobar el compromiso con el bien jurídico, podrán atenuar en uno o dos grados la pena correspondiente al marco típico establecido para su comisión activa. Ana Isabel Pérez Cepeda: *La responsabilidad de los administradores*, *op. cit.*, pp. 102-105.

24 Santiago Mir Puig: *La posición de garante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, La Comisión por Omisión*, Consejo General del Poder Judicial, Código CD942306, pp. 252, comenta acerca de la tradicional aceptación de los delitos de comisión por omisión, al ser vistos como la expresión negativa de la producción de determinados resultados lesivos, surgiendo tanto en el Derecho penal como en la Política criminal primero, que los considerados omisivos puros.

25 Al respecto coinciden Santiago Mir Puig: *Derecho penal*, *op. cit.*, p. 306; José M. Rodríguez Devesa: *Derecho penal español*, Editorial Año, Barcelona, pp. 370; Dora Nevares Muñiz: *Derecho penal puertorriqueño*, *op. cit.*, p. 145, entre otros.

En tal sentido, la comisión por omisión ha estado sometida, desde su alumbramiento teórico y práctico, a un verdadero torbellino de dudas e interrogantes que hacen de ella, no solo una institución compleja de entender y aplicar, sino también a que se le asocie a la posible vulneración de principios claves del ordenamiento jurídico; en este tornado de enigmas hemos escogido algunos aspectos que entendemos medulares para la conformación de nuestro esquema teórico, vinculado al actuar omisivo como manifestación penalmente relevante, y que estarían contenidos en el análisis de particulares tales como: la naturaleza y estructura de los delitos de comisión por omisión, y la posible vulneración que estos pueden ocasionar al principio de legalidad.

Se le atribuye a Luden la distinción entre delitos de omisión propios e impropios, al afirmar que los primeros consistían, únicamente, en la infracción de un mandato; mientras que lo de omisión impropia, pertenecían a la clase de “delitos que se realizan mediante acciones omisivas” que afectan derechos de terceros, siendo estos últimos identificados como “acciones”, que con la nota distintiva de ser omisas, logran un producto lesivo al orden jurídico imperante.²⁶

La obra de Armin Kaufmann, dando continuidad al empeño de distinguir y particularizar las variantes de la conducta humana en los marcos del Derecho penal, valora que la problemática de la equiparación de determinadas omisiones con las comisiones activas de delitos era una cuestión de naturaleza no dogmática-estructural; las omisiones impropias se muestran como casos de omisión cualificados por la importancia del deber y la sanción que se le asigna está condicionada a un fundamento axiológico.²⁷

26 Ver José Antonio Choclán Montalvo: *La posición de garante como criterio de equivalencia entre la causación activa y la no evitación del resultado*, Consejo General del Poder Judicial, 1994, CD942309, España, p. 374.

27 Analiza Silva Sánchez –calificado por Enrique Gimbernát, como el mayor especialista del tema sobre la omisión–, en España, que en un primer momento la doctrina se pierde en la búsqueda de una causalidad natural en las omisiones, que posibilitara equiparar, al menos, algunas de estas a los actos de comisión, propósito que al fracasar, conduce a la doctrina hacia un escalón superior; donde se distinguen a los delitos comisivos, como de dominio y los de omisión de infracción de un deber. Ver Silva Sánchez, ponencia citada, p. 13.

A partir del sustrato teórico de considerar a la comisión por omisión como forma básica del actuar omisivo pero, a su vez, marcada por elementos de tipicidad y construcción legal propios de las figuras activas, nos afiliamos al criterio que explica las peculiaridades tipológicas de esta modalidad, tomando como base los aspectos analizados *supra* para el delito de omisión pura, a los que se le adicionan algunos componentes en su parte objetiva,²⁸ atendiendo a la ya mencionada particularidad de esta forma del comportamiento.

En tal sentido, el tipo de comisión por omisión muestra, en la parte objetiva, la siguiente estructura: a) situación típica a la que se le agrega la *posición de garante*, b) ausencia de una acción determinada, ahora completada por la *producción de un resultado* y, c) la capacidad de realización, seguida por la *posibilidad de evitar dicho resultado*,²⁹ además de verificar, ya no como aspecto estructural, la relación existente entre la producción del resultado y la omisión de una acción debida.³⁰

La *situación típica*, como primer elemento de la ordenación omisiva, describe el deber de actuar, combinado en el caso de la comisión por omisión con la llamada *posición de garante*; es decir, solo aquel sujeto con una específica misión de protección de determinados bienes jurídicos, podrá ostentar tal calificativo y, por ende, serle exigida una postura concreta, expresada de alguna forma en el tipo penal.

28 Ver Santiago Mir Puig: *Derecho penal, op. cit.*, pp. 311 y ss.

29 Junto a los planteamientos teóricos del profesor español Mir Puig en este sentido, ibídem, la jurisprudencia española se muestra conforme con la identificación de elementos propios para el caso de los ilícitos de omisión impropia, así lo muestran las sentencias de 27 de junio de 1997 (RJ1997/4835) en la que actuó como ponente Granado Pérez, la que a su vez ratifica el sentir de resoluciones judiciales anteriores, como la del 19 de enero de 1994, en la que se expone que “los elementos integrantes del tipo objetivo serían los siguientes: a) la relación de equivalencia entre la no evitación del resultado y la causación del mismo; b) el resultado producido ha de ser obviamente típico; y c) la infracción de un deber jurídico especial de actuar que era exigible por su posición de garante, la cual a su vez puede venir determinada por una obligación de carácter legal o contractual, o bien por la creación de una situación de peligro o riesgo para el bien jurídico vulnerado mediante una acción o una omisión precedente”. Citado por Raúl Sanjuán López: *La comisión por omisión: el artículo 11 del Código penal*, en www.TodoDerecho.com, Consultado: Diciembre de 2005.

30 Al respecto, Luis Gracia Martín: *La Comisión por Omisión en el Derecho penal español*, Consejo General del Poder Judicial, CD942302, 1994, España, pp. 55-104.

La posición de garante (*garantenstellung*) o deber de garantía, aparece originalmente concebida por Nagler como un componente no escrito añadido al tipo de comisión, y su objetivo está encaminado a la determinación de las personas obligadas, en un caso determinado, a garantizar que el delito que lesiona o pone en peligro el bien jurídico no se produzca; surgiendo a partir de esta figura la interrogante de cuáles serían los criterios, que para el Derecho penal, permitirían atribuir a un sujeto la condición de garante.

Así, Feuerbach lo ubicó en la existencia de un deber jurídico de actuar, localizado en la ley o el contrato³¹ y, Stubel, posteriormente, le adicionó a las fuentes originarias la idea de la injerencia o también llamado actuar precedente. El deber de actuar, en este caso, existe cuando una persona coloca a otra en una situación de la que no puede escapar con vida sin la ayuda de aquella y, en tal caso, el obligado omite actuar, por lo que se convierte en culpable del delito de homicidio;³² tales planteamientos condujeron a una excesiva jerarquización de las *fuentes formales* que llevó, en ocasiones, a olvidar que la posición de garante debe existir en relación con el bien jurídico dañado.

Para mejorar los defectos de la anterior postura, la doctrina moderna aboga por deducir la posición de garantía a partir de *criterios materiales*,³³ tomando especial relevancia la teoría de las funciones iniciada por Armin Kaufmann, quien las agrupa en dos direcciones: la función de protección de bienes jurídicos determinados y las funciones que surgen de un deber de control de una fuente de peligro.³⁴ En el primero de los grupos, se analizan los deberes en razón de relaciones personales de cuidado (clásico caso de los deberes de los

31 Ver Susana Huerta Tocildo: *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1987, p. 29.

32 Santiago Mir Puig: *La posición de garante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Consejo General del Poder Judicial, Código CD942306, 1994, pp. 251-296.

33 Han sido varios los criterios de naturaleza material que la doctrina contemporánea ha esgrimido para determinar la esencia de la posición de garante; para Schünemann, el dominio sobre la fuente del resultado, su solución por Pfeleiderer a través de casos básicos y el contenido del valor del rol social en la relación de garantía expuesto por Bärwinkel, para mayor detalles Maurach Reinhart: *Derecho penal*, 7ª. ed., Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 249.

34 Hemos tomado la clasificación ofrecida por Bustos Ramírez como patrón de nuestras explicaciones y con la que coincide Mir Puig. Bustos Ramírez: *Op. cit.*, pp. 413 y ss y Mir Puig: *Op. cit.*, pp. 311 y ss.

padres con sus hijos y de estos con los suyos), en relación con la posición de un órgano representativo (situación de las personas jurídicas y la actuación mediante su núcleo de poder), por estrechas relaciones de comunidad (comunidad de peligro y comunidad de hogar, personas que conviven bajo un mismo techo), y en razón de una función de protección (las personas que disfrutan de una piscina depositan su confianza en el sujeto que se desempeña como salvavidas).

Mientras que el segundo grupo abarca los deberes que surgen de la vigilancia que ha de ejercerse sobre las fuentes de peligro ubicadas en los propios ámbitos de dominio material (dueños de animales peligrosos, construcciones que encierran algún tipo de peligro, industrias) y las que provienen del control que debe tenerse sobre el actuar de terceros (responsabilidad, por el actuar de incapaces o menores exigible a tutores y padres). Ambos grupos muestran –al decir de Jescheck– un camino de resolución de la problemática del garante sobre la base del sentido social de los distintos deberes, pero sin perder de vista las bases de las que estos surgen, pues de lo contrario se abrirían las puertas a una excesiva extensión³⁵ de las denominadas fuentes de la obligación, esta postura teórica disfruta de numerosos seguidores³⁶ en la actualidad.

Consecuentemente, la perspectiva de solución debe ubicarse en la integración de ambos puntos: formal y material (*teoría material-formal*); el primero, dirigido a esclarecer las relaciones del sujeto con respecto al bien jurídico; y el segundo, a valorar las respectivas fuentes de donde surgen tales relaciones.³⁷ Unido a las ideas de que la posición de garante depende de la relación personal del sujeto con el bien, es decir, al omitente no le es ajeno el interés protegido, y a la posibilidad real de que dicho sujeto pueda evitar el resultado;³⁸ se logra así conformar una visión más uniforme y entendible de la

35 Jescheck citado por José María Luzón Cuesta: *Compendio de Derecho penal*, op. cit., p. 200.

36 Juan Bustos Ramírez: *Derecho penal*, op. cit., pp. 413 y ss; Eugenio Raúl Zaffaroni: *Derecho penal*, op. cit., pp. 578 y ss; Santiago Mir Puig: *Derecho penal*, op. cit., pp. 314 y ss, entre otros.

37 Este es el criterio defendido por Jescheck y por Maurach, que compartimos en nuestra investigación, Maurach: *Op. cit.*, pp. 250-251.

38 Coinciden en estas ideas Mir Puig: *Derecho penal*, op. cit., p. 313, y Cobo del Rosal: *Derecho penal. Parte Especial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 49.

posición de garantía en la situación típica descrita en los delitos de comisión por omisión.

Siguiendo esta línea de análisis, nos percatamos que la referida situación típica describe una conducta activa que produce un resultado concreto, el que se discute pueda ser obtenido también de forma omisiva; en tal sentido, no son coincidentes los argumentos que alega la doctrina más moderna al ubicar en esta descripción tipológica el sustento legal de la comisión por omisión; se destacan en este sentido, la posición de Silva Sánchez, quien califica a los verbos típicos de los preceptos de la Parte Especial de los códigos como adscriptivos, por lo que adquieren un significado de atribución de responsabilidad y no de descripción de causalidad, por lo tanto, al decir “el que mate a otro” se enuncia todo proceso de producción de la muerte de una persona, bien comisivo u omisivo y, por tanto, solo es necesario demostrar que el sujeto posee el dominio del riesgo típico normativamente idéntico al que se produce por el movimiento corporal activo para exigir esta variante delictiva;³⁹ postura que contrasta con la mantenida por Gracia Martín, al calificar al ilícito de comisión por omisión como un problema de tipicidad y, por ende, la solución del mismo debe estar plasmada en la redacción de las figuras delictivas, no de manera tácita, sino expresa; si el tipo de homicidio solo acoge la variante directamente activa no se puede alegar para hacer responder a alguien por la no evitación de ese mismo resultado, aunque la ley recoja las llamadas cláusulas de equivalencia, se aplicaría en ese caso un tipo distinto al de homicidio,⁴⁰ criterio con el que nos mostramos conformes, no solo por el cumplimiento que este dispensa a la exigencia de ley estricta sino por los principios garantistas que deben inspirar al Derecho penal moderno.

No obstante, la posición anteriormente asumida no puede borrar el calificativo de tipos abiertos⁴¹ que las figuras de comisión por omi-

39 Jesús Silva Sánchez: “Teoría de la infracción penal. Regulación de la imprudencia, la comisión por omisión y los actos previos a la consumación”, ponencia dictada en los cursos de la Escuela Judicial Española, 1996.

40 Luis Gracia Martín: “La comisión por omisión en el Derecho penal español”, ponencia dictada en los cursos de la Escuela Judicial Española, 1996.

41 Al entender como tipo abierto aquel en que la descripción de las posibles conductas antijurídicas penalizadas requiere de un previo examen interpretativo por parte del juzgador, con el empleo de las herramientas que ofrece el ordena-

sión adquieren, y donde solo a través de la labor del intérprete al relacionar el tipo activo escrito contentivo del bien jurídico protegido con la figura del garante y la fuente de donde surge tal obligación de cuidado, podrá obtenerse la configuración de la mencionada situación típica y, en consecuencia, la imputación de los hechos que se juzgan; como bien apunta Luzón Cuesta, la existencia de un deber jurídico que radica fuera del tipo, es fundamental para la integración de estas figuras delictivas, pero el sentido del tipo legal es el que decidirá si es admisible, o no, la equiparación de la comisión por omisión a la comisión activa.⁴²

En consecuencia, el elemento no escrito sobre el que la doctrina tanto comenta y que está referido a las fuentes de donde emana la mencionada posición del garante, no lo vemos ni tan ausente de escritura ni carente de especificidad, todo dependerá de las verdaderas fuentes que sean asimiladas como válidas por el ordenamiento penal y sus intérpretes; en tal sentido, si de la selección resulta que las referidas fuentes se localizan en el ordenamiento jurídico, el aspecto de lo no escrito y de la ambiguo puede ser reducido; solo quedará para cumplir con lo expresado por Huerta Tocildo acerca de la función del juez, no como creador *ex novo*, sino como cooperador de la ley,⁴³ al dotar a la interpretación judicial de pautas que permitan una delimitación precisa de las posiciones de garantía y su estimación en los delitos comisivos.

El segundo momento del tipo objetivo en los delitos de comisión por omisión se obtiene al unir la ausencia de la acción debida con la producción de un resultado obtenido por esta causa, sin que tal binomio sea constitutivo de una relación causa-efecto, pues, no toda omisión jurídico-penal que provoca un resultado, constituye comisión por omisión, se requiere de la concurrencia de la posición de

miento jurídico en su conjunto, se señala al tipo de comisión por omisión bajo este calificativo, al ser necesario un análisis integral que posibilite, a partir de los elementos indiciarios del tipo, conformar el criterio de antijuridicidad de la conducta omisiva y su relación con la figura delictiva de hacer. Ver Juan Bustos Ramírez: *Derecho penal, op. cit.*, p. 411; Carlos Creus: *Derecho penal, op. cit.*, pp. 169 y ss; y Eugenio Raúl Zaffaroni: *Derecho penal, op. cit.*, p. 577.

42 José María Luzón Cuesta: *Compendio de Derecho penal, op. cit.*, p. 204.

43 Susana Huerta Tocildo: "Comisión por omisión y principio de legalidad", en *Revista Mexicana de Justicia*, No. 2, vol. III, abril-junio de 1985, pp. 275-276.

garantía –ya explicada–, y de la capacidad del sujeto para evitarlo. De lo contrario, y como bien señala Mir Puig, pese a la presencia del resultado la ley penal podrá, a lo sumo, apreciar un delito de omisión pura.⁴⁴

Como último aspecto de esta estructura objetiva del tipo, es preciso que la capacidad de realización esté seguida por la posibilidad de evitar dicho resultado, y para esto no será decisivo la existencia efectiva de una relación causal entre la omisión y el resultado, sino –coincidiendo con Mir Puig– solo la virtualidad causal de la acción que hubiera debido realizarse para evitarlo. Se trata de un juicio hipotético que pretende demostrar, con “probabilidad rayana en la seguridad”, que al efectuar el actuar debido y esperado, el resultado no se produciría.⁴⁵ Resultan de interés en este tema, los puntos principales que analiza el profesor Quirós en su obra y que se resumen en: existencia de un vínculo causal entre la acción y el resultado, el mismo se produce porque la acción causal no se interrumpe, dicha acción de interrupción no se ha llevado a cabo por quien está obligado, el deber de actuar de ese sujeto constituye un deber jurídico que lo coloca en la posición de garante y, de este modo, su proceder omisivo constituye la causa inmediata del resultado.⁴⁶

El anterior razonamiento nos convoca a reflexionar un instante acerca de la urgencia de limitar el empleo de las figuras de comisión por omisión, tanto en su versión legal como judicial, pues la postura contraria puede provocar una apertura desmedida de los criterios de selectividad y punibilidad penal, o peor aún, la creación de un clima de inseguridad jurídica, al desconocer el sujeto común lo que debe o no debe hacer para evitar entrar en conflicto con la ley pe-

44 Junto a la postura de Mir Puig: *Op. cit.*, p. 322, resulta interesante destacar los razonamientos hechos por Cobo del Rosal en el caso concreto del médico que requerido para prestar asistencia no lo hace, explicando la posibilidad de que se den tres situaciones con diversas soluciones legales: si la intervención médica habría evitado el resultado, el médico estaba en posición de garante y la infracción da lugar a una comisión por omisión; si la intervención solo disminuye el riesgo, no hay posición de garante y se sanciona como omisión pura del deber de socorro, y si la intervención no habría evitado el resultado, aun pronta y diligente, no habría delito alguno.

45 Santiago Mir Puig: *Derecho penal, op. cit.*, pp. 322 y ss.

46 Renén Quirós Pírez: *Manual de Derecho penal*, t. I, *op. cit.*, pp. 292 y ss.

nal; la equiparación o equivalencia del delito activo y el de comisión por omisión debe ser de carácter excepcional y sobre la base de la determinación previa de una posición que obligue al o los autores a un deber especial que los haga responder de un resultado previsto legalmente, es decir, el comportamiento omisivo debe ser tan grave como el activo y, por ende, amenazado con una consecuencia jurídico-penal.

Para completar la estructura tipológica nos corresponde, en este momento, el análisis de las peculiaridades correspondientes al tipo subjetivo del delito de comisión por omisión, el cual podrá estar comprendido tanto en la actuación dolosa, como imprudente; en el caso del dolo se exige que este abarque no solo la ausencia de una acción debida sino también la posibilidad y necesidad de evitar el resultado,⁴⁷ el sujeto debe conocer que se trata de una situación en la que debe intervenir y decidir voluntariamente no realizar el mandato impuesto, o permitir la producción de un resultado evitable con su proceder; tal postura puede conducirnos a la apreciación de las tradicionales formas del dolo: directo y eventual.

En la actuación imprudente en los delitos de comisión por omisión se exigirá la imputación del resultado cuando la persona sea responsable por expresión normativa de haber adoptado las medidas de precaución (que se omiten) que evitarían la situación antijurídica creada,⁴⁸ lo que posibilita la admisión, tanto de la culpa con previsibilidad, como sin ella.

Las especificidades estructurales del delito de comisión por omisión y su calificación como tipo no escrito o parcialmente escrito, colocan a esta modalidad delictiva de cara a las exigencias del principio de legalidad que rige en la materia penal, hasta el punto que se ha llegado a cuestionar su compatibilidad con el mismo y, por ende, su permanencia en los catálogos de figuras delictivas de los ordenamientos penales.

47 Es este el criterio expuesto por Mir Puig y contrasta con el expuesto por Creus en su obra. Mir Puig: *Op. cit.*, p. 324 y Carlos Creus: *Op. cit.*, p. 207.

48 Para mayor información ver Enrique Gimbernat Ordeig: *Causalidad, omisión e imprudencia*, *op. cit.*, pp. 53 y ss.

La determinación de autoría en las variantes omisivas

El delito omisivo propio se configura por el incumplimiento de un mandato de acción específico, el sujeto se encuentra en una particular posición de deber en relación con el resto de los ciudadanos (deber de actuar), y su configuración típica no exige, en la mayoría de los casos, el logro de un resultado concreto. A partir de estas características especiales valoraremos las posibilidades de apreciar las manifestaciones de autoría ya expuestas, transitando desde los que son “auténticos” autores hasta los considerados como tal.

Entendemos casi innecesario detenernos en la modalidad del autor directo en los delitos omisivos puros, pues esta no es solo la verdadera y única forma de autoría en el delito como expresión genérica, sino que los ilícitos previstos para el dejar de hacer en un principio solo fueron entendidos para esta variante inmediata de ejecución. En tal sentido, el criterio unitario de autor parece encontrar campo para su aplicación, y todo aquel comprendido dentro del mandato legal de actuar, es ejecutor de su propia omisión y, por ende, dueño de su delito.⁴⁹

Según Bustos Ramírez, al cumplir con el correspondiente tipo legal, tanto desde el punto de vista conceptual y político-criminal no queda espacio para autores mediatos, coautores ni partícipes.⁵⁰ Idea que no compartimos al considerar que junto a la figura del autor inmediato pueden ser apreciadas, con un carácter restrictivo, otras formas de autoría y de participación, algunas con matices omisivos y otras puramente omisivas, sigamos nuestra fundamentación.

La autoría mediata implica la instrumentalización del sujeto de adelante, dando lugar en la omisión a dos situaciones diversas: la autoría mediata por omisión y el autor mediato en la omisión, sin que se trate de un mero juego de palabras, sino de valoraciones diferentes en torno a una misma modalidad autoral.

La autoría mediata por razón de actos omisivos es escasamente aceptada ante la compleja tarea de representarse el derrumbamien-

49 Al respecto Quintero Olivares ejemplifica con el mentado delito de omisión de socorro, “todos los que ven a una persona en grave peligro y pueden ayudarle cometen por igual el delito”, todos pues son autores. *Op. cit.*, p. 646.

50 Bustos Ramírez: *Op. cit.*, p. 483.

to de la voluntad o la creación o aprovechamiento de la actuación errónea de otro a través del dejar de hacer, unido a las ya remarcadas ideas acerca del mandato legal; obligación que debe recaer siempre en el sujeto de atrás como único protagonista y actor del delito. En consecuencia, el ejecutor irresponsable, instrumentalizado de forma omisiva, no necesariamente debe estar bajo el telos normativo y es la conducta omisiva del sujeto de atrás la que provoca la lesión del bien jurídico por parte de dicho instrumento, bien de manera activa u omisiva.⁵¹

Debe pensarse, entonces, en las modalidades que puede adoptar la clásica figura del autor mediato: actuación atípica del instrumento, concurrencia de causas de justificación y empleo de un instrumento inimputable, o inculpable y trasladarlas al plano de la conducta omisiva, que en modo alguno —como ya se insistiera— aduce a la pasividad sino al proceder de manera distinta a lo ordenado; comportamientos que deben ser capaces de convertir al sujeto ejecutor en una herramienta efectiva para la perpetración de un delito concreto. Siguiendo esta directriz de pensamiento, nada impide que pueda lograrse una situación que induzca al error a través del actuar omisivo o que se asuma un actuar diferente del esperado ante un inimputable, y de dicho comportamiento se derive el delito; no obstante, su percepción práctica es compleja y obliga a la dogmática penal a no descartar de plano esta variante de actuación.

Mejor suerte corren los criterios que abogan por la autoría mediata en la omisión, en la que el único dueño del ilícito sigue estando bajo el mandato de actuar, pero ahora, a través de actos positivos logra que el instrumento omita su actuación; es decir, la acción en sí del sujeto de atrás es activa, pero su fin es la perpetración de un delito omisivo. La lógica del ilícito hace ver con más claridad esta modalidad, e invita a que varios seguidores la planteen,⁵² pudiendo ser señalado como ejemplo el *del sujeto que de manera violenta consigue que otro no preste el auxilio debido a una persona herida, o no denuncie un hecho que a todas luces es delictivo, o desobedezca las decisiones de las autoridades o funcionarios públicos*.

51 Defensor de tales consideraciones Maurach: *Op. cit.*, pp. 357 y ss.

52 Bustos Ramírez: *Op. cit.*, p. 482; Maurach: *Op. cit.*, p. 358, y Zaffaroni: *Op. cit.*, p. 782.

No obstante, estos intentos de ejemplificación pueden dar lugar a una lógica interrogante ¿el sujeto de atrás no puede ser considerado autor directo de su propia omisión de socorrer o de denunciar?⁵³ Ciertamente, la duda consigue crearse, ya que ambos individuos están colocados en la misma unidad de espacio y tiempo que les condiciona el deber de actuar; sin embargo, desde el momento en que el autor mediato logre la instrumentalización del ejecutor y por medio del mismo se perpetre el delito, estaremos en presencia de la autoría mediata y no de una auténtica manifestación del autor inmediato; por lo que se requiere, también, de un análisis que descarte la presencia de la cooperación necesaria por omisión en casos como los citados, en dependencia de la concurrencia de los presupuestos generales de autoría mediata, o no.⁵⁴

Otra situación que puede presentarse es la del autor mediato, ajeno o excluido del mandamiento legal que instrumentaliza al obligado a actuar, en la cual se incumple la exigencia teórica de que concurren en el verdadero autor las exigencias personales del tipo; ejemplo: *se obtiene mediante coacción o error que el funcionario público omita el cumplimiento de un deber que le viene impuesto o que el testigo deje de decir lo que sabe ante el órgano juzgador*. Ante tales inconvenientes de tipicidad, no puede exigírsele responsabilidad como autor al excluido, pero tampoco es la impunidad la solución a ofrecer; abogamos, entonces, por trasladar al plano omisivo las soluciones dadas por algunos para esta problemática en los delitos de sujetos especiales: el excluido responderá a título de partícipe, respetando así, tanto los requerimientos legales, como las derivaciones del principio de accesoriedad limitada⁵⁵ (el hecho debe ser típico y antijurídico).

Pero esta opción solucionadora puede chocar con uno de los lineamientos entendidos como pilares de la teoría participativa; la existencia de los autores es indispensable para que pueda hablarse

53 Si de dudas se trata, Maurach analiza, además, que una gran parte de la doctrina alemana entiende que la obtención coactiva de la inactividad ajena representa un caso de autoría por comisión. Maurach: *Ibidem.*, p. 357.

54 Mir Puig: *Op. cit.*, p. 377.

55 Mostramos nuestra conformidad con la solución ofrecida para los delitos de sujetos especiales propios en los que el extraño perpetra el delito a través del intraneus. Vera Toste: *Op. cit.*, pp. 89 y ss.

de partícipes, por lo que es inimaginable la perpetración de un delito en la que todos los que intervienen ostenten solo esta condición.⁵⁶ Planteamiento, que al ser llevado a la situación que analizamos, impone preguntarse ¿es correcto exigirle responsabilidad a título de participante al sujeto de atrás en el que no concurre el mandamiento legal?, ¿hay en este caso partícipes sin autor, al declararse irresponsable el instrumento ejecutor del delito?

Consideramos que pueden ser valoradas dos posibles respuestas: la primera, concebida sin abandonar la relación sujeto de atrás-instrumento, calificando al primero de ellos como partícipe ante la ajenidad de la obligación de actuar y respondiendo en solitario por el delito cometido, debido a la declaración de irresponsable del instrumento. El sustrato teórico de dicha postura se localizaría en el alcance del principio de accesoriedad limitada, donde es exigida la perpetración de un hecho típico y antijurídico para el establecimiento de la relación autor-participante, vínculo que se instituye en este caso, aunque al final solo responda uno de los intervinientes, además, se agregan a esta fundamentación las modernas consideraciones del hecho antijurídico. Reflexiones que apuntan hacia una ampliación del elemento de la antijuridicidad, visto como un juicio de desvalor relacionado con la oposición del hecho a un bien jurídico-penal y que trasciende más allá de la violación de la norma, hasta llegar a la desvalorización del ordenamiento jurídico considerado globalmente.⁵⁷ En tal sentido, el comportamiento del partícipe es antijurídico y, como tal, debe ser castigado a pesar de la no exigencia de responsabilidad penal para el autor material del delito.

La segunda de las soluciones aduce a un cambio en la variante de intervención calificada, por lo que estaríamos en presencia no de autor mediato sino de un inductor y, por tanto, responderían ambos sujetos. Sin embargo, la adopción de esta última propuesta nos

56 Gustavo Rozas: *Derecho penal. Parte general*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 158.

57 Ver Santiago Mir Puig: "Valoraciones, normas y antijuridicidad penal". Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminológicas, pp. 13, 2004. Consultado: marzo de 2005. Se amplía la significación antijurídica del hecho al ser entendida esta categoría más que perteneciente al Derecho penal ubicada en la teoría general del hecho ilícito.

haría replantearnos, nuevamente, las pautas de distinción entre la autoría mediata y la inducción.

En el contexto contrario, el destinatario del mandato instrumentaliza al excluido del deber de actuar. No compartimos la trasposición de soluciones desde otras variantes delictivas. Por un lado, aunque se le da cumplimiento a los requerimientos teóricos en cuanto a la variante del autor mediato; por el otro, se olvida que solo quien está ubicado en el momento o lugar fijado en la orden de actuar puede dejar de cumplir con lo esperado, cuestionamiento que se percibe, tanto en los delitos omisivos de sujetos genéricos, como específicos. Resulta paradójico obligar, coaccionar o inducir a error para que no se socorra o no se denuncie, a un sujeto que no guarde relación alguna con tales situaciones; si se obliga a algo es precisamente a dejar de hacer lo debido; por ende, el sujeto de adelante tendrá que estar contemplado dentro de los destinatarios del mandato.

A este entramado de enredos teóricos, se une el desdoblamiento que sufre la omisión propia, al dar lugar a la modalidad de la omisión pura de garante y que incorpora al estudio la figura del garante en los delitos omisivos simples.

Estos casos, en su mayoría diferenciados no solo por el marco penal abstracto de escala intermedia de gravedad, sino por la añadidura de un sujeto especial y de la tipificación de un resultado dañoso, refuerzan la polémica de la autoría mediata dentro de estas tipicidades delictivas. En consecuencia, la solución no está en cerrarle la puerta a esta forma de intervención delictiva, sino en consagrar el principio de que tanto el autor de atrás como el ejecutor, cumplan la condición de ser garantes en la evitación del resultado previsto; perdiendo, uno de ellos, su condición “humana”, y adquiriendo la cualidad de simple “instrumento delictivo” y conservando, el otro, la titularidad del dominio sobre el delito.

Este panorama de extrema complejidad, logra medianamente suavizarse en el caso de la coautoría, a pesar de que existen prestigiosos estudiosos de la ciencia penal que rechazan categóricamente esta forma autoral en los predios omisivos propios;⁵⁸ lo que contras-

58 Así se pronuncian Cobo del Rosal y Antón Vivés, apuntando además que al apreciar coautoría en la omisión propia se confunde la omisión de la coautoría con la coautoría en la omisión, *op. cit.*, p. 483, a los que se les suma Gonzalo Quintero Olivares: *Op. cit.*, p. 646.

ta con otra importante fracción que la apoya y argumenta;⁵⁹ a este último bando le sumo mi modesta opinión.

Los argumentos esgrimidos en contra de la apreciación de esta manifestación en los ilícitos del dejar de hacer se fundamentan en la máxima de que “todos los que en un momento determinado tengan el deber de actuar son autores directos e individuales de su propia omisión”; no se distribuyen las tareas para omitir, se incumplen los mandatos personales.

La porción contraria a lo alegado centra sus explicaciones en la posibilidad real de dar cumplimiento desde la omisión a los requisitos básicos de la coautoría: dominio objetivo del hecho y voluntad subjetiva de controlar el delito, los que unidos permiten a los autores lesionar de conjunto los bienes jurídicos que están bajo su dominio funcional.⁶⁰ *varios jueces acuerdan omitir una resolución propia de sus funciones, diversos médicos dejan de prestar auxilio a un herido*. La idea básica sigue estando focalizada en que “el deber infringido solo puede ser cumplido por la actuación fusionada de varias personas”⁶¹ y de concurrir acciones activas y omisivas, es preferible considerar al omitente como partícipe (cooperador) de un delito de comisión positiva y no subsumir a todos en el ilícito omisivo *v.g el ladrón que se auxilia del sereno que omite vigilar*, impone considerar al manilargo autor directo del robo y al cuidador cooperador principal o secundario de este ilícito.

Por ende, seguimos subrayando la necesidad de que todo coautor deba reunir las condiciones personales, físicas o intelectuales necesarias para ser autor directo de los delitos omisivos; en palabras de Mir Puig, el interviniente ajeno al mandato no puede ser autor sino partícipe⁶² y, por tanto, no debe desterrarse de los predios omisivos la pretensión de mantener la diferencia entre autores y participantes a partir del concepto restrictivo de autor que se defiende.

Las formulaciones antes manifestadas no impiden la apreciación de la coautoría plena o parcial en los delitos de omisión simple; en

59 Se destacan Maurach: *Op. cit.*, p. 389; Salazar Marín: *Op. cit.*, p. 158; Mir Puig: *Op. cit.*, p. 387; Zaffaroni: *Op. cit.*, p. 787, entre otros.

60 Maurach: *Op. cit.*, p. 390, y Salazar Marín: *Op. cit.*, p. 159.

61 Mir Puig: *Op. cit.*, p. 387, y Zaffaroni: *Op. cit.*, p. 787.

62 *Ibídem*.

el primero de los casos, los diversos autores satisfacen, individualmente, el verbo rector que acredita el incumplimiento de lo mandado, mediando acuerdo entre ellos, *v. gr. dos sujetos que conocen todos los detalles de un delito que se va a perpetrar, acuerdan no denunciarlo*. En el segundo de los supuestos se produce, derivado del consenso de voluntades, la distribución funcional de actuaciones que permitirán la desobediencia de la orden legal; ejemplo: *dos funcionarios públicos en misión oficial en un país extranjero deciden: uno abandonar sus funciones y dedicarse a otras labores y, el otro, negarse a regresar a su destino una vez terminada la tarea*.

Para las omisiones puras de garante, las directrices planteadas son de total aplicabilidad. Se admitiría la coautoría siempre que el acuerdo y la distribución de misiones se realice entre los garantizadores de proteger el bien jurídico determinado.

Una vez concluido el análisis en las formas propias de autoría, trasladamos el punto de mira a las variantes participativas de intervención delictiva, en las que vuelve a reaparecer la retórica doctrinal, al distinguir en participar en la omisión de la participación mediante omisión.

Tomando como guía las valoraciones hechas por Maurach, apunto que bien pueden darse ambas situaciones sin que se afecten las particularidades de los delitos omisivos ni el criterio restrictivo de autor.⁶³ El primero de los escenarios, ubica a un sujeto induciendo o cooperando de manera activa en una infracción penal omisiva, y el segundo, nos traslada a una vieja controversia entre las ideas de si solo el destinatario del mandato o el garante pueden participar en un hecho punible con estas características,⁶⁴ o se admite la intrusión de ajenos.⁶⁵ Llevemos la discusión a los planos particulares para ganar mayor claridad en el estudio.

La inducción como variedad participativa, implica el despliegue de un comportamiento eficaz para el derrumbe de las barreras psicológicas y morales del inducido, logrando que al final este desarrolle el delito propuesto por el instigador; visto así, la mayor parte de

63 Maurach: *Op. cit.*, pp. 417-420, y Zaffaroni: *Op. cit.*, p. 797.

64 Defensores de esta postura son Armin Kaufmann: *Dogmatik*, 1969, pp. 195 y ss., el propio Maurach: *Op. cit.*, p. 419, y Jakobs: *Op. cit.*, p. 101.

65 Roxin y Rudolph citados por Maurach en *Op. cit.*, p. 420.

la doctrina penal contemporánea niega la posibilidad de que pueda darse la inducción por omisión, calificando la postura de no impedir el desarrollo de la idea o resolución delictiva como cooperación por omisión.⁶⁶

Sin embargo, destaca Rodríguez Mourullo, que existe una serie de comportamientos omisivos, no localizada en la ausencia de la actividad positiva que hubiera impedido el delito sino en la omisión de la fuerza moral eficiente que emana directa o indirectamente del inductor, la cual constituye el impulso final para que el autor material se decida a actuar.⁶⁷ Sirva como ejemplo el expuesto por Luzón Peña: *una persona a quien otra intenta persuadir de que cometa un delito, sin lograr sus propósitos, cambia repentinamente de opinión al observar el silencio y la no desaprobación de un tercero que para él tiene una elevada autoridad moral*.⁶⁸ Tales postulados, de ser acogidos, justificarían que la inducción adoptara en algunas ocasiones la forma omisiva.

Sin ánimos de desmeritar la influencia que pueden llegar a tener las condiciones altruistas y morales de una persona en el comportamiento de otros, no nos parecen suficientes para crear el influjo psíquico sobre el que tanto se insiste en la inducción; se requiere algo más que ejemplaridad para impulsar a otra persona a perpetrar un hecho delictivo. La presencia interpersonal directa y la necesidad de una comunicación expresa entre inductor e inducido para lograr finalmente que este último lleve a cabo un delito concreto, hace difícil la posibilidad de admitir una inducción por omisión.

La postura contraria (inducción en la omisión) goza de mayores seguidores dentro del campo doctrinal y judicial.⁶⁹ La manifestación

66 Al respecto Antón Oneca, Mir Puig, Grunwald, Octavio de Toledo y Huerta, y Zaffaroni. Se destaca la opinión de Muñoz Conde al alegar que en aquellos casos en los que solo en apariencia puede vislumbrarse una inducción omisiva serán castigados como autoría en comisión por omisión. Muñoz Conde: *Op. cit.*, p. 184.

67 Rodríguez Mourullo: *Comentarios al Código penal I*, Barcelona, 1972, pp. 851-852, citado por Del Rosal Blasco: *Op. cit.*, pp. 12-13.

68 Luzón Peña: "La Participación por omisión en la Jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo", en *Poder Judicial*, No. 2, junio de 1986, p. 87.

69 De encomiable debe ser calificado el trabajo del magistrado Río Fernández al recopilar las sentencias del Tribunal Supremo Español dedicadas a la solución de los delitos omisivos. Para más información ver Lorenzo Jesús Río Fernán-

por el inductor de una serie de actos tendentes a convencer, invitar a razonar o consolidar la idea criminal del ejecutor apuntan hacia una inducción por medio de actos comisivos, la que sí puede tener como propósito final la perpetración de un ilícito, tanto activo como omisivo, requiriendo en este último caso que el inducido satisfaga la condición de destinatario de la ordenanza legal o de la posición de garantía para los delitos puros de garante.

Consecuentemente, se crean menos inconformidades doctrinales para la admisión de ajenos a la disposición normativa en esta modalidad participativa. Nada impide que un sujeto, excluido del deber o de la posición de garante, induzca o determine a quien sí posee tal calificativo y por ende la respuesta penológica deberá estar dada en conformidad con las exigencias del principio de accesoriedad y con los requerimientos legales previamente conformados.

La cooperación necesaria muestra un escenario similar al descrito y vuelve a sumergirnos en el juego de palabras: cooperación por omisión o cooperación para la omisión; sin embargo, las asimilaciones teórica y práctica de ambas opciones presentan un mejor futuro para la conducta del dejar de hacer.

Cooperar de forma omisiva implica efectuar actos diferentes a los debidos que por su naturaleza tienden a asegurar la feliz perpetración del hecho delictivo. La asimilación de esta idea depende del alcance que le sea otorgado al vocablo *acto*, el cual define la conducta calificada como participación principal (cooperar mediante *actos* sin los cuales...). De asumir su concepto etimológico, automáticamente se desterraría la posibilidad de apreciar una cooperación omisiva (acto=activo), pero, si apreciamos como valedera la opinión expuesta por Mir Puig sobre el tema, dándole a esta palabra una *significación social* y no gramatical,⁷⁰ la solución puede ser diferente, al entender a la omisión como un comportamiento positivo, distinto al debido y esperado por la sociedad.

dez: "Participación por Omisión en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo". *Consejo General del Poder Judicial*, 1994, pp. 105-158.

70 Apela Mir a una interpretación extensiva del término *acto*, en el sentido de comportamiento socialmente positivo. Mir Puig: *Op. cit.*, p. 403. Precisión que considera innecesaria Del Rosal Blasco al asumir que acto equivale a hecho, y en tal sentido, los propios códigos penales hacen un uso indistinto de ellos. Del Rosal: *Op. cit.*, p. 20

A partir de dichas consideraciones, asumimos que la cooperación necesaria que cumpla con los requisitos de: ser eficaz para la ejecución del ilícito concreto; expresar la voluntad de facilitar la perpetración; y cumplir con el requisito normativo constituido por la posición de garante podrá ser calificada como cooperación omisiva. Esta primera toma de postura nos conduce a afirmar que tal variante participativa será de apreciación para los delitos de comisión por omisión y escasamente en los de omisión simple, pues los actos entendidos como de ayuda o facilitación podrían constituir exactamente el incumplimiento de lo mandado. Las variantes participativas en la modalidad omisiva deben cumplir con las mismas exigencias requeridas para la determinación de autores en estos ilícitos, de lo contrario, se corre el riesgo ya avizorado por Del Rosal Blasco de “extender el ámbito de la incriminación penal a título de participación más allá de lo tolerable”.⁷¹

Son exactamente las ideas Del Rosal Blasco las que tomo como referente al valorar la variante de la cooperación para la omisión, vista como lógica y posible en la realidad social: *alguien puede alentar o prometer ayuda al que no auxilia a una persona herida*, y su intervención ser calificada como de complicidad en la Omisión de Socorro; sin embargo, si tal comportamiento se produce en los mismos instantes en los que el auxilio o la ayuda debe ser prestada, el comportamiento del ayudante no integraría una simple complicidad al delito omisivo, sino una autoría directa. En tal sentido, no negamos la posibilidad de que puedan ser calificadas, en ocasiones, como cooperaciones necesarias, determinadas aportaciones trascendentes al ilícito omisivo, siempre que las mismas por sí solas no representen el incumplir con lo ordenado por la norma.

Nos queda una forma participativa por analizar: el caso del *organizador* o *autor intelectual*, la que al estar caracterizada por la realización netamente activa e intencional de las actividades de dirección, planeación y concepción del diseño delictivo no dan lugar al proceder omisivo, es decir, no se planifica omitiendo o se colabora con el delito futuro dejando de organizarlo, por lo tanto, estamos en presencia de una forma de participación muy propia de los delitos comisivos.

71 Del Rosal Blasco: *Ibídem*, p. 12.

Modalidades de la autoría en la comisión por omisión. ¿El garante como único autor?

La comisión por omisión posee una estructuración compleja, no solo fundada en su tradicional condición de delitos no descritos *expressis verbis*, sino en su posible configuración legal. La existencia en ella, tanto de formas dolosas como culposas y de estar descrita bien para sujetos activos genéricos o especiales, aumenta su imagen de complicación. A ello se suma que tal conformación típica puede requerir, para su solución, de las reglas seguidas en las normas penales en blanco o exigir del intérprete una actividad de completamiento normativo basado en la unidad que posee el ordenamiento jurídico.

Por otro lado, esta forma omisiva se presenta cuando se deja de hacer la acción que hubiese impedido la producción de un resultado, generalmente lesivo, siendo equivalente a la realización activa del mismo desde el punto de vista del contenido del injusto, bien porque ha creado el peligro de lesión o por haberlo aumentado. De lo que resulta que evitar el resultado es posible a partir de efectuar una pluralidad de acciones capaces de alcanzar efectos salvadores en diversos estadios del curso causal, sin que la omisión de cualquiera de ellas dé lugar a la integración de un ilícito en comisión por omisión; al decir de Cerezo Mir, no puede ser autor todo aquel que pudiendo hacerlo no evita la obtención del resultado delictivo,⁷² pues tal condición debe ser reservada para el individuo que alcance la cualidad de garante, condición que contribuye a seleccionar a la clase de sujetos cuyas omisiones pueden dar lugar a este tipo de delitos.

Las soluciones a dichas preguntas muestran la división teórica existente, la que se inicia en los predios alemanes y luego se extiende al resto del mundo europeo y parte del americano. En tal sentido, se sostienen tres posiciones: la primera entiende que cuando hay posición de garante no cabe distinguir ante autoría y participación, de modo que todo el que posea esta condición y afecte al bien jurídico protegido, responderá como autor inmediato. Otro sector afirma que sí puede admitirse la participación, específicamente la coopera-

72 Cerezo Mir: *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Editorial Tecnos, Madrid, 1982, p. 208.

ción omisiva y, por último, una fracción de la doctrina se inclina por una postura intermedia que engloba la fijación de la autoría directa siempre para el garante, pero deja latente la condición de partícipe para aquellos tipos en los que se requieren especiales formas de ejecución o cualidades del sujeto (no se impidan los delitos de propia mano o los tipos contentivos de elementos subjetivos exclusivos),⁷³ sin que falten interesantes soluciones que se apartan completamente de las posturas ya enunciadas y que hacen aún más compleja la cuestión, es el caso de la propuesta de Cuerda Riezu invirtiendo el principio general de que todo omitente es autor, considerándolo, entonces, partícipe ante la excepcionalidad con la que el legislador confiere el grado de autor a las intervenciones omisivas en delitos de acción.⁷⁴

Tomando como referente tales líneas de pensamiento, me afilio a la segunda de las vertientes doctrinales citadas y, por tanto, considero admisible en los ilícitos de comisión por omisión la intervención tanto de autores directos, como de participantes, específicamente, en la forma de cooperación necesaria, abundando más nuestra toma de postura a continuación.

La equivalencia que debe existir entre el proceder omisivo y el activo, manifestada esta, ya sea a través de un tipo específico, o derivada de la aplicación de las cláusulas de equiparación que posibilitan imputar a título omisivo un resultado propio de la acción, fundamentan la prevalencia de la autoría inmediata en relación con el resto de las formas de autor. Solo aquellos sujetos encargados de garantizar la protección y mantenimiento de valiosos bienes jurídicos, cuyos procederes sean directamente subsumibles en las descripciones de las conductas típicas de resultado, deben alcanzar la condición de verdaderos autores materiales; idea que en modo alguno impide que el resto de las formas de intervención se manifiesten activamente en estos delitos, es decir, no resulta ilógico

73 Esta división es aceptada y valorada en los trabajos de Pérez Cepeda: *Op. cit.*, pp. 159 y ss; Luzón Peña: *La participación*, *op. cit.*, p. 3; Gracia Martín: *La comisión por omisión*, *op. cit.*; Del Rosal Blasco: *Op. cit.*; Silva Sánchez: *Teoría de la infracción penal*, *op. cit.*, p. 10.

74 Cuerda Riezu: “Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en el Derecho español”, ADPCP, 1992, p. 513, citado por Pérez Cepeda: *Op. cit.*, p. 161.

representarse a un autor mediato en la comisión por omisión o a un instigador (*v. gr. un sujeto le hace creer al salvavidas que el bañista que se está ahogando es un redomado bromista y experto nadador por lo que no se acude en su auxilio o se induce al padre de familia para que se sustraiga al suministro de alimentos debidos por ley a sus hijos*).⁷⁵

Sin embargo, la permanencia, tanto de la autoría mediata como de la inducción, se defiende por algunos en los marcos de los delitos de comisión por omisión. Así, ante el tan recurrido ejemplo *del enfermero que omite voluntariamente impedir que un enfermo mental agrede a otro paciente*, la doctrina se divide: unos la califican como autoría mediata ante el empleo omisivo de un instrumento inculpable para la comisión de un delito;⁷⁶ y otros, a los que me sumo, la identifican como una forma propia de autoría directa, pues la no evitación de esta acción de agresión hace nacer —en opinión de Río Fernández— la plena responsabilidad como garante de la actuación de terceras personas.⁷⁷

De manera similar, la inducción tiene sus defensores, Roxin afirma que debe castigarse como inducción aquellos casos en los que el deber de garantía del omitente abarque impedir la acción de instigación de un tercero, y refiere el ejemplo *del padre que no evita que el hijo menor de edad, instigue a otro a cometer un hurto*,⁷⁸ idea que no acepta Del Rosal Blasco, al matizar las posibles soluciones a dar al caso, las que pueden estar entre una inducción mediata al delito, si el padre instrumentaliza al hijo con el propósito de lograr la determinación de un tercero o la cooperación omisiva en una inducción activa,⁷⁹ viéndola desde nuestro prisma como una forma de cooperación necesaria por omisión.

Siendo congruentes con la postura asumida, acepto en estas variantes delictivas la modalidad autoral de la coautoría, cuando —al

75 Este ejemplo es expuesto y, por ende, admitida esta forma participativa en los delitos de comisión por omisión en la obra de Salazar Marín: *Op. cit.*, p. 159.

76 Al respecto Maurach: *Op. cit.*, p. 357 y Mir Puig: *Op. cit.*, p. 377.

77 Seguidores de esta postura son Río Fernández: *Op. cit.*, p. 110; Jeschek: *Op. cit.*, p. 931; Luzón Peña: *Op. cit.*, p. 9, y Quirós Pérez: *Op. cit.*, t. III, p. 68.

78 Roxin Claus: *Op. cit.*, p. 13.

79 Del Rosal Blasco: *Op. cit.*, p. 14.

decir de Mir Puig— el deber de garante deba ser cumplido por la actuación conjunta de varias personas⁸⁰ y al dominio funcional se le agregue tal condición de garantía en relación con el bien jurídico amenazado.⁸¹ De faltar esta unidad de acción, responderán los sujetos de forma independiente como autores directos; se citan los ejemplos de *los padres, que previo acuerdo, omiten la atención de sus hijos, y el de los guías de alpinismo que abandonan a los excursionistas en pleno ascenso a la montaña*.

Derivado, además, de la posición a la que me sumé al inicio del estudio de esta temática, me corresponde analizar el *cómo* y *cuándo* asumir que existe cooperación en comisión por omisión, de manera tal, que pueda distinguirse si el no impedir o evitar que otro cometa un delito lo convierte en partícipe del autor comisivo, o si, por el contrario, realiza solo una pura omisión subsumible en el dejar de socorrer o de auxiliar, o en el incumplimiento de los deberes de denunciar la comisión de algún ilícito penal.⁸²

En este intento de delimitación se destacan los siguientes enfoques: exigir con un carácter general que cuando uno de los intervinientes aporta una contribución activa, tiene el dominio del hecho respecto a la autoría, mientras que el omitente garante no logra alcanzar este control y, por ello, siempre será calificado como cómplice, o aceptar que la participación puede ir más allá de la simple complicidad, teniendo en cuenta los tipos de partícipes regulados en las normas contenidas en las partes generales de las legislaciones penales y las figuras delictivas comisivas. En esta última posición, se dividen los argumentos que intentan fundamentarla: para Luzón Peña, el partícipe será aquel que facilite o elimine los obstáculos, favoreciendo la actividad delictiva del tercero; mientras que para Silva Sánchez, la distinción radicará en el grado de compromiso asumido por el sujeto para contener los posibles riesgos que pueden afectar al bien jurídico (las barreras de contención).⁸³

80 Mir Puig: *Op. cit.*, p. 387.

81 Maurach: *Op. cit.*, p. 390, y Salazar Marín: *Op. cit.*, p. 159.

82 Luzón Peña: *Op. cit.*, p. 9.

83 Para profundizar en estos análisis ver Pérez Cepeda: *Op. cit.*, pp. 160-162; Luzón Peña: *La participación por omisión, op. cit.*, y Silva Sánchez: *Comisión y omisión. Criterios de distinción, op. cit.*, p. 1.

En nuestro caso, asumo, de manera parcial, la segunda de las variantes expuestas, en el sentido de considerar lógica la delimitación entre autores y participantes en los delitos de comisión por omisión, además de distinguir las intervenciones que justifican apreciar una simple complicidad de las que conforman una cooperación calificada como necesaria, fundando en las siguientes ideas esta postura. La cooperación necesaria deberá reunir los requisitos –ya señalados para la omisión simple–, ahora liderados por la exigencia de la posición de garantía que dicho cooperador debe ostentar (elemento normativo); agregándole el elemento objetivo de la eficacia de lo aportado para la ejecución, más el elemento subjetivo de la voluntad de contribuir con el delito. En palabras de Luzón Peña, la ayuda ofrecida debe aumentar o contribuir a aumentar el riesgo preexistente, pero sin posibilidad de controlar o dominar la realización del delito,⁸⁴ además de ser equivalente “según el sentido del texto de la ley” a la realización comisiva de participación.⁸⁵

En consecuencia, no se trata de que la simple presencia del omitente imponga la realización de un juicio de responsabilidad a título de cooperador necesario, sino que se efectúe el estudio del enlace concreto con el hecho proyectado o realizado que no se impide, de forma que se conozca el plan concreto, así como sus circunstancias de modo, ocasión, tiempo y sujeto pasivo. Solo así podría decirse que la omisión del partícipe ha servido al autor del hecho criminal, que el proceder “pasivo” no conduce a una omisión pura y que su especial vínculo con el bien lesionado lo hacen merecedor de una consecuencia penológica, sin obviar los requisitos exigidos en el tipo penal previamente calificado.

84 Luzón Peña: *Op. cit.*, p. 10.

85 Silva Sánchez: *Op. cit.*, p. 14.

Las normas penales en blanco en el ordenamiento jurídico penal cubano: una perspectiva de *lege data* y de *lege ferenda*

RAMÓN Y. ALARCÓN BORGES Y MAYDA GOITE PIERRE

Perspectivas teóricas de las normas penales en blanco ante los nuevos retos del Derecho penal

EL *Blankettstrafgesetz*, o ley penal en blanco tiene en Binding a su progenitor, este autor realizó tal denominación, en 1872,¹ a un grupo particular de normas que recogía el Código penal en las que, aunque se preveía la sanción a aplicar, se asignaba a supuestos de infracción de disposiciones establecidas por autoridades administrativas. Destacó² que las *Blankettstrafgesetz* se caracterizaban por “amenazar con una pena la contravención de prohibiciones establecidas por la autoridad federal, local, por otra autoridad o un poder legislativo particular; por permitir al Derecho particular (o sea, no estatal) decidir qué autoridad es la facultada para establecer la prohibición correspondiente; por posibilitar que esta prohibi-

1 Karl Binding: *Die Normen und ihre Ubertretung*, t. I, 1ª. ed., Leipzig, 1872, p. 74. Además, Oskar Neuman; *Das Blankstrafgesetz. Ein Beitrag zur Lehre und Reform des Reichsstrafrechts*, Breslau, 1908, p. 13; Ingram Karl Lohberger: *Blankettstrafrecht und Grundgesetz* (Inaugural-Diss), Munchen, 1968; Eugenio Raúl Zaffaroni: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, t. I, p. 190. En su origen esta noción sirvió en Alemania para explicar ciertas situaciones dimanantes del régimen confederal del imperio alemán, en las cuales la ley general (Código penal del Reich) solo disponía la sanción correspondiente a una norma genérica, o sea, la norma en blanco, cuya determinación concreta corría a cargo de las legislaciones de los estados o de las ciudades. La norma penal en blanco se concibió, por ello, en un principio, como “autorización” o “delegación” por parte de un órgano legislativo superior respecto a órganos de inferior jerarquía: la norma resultante es solo válida, desde el punto de vista de las fuentes, por virtud de la autorización concedida por la norma penal en blanco. Renén Quirós Pérez: *Manual de Derecho penal I*, p. 33. J. M. Stampa Braun: *Introducción a la ciencia del Derecho penal*, Valladolid, 1953, p. 29. Gonzalo Rodríguez Mourullo: *Derecho penal. Parte general*, pp. 87-88.

2 Karl Binding: *Die Normen und ihre Ubertretung*, t. I, p. 162.

ción se establezca tiempo después de dictada la ley penal, por lo que esta, entretanto, permanecerá como un cuerpo errante en busca de su alma; por hacer depender de la voluntad de la correspondiente autoridad qué haya de ser escrito sobre el *blanco* de la Ley; porque durante la vigencia de la Ley penal, la prohibición puede variar completamente y, en consecuencia, bajo una misma Ley penal puede ser mañana prohibido lo que hasta ayer era un mandato, y mañana un mandato lo que hasta ayer acarreaba una pena de prisión de hasta dos años; porque eventualmente puede que lo que permita hacer la autoridad de un Estado sea lo que prohíba la autoridad de otro, y que en consecuencia sea castigado por el Imperio aquello que en otro lugar consideró que no debía castigarse”.

Zaffaroni comenta en una de sus obras,³ que el fenómeno de las leyes penales en blanco ya lo había observado Heinze, quien las había llamado *conminaciones penales ciegas* (*Blinde Strafdrohungen*), dejando planteada como una incorrección del sistema que la legislativa local repitiese la conminación penal al Derecho federal.

Lo cierto es que existe bastante consenso en que es en los tribunales alemanes⁴ donde se difundió y acuñó primero la expresión *Blankettstrafgesetz*, o ley penal en blanco, expresión que se ha fortalecido, fundamentalmente, en la doctrina y en la jurisprudencia.

Han existido varios autores que han hecho referencia a su conceptualización, lo cual resulta necesario ofrecer para establecer el significado de la expresión antes mencionada.

Posterior a la concepción de Binding, Mezger⁵ amplió este concepto de ley penal en blanco, añadiendo otros dos supuestos. Junto al caso mencionado —el complemento de la ley en blanco se halla contenido en otra ley, pero emanada de *otra* instancia legislativa—, que siguió considerando el de ley penal en blanco “en sentido estricto”, adicionó los siguientes: El complemento se halla contenido *en la misma ley*. El complemento se halla contenido *en otra ley, pero emanado de la misma instancia legislativa*.

3 Eugenio Raúl Zaffaroni: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, t. I, p. 192.

4 Antonio Doval País: *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, op. cit., p. 96.

5 E. Mezger: *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pp. 381 y ss; Edmund Mezger: *Derecho penal. Libro de Estudio. Parte general*, Editorial Bibliográfica Argentina, SRL, Buenos Aires, julio de 1958, p. 154.

Para Mezger, estos supuestos coinciden con el de ley penal en blanco “en sentido amplio” en que todos ellos son solo modalidades particulares de “técnica legislativa externa”, sin que ello encierre consecuencias ulteriores. En los tres casos, el necesario *complemento* es siempre parte integrante del tipo. Pero el tipo ya *completado* cumple exactamente las mismas funciones que en los casos normales, sobre todo, en lo que concierne a su significación como fundamento de la antijuridicidad y como objeto de referencia de la culpabilidad penal.

Es aquí donde empiezan las polémicas conceptuales, que hicieron que se abriera un diapasón de criterios sobre el concepto, trascendiendo hasta la naturaleza y el rango de la norma complemento de la ley penal en blanco, motivando que en esto último se mostrara interés a la hora de conceptualizar la misma.

En la concepción de Binding estas disposiciones complemento se hallaban en las normas de rango inferior, emanadas –por delegación– de los estados federados y de los municipios,⁶ y Mezger añadió otras dos variantes de complemento de la ley penal en blanco, creando las leyes penales en blanco en sentido amplio.⁷

Dos han sido, siguiendo la clasificación propuesta por Doval País,⁸ las vertientes de definición. Unos autores estiman que la denominación de ley penal en blanco se ha de reservar para los supuestos en que el complemento provenga de instancias inferiores, basados en que pueden intervenir en el establecimiento de la materia de prohibición órganos administrativos, a los que en virtud de la reserva de ley que rige en la materia penal les estaría vedado participar. En estos tenemos:

Mestre Delgado, en una de sus obras monográficas,⁹ expone que el legislador penal tipifica delitos cuyos supuestos de hecho quedan deferidos (con remisiones de distinto alcance) a otras instancias normativas, en todo caso de rango inferior al legal, lo que plantea

6 Karl Binding: *Die Normen und ihre Ubertretung*, t. I, op. cit., p. 74.

7 E. Mezger: *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pp. 396-397.

8 Antonio Doval País: *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, op. cit., pp. 101-102.

9 Esteban Mestre Delgado: “Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLI, Fascículo II, mayo-agosto de 1988, p. 507.

importantes problemas de legitimidad constitucional. Señalando en una nota al pie de la obra de referencia, que el complemento que requieren las normas penales, cuyo supuesto, de hecho, está incompleto, puede encontrarse, ciertamente, en normas de rango reglamentario, pero también puede hallarse en leyes no penales e, incluso, en la misma ley penal. No obstante, el concepto de ley penal en blanco, puede reservarse, como ya ha señalado la mejor doctrina, a aquellos preceptos en los que el legislador autoriza a otras instancias la conducta susceptible de represión penal. Si el legislador mismo completa ese supuesto de hecho, ya en la ley penal, ya en otra de distinto alcance, la remisión no tiene más trascendencia que la de una simple técnica normativa.

Cobo del Rosal y Antón Vives,¹⁰ aceptando en principio la distinción inicial entre normas completas e incompletas, distinguen, en esta última, los casos en los que el legislador se remite para completarlas a normas del mismo rango, sean penales o no, de aquellos otros en las que dicha remisión se efectúa a normas de rango inferior. Estos últimos casos se conocen con el nombre de leyes penales en blanco en sentido estricto. Por medio de las leyes penales en blanco se abandona, a menudo, la regulación de la materia penal al ejecutivo que puede, a su antojo, establecer las infracciones. Dicha técnica legislativa, puede implicar una clara infracción del principio de legalidad, puesto que la reserva absoluta de Ley impide la remisión normativa y es en principio, contraria a la Constitución.

Zaffaroni¹¹ plantea que pueden distinguirse dos conceptos de ley penal en blanco: ley penal en blanco en sentido amplio, y estricto. La primera sería aquella en que para determinar la prohibición debe acudirse a otra ley, pero emergida del mismo órgano o poder legisferante, en cuyo caso no plantea mayor problema. El segundo caso, es el que plantea los problemas actuales, a su juicio, toda vez que para la determinación de la prohibición debe acudirse a otro órgano legisferante (ejecutivo, municipio, etcétera).

Otros autores proponen un concepto más amplio, procurando abarcar así problemas que también están presentes en las normas complemento que se excluyen con la definición estricta, como son

10 M. Cobo del Rosal y T. M. Vives Antón: *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 119.

11 Eugenio Raúl Zaffaroni: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, t. I, op. cit., p. 190.

los relativos al tratamiento del error y la retroactividad o irretroactividad de la ley penal, ya que estos, según esta postura, necesitan de un tratamiento unificado en todos los casos en que la norma complementaria se encuentra ubicada en otra legislación. En esta vertiente tenemos a:

Ricardo Núñez,¹² dice que las leyes penales en blanco son leyes que refieren una pena determinada a un género de infracción, cuyos contenidos específicos dependen de lo dispuesto por otras normas jurídicas. Son leyes cuyo tipo es abierto, porque debe ser complementado, mediante la definición de las especies que comprende, por otro acto legislativo o por otra instancia legislativa. Estas leyes son propias de aquellas materias que, como las sanitarias, debido a su contenido fluctuante, requieren una regulación flexible.

Francisco Muñoz Conde,¹³ que las define como aquellas cuyo supuesto de hecho viene consignado en una norma de carácter no penal.

Claus Roxin,¹⁴ plantea que se habla de ley penal en blanco cuando el tipo y la conminación de pena están separados de modo tal, que la integración de la conminación de pena mediante el correspondiente supuesto de hecho se lleva a cabo independientemente por otra instancia y en otro momento.

Por último, Renén Quirós Pírez plantea que la norma penal en blanco es aquella cuya disposición viene consignada en otra norma de carácter no penal, sea del mismo rango legislativo o de rango inferior. En estos casos —continúa afirmando—, la norma penal establece la sanción y hace una remisión explícita o implícita a otra norma (no penal) que completa a la norma penal. Esa otra norma es el complemento de la norma penal.¹⁵

En el plano tan amplio y abarcador de su conceptualización el punto básico que las une es que las normas penales en blanco son normas necesitadas de complemento, porque su supuesto de hecho

12 Ricardo Núñez: *Manual de Derecho penal. Parte general*, cuarta edición actualizada por Roberto E. Spinka y Félix González, Marcos Lenner, Editora Córdoba, Argentina, 1999, pp. 65-66.

13 Francisco Muñoz Conde: *Introducción al Derecho penal*, Editorial B de F, Montevideo, Buenos Aires, 2001, Julio César Faira, Editor, Colección: Maestros del Derecho penal, No. 3, p. 48.

14 Claus Roxin: *Derecho penal. Parte general*, t. I, *op. cit.*, p. 466.

15 Renén Quirós Pírez: *Manual de Derecho penal I*, *op. cit.*, p. 34.

aparece formulado de un modo incompleto y su complemento ha de buscarse en otras disposiciones del ordenamiento jurídico,¹⁶ que puede ser la norma constitucional, normas jurídicas del mismo rango que la ley penal o de inferior jerarquía, con las que se integrará la norma para obtener una formulación acabada de su significado.¹⁷

Un segundo aspecto que se debate sobre las normas penales en blanco, es su función en el ordenamiento jurídico penal. Hablar de ello nos conduce, primero, a valorar las posiciones doctrinales a favor y en contra de su empleo, para determinar *a posteriori*, su función. Las posiciones las he resumido de la siguiente manera:

Posiciones doctrinales contrarias al empleo de la norma penal en blanco: contienen una gran inobservancia de las exigencias de seguridad y certeza jurídicas que han de presidir la tipificación de las leyes penales; se plantea como inadmisibles que las normas complementadoras del vacío en blanco sean, generalmente, de rango inferior; esta práctica excluye las posibilidades motivadoras de la norma penal, generando problemas en la relación Derecho penal-Derecho administrativo; teniendo en cuenta la habitual abundancia, y a menudo confusión de la normativa administrativa al respecto, puede no responder a los ideales de claridad y de tipificación de las conductas más gravemente lesivas o peligrosas para los bienes jurídicos, que corresponderían al Derecho penal; de esta forma se concede al principio de legalidad una flexibilidad incompatible con su esencia, generando inseguridad jurídica para el ciudadano y una ruptura del principio de división de poderes, inmiscuyéndose el Ejecutivo en parcelas exclusivas del Legislativo.

Posiciones doctrinales a favor del empleo de la norma penal en blanco: es perfectamente admisible el empleo de esta técnica siempre que sean observables las reglas generales en materia de norma penal en blanco, esto es, que se trate de un mero complemento técnico y ejecutivo de la ley penal (Tesis de la admisibilidad); aunque

16 Suele utilizarse esta técnica de descripción del supuesto de hecho de la norma penal cuando la conducta que constituye el supuesto de hecho de la norma penal en blanco está estrechamente relacionada con otras ramas del ordenamiento jurídico de finalidades y alcances diferentes a los de la norma penal. Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán: *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 38.

17 Antonio Doval País: *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, op. cit., pp. 99-100.

por un lado se pueda rozar el principio de legalidad; por otro, las normas penales en blanco son convenientes, sobre todo, en hipótesis como las que plantea el medio ambiente, en las que existen innumerables opciones legales, imposibles de detallar en el texto codificado (Tesis de conveniencia); la remisión a la norma administrativa (reglamento) solo servirá para precisar los contornos específicos (lo que jamás podría hacerse por la ley) y el injusto estaría debidamente precisado en el tipo legal, por lo cual no se plantearía un problema de constitucionalidad (Tesis de adecuación); hace hincapié la doctrina en la necesidad de utilizar esta técnica en el marco de referencia, entendiendo que ella parece imprescindible, así la referida remisión normativa, obligada en este caso –según parte de la doctrina–, estaría encaminada a que el Código penal se pronunciara sobre los aspectos principales y esenciales, dejando a otras normas el completamiento de los aspectos no determinantes (Tesis de inevitabilidad); es coherente con el carácter del Derecho penal administrativo (Tesis de la secundariedad).¹⁸

Un análisis de lo anterior me ubica en que la eliminación de las normas penales en blanco de las legislaciones penales sustantivas, constituye, en las condiciones actuales, una propuesta carente de sentido, ya que se constata como una objetiva necesidad,¹⁹ que debe ser regulada, desde luego, a ciertos casos.

La vinculación entre el ordenamiento penal con las disposiciones extrapenales, en primer lugar al tener los bienes jurídicos un carácter normativizado, por estar su contenido determinado por referencias a normas, hace que las conductas que atentan contra ellos hayan de ser puestas en relación con las normas que establecen sus

18 Ramón Yordanis Alarcón Borges: *Instituciones semipermeables de una porfía entre un Derecho penal racional y un Derecho penal de la necesidad*, en: www.pensamientopenal.com.ar/doctri04.php, *Revista de la Asociación Pensamiento Penal*, Argentina, p. 14; Liliam Velázquez Celeiro: “Principio de legalidad y las normas penales en blanco”, trabajo presentado en el marco del Evento Internacional Ciencias Penales 2006, La Habana, Cuba.

19 M. Bajo Fernández: *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, primera edición, Madrid, 1978, pp. 468 y ss; J. Bustos Ramírez: *Manual de Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1989, pp. 75 y ss; G. Quintero Olivares, F. Morales Prats, J. M. Prats Canut: *Curso de Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1996, p. 25; F. Muñoz Conde: *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, 1975, p. 19.

contenidos y que vienen a configurar unas determinadas condiciones para su existencia, lo que hace que los delitos se correspondan con acometidas a dichas condiciones. Se castiga, por tanto, la inobservancia de normas organizativas,²⁰ lo que explica la necesidad del recurso a la remisión normativa, como parte de la flexibilidad de la norma penal en la regulación de las conductas que atentan contra bienes jurídicos de esta clase.²¹

En segundo lugar, en cuanto a las conductas, coincido con Doval País, que el dinamismo de los ámbitos de actividad a los que pertenecen, hace aparecer constantemente nuevos supuestos que no hay razón para excluir del ámbito de protección de la ley penal, al mismo tiempo que su inclusión expresa y detalla en la misma obligaría a practicar sucesivas reformas para conservar su actualidad y aplicabilidad.²²

Lo anterior es lo que me lleva a reafirmar que las normas penales en blanco son instrumentos necesarios para la integración del Derecho penal en los modelos institucionales de organización y control de determinados sectores complejos de actividad²³ en la sociedad, permitiendo, además, distanciar la ley penal de las circunstancias que podrían alterarla con facilidad, conservándose sensible a los cambios a través del hilo conductor que la mantiene unida a los sectores que los recogen, dotándola así de actualidad, permanencia y estabilidad.²⁴

Si bien es conocido que una de las consecuencias que derivan del principio de legalidad, es el *mandato de certeza*, el cual, a su vez, se concreta en la teoría del delito a través de la exigencia de tipicidad del hecho y en la teoría de la determinación de la pena, obliga a un cierto legalismo que limite, por otra parte, el necesario arbitrio judicial;

20 Sergio Moccia: *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones posmodernas y reflujos liberales*, op. cit., p. 115.

21 *Ibidem*, pp. 115-116.

22 Antonio Doval País: *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, op. cit., pp. 111-112; Ramón Yordanis Alarcón Borges: *Instituciones semipermeables de una porfía entre un Derecho penal racional y un Derecho penal de la necesidad*, op. cit., p. 14.

23 G. Quintero Olivares, F. Morales Prats, J. M. Prats Canut: *Curso de Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 25.

24 Antonio Doval País: *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, op. cit., pp. 112-113.

existen razones prácticas que imponen determinadas condiciones a la formulación típica, que se sintetizan en la necesidad de previsión y síntesis de las leyes, que hacen que las conductas prohibidas se expresen con un cierto grado de abstracción, generalidad y economía.

El legislador no solo dispone, para la redacción de los tipos penales, de los elementos normativos o descriptivos, que forman parte de la *normación sintética*, a la que hacía referencia Mantovani,²⁵ sino también de las llamadas *remisiones normativas o reenvío*,²⁶ que no son más que cuando una norma se refiere a otra como parte de su contenido, creando una dependencia respecto de ella en orden a la determinación de su propio sentido.

Es con la norma penal en blanco donde más se han dado a conocer, en los predios jurídicos penales, las *remisiones normativas*, toda vez que el enunciado de la norma penal aparece de forma simplificada, eludiendo la expresión detallada de las particulares versiones que puede adoptar la conducta, pero aludiendo a ellas mediante el reenvío a otras normas donde aquellas encuentran su plasmación.

El fenómeno de las remisiones adopta muy variadas formas,²⁷ y no todas presentan los mismos problemas desde el prisma de la legalidad penal; es por ello que analizaremos las que permiten dotar a la ley penal de las características de flexibilidad que precisa, para la regulación de materias vinculadas a otros sectores, del ordenamiento jurídico.

25 Fernando Montavani: "Sobre la perenne necesidad de la codificación", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 01-01 (1999), publicado en abril de 1999 en: www.criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-01.html. Consultado: 26 de febrero de 2009.

26 Miguel Carbonell y Susana T. Pedroza de la Llave: *Elementos de técnica legislativa*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 215. Hernández Marín, nos dice que: "Un enunciado jurídico R es una remisión, sí y solo sí, o bien la suposición de r, o bien la consecuencia de R se remite a otro enunciado O". Rafael Hernández Marín: *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, op. cit., p. 289; K. Larenz: *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, 1966, p. 254.

27 Doval País plantea que existen *remisiones relativas al supuesto de hecho y remisiones relativas a la consecuencia jurídica; remisiones internas y remisiones externas; remisiones estáticas y remisiones dinámicas; remisiones interpretativas y remisiones en bloque; remisiones generales y remisiones especiales; remisiones explícitas y remisiones implícitas*. Antonio Doval País: *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, op. cit., pp. 79-93.

La *remisión relativa al supuesto de hecho* es la especie que se aviene con la norma penal en blanco, en correspondencia con su conceptualización, ya que solo con esta modalidad es que cumple con la función asignada. Siendo aquí de importancia el debate acerca del carácter completo o incompleto, de la composición de las normas penales en blanco, por la trascendencia a circunstancias que pueden afectar a un elemento que pertenezca a la norma de remisión, como a los cambios normativos que pueda experimentar esta última, con respecto a la retroactividad o irretroactividad o a las situaciones de error.

Es dable observar, que desde el punto de vista estructural (entendida como estructura formal bímembre), la norma penal en blanco es completa, ya que, por muy breve que sea su referencia, existe un supuesto de hecho y, en correspondencia, una consecuencia jurídica. Y desde la concepción de norma penal en blanco, como norma ya integrada por su complemento, es también una norma completa, lo que se avala siguiendo los fundamentos de Antolisei,²⁸ cuando expone que en las *“leyes penales en blanco no falta el precepto, que existe, pero se presenta de una forma sui generis, pues como observa Leone, carece de concreción y de actualidad. No se trata de una sanción conminada para la inobservancia de un precepto futuro, sino de un precepto general que debe concertarse con un elemento futuro, el cual, sin embargo, debe preceder siempre al hecho que constituye delito”*.²⁹

No es igual su carácter desde el punto de vista del contenido, donde sí la norma penal resulta incompleta, ya que en ella no se han

28 F. Antolisei: *Manual de Derecho penal. Parte general*, 8ª. ed., traducido por J. Guerrero y M. Ayerra Redín, Bogotá, 1988, p. 33. Se afilia a este criterio Doval País, cuando afirma: “[...] desde el punto de vista estructural, tampoco puede sostenerse otra cosa, ya que por formal, esquemática y breve que sea la referencia de esta al presupuesto de la sanción que prevé, ello bastará para considerarla compuesta estructuralmente por los dos elementos que en general definen a la norma jurídica”. Antonio Doval País: *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, op. cit., p. 117.

29 Avalando el mismo criterio tenemos a Muñoz Conde, que afirma: “la norma penal en blanco, una vez completada, es tan norma penal como cualquier otra. Desde el punto de vista meramente estructural la norma penal en blanco no plantea, por consiguiente, especiales dificultades. El supuesto de hecho consignado en la norma extrapenal pertenece a la norma penal, integrándola o completándola”. Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán: *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 39.

manifestado o descrito, de forma completa, los supuestos a los que es aplicable. Este es el fundamento que han expuesto otros autores para afirmar el carácter incompleto de las normas penales en blanco.³⁰

El segundo tipo de remisión es la *externa*, que su base conceptual se encuentra en el hecho de que el objeto de la remisión que ha de contemplar la norma penal puede hallarse en una norma perteneciente a otro sector del ordenamiento o, incluso, en otra ley penal distinta.³¹ En este caso, a juicio de Doval País,³² son dos los complementos: los primeros proceden de leyes y reglamentos, y el segundo, siguiendo a Tiedemann, proceden de actos de la administración (autorizaciones singulares).³³ En el primer caso, cabe señalar varias formas particulares que esta puede revestir:

- a) El envío puede ser realizado desde la ley penal a toda la legislación (en su sentido comprensivo de leyes y reglamentos) de un determinado sector, que normalmente viene delimitado por la materia a que se refiere de una forma expresa o no, la norma penal.³⁴

30 Gonzalo Rodríguez Mourullo: *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 87. Carlos Creus: *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 67. Sin establecer este deslinde conceptual, Quirós Pérez es del criterio que las normas penales en blanco se circunscriben en el concepto general de normas penales incompletas. Renén Quirós Pérez: *Manual de Derecho penal I*, op. cit., p. 33.

31 En el caso de las remisiones internas o reenvíos internos, donde el complemento se encuentra en la propia ley penal, considero que están descartadas para la designación de leyes penales en blanco, ya que estas obedecen a puras razones de economía legislativa, tratándose con ellas de evitar repeticiones innecesarias que redundan en textos demasiado extensos. J. M. Stampa Braun: *Introducción a la Ciencia del Derecho penal*, op. cit., p. 32; F. Muñoz Conde: *Introducción al Derecho penal*, op. cit., p. 18; W. Mezger: *Tratado de Derecho penal*, t. I, op. cit., p. 397.

32 Antonio Doval País: *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, op. cit., pp. 82-83.

33 Ilustran estas autorizaciones singulares los siguientes artículos del Código penal de Alemania de 15 de mayo de 1871, última reforma, de 31 de enero de 1998, Artículo 326: “contrariando una prohibición o sin la autorización necesaria”, Artículo 328: “sin la autorización correspondiente”.

34 Ver Artículo 327 del Código penal de Alemania, de 15 de mayo de 1871, última reforma, de 31 de enero de 1998, cuando hace referencia a: “Ley Federal de Protección contra Ruidos ambientales”, “Ley sobre Recursos Hídricos”, “Ley de Ciclo económico y Desechos”; el Artículo 329.3, cuando señala: “Ley Federal de Protección de la Naturaleza”, entre otros. El Artículo 226.25 del Código penal

- b) La referencia contenida en la norma penal alude a leyes/reglamentos, dado que el objeto a completar se halla regulado, o podría hallarse en el futuro, en disposiciones de cualquiera de estos rangos.³⁵
- c) Por último, hay ocasiones en que la propia índole de la materia regulada limita la clase de fuente de complemento, exigiendo que se trate, con independencia de la concreta expresión empleada, de una norma de determinada clase o rango.³⁶

A lo que yo agregaría una cuarta forma:

- d) Referencia a la leyes internacionales y la costumbre, dado que el complemento de las normas penales en blanco lo determinan estas.³⁷

El tercer tipo de remisión hace referencia a la permanencia o estabilidad de la disposición a la que se envía y, en tal sentido, las remisiones pueden ser *estáticas*³⁸ y *dinámicas*.

francés (última modificación 15 de septiembre de 2003) dispone: “Artículo L. 145-15 del Código de la Salud Pública”. El Artículo 277 del Código penal español (Ley Orgánica No. 10 de 1995, modificado por Ley Orgánica 15 de 2003), cuando dispone: “legislación de patentes”.

35 El Código penal de Chile (de 1 de junio de 1874, modificado por la Ley No. 20.074 de 2005), el Artículo 274 dispone: “leyes y reglamentos referentes a loterías, casas de juego y de préstamo sobre prendas”; el Artículo 287 enuncia: “las infracciones de las leyes y reglamentos relativos a las armas prohibidas”. En el Código penal de Colombia (Decreto Ley No. 100 de 1980), en su Artículo 243 se dispone: “definidos en ley o reglamento”, por solo ilustrar con algunos códigos penales vigentes en sus respectivos países.

36 Es el caso, en España, donde la materia limita la fuente de la disposición complemento a *leyes orgánicas*, como se observa en los artículos 524, “sentimientos religiosos legalmente tutelados”; 531, “con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales”, del Código penal. Ley Orgánica No. 5-2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica No. 10-1995, de 23 de noviembre, Código penal español.

37 Así tenemos en el Código penal del Salvador (Decreto No. 1030, de 9 de noviembre de 1998) el Artículo 362 dispone: “violare las leyes internacionales o costumbres de guerra”. El Código penal de Guatemala (Decreto No. 17-73, 27 de julio de 1973), en su Artículo 342 plantea: “las leyes económicas naturales de la oferta y la demanda, o quebrare las condiciones ordinarias del mercado”; en su Artículo 378 expone: “leyes o convenios con respecto a prisioneros o rehenes de guerra”. La legislación penal de Honduras (Decreto No. 144-83, 26 de septiembre de 1983) en su Artículo 299 dispone: “otras leyes especiales o convenios internacionales”.

38 Su objeto está constituido por una disposición normativa concreta y determinada. No son remisiones propias de las normas penales en blanco, satisfacen

Estas últimas se caracterizan porque el sentido de la norma de remisión depende, en cada momento, de que posea la disposición a la que se remite, sin que se acoja en concreto el contenido que esta posee en un instante dado. Lo anterior determina que cualquier cambio en la norma complemento repercute inmediatamente en la norma penal, variando también su sentido. Es por ello, que son, afiliándose al criterio de Kuhl,³⁹ elementos técnicamente viables para adaptar automáticamente la ley penal a lo regulado por otras disposiciones.

La cuarta modalidad de remisión la diseña García Arán⁴⁰ y se denomina: *Remisiones interpretativas y remisiones en bloque*. En las primeras, la referencia a la normativa extrapenal obedece a necesidades de simplificación de un elemento típico que consta fijado, pero no determinado suficientemente, en la propia norma penal. El acudir al complemento que proporciona la disposición a la que se dirige la remisión permite, en estos casos, integrar con fines in-

funciones de economía legislativa. Ilustrativo es el Artículo 261.1.2.b.3, referido al delito de Lavado de Dinero, ocultamiento de bienes mal habidos, del Código penal alemán (de 15 de mayo de 1871, última reforma de 31 de enero de 1998), que plantea: (1) Quien oculte una cosa, encubra su origen, o impida o ponga en peligro la investigación del origen, del descubrimiento, del comiso, la confiscación, o el aseguramiento de un tal objeto, que provenga de un hecho antijurídico mencionado en la frase 2, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa. Hechos antijurídicos en el sentido de la frase 1 son: 1. Crímenes; 2. delitos conforme a: a) § 332, inciso 1, también en conexión con el inciso 3 y el § 334; b) § 29, inciso 1, frase 1, numeral 1, de la Ley de Estupefacientes y el § 29, inciso 1, numeral 1, de la Ley de Vigilancia de Materias Básicas; 3. Delitos según el § 373 y cuando el autor actúe profesionalmente según el § 374 de la Ley general tributaria, también en conexión con el § 12, inciso 1, de la Ley para la ejecución de las Organizaciones Comunes de Mercado.

39 K. Kuhl: "Probleme der Verwaltungsakzessorietat des Strafrechts, insbesondere im Umweltstrafrecht", en *Festschrift für K. Lackner*, Berlin-New York, pp. 831-832.

40 Mercedes García Arán: "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", *Estudios penales y criminológicos*, XVI, 1992-1993, pp. 70-80. Doval País expone que la especial importancia de estas clases (*de remisiones*) reside en que, al tiempo que advierten de la distinta función que pueden desempeñar las remisiones en el marco del Derecho penal, aportan un criterio que permite ser ensayado a la hora de diferenciar los términos normativos de los "blancos" de las leyes penales. Antonio Doval País: *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, op. cit., p. 86.

terpretativos un determinado término típico. A esta clase de remisiones se unen formas de expresión diversas, como: “*fuera de los casos permitidos por la ley*” o “*sin autorización*”. Por su parte, las *remisiones en bloque* se caracterizan porque la ley penal incluye una referencia a la infracción de normativa extrapenal. Para ello, se sirve de expresiones como “*con infracción de leyes y/o reglamentos*” o “*contraviniendo lo dispuesto en leyes y/o reglamentos*”. Esta infracción se incorpora a la norma como un elemento típico más, con lo que, en definitiva, la instancia extrapenal adquiere competencia para establecerlo.

Si bien a las normas penales en blanco se les asigna la función de instrumento para regular materias caracterizadas por su dinamismo, no implica que solo puedan consistir en remisiones en bloque. Ya que la contribución de la normativa extrapenal que se precisa en estos casos puede lograrse mediante mecanismos diversos, algunos de los cuales permitirían, desde luego, ser catalogados como “remisiones interpretativas”.

La modalidad de remisión quinta, depende de que el objeto de la remisión sea más o menos amplio. Son denominadas *remisiones generales y remisiones especiales*.⁴¹ En la primera, el legislador configura la conducta delictiva mediante una referencia completa y exclusiva a la infracción de disposiciones, con lo que cualquier infracción de la normativa extrapenal constituirá ilícito penal.⁴² En la segunda se acota el ámbito de la remisión a solo determinados aspectos del supuesto de hecho. Aquí la disposición complemento determina o precisa solo algunas circunstancias en las que se debe realizar la conducta prohibida.⁴³ Sumándose a esta modalidad es-

41 Antonio Doval País: *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, op. cit., pp. 88-89.

42 En esta modalidad la norma penal adopta la fórmula *quien contravenga la disposición de complemento, será castigado...*, *Ibidem*. En el Código penal español vigente, en su Artículo 361, se ilustra esta modalidad: *Los que expendan o despachen medicamentos deteriorados o caducados, o que incumplan las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia [...]*. Ley Orgánica No. 5-2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica No. 10-1995, de 23 de noviembre, Código penal español.

43 La fórmula que adopta la norma puede ser: *quien, contra lo dispuesto en la disposición de complemento, haga X, será castigado...*, *Ibidem*. Ilustrativo es el Artículo 277 del Código penal español cuando expone: “Será castigado con las

pecial, las remisiones que añaden, además, de la composición anterior, una referencia a la afección al bien jurídico protegido o/a algún objeto o elemento en el que cabe entender que este se plasma.⁴⁴

Si bien, la primera posibilita la integración de toda la materia de prohibición por una instancia extrapenal, no dejan de ser importantes las palabras de Doval País –las cuales suscribo–, de “que la clase de envíos que ahora parece predominar es la de las remisiones especiales, en las que el papel que desempeña la normativa extrapenal en el marco de la ley penal es más limitado”.⁴⁵

Son estas las modalidades que, a mi juicio y apoyado fundamentalmente en los fundamentos avalados por Mercedes García Arán y Antonio Doval País, permiten hacer una selección de los problemas que se suscitan en torno a las normas penales en blanco y encauzan su verdadera configuración desde el punto de vista funcional.

El tratamiento de las normas penales en blanco en la legislación penal cubana actual. Diagnóstico de los problemas de la ley a la jurisprudencia

El tratamiento de las normas penales en blanco en la legislación penal cubana actual debe partir del análisis de la regulación constitucional que tiene el principio de legalidad como punto de partida de los debates teórico y práctico de la institución que se investiga en los predios nacionales.

penas de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses, el que intencionadamente haya divulgado la invención objeto de una solicitud de patente secreta, *en contravención con lo dispuesto en la legislación de patentes*, siempre que ello sea en perjuicio de la defensa nacional. *Ibídem*.

- 44 Aquí la norma penal responde a la forma: “*quien, contra lo dispuesto en la disposición de complemento, haga X, y con ello afecte [ponga en peligro]... será castigado...*”, *Ibídem*. Ejemplificativo de lo anterior es el artículo del Código penal alemán: §324a. Contaminación de suelos: (1) Quien *bajo lesión de deberes jurídicos administrativos* introduzca, haga introducir o libere sustancias en el suelo y *lo contamine o altere desventajosamente*: 1. De una manera que es apropiada para perjudicar la salud de otro, de animales, plantas u otras cosas de valor significativo o un recurso hídrico; o 2. De una dimensión significativa, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa.

45 *Ibídem*, p. 123.

En el Capítulo VII, “Derechos, deberes y garantías fundamentales”, Artículo 59, primer párrafo, del texto constitucional cubano, se establece: “Nadie puede ser encausado ni condenado sino por tribunal competente en virtud de leyes anteriores al delito y con las formalidades y garantías que estas establecen”,⁴⁶ lo que y coincidiendo con Quirós Pérez,⁴⁷ en este precepto, se concibe la ley penal en dos sentidos: formal y material, siendo esta una categoría especial por la peculiaridad de su contenido: en ella se definen actos socialmente peligrosos, antijurídicos y punibles o se establecen normas relacionadas con esos actos punibles.

En consonancia con lo anterior, la Ley 62 de 1988, Código penal vigente, en el Artículo 2, establece: “Solo pueden sancionarse los actos expresamente previstos como delitos en la ley, con anterioridad a su comisión. A nadie puede imponerse una sanción penal que no se encuentre establecida en la ley anterior al acto punible”, lo que refrenda que el legislador penal sienta las pautas propias de construcción del Derecho penal, siendo este principio el que señala los límites que el legislador no debe sobrepasar y, en consecuencia, se exige que la ley debe ser *prævia, scripta, stricta y certa*.

Lo anterior reafirma que en nuestro ordenamiento jurídico penal, el elemento legitimante y esencial de la norma penal surge de su capacidad de crear “seguridad y legitimidad jurídicas”.

En tal sentido, si el principio de legalidad tuviera como única meta garantizar la seguridad jurídica, no existiría objeción alguna contra la remisión que realiza el legislador a normas de rango inferior (como los reglamentos), en las normas penales en blanco, ya que en tal caso, seguiría estando muy claro el margen de lo penalmente prohibido; bastaría con acudir a esa norma extrapenal de carácter general. Sin embargo, como antes decíamos, el principio de legalidad sintetiza una doble garantía: de seguridad, por una parte, y de legitimidad, por otra. Esta última no quedaría satisfecha si el legislador penal hiciera dejación de sus funciones, olvidando que ostenta el monopolio de criminalización, y cediera, indebidamente, a la función ejecutiva esta potestad punitiva. La técnica de la norma penal en blanco no es sospechosa de infringir el principio de lega-

46 Constitución de la República de Cuba, 1976.

47 Renén Quirós Pérez: *Manual de Derecho penal I*, op. cit., p. 23.

lidad porque perjudique la seguridad jurídica, sino porque puede vulnerar la garantía de legitimidad o, lo que es lo mismo, la reserva de ley en materia penal.

En nuestros predios se ha justificado la admisibilidad de las normas penales en blanco y su utilidad en la legislación penal, aduciendo criterios de índole práctico, que apuntan a que la conducta que constituye “supuesto de hecho” se halla relacionada con otras ramas del ordenamiento jurídico, donde la actividad legislativa es incesante, y que si se incluyeran en la parte dispositiva de la norma penal habría que estar reformándola continuamente.⁴⁸

La Ley 62 de 1988 contiene, en su sistemática, un conjunto de tipos penales que se configuran como norma penal en blanco, y que demuestran la diversa polémica que contiene el uso de la mencionada técnica legislativa en la práctica judicial cubana actual.

Es incuestionable el hecho de que en materia de remisión, todas las normas configuradas como normas penales en blanco en esta legislación, asumen una remisión externa, pero se advierte en las formas particulares que revisten una diversidad de disposiciones jurídicas, que complementan la institución en estudio.

Cuando el reenvío es desde la norma penal a toda la legislación de un determinado sector, demostrativo resulta el Artículo 169, “Infracción de las Normas de Protección de Documentos Clasificados”, donde se remite a las disposiciones legales sobre el Secreto Estatal. En este caso es el Decreto Ley No. 199, “Sobre la Seguridad y Protección de la Información Oficial”, de 25 de noviembre de 1999.

Cuando el reenvío es a leyes/reglamentos, ilustrativo son los delitos regulados en los artículos 177, 178, 179, 180.1, todos Delitos contra la Seguridad del Tránsito, donde las normas complementarias son: Ley 109, “Del Código de Seguridad Vial”, de 1 de agosto de 2010, y el Decreto 287, de 14 de marzo de 2011, “Regulaciones complementarias a la Ley No. 109, “Código de Seguridad Vial”. Otro ejemplo lo encontramos en los artículos 244, “Extracción Ilegal del País de Bienes del Patrimonio Cultural”, y 245, “Transmisión y Tenencia Ilegal de Bienes del Patrimonio Cultural y Falsificación de Obras de Arte”, donde las normas complementarias son: Ley No. 1, “De Protección al Patrimonio Cultural”, aprobada por la Asamblea

48 *Ídem*, p. 34.

Nacional del Poder Popular el 4 de agosto de 1977 y su Reglamento; el Decreto No. 118 del Consejo de Ministros, de 3 de noviembre de 1983; Ley No. 2, “De los Monumentos Nacionales y Locales”, aprobada por la Asamblea Nacional del Poder Popular el 4 de agosto de 1977, y el Decreto No. 55, que establece su Reglamento, el 18 de diciembre de 1979, por el Consejo de Ministros; además de las resoluciones No. 3 y 4 de 1989, la Resolución No. 5 de 1996, y la Resolución No. 11 de 1997, todas del Consejo Nacional de Patrimonio Cultural.⁴⁹

Interesante es la polémica que se crea cuando el reenvío que se realiza deviene en acuerdos del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, resoluciones, actos administrativos, normas del sentido común, como resulta del análisis del Artículo 222.1, “Incumplimiento del deber de preservar los bienes en entidades económicas”; es un contrato, o resulta ser un texto docente.

Ejemplificativo de la remisión a los acuerdos del Consejo de Ministros es lo planteado en el Acta Sentencia del Tribunal Municipal de Santiago de Cuba, de 11 de marzo de 2010, en la Causa No. 121/2010, seguida por el Delito de Incumplimiento del Deber de Preservar Bienes en Entidades Económicas:

Hechos Probados: Que en fecha once de agosto del dos mil nueve en horas no precisadas a los Almacenes [...], que tiene alquilado la Organización [...] del Municipio [...], y en los cuales almacena la harina de la reserva material, se le realizó una inspección por los especialistas del [...] y detectaron que dicho producto presentaba un deterioro provocado por el plagamiento intenso, certificado dicho plagamiento por los especialistas de Sanidad Vegetal, el cual por su mala calidad ya no podía formar parte de la reserva material, distribuidos en las cantidades siguientes: reserva estatal 213.535 toneladas, reserva movilizativa 247.610 toneladas y 87.00 toneladas de la reserva de las [...], para un total de 548.145 toneladas del análisis realizado se concluyó que la entidad había incurrido en varias violaciones respecto al cuidado y conservación de este producto, según lo establecido en el Acuerdo 5706 “Reglamento del Sistema de Reservas Materiales” ya que no realizaban la rotación del producto en el tiempo establecido para conservar su calidad, aspecto que no fue cumplido por la dirección de la entidad y fue la causa fundamental del plagamiento [...].

49 Mayda Goite Pierre: *Delitos contra el patrimonio cultural*, op. cit., pp. 253-267.

Como se observa se incumplió lo dispuesto en el Acuerdo 5706, “Reglamento del Sistema de Reservas Estatales”, de 23 de junio de 2006, emitido por el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros. Además, pueden revisarse las siguientes Actas Sentencia del Tribunal Municipal de Santiago de Cuba, seguidas por el mismo delito: 2/03/2011, Causa No. 116/2011; 20/04/2006, Causa No. 452/2006; 22/09/2010, Causa No. 575/2010; 8/03/2011, Causa No. 439/2011; 22/02/2011, Causa No. 114/2011, donde la norma complemento es el mencionado Acuerdo. Puede consultarse, además, la Sentencia No. 180 de 2010, de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana, dictada a propósito de los delitos de Actos en perjuicio de la actividad económica o de la contratación, Malversación, Actividades Económicas Ilícitas y Receptación, donde la norma complemento es el Acuerdo No. 3424 de 1999 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros.

En cuanto a la remisión a las resoluciones tomo como referencias las sentencias: No. 165 de 2010, Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana, dictada por los delitos de Malversación y Contrabando de carácter continuado, donde las normas complementos infringidas fueron las Resoluciones 131 de 1992, 148 de 2004, y 236 de 1994, todas de la Aduana General de la República de Cuba, así como la Resolución 75 de 1999 del Ministerio de Salud Pública; Sentencia No. 153 de 2010, Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana, dictada por los delitos de Tráfico Ilegal de Moneda Nacional, Divisas, Metales y Piedras Preciosas y Actividades Económicas Ilícitas, donde la norma complementaria vulnerada fue la Resolución No. 27 de 2002 del Banco Central de Cuba, “Normas generales para la importación y exportación de metales y piedras preciosas por personas naturales”.

Ilustrativo de la remisión a actos administrativos tengo la Causa 204 de 2007 radicada por la Sala de los Delitos contra la Seguridad del Estado del Tribunal Provincial Popular de Santiago de Cuba, por un delito de Incumplimiento del Deber de Preservar Bienes en Entidades Económicas, donde las medidas incumplidas por la acusada se habían dispuesto en un Consejo de Dirección de la entidad donde laboraba, y se encontraban en las actas realizadas a tal efecto, y nunca fueron incorporadas esas obligaciones en el Descriptor de su contenido de trabajo como Especialista Principal Económica de la UEB Centro de Gestión.

En el delito de Incumplimiento del deber de preservar los bienes en entidades económicas, destaca De la Cruz Ochoa, que se trata de incumplir medidas, que pueden ser las racionalmente recomendables y no tienen que obligatoriamente estar dictadas por normas; son, según su criterio, normas del sentido común.⁵⁰

Cuando la remisión es a un Contrato, explicativa resulta la Sentencia No. 45 de 2011, de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana, dictada por un delito de Actos en Perjuicio de la Actividad Económica o de la Contratación, donde la norma complemento vulnerada resultó ser el Contrato de Producción Cooperada, firmado el 4 de junio de 2002, por el Director de una Empresa cubana y el representante de una Empresa extranjera, que por demás era ilegal ya que no había sido aprobado por el Organismo Superior ni había sido registrado debidamente por el Ministerio de Inversión Extranjera y Colaboración Económica.

En cuanto a la remisión a un texto docente, es dable destacar que el delito regulado en el Artículo 267.1, “Aborto Ilícito”, tiene como norma complementaria un Manual de Diagnóstico y Tratamiento de Obstetricia y Perinatología, creado con funciones docentes.

Existe en el contexto cubano, además, remisión a leyes internacionales, que las encontramos en la Ley 93, “Ley contra Actos de Terrorismo”, legislación que define un conjunto de conductas delictivas, que por sus características se encuentran fuera del Código penal vigente, y que corporifica lo que se ha denominado Derecho penal accesorio.⁵¹

La mencionada legislación, en el Artículo 4, plantea: “*Para la determinación del contenido y alcance de expresiones conceptuales que se consignan en el texto de la presente Ley, rigen las precisiones que al respecto se formulan en los tratados y convenios internacionales sobre la materia, de los que el Estado cubano es parte [...]*”; con el referido precepto se reafirma el reenvío que establece esta norma penal a leyes internacionales,⁵² lo que se visualiza en figuras

50 Ramón de la Cruz Ochoa: “Delitos contra la economía nacional”, en Colectivo de Autores: *Derecho penal especial*, t. I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003, p. 231.

51 Es la suma de los preceptos penales contenidos fuera del Código penal en leyes especiales. Claus Roxin: *Derecho penal. Parte general*, t. I, *op. cit.*, p. 44.

52 “La presente Ley recepciona en el actual ordenamiento jurídico cubano todas las disposiciones contenidas en 12 instrumentos internacionales reconocidos

delictivas, como el Artículo 15.1, “Actos contra las Personas Internacionalmente Protegidas”,⁵³ que tiene una directa relación con el Artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas para la Prevención y el Castigo de Crímenes contra Personas Internacionalmente Protegidas de 14 de diciembre de 1973, donde se define quiénes son las personas internacionalmente protegidas, que igualmente se reproduce en el anexo de la mencionada Ley.

Existen, además, en la legislación penal militar cubana, Ley 22 de 1979, “De los Delitos Militares”, normas penales en blanco que tienen como normas complementarias órdenes militares, tal como se establece en los artículos 31 y 32.

Por último, tenemos la Ley 72 de 1992, “Ley Electoral”, en su Título XI, “De lo Ilícito Electoral”, que en el Artículo 172a, dispone como delito, el hecho de *infringir las disposiciones emanadas de la Comisión Electoral Nacional* que rigen los procesos electorales y que garantizan la observancia de los principios establecidos en el Artículo 171 de esta ley. La redacción de este precepto, adhiriéndome a las palabras de Fernández Bulté, en su hipótesis jurídica, es verdaderamente críptica: *¿Se trata de que en el Artículo 171 están contenidos los principios del proceso electoral y la violación del artículo supone la de dichos principios o, por el contrario, se trata de que solo se tipifica la figura delictiva si la violación del 171 supone, además, la puesta en peligro o trasgresión de algún principio general electoral?*⁵⁴

por la Naciones Unidas, como convenios en materia de lucha contra el terrorismo y de los que Cuba había llegado a ser parte por aquella fecha [...]. El reenvío del derecho interno cubano al derecho internacional se produce en el marco dualista moderado predominante, ya que el Juez resuelve de acuerdo con la ley nacional en la que se recepcionó la norma internacional aplicable y no de acuerdo con esta última directamente”. Yoel Moré Caballero: “La interrelación entre el Derecho internacional y el Derecho interno de Cuba a la luz de las doctrinas tradicionales”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, No. 9, Bogotá, Colombia, mayo de 2007, pp. 371-394.

53 Artículo 15.1: El que, realice un acto contra la vida, la integridad corporal, la libertad o la seguridad de una persona internacionalmente protegida, o de algún familiar que forma parte de su casa, la sanción es de privación de libertad de diez a treinta años, privación perpetua de libertad o muerte. Ley No. 93 de 20 de diciembre de 2001: “Ley contra Actos de Terrorismo”. Colectivo de Autores: *Derecho penal especial*, t. III, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003, pp. 20-21.

54 Colectivo de Autores: *Derecho penal especial*, t. III, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003, p. 50.

Se unen a lo anterior las disposiciones que dicta la Comisión Electoral Nacional, que sirven de normas complementarias a los delitos electorales que se cometan bajo este apartado son Instrucciones.

Como se observa, existe una amplia gama de disposiciones que complementan las figuras delictivas configuradas como normas penales en blanco, lo que hace imprecisas las distintas fuentes formales de producción a las que se remite la norma penal en su funcionalidad. Lo que igualmente trasciende en la llamada deslegalización de la materia penal a instancias que carecen de la competencia exigida para ello.

Esta problemática incursiona por identificar cuál será el Derecho válido, en orden de subordinación y primacía, en este ámbito.

Es necesario destacar, antes de definir lo anterior, que en Cuba los operadores jurídicos, para identificar las normas válidas y aplicables a casos concretos (caso de los jueces), o para aprobar y promulgar las normas generales (caso de los legisladores), por regla general no miran hacia la Constitución y sí hacia normas de inferior jerarquía, generalmente leyes y decretos leyes, identificados como derecho válido no por su conformidad con la Constitución, sino por su utilidad y practicidad en defender los logros de la Revolución. A lo que se suma que la población en general tampoco se sirve del criterio de conformidad con la Carta Magna para identificar lo que es Derecho válido, y menos para adoptar un punto de vista crítico sobre aquellos que no lo hacen. El hecho es que existe, a nivel del ciudadano común, una gran ignorancia del papel y del significado de la Constitución de la República.

Esto hace que la regla de reconocimiento del sistema jurídico cubano hoy, a juicio de Mondelo García,⁵⁵ sigue siendo, en términos generales, la misma que antes de la aprobación y puesta en vigor de la Constitución de 1976, a tenor: *en Cuba son reconocidas como normas jurídicas y, por tanto, deben ser obedecidas, las que persigan la defensa de la Revolución y sean emitidas por sus autoridades.*

Efectivamente, la Revolución es fuente material del Derecho; pero en el momento en que la misma se institucionaliza, cuando se aprueba —por referendo—, una Constitución que la legitima jurídicamente, ella deja —o debe dejar— de ser la fuente última (en sentido

55 J. W. Mondelo García: *El orden jurídico, la Constitución y la regla de reconocimiento*, op. cit., pp. 111-112.

formal) del orden jurídico. A partir de ese momento, la Constitución debe ocupar el lugar central, y la conformidad y coherencia con sus mandatos deben constituirse en el criterio supremo de pertenencia y validez de las normas del ordenamiento jurídico. Esto implica reconocer el lugar supremo que le corresponde a la Constitución.

Por lo que, compartiendo la propuesta de Mondelo García,⁵⁶ en nuestro país se podría enunciar como Regla de Reconocimiento: *en Cuba reconocemos como normas jurídicas y, por tanto, deben ser obedecidas, las que, emitidas por las autoridades facultadas, estén de acuerdo con la Constitución y persigan la defensa de la Revolución.*

Dejando sentado lo anterior, considero que establecer una estructura formal en orden a la naturaleza y clase de la norma complemento, define los contornos de las decisiones regulativas en materia penal, y garantiza el respeto a los principios de legalidad y seguridad jurídicas. En tal sentido, ante la diversidad de normas jurídicas, que en la práctica judicial se han constatado como normas complementarias, he considerado que se debe partir del presupuesto que la norma complementaria es la enunciación que precisa y delimita el ámbito de lo prohibido y lo permitido, su función es señalar condiciones, circunstancias y otros aspectos complementarios; segundo, el alcance de las normas complemento en su integración con la ley penal comprenderá: Constitución, ley, decreto ley, decreto y el reglamento.

Considero que el alcance debe ser hasta el reglamento, porque este es el resultado de la potestad reglamentaria, constituye una derivación del poder que tiene la administración de producir normas jurídicas. Alcanza en sus consecuencias jurídicas a las relaciones administración-administrados, por lo que se evidencian en un plano exterior al complejo orgánico que conforma al ente público, y regulan y se refieren a dichas relaciones. Vincula a un número de sujetos mayor e indeterminado, y no tiene necesariamente que desarrollar el contenido de una ley o norma superior. Atendiendo a las formalidades que deben cumplir para su efectividad, los reglamentos, por sus características, requieren de la publicidad en los medios oficiales constituidos a los fines de la publicación (como parte indispensable del *íter* jurídico que deben cumplimentar) de las normas jurídicas.

56 *Ibidem*, p. 120.

Otra de las problemáticas detectadas en el ordenamiento jurídico penal cubano en relación con el tema de las remisiones y la norma penal en blanco, es el de las cadenas de remisiones (*kettenverweisungen*),⁵⁷ que se originan cuando se remite a un texto que a su vez reenvía a otro. Ejemplificativo de ello es el Artículo 296.1 del Código penal, que regula el delito de incumplimiento de normas de protección e higiene del trabajo, donde se produce un reenvío a la Ley No. 13 de 28 de diciembre de 1977, “Ley de Protección e Higiene del Trabajo”, la que, a su vez, remite al Decreto Ley No. 246, de las “Infracciones de la legislación laboral, de protección e higiene del trabajo y de seguridad social”, de 29 de mayo de 2007, el que a su vez remite, en el caso de que sea una empresa del Sistema de Perfeccionamiento Empresarial a la Resolución No. 12 de 1998 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 3 de diciembre de 1998, “Reglamento para la aplicación de la política laboral y salarial en el perfeccionamiento empresarial”.

En estos particulares, se sugiere que sean evitadas las cadenas de remisiones, pues los problemas de aplicación e interpretación se tornan en extremo complejos,⁵⁸ el contenido que se asume como consecuencia de la remisión que pertenece a una norma se deberá encuadrar en dos o más textos legales diversos, determinando tres tipos de inconsistencia, según la terminología de Alf Ross:⁵⁹ la *inconsistencia total-total*; la *inconsistencia total-parcial*; la *inconsistencia parcial-parcial*.

Tales inconsistencias entre las normas complemento hacen surgir la interrogante de ¿cuál será la norma jurídica que se aplique en caso de que ello ocurra?

Aquí, indudablemente, hay que acudir a los criterios tradicionales para resolver las contradicciones normativas,⁶⁰ a tenor: *criterio jerárquico*; *criterio cronológico*; *criterio de especialidad*.

57 Grupo de estudios de Técnica Legislativa (Gretel): *La forma de las leyes: 10 estudios de técnica legislativa*, Barcelona, Bosch, 1986, p. 284.

58 Mirna Beatriz Méndez López: *La responsabilidad civil derivada del delito de las personas naturales en Cuba*, op. cit., pp. 80-81.

59 Javier de Lucas et al.: *Introducción a la Teoría del Derecho*, 3ª. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 165-166.

60 *Ibidem*, p. 168. Carlos Santiago Nino: *Introducción al análisis del Derecho*, op. cit., pp. 275-276.

Estos criterios se caracterizan por ser objetivos en cuanto se refieren a hechos más o menos fácilmente comprobables, pero en todo caso, a hechos comprobables, y que por consiguiente, pueden ser utilizados sin hacer intervenir valoraciones personales por parte del juez. En todo caso, debo señalar que el intérprete no se encuentra vinculado forzosamente por un criterio determinado, sino que debe buscar la manera correcta de decidir en función de las circunstancias y a partir de todos los instrumentos que se encuentren a su disposición.

Dejando sentado lo anterior, es pertinente valorar el escenario por el que transita el ámbito del núcleo de la prohibición, es decir, la conducta prohibida u ordenada por la norma penal;⁶¹ donde he detectado, con referencia a las normas penales en blanco, las problemáticas siguientes:

Dificultad de conocimiento de aquello que se encuentra prohibido debido a la amplia gama de disposiciones que complementan la norma penal.

En las remisiones generales, la norma penal adolece de la exigida predeterminación, pues el reenvío que realiza a otras disposiciones puede abarcar también, por razones funcionales, normas que aún están por promulgarse y que pueden entrar en vigor en cualquier momento.

En el primer supuesto ilustrativo, resulta la figura delictiva regulada en el Artículo 140.1b, “Actos en Perjuicio de la Actividad Económica o de la Contratación”, donde la integración de la norma penal depende del variado y disperso espectro de normas jurídicas que regulan la gestión económica, la ejecución, control y libramiento del presupuesto del Estado, la contratación y el libramiento o la utilización de documentos crediticios.⁶²

La segunda problemática está presente, de manera sistemática, en toda la legislación penal que se analiza, toda vez que como consecuen-

61 Semejante al criterio que sostengo en la definición de núcleo de la prohibición, es el de Quirós Pérez, el que afirma que conducta, de forma general, es el comportamiento, la actuación del sujeto llevada a cabo en el mundo exterior y mediante la cual se ataca o amenaza algún objeto protegido por el Derecho penal. Renén Quirós Pérez: *Manual de Derecho penal I*, op. cit., p. 247.

62 Ejemplificativa resulta también la Sentencia No. 45 de 2011, Sala Segunda de lo Penal el Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana, dictada por un delito de Actos en Perjuicio de la Actividad Económica o de la Contratación. Colectivo de Autores: *Derecho penal especial, t. I*, op. cit., pp. 86-87.

cia de las razones funcionales de la norma penal en blanco y la dinámica del sistema jurídico cubano, se producen cambios o creaciones legislativas en los ámbitos extrapenales que inciden en la norma penal y que deben ser tenidos en cuenta en su integración.

Otra de las problemáticas a ventilar, es el hecho de que los tribunales en sus sentencias, en ocasiones, no precisan como parte del hecho probado (primer resultando), en los delitos configurados como norma penal en blanco, la norma complementaria que se incumple o infringe, así como la relación causal entre esta y el resultado que se produce. Esta omisión ha motivado, fundamentalmente en los delitos contra los Derechos laborales, pronunciamientos del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, resolviendo Recursos de Casación, donde se ha declarado: “[...] al narrarse el hecho que integra el referido delito (*Incumplimiento de las Normas de Protección e Higiene del Trabajo*), se precise como parte de él, la norma de protección e higiene del trabajo que estaba obligado a cumplir el comisor, las acciones ejecutadas por él o las omisiones en que incurrió y la relación causal existente entre ambas y el resultado que se produjo, de modo que quede claro que la violación de la norma complementaria constituyó la causa del accidente”.⁶³ Igualmente, en el primer considerando de la sentencia,⁶⁴ en delitos estructurados como normas penales en blanco, se limitan los jueces a referir que se ha realizado el hecho “sin cumplir las formalidades legales”, “infringiendo las normas reglamentarias”, “sin autorización legal”, desconociendo que en este espacio de la sentencia, tal como expone el Artículo 44.3a de la Ley de Procedimiento Penal cubana vigente, se deben consignar los fundamentos de derecho de la calificación de los hechos que se hubiesen estimado probados, y al ser la norma complementaria elemento integrante del injusto penal se debe consignar la misma. Esta situación tiene cauce de solución, con la

63 Sentencia No. 1536, de 25 de abril de 2011, Tribunal Supremo Popular. Se pueden revisar, además, las sentencias 2841 de 19 de mayo de 1981; 1094 de 26 de febrero de 1982; 2570 de 5 de noviembre de 1984; 262 de 6 de noviembre de 2006, y 1850 de 11 de abril de 2007, todas del Tribunal Supremo Popular.

64 De manera ilustrativa, se pueden revisar, entre otras, las sentencias: No. 153 de 30 de septiembre de 2010; No. 162 de 15 de enero de 2010, del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana, así como las sentencias 920 de 2005, y 6 de 3 de enero de 2008, ambas del Tribunal Provincial de Santiago de Cuba.

promulgación de la Instrucción No. 208 de 2011 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (capítulos No. II, II.2.1. Redacción de los hechos probados, II.2.2. Calificación del delito), que regula la Metodología de Redacción de Sentencias Penales, donde se dispone que: *En los delitos cuya integración remita a otros cuerpos jurídicos (normas penales en blanco), se identificará concretamente la norma o normas quebrantadas y se expondrán los motivos de subsunción.*

Conclusiones

La norma penal en blanco se caracteriza por ser una técnica legislativa de creación de tipos penales, en la que su supuesto de hecho aparece formulado de un modo incompleto y su complemento ha de buscarse en otras disposiciones del ordenamiento jurídico, que pueden ser de superior rango al de la ley, del mismo rango que la ley penal o de inferior jerarquía, con las que se integrará para obtener una formulación acabada de su significado. Su configuración, a partir de su remisión a las normas complemento, se perfila bajo las siguientes formulaciones: Normas penales en blanco que se enmarcan en la *infracción de normas*; Normas penales en blanco que se refieren a la *ausencia de autorización*.

Las principales dificultades, entre otras, que presenta esta técnica en Cuba se concentran en: deficiente regulación de algunos tipos penales configurados como normas penales en blanco; no se identifican adecuadamente en la práctica judicial las fórmulas de redacción que asumen las normas penales en blanco; dispersión legislativa de las normas complementarias, lo que dificulta el conocimiento de lo que se encuentra prohibido; inexistencia en algunas normas penales en blanco de la norma complementaria; indefinición de la estructura formal en orden a la naturaleza y clase de la norma complemento; imprecisión, ante las variaciones de la norma extrapenal, en la aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal;

desconocimiento de la solución legal que se debe ofrecer ante los supuestos de la eximente del error en las normas penales en blanco.

Las problemáticas relacionadas y otras, que marcan la constante polémica que gira alrededor de la normas penales en blanco, marcan los senderos investigativos de esta técnica legislativa de creación de tipos penales; reafirmandose que el Derecho penal de estos tiempos: [...] *tiene que mantener la vinculación con el cambio social: tiene que estar preparado para dar respuesta a las preguntas de hoy [...]. Tiene que seguir evolucionando en contacto con su realidad.*⁶⁵

65 Winfred Hassemer: *La ciencia jurídico penal en la República Federal Alemana*, op. cit., p. 79.

El concurso de delitos. Una aproximación a sus elementos teórico-doctrinales

IRACEMA GÁLVEZ PUEBLA

Introducción

ABORDAR el tema concursal no es una cuestión muy sencilla si se tiene en cuenta que es una de las instituciones del Derecho sustantivo más compleja a la que, tanto estudiantes como profesionales de la materia se enfrentan; se representa como un reto para dilucidar en la parte especial la calificación del delito, por tanto, nos encontramos ante los desafíos teórico y práctico de establecer los elementos medulares que trasciendan a su comprensión clara y diáfana, a partir de los criterios que connotados penalistas han realizado del objeto en cuestión.

El concurso de delitos es una materia trascendental, que se encuentra presente en la práctica jurídica por el rol que representa para los operadores del Derecho penal a la hora de fijar y adecuar el marco sancionador. La determinación de la pena en el análisis concursal, es un difícil problema que, incluso, trasciende a la dimensión político-criminal, mucho más si se manifiesta en la individualización legal, judicial y ejecutiva,¹ cuando el tribunal debe apreciar todos los elementos, que de alguna manera son necesarios, para demostrar la participación de un sujeto en varios hechos delictivos, y más aún, cuando se le aplicará una sanción por tal transgresión. Su desarrollo doctrinal ha padecido de un anquilosamiento, aunque es preciso destacar que en los últimos tiempos se ha tenido un progreso en cuanto a los debates, por ser un tema necesariamen-

1 Con la pena se persigue la causación de un mal, pero la determinación de ella no se agota con esto, su necesidad estriba en que con la causación de ese mal se persiguen determinados propósitos que el legislador se ha propuesto que se cumplan con la ejecución de aquella. *Vid.* Armando Torres Aguirre: *La labor de los jueces encargados del control de la ejecución en los tribunales cubanos. Cumplimiento de las Reglas de Tokio en los Tribunales en Cuba. Pasado y actualidad*, coordinador Yumil Rodríguez Fernández *et al.*: ediciones ONBC, 2013, p. 477.

te recurrente, lo que ha posibilitado polémicas y controversias en este terreno.

En la norma jurídico-penal son escasas las conceptualizaciones de lo que puede entenderse por Concurso de delitos. No obstante, tanto la doctrina como la jurisprudencia lo han definido, tomando como punto de partida la unidad o pluralidad de acciones típicas, y es apreciable para la aplicación o determinación de la pena imponible al sujeto responsable por su actuación o participación en alguna medida en varios hechos penales.

La realización del hecho delictivo no siempre se representa en una sola acción antijurídica que ocasiona un resultado dañoso, la ejecución y configuración del delito puede dar lugar a una multiplicidad de acciones que representan una diversidad de resultados; su evaluación debe transcurrir por un proceso evaluativo minucioso, porque no siempre se integra por la comisión de un hecho delictivo una pluralidad de delitos. En ocasiones, el hecho delictivo cometido puede reflejarse en varios tipos penales, porque los elementos que lo integran exceden el contenido de la disposición, teniendo en cuenta la estructura de la norma jurídico-penal, lo cual implica que su acción provoque una serie de resultados antijurídicos.

Estas valoraciones son las que han dado lugar a la vigencia del tema de la unidad y pluralidad de delitos, entendido, entonces, por concurso de delitos o supuestos de unidad y pluralidad de acciones y delitos; la violación reiterada de la ley penal por un mismo sujeto y, por ello, debe responder en varios delitos. Si se desglosa el concepto planteado, se pueden determinar dos elementos fundamentales: el primero, la unidad del sujeto,² lo cual trasciende a la teoría de la pena, en el caso de Cuba es preciso interpretar y aplicar los artículos 47.1; 50 y 51³ del Código penal cubano, por su incidencia en la

2 Cuando se habla de elementos fácticos o hechos, como integrantes del objeto del proceso penal, hay que entender lo que se denomina como hecho histórico, que no es otra cosa que aquel supuesto de acontecimientos del mundo real, que la acusación abarcó en el pliego acusatorio, por considerar que fue lo que sucedió en la realidad. Integran este hecho histórico tanto aspectos objetivos relativos a la ocurrencia de una historia verídica, como aspectos subjetivos, referentes a la individualización de la persona que lo protagonizó. *Vid.* Juan Mendoza Díaz: "Correlación entre acusación y sentencia. Un tema en permanente polémica", *Revista Cubana de Derecho*, No. 33, enero-junio de 2009, p. 7.

3 *Vid.* Ley 62, Código penal cubano de 1987, anotado con las Disposiciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, 2009.

individualización⁴ que debe realizar el órgano jurisdiccional para adecuar la sanción penal correspondiente, porque se representan como reglas generales que deben servir como guías de estricta observancia por el tribunal,⁵ basado en lo estipulado en la Ley, lo que hace cumplir con el principio de legalidad; el otro aspecto, es la pluralidad de delitos o infracciones, de este rasgo se puede manifestar la exteriorización de una sola acción o varias.

Estructura de la teoría del concurso de delitos

La estructuración de la teoría del concurso de infracciones o delitos, se erige sobre la base de:⁶

- *Concursus subccessivus* (pluralidad de acciones, regla general).
- *Concursus simultáneos* (unidad de acción).
- *Concursus continuatus* (acción continuada).

Su análisis excluye el delito complejo, porque una parte de la doctrina penalista considera que es una modalidad del Concurso real de delitos.⁷ Sin embargo, su tratamiento penológico no es igual al concurso real, si no se valora por el delito más grave.

4 Vid. Danilo Rivero García: “La individualización de la pena”, en *Implementación de Penas Alternativas: experiencias comparadas de Cuba y Brasil, Reforma Penal Internacional*, Sociedad Cubana de Ciencias Penales, La Habana, julio de 2006, p. 52. La individualización de la pena constituye la tercera tarea del tribunal, precedida por la valoración de las pruebas y la aplicación del precepto al hecho comprobado. Consiste en la fijación de las consecuencias jurídicas de un delito, es decir, las sanciones principales del delito a su autor.

5 El proceso de medición de la pena no es libre, ni puede quedar oculto solo en la mente del tribunal, se trata de una decisión jurídicamente vinculada y explícita..., colocando los fundamentos de esa decisión en el considerando apropiado de la sentencia, empleando un lenguaje comprensible para todos, de manera que se entienda por cualquier ciudadano común por qué ante una pluralidad de condenas, el tribunal optó por una clase y extensión determinada. *Ídem*, p. 53.

6 Vid. Raúl Plascencia Villanueva: *Teoría del delito*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, p. 227.

7 Cfr. Gonzalo Quintero Olivares: *Derecho penal. Parte general*, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1992, p. 636; José Luis Escasena Guillaron: *El concurso y la conexidad delictiva*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2011, p. 15; Emilio Menéndez Menéndez: *Principios de Derecho Criminal. Contribución al estudio del Código de Defensa Social*, primera edición, Jesús Montero, editor, Obispo 521, La Habana, 1942, p. 139.

Para realizar un análisis, en Cuba, se debe partir de los criterios expuestos por el profesor Quirós Pérez, el cual diferencia entre los supuestos de unidad y pluralidad de acciones y delitos perfectamente al delito complejo de las demás modalidades del tema concursal, porque su materialización viene dada por una compleja estructura; porque cualquier delito no es medio necesario e imprescindible para cometer la finalidad perseguida como se regula en el Artículo 10, apartado a), del Código penal cubano, lo cual es un requisito *sine qua nom* para que se configure esta especificidad de los supuestos concursales, lo cual obliga al órgano jurisdiccional a la hora de reafirmar la individualización judicial de la pena, a tener pleno dominio de las técnicas de interpretación y aplicación de la norma.⁸

Principios que rigen la unidad y pluralidad de delitos

El tema de la unidad y pluralidad de delitos se haya regido por dos principios fundamentales:

1. *Quot delicta tot poenae*, ningún hecho delictivo, sea simple o plural, debe quedar impune, y a cada delito corresponde una sanción, lo que se persigue es la valoración apriorística de la pena aplicable a ese agente comisor que ha vulnerado en más de una ocasión la disposición jurídico-penal, ya sea por la comisión de más de una acción que conlleva a una pluralidad de resultados o infracciones penales o por la trascendencia dentro del Derecho penal del ejercicio de una acción y que de ella resulten una multiplicidad de resultados.
2. *Nom bis in ídem*, nadie puede ser sancionado dos veces por el mismo hecho.

8 Vid. Rufina Hernández Rodríguez: "La individualización judicial de la pena", en *Implementación de Penas Alternativas: experiencias comparadas de Cuba y Brasil, Reforma Penal Internacional*, Sociedad Cubana de Ciencias Penales, La Habana, julio de 2006, p. 58. En la individualización judicial de la pena, la doctrina distingue entre la individualización judicial en sentido estricto y en sentido amplio. La primera se centra en la decisión sobre el tipo y la cantidad de pena que corresponde aplicar al autor de un hecho delictivo por la trasgresión culpable de un precepto penal.

La finalidad que se persigue como expresó Sebastián Soler, es que *siempre que exista más de un delito, debe existir más de una pena o por lo menos una pena distinta a la que se aplica cuando la ley es infringida una sola vez.*⁹

Requisitos

Implícitos en el análisis del concurso de delitos se hayan los requisitos que lo argumentan, entre los que se encuentran:

- a) Pluralidad de infracciones: cuando el agente provoca con su comportamiento una multiplicidad de trasgresiones de la norma penal. Se debe realizar un análisis adecuado y pormenorizado de este requisito, pues existen determinados hechos que no conlleven a supuestos de unidad y pluralidad de acciones y delitos, que deben ser excluidos del círculo de interés del operador del Derecho en cuanto a la incidencia que puede tener en la pena aplicable, como el concurso aparente de normas penales, el delito pluriofensivo y el delito compuesto.

Existen en la norma jurídica penal estructuras legales que provocan la ofensa a más de un bien jurídico y ello no tiene trascendencia en cuanto a la acumulación de penas. Cuando esto sucede, el legislador de forma adecuada debe valorar la magnitud de la afectación a los bienes jurídicos, que por su importancia merecen tutela y protección en la esfera penal; esto se refleja en la figura del delito, y es la gravedad de los marcos sancionadores la respuesta adecuada que puede ofrecerse teniendo en cuenta la entidad de la ofensa.

- b) Los delitos pluriofensivos: son aquellos en los que el ejercicio de la acción u omisión del sujeto comisor pone en peligro, amenaza o destruye, al unísono, más de un bien jurídico. Ejemplo: en el delito de robo con violencia o intimidación en las personas, Artículo 327 del Código penal cubano, se vulnera el patrimonio y se amenaza, se ofende la integridad y la vida de las personas. En este caso, en la propia figura delictiva, se ha tenido en cuenta esa

9 Vid. Sebastián Soler: *Derecho penal argentino*, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1992, p. 340.

ofensa a más de un bien jurídico tutelado por la norma, por lo que en el cumplimiento estricto del principio de legalidad solo puede aplicarse una sanción, la que refleja el tipo penal vulnerado que ha tenido en cuenta la peligrosidad social del hecho y ha permitido, en cierta medida, que el legislador siempre que sea posible incorpore marcos sancionadores más severos.

- c) Delitos compuestos: el análisis en estos casos, si bien puede resultar parecido a lo que se valoró anteriormente, no es idéntico; estos delitos se estructuran recogiendo en una misma figura de delito, más de un tipo legal de los existentes en el código; ejemplo: en Cuba el Artículo 263, inciso j, lo que otros autores han denominado delito complejo de configuración legal, con lo cual no estamos de acuerdo porque consideramos que rompe con el principio de la existencia del puente que sustenta la comisión del primer hecho, como medio necesario e imprescindible para cometer otro; incluso, puede traer confusiones prácticas, tanto es así, que en la praxis cubana, cuando el operador del Derecho penal se encuentra ante un hecho de esta naturaleza, no hace referencia al aspecto concursal, pues el legislador ha previsto una pena, que normalmente es superior o más grave a la que hubiera resultado castigando los hechos separadamente. Estos son ejemplos que por razones de política criminal limitan la acumulación de penas y no se aplica estrictamente el principio *a cada ofensa a un bien jurídico corresponde una pena*.
- d) Concurso aparente de normas penales:¹⁰ la conducta delictiva puede presentar diversos grados de complejidad, que se pueden manifestar por su repercusión en más de una figura delictiva, por tanto, el análisis e interpretación de la ley es una cuestión notable, porque el hecho delictivo puede encuadrarse en más de un tipo penal, pero no necesariamente ese comportamiento puede valorarse como una pluralidad de delitos sino es posible que exista una sola infracción.

10 Los concursos de normas en ocasiones se resolverán dando lugar a consecuencias que chocarán con importantes principios informadores del Derecho penal, como el de equidad, y eso es posible en virtud de las peligrosas... modificaciones del Código penal dando lugar a una progresiva pérdida de coherencia interna. Vid. Gonzalo Quintero Olivares: *Op. cit.*, p. 645.

Esa relación que se presenta entre varias figuras que, a su vez, son excluyentes al valorarse determinados principios que sustentan el concurso aparente de normas penales parte de la interpretación del hecho para determinar la unidad delictiva; estos principios permiten que el operador del Derecho realice operaciones delimitantes al encontrarse en la disyuntiva de cuál figura de delito aplicar si presentan elementos constitutivos similares, por encontrarse el contenido ilícito de un hecho punible en otro, lo cual le brinda la posibilidad de aislar o separar adecuadamente, e integrarla a una sola figura.¹¹

Cuando el hecho acontecido incide resonantemente en varias figuras, pero estas resultan entre sí incompatibles, por no poder aplicarse a un mismo hecho o a varios acontecimientos delictivos, es determinante entrar a valorar los principios de consunción, especialidad, subsidiaridad,¹² que permiten establecer la exclusión de los tipos penales, por ser reglas de solución a estos casos, presentando como denominador común atemperar, lo más ajustado posible, los hechos a un precepto penal. Al ser aplicable solamente la pena del delito que desplaza a los demás, ello implica que no deba imputársele al comisor de los hechos otras violaciones de la Ley, cuando se determine la pena.

Se expresa, entonces, una clara diferencia en las consecuencias jurídicas que se desprenden entre el concurso aparente de normas penales y el concurso ideal de delitos, en este último se aplica la sanción del delito más grave de los que se derivan de la unidad de acción, pero partiendo de que el infractor ha cometido otras violaciones de la Ley penal.

11 Las reglas destinadas a la solución de los concursos de normas penales permitirán decidir la aplicación de una de ellas... aplicar una norma penal que desplaza a las demás, su inicial aplicabilidad no pasa de ahí, ya que finalmente tan solo una de ellas prepondera. *Ídem*, p. 645.

12 Existen autores que incluyen entre los principios que valoran el concurso aparente de normas penales además de los enumerados en el cuerpo del trabajo, al de alternatividad, expresión procedente de la ciencia penal alemana, y si bien ha sido usado por un sector de la ciencia penal española, en la actualidad es infrecuente su mención. *Vid.* Sebastián Soler: *Op. cit.*, p. 340; José Antón Oneca: *Derecho penal*, 2ª. ed., anotada y corregida por J. J. Hernández Guijarro y L. Beneynet Merino, Madrid, 1986; José María Rodríguez Devesa: *Derecho penal español. Parte general*, oncena edición, revisada y puesta al día por A. Serrano Gómez, Madrid, 1988; Gonzalo Quintero Olivares: *Op. cit.*, p. 646.

La relación de especialidad:¹³ este principio es aplicable cuando una figura de delito contenga los elementos constitutivos de otro tipo penal, pero que incorpore algún elemento que no aparezca reflejado en la norma general, por lo cual va a demostrar un fundamento especial por la vigencia del clásico aforismo *lex specialis derogat legi generale*, la relación entre el género y la especie permite establecer la conexión entre los elementos que debe contener la norma general, los cuales se manifiestan en la especial, pero no a la inversa; la norma especial puede atenuar o agravar la sanción, porque la cuestión no radica en el fundamento de la punición, sino en los elementos que la hacen desplazar a la general; por lo que de no estar presentes en un supuesto hecho elementos de la norma general, tampoco puede aplicarse la norma especial, teniendo en cuenta el Código penal cubano, podemos citar como ejemplos: artículos 328 en relación con el 322 y el 263 en relación con el 261.

Para la aplicación del principio de subsidiariedad, se debe tener en cuenta, como regla, si un hecho delictivo se encuentra en una determinada figura o en varias, se establece una situación de indiferencia; escenario que permite una relación condicionada de los demás tipos penales que pueden concurrir, esa aplicación no puede concretarse porque existe otra norma de preferente utilización.

La diferencia que existe entre el principio de especialidad y el de subsidiariedad, es que si bien el primero reunirá requisitos más específicos que los recogidos en la norma general; en el segundo lo que se aplica es un desplazamiento de una norma por la gravedad de la sanción que trae aparejada la otra; en el caso de la ley Penal cubana se puede valorar cuando en la norma se advierta que se podrá aplicar esa figura de delito, *siempre que el hecho no constituya un delito de mayor entidad*.¹⁴

El principio de subsidiariedad puede clasificarse en expreso, cuando viene establecido en la propia disposición jurídica, o tácita, cuando debe deducirse de la interpretación que realice el órgano

13 La opinión generalizada considera que la relación de especialidad es la que ofrece menos dificultades teóricas. Vid. Enrique Bacigalupo: *Manual de Derecho penal. Parte general*, Editorial Temis S.A., tercera reimpresión, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996, p. 240.

14 Vid. Artículo 223.1.2 de la Ley 62, Código penal cubano, anotado con las disposiciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, 2009.

jurisdiccional. La subsidiariedad puede derivarse del fin y de la conexión de los preceptos. No se valora la relación género y especie, sino que una figura queda latente, en espera de la aplicación, o no, de otra, o desaparece mientras la otra figura rige. En las figuras subsidiarias existe una especie de responsabilidad remanente; de no poderse aplicar la norma principal, se aplica la subsidiaria.

La figura subsidiaria es un tipo penal distinto de la figura principal, su relación proviene, porque parte de los elementos constitutivos de la figura principal o cualquier elemento de cualificación describe a la figura subsidiaria en todo o en parte, lo cual conlleva que por la agravación de la sanción de la figura principal no pueda entrar a valorarse la aplicación de la subsidiaria, porque de hacerse se violaría el principio *nom bis in idem*.

El principio de exclusividad, a pesar de que doctrinalmente¹⁵ se considera que para resolver los casos en que se puedan revelar problemas en cuanto a una interposición o conflictos de tipos penales, puede resolverse solamente con la aplicación de los principios de especialidad que considera la regla general en estos supuestos, o por mediación del principio de consunción; traemos a colación el análisis del principio de exclusividad, en el cual como parte de este se recoge a la consunción.

Parte de la exclusión que se presenta en el plano de los tipos penales que concurren por la relación que se puede establecer entre figuras, suele manifestarse por alternatividad o por consunción. En el caso de la alternatividad se muestra porque existe una especie de incompatibilidad por intolerancia con relación a dos tipos penales que concurren sobre un mismo hecho, el cual puede reflejarse solamente teniendo en cuenta los elementos que lo constituyen en una norma u otra; la exclusión por alternatividad se puede dar cuando se presencie una situación de equivalencia, por tratarse de un hecho que puede enmarcarse en más de una figura de delito, lo que resulta indiferente a los fines de la punibilidad, lo cual no presenta trascendencia a la aplicación de un tipo u otro, su valoración simultánea se vuelve indiferente por no tener influencia en la pena.

La consunción se refleja por exceso de atracción, porque atrae con tal fuerza al otro tipo penal, que lo desplaza e inutiliza; se mani-

15 Cfr. Gonzalo Quintero Olivares: *Op. cit.*, p. 646; Plascencia Villanueva: *Op. cit.*, p. 236.

fiesta cuando lo ilícito de un delito se refleja en otro, lo que se logra con la valoración de la gravedad de la sanción, existe, por tanto, una continuidad del desvalor del hecho cometido, que permite no cargar al autor de la infracción por circunstancias que le son ajenas, como la concurrencia de los elementos que componen el delito los cuales se manifiestan con distinta pena en más de un tipo penal, porque uno de ellos comprende una valoración superior; que tanto la figura de delito, como la punición que tiene incorporada, realizarán la función de la otra figura; este principio consuntivo desplaza, entonces, la aplicación del ilícito que contiene una sanción menos severa, porque las formas más graves absorben y, por ende, excluyen a las de menor gravedad, la *lex consumens derogat legi consumptae*.¹⁶ Al realizarse una acción típica, se valora en todo el proceso con la absorción de la norma el contenido del injusto y de la culpabilidad.

Existen determinadas etapas o fases que deben ser valoradas dentro de la consunción, como aquellos actos anteriores, concomitantes y posteriores,¹⁷ todos con relación al hecho acontecido.

Por hechos anteriores debe considerarse toda etapa o fase anterior, que por la magnitud de menor graduación de los actos realizados se valoran como actos previos que van a integrar el hecho delictivo. Es preciso acotar que en la progresión delictiva,¹⁸ el agente no

16 Los casos de consunción revisten la mayor importancia y están constituidos por aquellas situaciones en las cuales la Ley, expresa o tácitamente, da por sentado que cuando se aplique determinado tipo de delito, por él han de entenderse consumidas otras fases de la acción realmente sucedidas y punibles, conforme con otro o con el mismo tipo. *Vid.* Sebastián Soler: *Op. cit.*, pp. 213-214.

17 La bibliografía consultada parte de valorar, en el principio de consunción teniendo en cuenta la progresión delictiva, aquellos actos anteriores y posteriores en relación con el hecho, aunque este último no se analiza de igual manera en la doctrina penal, pues alguna parte de ella considera estos hechos posteriores copenados por necesidad de análisis independiente al principio de consunción. La obra del profesor Quirós Pérez incluye en el análisis de este principio tanto los actos anteriores, como los actos concomitantes y los posteriores a la infracción. *Cfr.* Renén Quirós Pérez: *Op. cit.*, p. 279; Sebastián Soler: *Op. cit.*, pp. 214-217; Enrique Bacigalupo: *Op. cit.*, pp. 241-243; Miguel Ángel Arce Aggeo: *Concurso de delitos en materia penal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1996, pp. 175-176.

18 La progresión delictiva puede originarse también en las etapas de desarrollo del acto delictivo y en las formas de participación en el delito. *Vid.* Renén Quirós Pérez: *Op. cit.*, p. 278.

puede desviarse de la línea delictiva, porque de realizar otros actos diferentes, los cuales no admiten interrelación o dependencia con el hecho delictivo principal por estar fuera de la línea del delito, se estaría en presencia de un concurso real por la realización de varias acciones que propenden a la configuración de varios resultados.

Los actos concomitantes que también son denominados hechos acompañantes típicos,¹⁹ son los que permiten que se realicen diferentes actos con diferentes grados o niveles sucesivos, que se encuentran vinculados a tal magnitud que la etapa superior desplaza o absorbe a la inferior;²⁰ estas etapas anteriores no pueden ser consideradas delitos autónomos, sino momentos de un solo delito valorados en su conjunto.

Por actos posteriores pueden comprenderse todas aquellas acciones posteriores a la ejecución del hecho delictivo que no son consideradas autónomas por no afectar un nuevo bien jurídico, son actos que permiten asegurar o afianzar la finalidad perseguida. Su producción presupone, necesariamente, su dependencia a la imputación del hecho principal.²¹ La consumación material del delito permite afirmar la unidad alcanzada por ser el centro de gravedad del ataque criminal, al no ocasionar un nuevo daño o perjuicio a la víctima o perjudicado con el hecho delictivo o afectar de manera general otro bien jurídico.

La diferencia entre el concurso de delitos y el concurso aparente de normas penales, radica en que para determinar si se presencia algún supuesto de unidad y pluralidad de acciones y delitos es

19 Vid. Miguel Ángel Arce Aggeo: *Op. cit.*, p. 176; Jescheck Hans Heinrich: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, t. II, Bosch Editorial, Barcelona, 1981, p. 1039.

20 Para Zaffaroni la consunción no opera porque un tipo penal abarque a otro, si no lo que sucede es que la tipicidad del tipo principal desplaza a la del concurrente, se considera insignificante frente a la magnitud del principal..., la consunción tiene los mismos efectos que la del hecho típico acompañante común, aunque su mecanismo de producción sea diferente. Vid. Eugenio Raúl Zaffaroni: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, t. IV, Ediar, Buenos Aires, 1988, p. 563.

21 El acto posterior será impune solamente cuando con toda estrictez pueda ser considerado como tal, es decir, sea un verdadero acto posterior y no una acción autónoma ejecutada en otra dirección, lo cual no se caracteriza solamente por el hecho de que recaiga sobre otra persona sino por la naturaleza del nuevo hecho cometido en relación con el poder de absorción de la figura anterior Vid. Sebastián Soler: *Op. cit.*, p. 222.

porque presupone que ya ha sido resuelta la relación de los tipos penales entre sí, ello implica una decantación que posibilita entrar al entramado mundo del concurso de delitos. Otra de las cuestiones que suelen analizarse, es que en el caso de concurrir más de un tipo penal ante un hecho cometido, la figura de delito aplicada desplaza, no solo la pena sino esta y el tipo penal, mientras que en el concurso de delitos existe una acumulación de penas, que precisa que se tenga en cuenta para determinar la sanción correspondiente a partir de las modalidades que se presentan en los supuestos de unidad y pluralidad de acciones y delitos.

La unidad o pluralidad de acciones

En la teoría del concurso, la acción²² es el núcleo esencial del hecho en cuanto a la forma en que debe ser contemplada por el Derecho penal la conducta humana,²³ por lo tanto, la apreciación de la teoría del concurso de delitos se encuentra sujeta a la manera en que se evalúa el número de acciones ejecutadas por el sujeto y la interrelación de estas a partir de la unidad de acción o la pluralidad de lesión jurídica.

Una de las cuestiones que merecen atención por la incidencia que presenta en este punto que se analiza, es la evaluación correcta de la clasificación por el modo en que se formulen las características en la figura de delito; en ocasiones la propia disposición jurídica nos brinda la respuesta ante la infracción de la norma jurídico-penal,

22 No ocurre lo mismo en ciertos países donde, en vez de acción se habla de “hecho” y se contrapone el concurso ideal al real de modo dudoso o controvertible. Esto acontece en la Argentina y en Venezuela. Por tanto, más que resolver el caso de *unidad de acción* o de *pluralidad de acciones*, lo que importa es decidir si en un acontecimiento de la vida real se da unidad delictiva, o no... *Vid.* Luis Jiménez de Asúa: *Principios del Derecho penal. La ley y el delito*, 3ª. ed., Abeledo Perrot, Editorial sudamericana, Buenos Aires, Argentina, 1958, p. 527.

23 Jiménez de Asúa considera que debe distinguirse el hecho, que es todo acontecimiento de la vida, venga de la mano del hombre, o no; del acto, que es la conducta humana con concreta relevancia jurídica y de la acción que es la forma positiva de hacer del acto humano, contrapuesta a la omisión, pudiendo emplearse en sentido estricto con este significado, o *lato sensu*, en cuyo caso se identificaría el acto. *Ídem*, p. 527.

estos supuestos los encontramos cuando el tipo penal recoge, como parte de sus elementos constitutivos, la manera de formularse las características que en ella se recogen, esto posibilita determinar si en el comportamiento delictivo, para su configuración, fue necesario que se encuadrara en una sola acción que determina una lesión jurídica inescindible, o se presenta como un compuesto de acciones que van a comprender un solo delito, que conllevan a que se clasifique la propia figura en mixta alternativa, cuando puede enmarcarse esa conducta en cualquiera de las acciones que se describen en el tipo penal porque tienen el mismo valor, eso implica que solo con la realización de una de ellas es suficiente para que se configure el delito; o cuando en esa multiplicidad de acciones deben ponerse en práctica todas y cada una de ellas, porque de no manifestarse íntegramente, no puede aplicarse la sanción que se recoge en la figura, reconocida como figura de varios actos acumulados; el aspecto concursal se manifiesta por cuestiones político-criminales cuando en determinados tipos penales se recogen diferentes acciones, las cuales se acumulan (mixta acumulativa) y al no tener relaciones unas con otras, conllevan a una pluralidad, tanto de acciones como de infracciones conformándose un concurso real.

La unidad del sujeto al cual se le imputa la acción

Elemento de especial trascendencia a partir del carácter personal que presenta la sanción, como la respuesta o consecuencia jurídica que recae sobre el comisor de la conducta antijurídica, esta se va a reflejar en la imputación a una sola persona a partir de la unidad subjetiva y su correlación con la manifestación de una pluralidad de infracciones, las que dan lugar al concurso de delitos. Anteriormente se puntualizó en la importancia que presentaba para el tema en cuestión la individualización de la pena, cuestión que incide en el requisito de unidad del sujeto, porque puede resultar que ante uno o varios delitos, participe un concurso de personas.

La unidad de procesamiento

Presenta trascendencia en cuanto a la posibilidad de acumulación procesal,²⁴ en el caso de Cuba se refleja en la regulación que se establece entre los artículos 13 y 108 de la Ley de Procedimiento penal.²⁵

Naturaleza jurídica del concurso de delitos

La cuestión de la naturaleza jurídica del concurso de delitos incide en su inclusión en la teoría del delito o de la pena.

A partir de todo precepto que alude al concurso, conceptualmente este tiene su base o apoyo en dos puntos fundamentales:

- Hechos delictivos cometidos, los cuales se reflejan en una unidad o pluralidad de acción, que permiten evaluar los tipos realizados.
- La aplicación de la pena en la que se ha incurrido.

Entre las posiciones que se aprecian en la doctrina para abordar este aspecto, se debe partir de:

- a) Los enfoques que incorporan los supuestos de unidad y pluralidad de acciones y delitos a la teoría del delito.

La teoría del concurso afecta en gran medida cuestiones esenciales que se encuentran incorporadas en la teoría del delito, a pesar de que existen razones predominantes que basan en un interés político-criminal la pena aplicable.

Un cúmulo de penas en el orden del Derecho penal y, en especial,

24 [...] sin ayuda de las normas del Derecho penal sustantivo no puede ser resuelto el problema procesal de la unidad o pluralidad del hecho, en la correlación acusación-sentencia... solo calando en los postulados de la norma sustantiva es que se puede saber si un complejo de hechos constituye una unidad, o no. *Vid.* Juan Mendoza Díaz: *Op. cit.*, p. 12.

25 El Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular aprobó el Dictamen 348, de 28 de octubre de 1993, del siguiente tenor: la Ley procesal cubana es taxativa en la esfera de la conexidad delictiva y para la aplicación del ordinal No. 13 de la precitada Ley; el Dictamen 345 de 2 de junio de 1993, que en una de sus partes sienta el siguiente criterio: Los delitos no comprendidos en las hipótesis señaladas en el indicado artículo, no pueden conocer en un mismo expediente y ser objeto de una sola causa, juicio y sentencia, lo cual ratificamos. *Vid.* José Luis Escasena Guillaron: *Op. cit.*, pp. 68-69.

en la materia concursal, reclama como precedente lógico, la posible existencia de una suma de delitos que recae sobre un mismo sujeto, referencia que dispone una cierta valoración diferencial con relación a la estructura que sustenta la imputación aislada de un solo delito, lo cual conlleva a que el concurso se represente como una forma específica de manifestarse.

La apreciación del concurso debe partir, para su posible deducción y razonamiento, de los diferentes tipos realizados, lo cual hace posible una distinción básica de la teoría de la unidad o pluralidad de acción.

- b) Posiciones que suscriben a la teoría de la pena el análisis concursal. La perspectiva estructural que se sigue doctrinalmente para considerar que la materia concursal pertenece a la teoría de la pena, parte de la convergencia entre la unidad o pluralidad de acciones y los delitos, lo cual, para su repercusión en el ámbito penal, presenta todos los elementos necesarios en cuanto al desvalor de la acción y del resultado que permiten los reproches constitutivos de la infracción y, con ello, determinar las consecuencias jurídicas del delito.

- c) Soluciones mixtas.

La exposición de los análisis dualistas que se adhieren, tanto a la teoría del delito como de la pena, parten de la valoración de una singularidad como de la multiplicidad de acciones ejecutadas por el agente, que conlleva, en ocasiones, a una pluralidad de delitos, así como al análisis pormenorizado de la consecuencia jurídica que debe recaer en este sujeto, elementos que por cuestiones político-criminales tienden a evitar la aplicación del principio *quot delicta tot poenae*. Estas posiciones sostienen que para arribar a la pena se atravesó por la determinación de los presupuestos del delito que de no estar presentes no puede configurarse esa acción como delictiva. Un sector de la doctrina²⁶ une con una especie de lazo al hecho punible y sus efectos penales.

- d) Valoraciones críticas. Toma de postura a partir del análisis concursal en Cuba.

Las consideraciones anteriores expresan, en gran medida, las dificultades que se afrontan en un tema tan complejo como el que

26 Vid. R. Maurach: *Tratado de Derecho penal*, traducción y notas de Derecho español por J. Córdoba Roda, Barcelona, 1962, p. 417; E. Mezger: *Derecho penal. Libro de estudio. Parte general*, Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p. 327.

se valora. No obstante, tanto las cuestiones penológicas como las de la unidad o pluralidad de acción y multiplicidad de resultados, permiten determinar su ámbito de aplicación e individualización. En el caso de Cuba, se puede llegar al criterio de que el aspecto concursal se incluye en la teoría del delito.²⁷ Sin embargo, aseverar absolutamente esta idea a pesar de que su análisis se encuentra incluido en esta posición, puede traer ciertas confusiones cuando se valora el concurso real; este no presenta una conceptualización dentro del Código penal cubano (Ley 62 de 1987), criterio que parte de, al ser la generalidad del fenómeno, no necesita definición, lo cual se deja reservado para las demás especificaciones de los supuestos de unidad y pluralidad de acciones y delitos; la forma de valorar las consecuencias jurídicas del Concurso real se analiza en la teoría de la sanción, cuando se aprecian las circunstancias de adecuación de la pena.²⁸ En el análisis teórico-metodológico que se realiza del tema se recoge en la doctrina cubana el tema concursal en la teoría del delito. Pero por cuestiones político-criminales se valora, también, la pena aplicable.

El fundamento de la pena en el tema concursal

Los códigos penales, con una indudable coherencia formal, han instituido reglas para los casos en que se violen diversos bienes jurídicos con fundamento en la legalidad a partir del principio *nullum crime sine poenae*. Estas reglas, en los casos de varias violaciones penales o que existen varias acciones y varios resultados, han venido a limitar los máximos de duración de las penas privativas de libertad por sus consecuencias, las cuales se reflejan en la destrucción del sujeto como ser social y los daños irreversibles que produ-

27 Esta materia se incorpora en la teoría del delito. *Vid.* Renén Quirós Pérez: *Manual de Derecho penal*, t. II, Editorial Félix Varela, La Habana, 1999, p. 198.

28 La sanción conjunta es el criterio que adopta Cuba para resolver, específicamente, el concurso real como parte de los problemas concursales, cuando existen varias acciones y varios resultados, cuestión que es analizable en la teoría de la sanción. *Vid.* Renén Quirós Pérez: *Op. cit.*, t. IV, capítulo XXVII, en soporte digital, p. 2.

cen en su personalidad los largos períodos de reclusión a quien lo sufre. Ello ha provocado que se haya comenzado a tener en cuenta en los códigos penales un tope a la duración máxima de las sanciones temporales privativas de libertad, incluso, en las sanciones privativas de libertad perpetuas.

En el Código penal cubano en el Artículo 30, apartados 1.3 y 4, establece un tope de treinta años en cuanto a la aplicación de la pena privativa de libertad y, excepcionalmente, a la privación de libertad perpetua, exceptuando el caso de apreciarse un concurso real al confeccionarse la sanción conjunta, que se parte de la valoración del propio Artículo 30, apartado 4, inciso c, de la disposición jurídica, que autoriza al tribunal a excederse en la concreción de la pena del máximo establecido.

Concurso de delitos. Sus clases

Se han instaurado reglas y requisitos normativos, así como concepciones teóricas capaces de procurar la solución de las situaciones existentes o susceptibles de ocurrir en la práctica, a partir de la distinción de diferentes casos que pueden presentarse en el terreno de la unidad y pluralidad de delitos, entre los que se pueden incorporar: concurso real de delitos, el delito complejo, el delito continuado y el concurso ideal.

El concurso real de delitos. Concepto

Ha tomado diferentes denominaciones, en las que se destacan, *concurso material, sustancial, efectivo o concurrencia de una pluralidad de hechos*.²⁹

Para Jiménez de Asúa, el concurso real es la *pluralidad de actos independientes que da, por ende, una pluralidad de delitos*.³⁰

Cerezo Mir, considera que estamos en presencia del concurso real de delitos cuando *el sujeto ha realizado varias acciones y cada una de ellas es constitutiva de un delito*.³¹

29 *Vid.* Plascencia Villanueva: *Op. cit.*, p. 232.

30 *Vid.* Luis Jiménez de Asúa: *Op. cit.*, p. 534.

31 *Vid.* José Cerezo Mir: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Editorial Impresos y Revistas, S.A., Madrid, 1998, p. 191.

Muñoz Conde, en su valoración conceptual del concurso real, discurre por la posibilidad de *concurrency de varias acciones o hechos cada una distintiva de un delito autónomo*.³²

El concepto más acabado y con el cual me identifico es el que brinda Mir Puig, por incluir en la definición de manera precisa, todos los requisitos que deben estar presentes para determinar la presencia del concurso real. Este autor parte de la existencia de una pluralidad de hechos, realizados por un mismo agente y que constituyen una pluralidad de delitos.

Requisitos o elementos que deben estar presentes a la hora de valorar el concurso real:

1. Pluralidad de acciones. Esta característica parte de los diversos comportamientos humanos penalmente relevantes para el Derecho penal, es decir, que resulten típicos, por lo que no basta un simple actuar, sino un actuar acorde con lo previsto en un tipo penal, por tanto, deben considerarse acciones o actos que de manera distintiva den como resultado un delito autónomo.
2. Que las acciones realizadas se deriven de un mismo sujeto. La responsabilidad en el Derecho penal es individual, y hace precisar que para que se pueda imputar la concurrencia de una pluralidad de acciones y delitos, ese comportamiento debe recaer en un mismo agente.
3. Que resulten comisivas de varios delitos. Los comportamientos realizados por el mismo sujeto deben concretar lo establecido en diferentes tipos penales, permiten que a cada acción se le atribuya un resultado, y que se pueda demostrar que no existe entre ellas ninguna conexión, o sea, que se consideren delitos perfectamente autónomos.

La determinación de la pena en el concurso real

El problema principal que ofrece el concurso real es la determinación de la pena aplicable. En la doctrina se analizan varios principios que la fundamentan en dependencia de la acogida que tenga en la doctrina penal y en los códigos penales de cada país en particular.

1. Sistema de acumulación material o aritmética. Consiste en la

32 Vid. Francisco Muñoz Conde: *Introducción al Derecho penal*, Euros Editores SRL, Buenos Aires, Argentina, 2001, p. 411.

aplicación estricta del principio *quot delicta tot poenae*, a cada delito corresponde una pena, como consecuencia estricta de su empleo, implica que deben ser aplicadas cada una de las sanciones que en su momento se dictaron por la comisión de cada uno de los delitos perpetrados, unas a continuación de las otras, de manera escalonada, por tanto, todas deben ser fijadas y ejecutadas. Este procedimiento ha sido criticado porque no es posible, en ocasiones, física, ni psicológicamente, cumplir cada una de ellas; por ejemplo, la pena perpetua de privación de libertad que excede en su cúmulo la vida del hombre.

La acumulación de todas las penas privativas de libertad es igual a sumar todas las penas por cada delito autónomo. La simple suma mecánica de estas penas impuestas al sujeto, puede llegar a cantidades tan desproporcionadas con la esperanza de vida de un hombre, que entrañan una especie de hipócrita imposición de penas perpetuas.

2. Sistema de acumulación jurídica. Nace del sistema de acumulación material, y también es denominado de combinación; procede sumando las penas, pero fijando límites que no pueden exceder, en dependencia de las regulaciones establecidas en los códigos penales, la responsabilidad es una sola y, en consecuencia, la pena de los casos de concurso debe ser una.
3. Sistema de absorción, *poena major absorvet minorem*. Parte de tomar la pena correspondiente al delito más grave y considerar a los demás como circunstancias agravantes. Con la aplicación de este procedimiento se puede caer en crasos errores, al presentar determinadas incongruencias en la práctica jurídico-penal, su insuficiencia puede ser tal que se lograría dejar en la impunidad un conjunto de hechos delictivos que provocarían falta de certeza y de seguridad jurídica.
4. El sistema cubano. Un primer análisis puede partir de no adoptar uno solo de los criterios analizados *ut supra*, y de considerar que para sancionar el concurso real, se combinen los sistemas de acumulación material o aritmética y el de acumulación jurídica, sin embargo, hay sobradas razones que brindan, a partir de la regulación en la disposición jurídico-penal –Ley 62 del año 1987–, que el sistema que utiliza Cuba es el de la sanción conjunta, normada en el Artículo 56, a diferencia de lo estipulado en el derogado Código de Defensa Social, que disponía del sistema de

acumulación.³³ Para arribar a la sanción conjunta se determina por cada delito autónomo posterior a su adecuación,³⁴ una sanción independiente, pero sin llevar a cabo la sumatoria de todas las sanciones impuestas, sino se establece un nuevo marco sancionador fijando como límite mínimo la mayor de las sanciones y como límite máximo la sumatoria de estas, y en este nuevo marco se señala una única sanción que no puede ser menor que el límite mínimo establecido ni superior al máximo.

Sin embargo, la utilización en Cuba del criterio de la sanción conjunta, a decir del profesor Quirós Pérez, permite *conservar la medida de la sanción en correspondencia con la sensibilidad penal del sancionado, y su reeducación probable simplifica la actividad administrativa de los establecimientos penitenciarios por cuanto asegura que los sancionados solo se encuentren extinguiendo una pena única y no múltiples, con independencia de que hubieren sido juzgados por varios delitos o que al ser sancionados se encontraren extinguiendo sanción anterior, que deben cumplir sucesivamente y en orden fijado por la ley; y favorece el cómputo de los plazos mínimos de cumplimiento requeridos para conceder el beneficio de la libertad condicional.*³⁵

A partir de la regulación del Artículo 56 del Código penal cubano puede reflejarse el concurso real, ya sea por la multiplicidad de acciones y consecuentemente de resultados distintos unos de otros, que aún no haya recaído sentencia firme condenatoria sobre ellos, de lo cual podemos apreciar el concurso real propio;³⁶ o por haber sido ejecutoriamente sancionado el sujeto comisor, con anterioridad a los nuevos hechos que se juzgan, y no ha comenzado a extinguir la sanción, o estando cumpliendo la pena impuesta entendido como concurso real impropio.³⁷

33 Vid. Danilo Rivero García y María Caridad Bertot Yero: *Código penal de la República de Cuba*, anotado con las disposiciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, Ediciones de la ONBC, La Habana, 2009, p. 87.

34 Vid. Dictamen No. 250, Acuerdo No. 119 de 9 de septiembre de 1986 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

35 Vid. Renén Quirós Pérez: *Op. cit.*, t. IV, Capítulo XXVII, en soporte digital, p. 3.

36 Vid. Dictamen No. 202, aprobado por el Acuerdo No. 151 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, de 11 de octubre de 1984.

37 Vid. Dictamen No. 270, aprobado por el Acuerdo No. 66 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, de 25 de julio de 1987; Dictamen No. 202,

Delito complejo. Elementos que lo configuran

Para abordar la compleja institución del delito complejo³⁸ debemos partir de los requisitos que lo componen:

- El dolo, como parte de su aspecto subjetivo.
- La configuración de dos delitos, uno de los cuales es medio necesario e imprescindible para la comisión del otro.
- Unidad del sujeto actuante.

Con precisión y detalle se deben abordar los aspectos “necesarios” e “imprescindibles” en los requisitos del delito complejo, pues es imposible llegar a la finalidad perseguida por el agente actuante sin atravesar, inicialmente, por la perpetración de un determinado hecho delictivo, que permita arribar a los propósitos queridos y perseguidos por el sujeto. Por tanto, cualquier delito no presenta ese nexo ineludible, que restringe marcadamente y establece una determinada interrelación entre ambos delitos, que impide su valoración separada y, por tanto, hace depender la existencia de un delito complejo.³⁹

Cuando se analizó la estructura del concurso de delitos, se citaron criterios como los planteados por Quintero Olivares, de considerar al delito complejo como parte del concurso real, y si bien aclaramos que me identifico con la postura adoptada por el profesor Quirós Pérez, al incorporar el delito complejo en la estructura concursal por las especificaciones que presenta, no es menos cierto, que cuando no se logran demostrar los elementos de lo necesario e imprescindible para enlazar e interrelacionar los delitos cometidos, nos enfrentamos a un concurso real por la existencia de una pluralidad de delitos con una multiplicidad de resultados, todos queridos por el sujeto.

Otro aspecto que merece atención, es la subclasificación que se ha establecido, al menos en parte de la literatura cubana, sobre el delito complejo; el cual ha sido valorado desde dos puntos de vistas:

aprobado por el Acuerdo No. 151 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, de 11 de octubre de 1984.

38 El delito complejo de configuración judicial se encuentra regulado en el Artículo 10, apartado a), del Código penal cubano.

39 *Vid.* José Luis Escasena Guillarón: *Op. cit.*, p. 19.

el delito complejo de configuración judicial, con el cual estoy plenamente de acuerdo, o sea cuando es el juez, en su función de impartir justicia, el que tiene que buscar esa conexidad entre dos delitos, de los cuales, uno es marcadamente medio necesario e imprescindible para la concreción del segundo; sin embargo, no me identifico con la clasificación del delito complejo de configuración legal, aquí se presencia, según mi posición, un delito compuesto, o sea, es el legislador el que, en la propia disposición jurídica, establece la gravedad de la sanción, al unir bajo un mismo tipo penal, delitos perfectamente autónomos,⁴⁰ por la agrupación de varios delitos independientes no se establece la existencia de la necesidad ni de lo imprescindible, como elementos fundamentales de este supuesto concursal. Estos elementos solo pueden verificarse teniendo en cuenta el hecho perpetrado; un agente no tiene que privarle de la vida a su adversario por el hecho de encontrarse ejecutando un delito de robo con fuerza en las cosas, solo si no existe otra opción que requiera su actuación para lograr concretar la finalidad perseguida; tiene que encontrarse en una situación de obligatoriedad; solo cumplimentando el delito medio, es posible arribar al delito fin.

La sanción que se dispone en la legislación cubana para el delito complejo de configuración judicial es la del delito más grave de los perpetrados por el sujeto actuante, regulado en el apartado 2 del Artículo 10 del Código penal vigente.

Delito de carácter continuado. Requisitos y examen conceptual

El problema fundamental para elaborar una definición del delito de carácter continuado radica en la unificación de un número de hechos punibles que satisfacen los presupuestos que parten de considerar los diversos hechos delictivos como individuales. Al representar cada una de las acciones que lo constituyen por sí, un delito ejecutado, ya sea consumado o en grado de tentativa, y ser considerado como un solo delito, lo cual queda reflejado en la regulación que presenta actualmente esta institución en el Artículo 11.1 del Código penal cubano, presenta su sustento en la teoría de la ficción jurídica, que reconoce la existencia en el delito continuado de la ocurrencia de varias acciones y varios resultados, esto daría

40 *Vid.* Enrique Bacigalupo: *Op. cit.*, p. 245.

lugar a un concurso real; pero por razón de una ficción jurídica, se van a considerar en un solo delito las diversas acciones realizadas por el sujeto; su construcción impide el empleo de las consecuencias previstas para el concurso real, por tanto, esta ficción jurídica solo presenta trascendencia en la aplicación de la pena.

Para caracterizar el delito continuado se debe partir de los elementos que se expelen de su conceptualización, los cuales se examinan a partir de:

- Pluralidad de acciones cometidas por un mismo agente que presentan una relevancia para el Derecho penal.

Ya ha sido valorada la trascendencia que representa la concurrencia de un número de acciones delictivas, las cuales deben configurar perfectamente cada una como un delito autónomo; el efecto que presenta es que al sujeto comisor se le aplicará una sanción más severa que la aplicada para un delito único, *pero menos severa que la suma de las penas correspondientes a todas las infracciones*.⁴¹ Para que se pueda determinar la continuidad entre estas diferentes acciones delictivas ejecutadas por el agente, debe demostrarse, además, la unión inexorable que debe existir entre todas ellas a partir de la relación entre los aspectos objetivo y subjetivo.

Nada impide que se pueda conformar un delito de carácter continuado cuando se produzca una pluralidad de omisiones; la omisión es una forma de proyección de la conducta humana, siempre que reúna todos los elementos que caracterizan esta forma concursal es posible que se pueda apreciar; se insiste en la presencia de todos los requisitos porque como bien refiere Quirós Pérez, puede resultar que para la configuración de un determinado delito de omisión, se requiera de aspectos sin los cuales no pueda abstenerse el sujeto de actuar, y se reflejan como una condición de este.⁴² En estos casos, la voluntad del agente se supedita a esa situación fáctica, la cual no es creada por él, y no puede producir el resultado cuando lo desee, sino cuando se den las circunstancias propicias; faltarían, por ende, en estos supuestos, el factor subjetivo y el dolo continuado; de faltar uno de los elementos se rompería con la continuidad delictiva.

41 *Vid.* Renén Quirós Pérez: *Op. cit.*, t. II, p. 141.

42 *Vid.* Artículo 277.1 del Código penal cubano, pues no es posible que el sujeto se abstenga de actuar si no existe una persona bajo las circunstancias que se describen en la figura penal.

- Similitud en la ejecución.

El modo de ejecución para que presente trascendencia en la continuidad delictiva no requiere que deba ser igual en cada una de las acciones ejecutadas, pero sí deben ser similares los diferentes elementos de cualificación en el tipo penal, ya sea para agravar o atenuar el marco sancionador. Un primer análisis conllevaría a referir que las diferentes oscilaciones entre la propia figura de delito no trascienden a la posibilidad de apreciar el delito de carácter continuado; sin embargo, esto no es absoluto, pueden existir tipos penales que en alguno de sus apartados regulen elementos que varíen en gran medida los constitutivos recogidos en la figura básica del delito o se aparten de ellos y se puedan considerar como una figura derivada independiente, por manifestar marcadamente elementos que no permiten establecer la continuidad.⁴³

- Que ataquen el mismo bien jurídico.

La valoración de este requisito, sin restarle importancia a los demás que inciden en la apreciación de la continuidad delictiva, debe analizarse de manera cuidadosa, teniendo en cuenta la clasificación del bien jurídico en general, particular o singular. El análisis se realiza a partir de las consideraciones emitidas. Cuando se valore *ut supra* el elemento de la similitud en la ejecución, no se puede apreciar continuidad delictiva en aquellos delitos que a pesar que protegen el mismo bien jurídico particular, por encontrarse bajo el mismo título, puede variar la forma o el modo de ejecutar el hecho,⁴⁴ bajo este argumento solo puede apreciarse un delito de carácter continuado cuando las diferentes acciones se encuentren reflejadas en un mismo tipo penal, siempre que concurren los demás requisitos.

- Proximidad en el tiempo.

La construcción del delito continuado necesita, además, de la existencia de este requisito; para que se configure, es preciso que cada acción ejecutada se haya constatado en tiempos diferentes. Sobre este particular no hay pronunciamiento por parte del Consejo de

43 *Vid.* Artículo 334.1 en relación con el apartado 4 del Código penal cubano.

44 *Vid.* Dictamen No. 273, aprobado por el Acuerdo No. 69 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de 21 de julio de 1987, sobre la continuidad entre los delitos de Hurto, Robo con fuerza en las cosas y Robo con Violencia o Intimidación en las personas.

Gobierno del Tribunal Supremo Popular, cuestión indispensable a tenor de la falta de especificación de la norma penal, que le deja este particular a la interpretación del órgano jurisdiccional en dependencia del tiempo transcurrido entre una acción y otra realizada, para establecer la conexión entre el aspecto objetivo y subjetivo, y poder precisar la posibilidad de aplicar al caso concreto el delito continuado.

De esta manera no se logra una coherencia en la impartición de justicia, pues cada tribunal establece una interpretación diferente, por lo que consideramos oportuno el análisis que al respecto ofreció Quirós Pérez, con el cual concuerdo, porque cierra un tanto el diapasón en cuanto a la interpretación del requisito que más problemas puede ocasionar para entrelazar las diferentes acciones y considerar que se está ante un solo delito de carácter continuado. El autor parte de establecer como límite mínimo, aquel en el que el aspecto físico u objetivo pueda resultar discontinuo, y el límite máximo, la manifestación de la forma de culpabilidad, que debe estar en estrecha interacción con todas las acciones ejecutadas anteriormente, para establecer el nexo subjetivo y que no se rompa la continuidad delictiva.

- Que se represente marcadamente el dolo como forma de la culpabilidad.

La presencia del dolo en el conjunto de acciones manifestadas por el agente, conforman el último de los requisitos para lograr establecer la continuidad intencional de los hechos acontecidos. Este elemento no se retoma entre los componentes que integran la configuración del delito de carácter continuado en el Código penal cubano actual como lo refería el derogado Código de Defensa Social; sin embargo, inclinarse por una tesis puramente objetiva, teniendo en cuenta la descripción del Artículo 11.1 de la Ley Penal sería inconveniente la adopción de elementos subjetivos que se derivan de los caracteres objetivos que se detallan en la norma, por lo que nada impide que se pueda apreciar tal requisito, porque ningún fenómeno delictivo se encuentra desprovisto de elementos objetivos y subjetivos.

La unidad de dolo se debe evaluar a partir de las diferentes posiciones que se recogen en la doctrina,⁴⁵ hay autores que parten de considerar en este supuesto concursal, que el elemento subjetivo

45 Cfr. Francisco Muñoz Conde: *Op. cit.*, pp. 412-413; Sebastián Soler: *Op. cit.*, p. 359; Renén Quirós Pérez: *Op. cit.*, t. II, p. 259; José Luis Escasena Guillarón: *Op. cit.*, p. 78.

está compuesto por un dolo global, y otros parten de la posición de justificar la intención en la continuidad delictiva a partir de un dolo continuado. Considero la existencia de un dolo continuado a partir de los criterios emitidos *ut supra*, si para conformar un delito de carácter continuado deben considerarse un número de acciones independientes que den la posibilidad de establecer delitos independientes pero que por la ficción jurídica se ha considerado un solo delito, el aspecto subjetivo se integra por ese actuar síquicamente homogéneo del sujeto comisor, que permite establecer una línea con una misma continuidad subjetiva ante diferentes decisiones adoptadas por este que hacen renovar la anterior. No se puede exigir la unidad de sujeto pasivo, como otro de los requisitos del delito continuado; esto nos remite a diferenciar entre delitos que se ejerzan contra bienes jurídicos eminentemente personales y los considerados impersonales.

Se deben entender por delitos personalísimos aquellos en que las consecuencias adversas derivadas de la comisión del hecho delictivo recaigan sobre la víctima o perjudicado y que a su vez, son los titulares del bien jurídico que se protege por el Derecho penal; ejemplo, en los delitos contra el Normal Desarrollo de las Relaciones Sexuales, en estos supuestos, para que se constituya un delito de carácter continuado es preciso que las diferentes acciones recaigan sobre la misma persona,⁴⁶ su justificación legal se encuentra prevista en el apartado 2 del Artículo 11 del Código penal cubano; si son varias las víctimas, se considera un concurso real, y existirán tantos delitos, en dependencia del número de víctimas. Los delitos impersonales son aquellos en que la comisión del hecho delictivo afecta bienes que no recaen en la categoría de personales, los cuales, para la producción de un delito continuado, no necesitan que incurran los hechos sobre la misma persona perjudicada; ejemplo, en los delitos contra la propiedad.

Es pertinente desglosar las diferencias que se presentan entre los términos delito continuo o permanente y delito continuado, porque no admiten similitudes; la diferencia radica en el número de acciones realizadas. El delito continuo o permanente es el que se

46 *Vid.* Dictamen No. 318 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, aprobado por el Acuerdo No. 9 de 19 de febrero de 1991.

presenta en el plano de la ejecución del delito, es una clasificación que se le atribuye al momento consumativo; cuando con la proyección de una sola acción por parte del agente se logra prolongar en el tiempo indefinidamente la antijuricidad y, por ende, la consumación, implica que sea imposible la acumulación de sanciones, porque ante este proceder solo es admisible la sanción que corresponde al tipo penal realizado. La integración del delito continuado resulta de la unión de varias acciones, las cuales se conectan por medio de la intención o motivación del agente, que presenta, además, una misma identidad de lesión, de ello se colige que no pueden homologarse los términos antes expuestos, porque presentan una diversidad de significados.

Concurso ideal. Análisis conceptual y elementos que lo integran

La definición de concurso ideal atraviesa por la obligatoria evaluación de lo que se ha considerado tradicionalmente como unidad de acción;⁴⁷ es cuando resulten de una misma acción, varios resultados antijurídicos, aplicables a diferentes tipos penales; al atribuírsele a un comportamiento una multiplicidad de infracciones, es necesario, entonces, establecer el vínculo o la conexión indisoluble entre el factor objetivo y el subjetivo.

Puede definirse al concurso ideal⁴⁸ cuando de una misma acción se infringen diversas figuras delictivas, o varias veces el mismo tipo penal; debe existir una combinación entre varias disposiciones jurídico-penales para contemplar el desvalor total de un hecho

47 La unidad de acción viene determinada por dos factores: el factor finalista que constituye una única acción de todos los actos humanos dirigidos a la consecución de un fin. Pero este criterio no es suficiente, es preciso introducir un elemento corrector, que es el segundo factor... el normativo, representado por la valoración jurídico-penal comprendida en los tipos: a veces los tipos hacen cortes en una serie de actos dirigidos a la consecución de un mismo fin y cada corte constituye ya una unidad de sentido. Este criterio superó otros formulados con anterioridad, como el de la "unidad natural" de Mezger y Antón Oneca. Vid. José Cerezo Mir: *Op. cit.*, p. 181.

48 Desde el punto de vista *procesal* la sentencia que aplica las reglas del concurso ideal tiene efecto de *cosa juzgada* para todas las violaciones de la ley penal que concurran idealmente. Vid. Enrique Bacigalupo: *Op. cit.*, p. 250.

que debe considerarse unitario. En el concurso ideal se han logrado identificar el concurso ideal homogéneo y el heterogéneo; se puede aceptar la aplicación del concurso ideal heterogéneo cuando la acción, al producir resultados diferentes y típicamente relevantes, lesiona diferentes tipos penales compatibles entre sí; sin embargo, el concurso ideal homogéneo es cuando de la acción ejercida por el sujeto, se viola varias veces la misma figura de delito, igualmente compatibles entre sí.

Los requisitos que resultan de su conceptualización parten de:

- Unidad de acción.

El aspecto objetivo discurre entre el tiempo transcurrido en el ejercicio de una acción⁴⁹ que provoca varios resultados, y su relación con el lugar donde se producen las consecuencias adversas. Es decir, debe existir una unidad entre el contexto local y el temporal.

Para determinar cuándo, ante una multiplicidad de actos, estos logran concretarse en una unidad de acción, se debe partir de una posición valorativa, se puede apreciar que de cada acto se puede materializar un tipo penal, por tanto, existirán tantas acciones como normas penales infringidas, aun cuando externamente se considere que concurra solo una, al partir de una valoración jurídica que considera el concurso ideal como un solo delito.

Esta cuestión se aprecia en la redacción del Artículo 10, apartado b, del Código penal, cuando establece que *se considera un solo delito: las diferentes violaciones penales que surjan de un mismo acto*.

- Pluralidad de infracciones penales.

La configuración del concurso ideal precisa la necesaria concurrencia de varios resultados que implican, objetivamente, la subsistencia de más de una norma violada, ya sea varias veces la misma figura delictiva o la infracción de diferentes tipos penales, todos relacionados a partir de los aspectos objetivos y subjetivos reflejados en las distintas violaciones penales, formando entre sí una unidad o

49 Se refiere solamente a la acción y no se incluye la omisión porque sobre este particular no existe unanimidad en la doctrina penal, unos autores consideran que es posible que se pueda desarrollar un concurso ideal con base en una omisión con una pluralidad de infracciones penales. Sobre este punto se deben confrontar los siguientes textos y las posiciones de sus autores. Cfr. Renén Quirós Pérez: *Op. cit.*, t. II, pp. 211-214; Enrique Bacigalupo: *Op. cit.*, p. 250.

un todo que no puede separarse. Los delitos cometidos por concurso ideal pueden realizarse por dolo o por imprudencia; lo que no se permite es dividir varios hechos derivados de una misma acción a partir de la forma de culpabilidad, de suceder ello, estaríamos en presencia de un concurso real de delitos.

Las consecuencias jurídicas de este tipo de supuesto de unidad y pluralidad de acciones y delitos se determina por la aplicación del principio del delito más grave; no puede haber más de una sanción; aunque la acción recaiga sobre más de un tipo penal y, por tanto, cada figura delictiva presente una punición diferente; para la aplicación de la sanción más grave, se evalúan los marcos sancionadores de todos los delitos que concurren en la pluralidad de infracciones, así como todas las circunstancias que deben ser apreciadas para la determinación de la pena. No se separa la contingencia de la causa, se valoran de manera íntegra todos los resultados, y se decide la sanción a imponer después de haber precisado cuál de esos tipos penales presenta, en su marco sancionador, mayor gravedad.

Conclusiones

Después de haber realizado una evaluación de la materia a partir de las diferentes teorías que se han esgrimido en la doctrina penal sobre los diferentes supuestos de unidad y pluralidad de acciones y delitos, podemos emitir las siguientes consideraciones:

De los requisitos que argumentan el concurso de delitos, el que más confusiones prácticas puede acarrear es el de la pluralidad de infracciones, porque en las normas penales existen estructuras legales que permiten la ofensa a más de un bien jurídico, no trascendiendo a la acumulación de penas.

En los supuestos de unidad y pluralidad de acciones y delitos, su naturaleza jurídica transita por diferentes consideraciones: las que se adhieren a la posición de que esta pertenece a la teoría del delito; los criterios que adoptan una postura que parte de incorporarla a la teoría de la pena y las soluciones mixtas.

En el terreno de la unidad y la pluralidad de acciones y delitos, se encuentran cuatro modalidades: el concurso real, el concurso ideal, el delito complejo y el delito continuado.

Se han instituido principios que fundamentan la determinación de la pena en el concurso real; en el caso de Cuba se ha adoptado una posición *sui géneris*, por la utilización de la sanción conjunta, a diferencia del derogado Código de Defensa Social que disponía el sistema de acumulación.

Para evaluar la posible configuración de un delito complejo se parte de su estructura: dos delitos, uno como medio necesario e imprescindible para la comisión del otro, con una marcada forma de culpabilidad dolosa.

La caracterización adecuada de la continuidad delictiva se logra mediante la evaluación correcta de todos los requisitos que deben concurrir, pues su interdependencia es tal, que la falta de alguno de ellos impide poder apreciar este supuesto concursal.

El Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, en cuanto a las confusiones que puede traer la interpretación de alguno de los requisitos del delito continuado, emitió algunos dictámenes que logran una coherencia en la impartición de justicia en Cuba.

En el concurso ideal se debe establecer el vínculo entre los aspectos objetivo y subjetivo, reflejados en las distintas violaciones penales, formando entre sí una unidad o un todo que no puede separarse.

Apuntes sobre la intención y la imprudencia. Su aplicación en el Código penal cubano

EMMA CALDERÓN ARIAS

Introducción

EL delito es la acción u omisión del hombre contraria a las normas jurídicas, atribuibles a su autor y descritas en la ley bajo la conminación de una sanción penal. La culpabilidad, como uno de los elementos de este, resulta de gran importancia para el Derecho penal y, a la vez, es una de las figuras más discutidas y controvertidas en la teoría del delito, así como la intención y la imprudencia, que han llegado a convertirse en parte del tipo penal como descripción en la norma de la conducta antijurídica.

El delito, compuesto por elementos desde el punto de vista teórico, surge en el siglo XIX con las nociones de la Escuela Positiva, y uno de ellos es la culpabilidad, entendida como la relación psicológica entre el autor y el hecho por él realizado, con la imputabilidad (hoy capacidad de culpabilidad) como presupuesto, de acuerdo con las circunstancias personales del agente, y que podía realizar esa conducta de forma intencional o por imprudencia. Posición que fue criticada, pues dividía al delito en elementos, lo cual podía atentar contra el análisis de este como una unidad de acción u omisión.

Han existido varias concepciones sobre la culpabilidad que se ubican desde la psicología, por el nexo psicológico entre el autor y el acto por él realizado, hasta el juicio de reproche que se le realiza a una persona por haber actuado no conforme a las normas establecidas, y los finalistas, que situaron las formas de realización dolosa y culposa en el tipo penal, dejando en la culpabilidad solo a sus requisitos. De ahí, la importancia de referirnos a la culpabilidad como elemento del delito en particular, pues en ella estaban sustentados los elementos del dolo y la culpa en la teoría tradicional y, partiendo de dichas posturas teóricas, es que llegamos a la etapa del finalismo actual, donde el dolo y la culpa se encuentran en los tipos penales, aun cuando muchas legislaciones lo expresan como una regla general en la parte general de cada código.

En Cuba, es a partir del Código de Defensa Social que se incorpora la institución de la culpa, regulándose, además, el dolo y el delito preterintencional. La Ley No. 21 de 1979, en su sistemática, estableció que el delito puede ser cometido intencionalmente o por imprudencia, agregando la figura autónoma del delito de resultado más grave que el querido; regulación que se ha mantenido hasta la actualidad.

En el estudio de la ley penal sustantiva vigente existen diferentes tipos penales según sus elementos subjetivos (o expresión de la intención o imprudencia), en los cuales, en algunos casos, están descritos en el propio precepto; sin embargo, hay otros que no lo expresan así, lo cual no está en concordancia con lo establecido por el Artículo 9, en su primer apartado, que asevera *los delitos pueden ser cometidos intencionalmente o por imprudencia*,¹ constando de esta manera falta de sistemática entre la parte general y la especial de la misma norma, lo cual denota las deficiencias en su parte general y en la elaboración conceptual de los tipos penales respecto a la intención y la imprudencia, lo que conlleva a problemas en su interpretación y aplicación.

Fundamentos históricos y teóricos de la intención y la imprudencia

Las normas penales existieron en las culturas clasistas más antiguas que conocemos, y siempre han estado en dependencia de las relaciones sociales predominantes para reprimir los diferentes hechos que acontecían en la sociedad. Su historia, nace a finales del siglo XVI. Según el estado de evolución del Derecho, los primeros vestigios de la parte general, instantes en los que el pensamiento intelectual llega a elaborar conceptos generales y los sintetiza; ejemplo de ello, en Francia, con Tiraquellus (1558), en España, con Covarrubias (1557), y en Alemania, con Vigetius (1600) se llegaron a realizar generalizaciones de conceptos, e instituciones del Derecho penal. Predominaron las ideas de los distintos pensadores renacentistas

1 Artículo 9.1 del Código penal (actualizado), Ley No. 62/1987, Editora del Ministerio de Justicia, La Habana, 2003.

–juristas y politólogos– en los siglos XVI y XVII como Bacon, Groccio, Locke y Hobbes, entre otros.² Todo lo cual llega a su culminación en el siglo XVIII, para darle un importante tratamiento dogmático a las instituciones del Derecho penal.

En el siglo XVIII fueron definidos los lineamientos básicos del Derecho penal de nuestros días, donde tomó preferencia la parte general sobre la especial en cuanto a conceptos y tratamiento teórico de las instituciones propias, aunque como expresó Larramendi: “en dicha etapa no se tiene como tal una teoría general del Derecho penal, en el sentido justo del vocablo, ya que hasta entonces, salvo alguna que otra excepción, los libros compuestos en esta materia, eran más bien comentarios, a veces inmaduros, además de las prácticas penales imprescindibles para el manejo y ordenación de la dispersa y abundante legislación penal.”³

Esta etapa inicial de generalizaciones del Derecho penal en pleno siglo XVIII coincide con determinados acontecimientos como el Iluminismo y su vertiente del enciclopedismo en Francia y, además, en el mundo germánico cuando se da origen a un Derecho penal respetuoso de los derechos fundamentales del hombre (derechos naturales del hombre). Representándose en casi todos los pensadores de la época (Montesquieu, Rousseau, Voltaire, entre otros) las ideas de rechazo al excesivo uso del arbitrio judicial, y de la exigencia de una ley previa para que pueda imponerse una pena, lo que constituyó un paso de avance en el pensamiento penal de la época; momentos en los que surge la teoría del contrato social y los derechos naturales de los hombres asegurados mediante estos.

Con el nacimiento de los estados nación en Europa continental (siglos XVIII y XIX) y los códigos en cada uno de ellos, se estudió el Derecho penal desde la óptica de la legislación penal vigente, es decir, de la norma positiva. Lo cual marcó un hito en el desarrollo de esta rama del Derecho, precisamente porque se estructuraron los códigos con sistematizaciones y definiciones, además de surgir la concepción del tipo penal. Surge así el Derecho penal liberal con

2 Eugenio Cuello Calón: *Derecho penal. Parte general*, t. I, vol. I, 18ª ed., Bosch, Casa Editorial S.A. Urgel, 51bis-Barcelona, p. 315.

3 Edmundo René Larramendi Domínguez: “Derecho penal. Parte especial. Generalidades”, ver en www.fd.uo.edu.cu. Consulta: 15 de agosto de 2007.

el influjo de Kant, que apoyó el movimiento codificador del siglo XIX, donde el Código napoleónico sirvió de base y logró extenderse por Europa y América Latina.

En la segunda mitad del siglo XIX, como afirma Larramendi Domínguez, es que adquiere auge el estudio del Derecho penal general sobre el especial, con la actualidad que reviste la Escuela Positiva en ese momento, que cultiva en alto grado, a causa de su doctrina, los problemas generales de la ciencia punitiva con sus diversas manifestaciones en Italia y Alemania.

Devino la dogmática con sus diferentes escuelas como nuevo enfoque del Derecho penal, a mediados y finales del siglo XIX, con diferentes corrientes de pensamiento; pero es la expresión alemana la que le dio un mayor aporte a través de la obra de Karl Binding, con la teoría de las normas y luego Von Beling con el desarrollo de la teoría del tipo. Beling parte del principio de legalidad y sostiene que el Derecho penal regula algunas conductas humanas que están específicamente determinadas, y es por eso que deben estar descritas en tipos. En sus primeras ideas al respecto sustentó que el tipo es independiente de los otros elementos del delito como la antijuridicidad y la culpabilidad.

Esta etapa según Del Rosal,⁴ admite que en una cuarta fase de desarrollo del Derecho penal con el “estudio del problema de la parte especial”, se produce una división en dos subfases. La primera, de la moderna dogmática, con la idea de que el delito se compone de diversos elementos o caracteres, lo que constituyó una conquista técnica ineludible, ya que puso de inmediato un contacto con las realidades concretas delictivas; y, un segundo momento, con la reconstrucción técnico-dogmática de la teoría jurídica del delito, y la significación de la dimensión político-criminal de frente al replanteamiento práctico de la lucha contra la criminalidad, luego de las guerras.

Es, esencialmente, a través de Carrara y Carmignani como representantes de la Escuela Clásica, que se sostuvo la idea del delito como una infracción, considerando que la conducta delictuosa era

4 Juan del Rosal: *Teoría general de la parte especial*, 1962, citado por Edmundo René Larramendi Domínguez: “Derecho penal. Parte especial. Generalidades”, ver: www.fd.uo.edu.cu. Consulta: 15 de agosto de 2007.

contraria al Derecho. Siguiendo los principios básicos de esta escuela que eran: la imputabilidad, basada sobre el libre arbitrio; la pena como mal impuesto al delincuente por el delito cometido; el sentido individualizador como protección y garantía de posibles arbitrariedades; y la exclusiva atención a la acción criminal y al delito, des-cuidando así al delincuente.⁵

Esta tendencia del Derecho penal llega a un punto importante y es el que traza el perfil que se sigue hoy, con el hombre como sujeto de derechos y no como objeto del Derecho penal; asimismo, el delito como ente jurídico con su elaboración en la ley y la responsabilidad penal como responsabilidad subjetiva (moral) basada en el libre albedrío. Es así, que se conceptualiza al delito –según Carrara⁶– como *es la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso*, definición denominada: concepción del delito como ente jurídico. Carrara seguía la concepción iusnaturalista⁷ del delito, y en este concepto se analiza la culpabilidad cuando refirió que el acto externo es moralmente imputable, pues lo que tenía mayor relevancia era que ese acto externo del hombre infringía las leyes del Estado y lo penalmente prohibido era la violación de esos derechos naturales del individuo.

La Escuela Positiva de Derecho penal adoptó una posición opuesta a la anterior, como ha explicado Quirós Pérez, y su principal aporte está en que estableció un concepto de delito como acto del hombre y fenómeno social, o fenómeno social y natural producido por el hombre; no representando el positivismo una corriente única homogénea, sino que se manifestó en varias direcciones (la antropológica

5 Ulises Baquero Vernier: “Derecho penal general I”, *Derecho*, No. 1, Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, ENPSES, Santiago de Cuba. 1984.

6 Francisco Carrara: *Programa del curso de Derecho criminal*, parte general, t. 1, vol. I, 2ª. ed., Editorial REUS S.A., Madrid, 1925, p. 59.

7 La concepción iusnaturalista del delito llega a su pleno desarrollo a mediados del siglo XIX, etapa que estuvo representada por Francisco Carrara, quien concilió las diversas corrientes iusnaturalistas que le habían precedido, donde la esencia del delito está en la violación de los derechos naturales del individuo, los cuales aparecen reconocidos en las leyes del Estado, las que, al mismo tiempo, se derivan de una suprema ley natural.

con la teoría del hombre delincuente –César Lombroso–, la sociológica con la teoría del delito natural –Rafael Garófalo y Ferri–, y la normativa con la concepción dogmático-formal del delito –desde Von Liszt y Beling, hasta los finalistas).

La primera corriente, con Lombroso como su principal representante, planteó que *el delito es concebido como un fenómeno biológico, normal, que era propio de ciertas variedades de animales, vegetales y del hombre, individuos estos que por sus características fenotípicas eran considerados delincuentes natos*.

La segunda concepción –la teoría del delito natural– con Garófalo y luego Ferri, se orientó en el sentido de que al lado del delincuente nato está el delincuente natural y el delito natural, siendo este la violación de los sentimientos de altruismo, piedad y probidad, a través de las acciones nocivas a la sociedad; cuya teoría fue seguida por Ferri, quien eliminó todo elemento jurídico y fortaleció los rasgos sociológicos, donde el delito, para él, afectaba de una parte a la sociedad y de otra la moralidad.

Luego apareció la concepción dogmático-formal del delito, con el desarrollo, sobre todo en Alemania, del positivismo jurídico, con nuevas ideas del delito, y para definirlo se basó en el derecho positivo, siendo *todo hecho delictivo aquel al que el ordenamiento le diera tal categoría y fuera merecedor de una pena*. Su carácter formal estuvo en que se fundamentó solo en la naturaleza jurídica del delito y se erigió sobre los elementos estructurales de este.

Esta escuela planteó la segmentación del delito en elementos (parte importante de la cuarta etapa del desarrollo del Derecho penal expuesta por Del Rosal): *el objetivo*, relacionado con la conducta; *el normativo*, refiriéndose a la infracción, y *el elemento subjetivo*, que trata sobre la persona del autor, dando lugar así a *los términos acción y omisión como formas de la conducta; tipicidad, antijuridicidad y punibilidad como aspectos del elemento normativo; y la imputabilidad y culpabilidad como aspectos del elemento subjetivo*. Tendencia que fue sujeta a varias críticas por considerarse que fraccionando el delito en elementos, se podría olvidar al mismo en su unidad como hecho cometido por el hombre.

Es la concepción dogmático-formal del delito, a la que ya he hecho referencia, que prevaleció en el transcurso del siglo xx con varias aristas, lo que no hace que pierda su esencia, y se define el delito

como *el acto culpable, antijurídico, y sancionado con una pena* (Von Liszt) o como *la acción típicamente antijurídica y culpable* (Mezger) o como *la acción típica, ilícita y culpable* planteada por Assis Toledo.

Con los aportes de Mezger y Mayer en 1930, se reformula la teoría del tipo, mostrando las relaciones existentes entre dichos elementos; planteándose que la conducta debe acomodarse al delito tipo, pero también debe ser antijurídica y culpable, y se define el delito como “*una acción típicamente antijurídica y correspondientemente culpable*”.⁸

A finales de los años treinta del siglo xx, surge, en Alemania, la teoría finalista con la obra de Hans Welzel, pero es en la década de los años cincuenta que adquiere auge en el campo del Derecho penal, como parte de la teoría neopositivista, que se opuso al positivismo en todos sus excesos. Para los seguidores de esta teoría, las acciones del hombre, base del delito, son causales e intencionales y los actos del hombre adquieren trascendencia para el Derecho penal porque se ejecutan para alcanzar una meta prevista por este, con arreglo a una finalidad. *La acción humana –dice Welzel– es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecimiento finalista y no solamente causal. La finalidad o actividad finalista de la acción, se basa en que el hombre sobre la base de su conocimiento causal, puede prever, en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de dichos objetivos.*⁹

En dicha teoría, como el hombre realiza una conducta en busca de un fin, el dolo y la culpa que antes eran considerados parte integrante de la culpabilidad, salen de ese campo para integrar la acción –el tipo penal. El contenido de la voluntad (la finalidad) pertenece a la acción y no a la culpabilidad (como entendía la teoría causal¹⁰ de la acción), pues si lo que determina la acción es la fina-

8 Carlos Creus: *Derecho penal. Parte general*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Dapalma S.R.L, Buenos Aires, 1988, p. 34.

9 Hans Welzel: *Teoría de la acción finalista*, Astrea, 1951, pp. 19 y ss.

10 Teoría causal de la acción: se ha desarrollado en dos etapas: en su primera fase, la acción se concibió en un plano meramente causal-mecanicista, ella se corresponde con los sistemas de Von Liszt, Beling y Radbruch. Con posterioridad se le adicionó una tesis neokantiana-normativista, ella se corresponde con

lidad no se puede excluir el contenido de la voluntad de la acción, y menos postergándola al momento ulterior de la culpabilidad.

Ya en el siglo xx se ha admitido, por una parte importante del pensamiento teórico, el criterio de que el delito resulta un hecho relacionado a la vida social, a las relaciones sociales de los hombres que protegen precisamente dichas relaciones, y del carácter de estas se deriva la naturaleza de la concepción de lo delictivo.

El concepto de delito estudiado así, con sus diferentes vertientes, nos lleva a entender el delito compuesto por los elementos siguientes:

- El objetivo que es la conducta del hombre en forma de acción u omisión;
- el elemento normativo con la tipicidad, como la descripción del hecho en la norma y la correspondencia de esa conducta cometida por el hombre con lo establecido en la propia norma penal;
- la antijuridicidad, como la conducta del hombre contraria al Derecho, siempre que no concurra una causa de justificación, y la punibilidad, que es la aplicación de una sanción según lo establecido en el tipo penal, en correspondencia con el hecho delictivo cometido;
- y el elemento subjetivo (culpabilidad e imputabilidad), como la atribución de ese hecho delictivo a su autor, o sea, la relación entre el autor y el acto por él cometido, que debe tener la edad y la capacidad mental para comprender el alcance de su actuar, y dirigir su conducta. Definiéndose la culpabilidad como elemento del delito, que fue vista como nexo psicológico, juicio de reproche, y posibilidad de atribución de un hecho a su autor.

el sistema de Mezger. La acción, para Von Liszt, era la causación voluntaria o no impeditiva de un cambio en el mundo exterior; el resultado externo se estimaba separado de la manifestación de voluntad, pero causado por ella, y ambos debían hallarse unidos por un vínculo causal, el contenido de la voluntad era irrelevante para el contenido de la acción; se le consideraba perteneciente a la culpabilidad. La acción para Von Liszt era de naturaleza prejurídica. Radbruch sostuvo la tesis absoluta de la escisión del sistema penal en dos partes: la acción y la omisión se hallaban uno al lado del otro, sin nexos entre sí. Para que más adelante Mezger hiciera referencia al valor del hacer y el no hacer, por lo que ambas poseían características comunes. La teoría causalista de la acción dominó, sin oposiciones, el campo del pensamiento jurídico-penal hasta las primeras décadas del siglo xx. Renén Quirós Pérez: *Manual de Derecho penal*, t. I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005, pp. 88-90.

Una vez que surge la concepción del delito compuesto por estos elementos, es que podemos hablar de la culpabilidad, como uno de ellos, de forma independiente.

La culpabilidad ha sido definida por varios autores, los que, por un lado, afirman que es un elemento del delito con sus formas de dolo y la culpa, y por otro, están los que plantean que estas formas de la culpabilidad tienen su realización a través del tipo penal, a partir de la conducta, tal es así, que posicionan al dolo y a la culpa en el tipo penal, distinguiendo el tipo doloso del culposo.

Por mi parte, sostengo la idea de definir la culpabilidad como el reproche que se le hace a una persona con capacidad de comprender el alcance de su acción y de dirigir su conducta (capacidad física y psíquica), por el hecho realizado, contrario al Derecho y que le es atribuible; existiendo una relación entre el acto realizado por el autor y su resultado, que se corresponde con lo formulado en un tipo penal, con excepción de que concurra alguna causa de exculpación, las que determinan que aunque la persona haya realizado un hecho típico y antijurídico no responde como culpable.

La tendencia de los finalistas está en situar en el tipo penal a la intención y la imprudencia, pero la culpabilidad no es solo dolo y culpa, sino que tiene otros requisitos necesarios que van más allá de los preceptuado, en el tipo penal; aunque también se visualiza en la descripción del tipo, elementos de diferente índole, como son los subjetivos.

La culpabilidad resume sus requisitos en: la imputabilidad o capacidad de culpabilidad; el conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad de un comportamiento distinto, y de esta manera llegado el caso de que una persona haya cometido un hecho típico y antijurídico para que sea considerado culpable, deben darse los requisitos expuestos, sin cuya presencia no podrá formularse el juicio de atribución que implica la culpabilidad.¹¹ Evaluemos sucintamente cada uno de ellos:

- La imputabilidad o capacidad de culpabilidad: se incluyen aquí aquellos supuestos que se refieren a la actitud psíquica o madurez psíquica, y a la capacidad del sujeto de motivarse. La culpabilidad, fundamentalmente, encuentra su basamento en que el au-

11 Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán: *Derecho penal. Parte general*, 6ª. ed., revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 374.

tor del hecho típico y antijurídico tenga las facultades psíquicas y físicas para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos; ese conjunto de facultades es la llamada imputabilidad o denominada también capacidad de culpabilidad. Quien carece de estas facultades no puede ser declarado culpable, y no puede ser responsable penalmente.

- El conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido: en este caso debemos tener en cuenta que la norma penal motiva en la medida en que el individuo pueda conocer, aunque sea a grandes rasgos, el contenido de sus prohibiciones. El conocimiento de la antijuridicidad es otro de los elementos de la culpabilidad teniendo en cuenta que quien realiza intencionalmente un tipo penal, lo hace por lo general, conociendo la ilicitud de su actuar. Por lo que parte de su existencia en el autor de un hecho típico, que no es justificado y que es imputable. Este es un elemento importante de la culpabilidad ya que solo se le puede atribuir un hecho a su autor si este conoce que su hacer está prohibido, de ahí la relevancia, además, de la motivación de la norma penal en los individuos, por lo que debe tener conciencia de que su actuar está prohibido por la norma penal.
- La exigibilidad de un comportamiento distinto: siendo el autor en un hecho concreto quien debe saber cómo actuar si de un modo o de otro, debiendo el sujeto obedecer la norma dentro de sus límites. Cumplir con los mandatos de las normas es un deber para los ciudadanos, ya que el ordenamiento jurídico marca niveles de exigencia de comportamientos que pueden ser cumplidos por cualquier persona, refiriéndose en estos casos a una exigibilidad objetiva normal o general.

Los denominados requisitos de la culpabilidad desempeñan un papel importante en la misma, ya que nos dicen si la persona puede ser considerada culpable, pues realizó el hecho delictivo con capacidad de comprender el alcance de sus actos y de dirigir su conducta, además de que debe tener capacidad física, que está en consonancia con la edad en la que ya responde penalmente, luego, es esencial también el conocimiento que tiene de la norma, o sea, que conozca que su actuar va en contra de las normas establecidas, por lo que debe actuar de forma diferente.

Tanto Zaffaroni como Claus Roxin, marcan una diferencia con las demás concepciones que hasta el momento se habían trazado sobre la culpabilidad, el primero, refiere la culpabilidad como conexión punitiva entre el delito y su consecuencia –la pena–; y para Roxin, la culpabilidad es la posibilidad de conocimiento de la anti-juridicidad y la normalidad de la situación en que actúa el sujeto, como presupuestos de la responsabilidad penal.

También, sobre la culpabilidad como elemento del delito han girado varias concepciones: la psicológica, la normativa, mixta, y con la teoría finalista se rompe con lo tradicional de tener al dolo y la culpa en la culpabilidad para expresarlos en el tipo penal.

Además de estas ideas, otras más modernas analizan la culpabilidad como vínculo punitivo, y también como uno de los presupuestos de la responsabilidad.

Tradicionalmente, al tratar el tema de la culpabilidad, nos referimos, además, a sus formas: el dolo y la culpa, pues a través de las mismas es que se realiza el actuar ilícito. Es por ello que resulta importante su conceptualización y la valoración de ambas categorías para llegar a establecer pautas que permitan ubicar a la intención y la imprudencia en la definición de culpabilidad o en el tipo penal, última cuestión esta que se viene planteando por los finalistas.

Los tipos penales tienen descrito el elemento subjetivo de diferentes formas, existiendo en la parte general un precepto que indica lo general y lo particular de estas. El dolo y la culpa son parte de la culpabilidad, según las teorías tradicionales que se han emitido al respecto; pero con el surgimiento de la teoría finalista, dichos elementos (el dolo y la culpa) pasan a la acción u omisión, ya que para los seguidores de dicha postura, la conducta humana siempre va a tener un carácter finalista, y llevan el dolo y la culpa al tipo penal. La posición finalista se puede valorar con relación a los tipos penales intencionales, pero no es lo mismo con los tipos imprudentes donde no hay un pensamiento finalista desde el hecho mismo.

De esta manera, la intención y la imprudencia están en los tipos penales como parte del elemento subjetivo, y de alguna forma se relacionan a la conducta (acción u omisión); sin embargo, por la diversidad de formas en las que se expresan el dolo y la culpa como parte del elemento subjetivo en el tipo, es necesaria una regla en la

parte general de las legislaciones penales que indique cómo se van a aplicar estas instituciones a los tipos penales en particular.

El dolo y la culpa son instituciones que se encuentran reguladas en la parte general de los códigos penales,¹² para luego ser aplicadas a los tipos penales de la parte especial. Siendo así, que la intención y la imprudencia aun cuando puedan tener su expresión en los tipos penales, dado su elemento subjetivo, los códigos penales en su parte general establecen un precepto o regla para su aplicación a la parte especial. Pero en el caso de la ley penal sustantiva cubana lo establecido como regla general, no se corresponde del todo con lo expuesto en los tipos penales.

El estudio teórico de la culpabilidad —el dolo y la culpa— permitirá conforme con los objetivos de este trabajo, valorar a continuación los presupuestos que se establecen en la parte general de la ley penal sustantiva cubana y su aplicación en los tipos penales.

Apuntes sobre la intención y la imprudencia en la legislación cubana y en el Derecho comparado

Partimos de analizar, en primer lugar, la forma de regulación de la intención y la imprudencia en la parte general de la legislación penal sustantiva cubana, que en su Artículo 9 establece *que los delitos pueden ser cometidos intencionalmente o por imprudencia*, para posteriormente, valorar como se regulan ambas instituciones en los tipos penales de los títulos VIII, “Delitos contra la vida y la integridad corporal”, y el XIII, “Delitos contra los derechos patrimoniales”.

En Cuba, desde el primer Código penal español prevaleció la figura de la intención, ya que estableció que todos los actos se presumen voluntarios, y expresa que de no ser así, la propia ley establecería otro supuesto, quedando la culpa o imprudencia en un segundo puesto, del cual no se refirió; luego, con el Código de Defensa Social

12 Los códigos penales, de manera general, pueden estar divididos en dos o en tres libros, de aquellos que se estructuran en dos partes me referiré, en este caso se estudiarán las partes general y especial, ya que las faltas o contravenciones no son de relevancia en esta investigación. En la primera parte, los códigos regulan las principales instituciones y generalizaciones que luego tendrán aplicación práctica en la parte especial donde aparecen los tipos penales.

sí se establecen el dolo y la culpa, además del referido delito preterintencional.

Es con el Código penal de 1979 (Ley No. 21) que se establece que los delitos pueden ser cometidos de forma intencional o por imprudencia, además de la figura del delito de resultado más grave que el querido, tal como se recogen estas instituciones en la Ley No. 21 se mantienen en el actual Código penal.

El Código penal actual –Ley No. 62 de 1987¹³– establece en su Libro Primero, Parte General, en el Título IV, “El delito”, la regulación de la intención y la imprudencia, sin hacer referencia alguna a si son entendidas como formas de la culpabilidad o si es una regla, sino que solo se circunscribe a referir, en el apartado uno del Artículo 9 que los delitos pueden ser cometidos de forma intencional o por imprudencia, lo cual puede interpretarse como una regla que los delitos solo pueden realizarse intencionalmente o por imprudencia. Se regula en el segundo apartado del Artículo 9¹⁴ lo que se entiende por dolo o intención y los tipos o clases que admite nuestro código: *El delito es intencional cuando el agente realiza consciente y voluntariamente la acción u omisión socialmente peligrosa y ha querido su resultado...*, esta parte es la que regula la intención con que puede ser cometido un hecho delictivo, y específicamente se refiere al dolo directo, donde el agente actúa sabiendo lo que hace y queriendo el resultado, debe haber conciencia y voluntad para que se materialice esta forma.

La segunda parte del propio precepto plantea: *o cuando, sin querer el resultado, prevé la posibilidad de que se produzca y asume este riesgo*. Este último es el denominado dolo eventual, donde el agente comisor aun sin querer un resultado, actúa previendo la posibilidad de que este se produzca y asume el riesgo; por tanto, se adjudica de todas formas el resultado no querido, porque al preverlo como posible, asumió que se pudiera producir. Por lo que se demuestra que en nuestra legislación se admiten estos dos tipos de dolo: el directo,

13 Código penal actualizado –Ley No. 62/1987–, Editora del Ministerio de Justicia, La Habana, 2003.

14 Artículo 9.2: El delito es intencional cuando el agente realiza consciente y voluntariamente la acción u omisión socialmente peligrosa y ha querido su resultado, o cuando, sin querer el resultado, prevé la posibilidad de que se produzca y asume este riesgo.

en la primera parte del párrafo del Artículo 9.2; y el eventual, en la segunda parte del párrafo del propio artículo.

Para contrastar lo que establece la norma penal sustantiva cubana con lo preceptuado en otros países, es necesario un espacio para valorar dichas legislaciones penales, refiriéndonos en primer lugar, cómo es regulado el dolo.

Del estudio de nueve códigos penales de latinoamérica, pudimos dilucidar que la mayoría, o sea, en seis de ellos, se establece un concepto del dolo, lo cual se puede evidenciar en el caso del Código penal de Bolivia, en el Artículo 14 en la primera parte;¹⁵ en Ecuador en su ley penal sustantiva, Artículo 14, también en su primera parte;¹⁶ Guatemala en el Artículo 11;¹⁷ en el caso de la legislación de México (Distrito Federal) en el precepto número nueve¹⁸ y en el Código penal colombiano en el Artículo 36.¹⁹

En el supuesto del Código penal de Costa Rica existe una nota distintiva, y es que no define la culpa, sino solo el dolo, lo cual se manifiesta en el Artículo 31.²⁰ Sin embargo, existen otros códigos que no definen el dolo y la culpa, sino que se limitan a exponer que los delitos pueden ser cometidos por ambas formas, tal como apare-

15 Artículo 14.- (Dolo). Actúa dolosamente el que realiza un hecho previsto en un tipo penal con conocimiento y voluntad. Para ello es suficiente que el autor considere seriamente posible su realización y acepte esta posibilidad.

16 Artículo 14.- La infracción es dolosa o culposa. La infracción dolosa, que es aquella en que hay el designio de causar daño, es: intencional, cuando el acontecimiento dañoso o peligroso, que es el resultado de la acción o de la omisión de que la ley hace depender la existencia de la infracción, fue previsto y querido por el agente como consecuencia de su propia acción u omisión; y, preterintencional, cuando de la acción u omisión se deriva un acontecimiento dañoso o peligroso más grave que aquel que quiso el agente.

17 Delito Doloso Artículo 11. El delito es doloso, cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta el acto.

18 Artículo 9: Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley [...].

19 Artículo 36.- Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, lo mismo cuando la acepta previéndola al menos como posible.

20 Artículo 31.- Obra con dolo quien quiere la realización del hecho tipificado, así como quien la acepta, previéndola a lo menos como posible.

ce en las legislaciones de España²¹, El Salvador²² y Venezuela,²³ este último se refiere a la intención tras la interpretación del Artículo 61, sin otro pronunciamiento.

Del examen de estas legislaciones y al compararlas con el Código penal cubano se puede determinar que en este último, como se explicó, se regula la intención y establece el concepto o definición de dicha institución, siguiendo así la posición adoptada por la mayoría de las legislaciones latinoamericanas.

Para continuar refiriéndonos a lo establecido en la ley penal sustantiva cubana, luego de analizar el dolo o intención, está la imprudencia, prevista en el apartado tres del Artículo 9:²⁴ *el delito se comete por imprudencia cuando el agente previó la posibilidad de que se produjeran las consecuencias socialmente peligrosas de su acción u omisión, pero esperaba, con ligereza, evitarlas*. Esta es la llamada *culpa consciente o con representación*, donde el comisor prevé la posibilidad de que se produzcan los resultados o consecuencias de su actuar pero, al mismo tiempo, esperaba con ligereza evitarlos. Y en la segunda parte del párrafo de ese mismo artículo se expresa: *o cuando no previó la posibilidad de que se produjeran a pesar de que pudo o debió haberlas previsto*. En este último caso nos encontramos ante la denominada *culpa inconsciente o sin representación*, donde no se prevé la posibilidad de las consecuencias de su actuar, cuando pudo o debió haberlas previsto. En cuanto a la culpa o imprudencia, los diferentes autores establecen conceptos con puntos de coincidencia, así como también se refieren a las clases o tipos de culpa que existen, y la ley penal cubana define en el precepto enunciado la culpa consciente y la inconsciente respectivamente.

21 Artículo 10.- Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley.

22 Artículo 4.- La pena o medida de seguridad no se impondrá si la acción u omisión no ha sido realizada con dolo o culpa.

23 Artículo 61.- Nadie puede ser castigado como reo de delito no habiendo tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye, excepto cuando la ley se lo atribuye como consecuencia de su acción u omisión.

24 Artículo 9.3: El delito se comete por imprudencia cuando el agente previó la posibilidad de que se produjeran las consecuencias socialmente peligrosas de su acción u omisión, pero esperaba, con ligereza, evitarlas, o cuando no previó la posibilidad de que se produjeran a pesar de que pudo o debió haberlas previsto.

De otra parte, del estudio realizado de las legislaciones penales latinoamericanas se pudo constatar que algunas de ellas poseen una regla general en la que, además de establecer que se sancionan los delitos cometidos por dolo o culpa, se presumen todos los delitos como dolosos, dejando la culpa para sancionar solo en los tipos que la propia ley así lo disponga. En consonancia con esto están como ejemplos: el Código penal español en el Artículo 12;²⁵ por su parte, el Código penal de Bolivia lo establece en el Artículo 13;²⁶ el caso de la ley penal sustantiva venezolana lo regula en su Artículo 61;²⁷ el Código penal de Guatemala segunda parte del Artículo 12;²⁸ y en el caso del Código penal de Colombia se regula en el Artículo 39²⁹ lo referido a la punibilidad en estos supuestos.

En tal sentido, existen otras modalidades de reglas generales, que no expresan de forma clara cómo aplicarse a los tipos penales, por su parte, está el Código penal de Costa Rica, en el Artículo 30,³⁰ y resulta llamativo este supuesto de que los delitos pueden ser realizados de forma intencional, por imprudencia o preterintención, sin expresar otro pronunciamiento con relación a su aplicación en los tipos penales.

Interesante resulta, además, el Código penal mexicano, del Distrito Federal, que establece en la regla del Artículo 60,³¹ la aplica-

25 Artículo 12. Las acciones u omisiones imprudentes solo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley.

26 Artículo 13. quater.- (Delito Doloso y Culposo). Cuando la ley no conmina expresamente con pena el delito culposo, solo es punible el delito doloso.

27 Artículo 61.- [...] La acción u omisión penada por la Ley se presumirá voluntaria, a no ser que conste lo contrario.

28 Delito Culposo, Artículo 12. [...] Los hechos culposos son punibles en los casos expresamente determinados por la ley.

29 Artículo 39.- Punibilidad. La conducta preterintencional o culposa solo es punible en los casos expresamente determinados en la ley.

30 Artículo 30.- Nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención.

31 Aplicación de sanciones a los delitos culposos: Artículo 60.- En los casos de delitos culposos se impondrá hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquellos para los que la ley señale una pena específica. Además, se impondrá, en su caso, suspensión hasta de diez años, o privación definitiva de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso.

Las sanciones por delitos culposos solo se impondrán con relación a los delitos previstos en los siguientes artículos: 150, 167, fracción VI, 169, 199 Bis, 289;

ción de sanciones a los delitos culposos; en esta regla de adecuación para los delitos culposos, exceptuando aquellos que la misma ley señale con una pena específica y enumera taxativamente los preceptos penales que constituyen la excepción, es decir, los que pueden ser cometidos de forma culposa.

Estudio de la intención y la imprudencia en los tipos penales de los títulos VIII y XIII de la ley penal sustantiva cubana

Si estudiamos los tipos penales de la parte especial del Código penal cubano, para poder valorar su relación con la regla que se establece en la parte general de la propia ley, nos percataremos de la contradicción existente; además de establecer una formulación para agruparlos dada la expresión del elemento subjetivo en cada ilícito penal.

Nos circunscribimos a los delitos regulados en el Título VIII, “Delitos contra la vida y la integridad corporal” y el Título XII, “Delitos contra los derechos patrimoniales”, de los cuales se realizó un análisis que nos permitió determinar la existencia de tipos penales que no expresan el elemento subjetivo, y otros que denotan intencionalidad; también tipos penales de dolo específico, así como los imprudentes, para finalmente mencionar, además, otras modalidades existentes.

En cuanto a los tipos que no expresan la intención o imprudencia, se entienden aplicables a hechos que pueden ser realizados de forma intencional y se sancionan por el marco penal del propio precepto, y en los casos de hechos delictivos cometidos por impru-

parte segunda, 290, 291, 292, 293, 302, 307, 323, 397, 399, 414, primer párrafo y tercero en su hipótesis de resultado, 415, fracciones I y II y último párrafo en su hipótesis de resultado, 416, 420, fracciones I, II, III y V, y 420 Bis, fracciones I, II y IV de este Código. Cuando a consecuencia de actos u omisiones culposos, calificados como graves, que sean imputables al personal que preste sus servicios en una empresa ferroviaria, aeronáutica, naviera o de cualesquiera otros transportes de servicio público federal o local, se causen homicidios de dos o más personas, la pena será de cinco a veinte años de prisión, destitución del empleo, cargo o comisión e inhabilitación para obtener otros de la misma naturaleza. Igual pena se impondrá cuando se trate de transporte de servicio escolar.

dencia, se tiene en cuenta la regla de adecuación de la sanción del Artículo 48;³² además, se estipulan tipos penales redactados para delitos que tienen que ser cometidos intencionalmente; otros, solo intencionales de dolo específico, así como otros que están redactados para ser aplicados a hechos imprudentes, en los cuales se establece específicamente su marco sancionador.

El dolo y la culpa poseen diversas formas de expresión en los tipos penales de nuestra legislación, lo cual no se corresponde con lo establecido en la parte general del Código. Para demostrar esa variedad de ilícitos penales que existen en los títulos estudiados, en cuanto al elemento subjetivo, hacemos una distinción entre los que no expresan la intención ni la imprudencia, los que denotan la intención, los de dolo específico, así como los imprudentes y otras modalidades.

En primer lugar, nos referiremos a los tipos penales que no expresan la intención o la imprudencia (por lo que caben ambas formas de realización):

a) En el Título VIII, “De los delitos contra la vida y la integridad corporal”:

- Homicidio, Artículo 261: El que mate a otro, incurre en sanción de privación de libertad de siete a quince años. Según esta descripción del tipo, admite que sea aplicado a hechos intencionales o imprudentes.
- Riña Tumultuaria, Artículo 262.1: Cuando en una riña, en la que varios se acometen confusa y tumultuariamente, y en la que resulte la muerte de alguien y no conste su autor, se sanciona con privación de libertad de dos a cinco años a todos los que hayan ejercido violencia sobre la víctima. 262.3: Si en la comisión de los hechos a que se refieren los apartados anteriores no puede determinarse la identidad de los que hayan

32 Artículo 48.1.- Los delitos por imprudencia se sancionan con privación de libertad de cinco días a ocho años o con multa de cinco a mil quinientas cuotas. La sanción no podrá exceder de la mitad de la establecida para cada delito en particular, salvo que otra cosa se disponga en la Parte especial de este Código o en otra ley.

2. Para la adecuación de la sanción, el tribunal tiene en cuenta, en cada caso, la gravedad de la infracción, la facilidad de prever o evitar su comisión y si el autor ha cometido con anterioridad otro delito por imprudencia.

ejercido violencia sobre la víctima, la sanción es: de privación de libertad de seis meses a dos años en el caso del apartado 1; de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas en el caso del apartado 2.

- El disparo de arma de fuego, Artículo 265: El disparo de arma de fuego contra determinada persona, aunque no se hiera a la víctima, se sanciona con privación de libertad de uno a tres años, siempre que el hecho no constituya un delito de mayor entidad.
- Auxilio al suicidio, Artículo 266: El que preste auxilio o induzca a otro al suicidio incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años.
- Aborto ilícito, Artículo 271: El que, sin la debida prescripción facultativa, expenda o facilite una sustancia abortiva o idónea para destruir el embrión, incurre en sanción de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas.
- Lesiones, Artículo 272.1: El que cause lesiones corporales graves o dañe gravemente la salud a otro, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años. Artículo 273: El que ciegue, castre o inutilice para la procreación a otro, incurre en sanción de privación de libertad de cinco a doce años. Artículo 274: El que cause lesiones corporales o dañe la salud a otro que, aun cuando no ponen en peligro la vida de la víctima, ni le dejan las secuelas señaladas en los artículos 272 y 273, requieren para su curación tratamiento médico, incurre en sanción de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas.
- Abandono de menores, incapacitados o desvalidos, Artículo 275.1: El que abandone a un incapacitado o a una persona desvalida a causa de su enfermedad, de su edad o por cualquier otro motivo, siempre que esté legalmente obligado a mantenerlo o alimentarlo, incurre en sanción de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas. Artículo 276: El que encuentre abandonada, en grave peligro, a una persona que, por su edad o incapacidad, no puede valerse por sí misma, y no la presente a la autoridad o la lleve a lugar seguro, incurre en sanción de privación

de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas. Artículo 277.1. El que no socorra o preste el auxilio debido a una persona herida o expuesta a un peligro que amenace su vida, su integridad corporal o su salud, sin que ello implique un riesgo para su persona, es sancionado con privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas. Artículo 278: El conductor de un vehículo que no socorra o preste auxilio a la persona que haya atropellado o herido en accidente del tránsito, incurre en sanción de privación de libertad de tres meses a un año, independientemente de la que corresponda por el delito cometido en ocasión del tránsito.

b) En el Título XIII, “Delitos contra los derechos patrimoniales”:

- Sustracción de electricidad, gas, agua o fuerza, Artículo 325: El que sustraiga fluido eléctrico, gas, agua o fuerza, de instalación personal o colectiva, es sancionado con privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas.

En este tipo penal no se expresa el dolo o culpa, pero este criterio –que respeto– es de la Dra. Mayda Goite Pierre³³ que plantea si se observa la intención ya que la redacción así lo describe al manejar como verbo sustraer, esos bienes inmateriales, sustracción que significa apoderamiento para ser utilizado en provecho o beneficio propio, de ahí la intención o el dolo genérico.

- Tenencia, fabricación y venta de instrumentos idóneos para ejecutar el delito de robo, Artículo 330: El que tenga en su poder ganzúa u otro instrumento idóneo para la ejecución del delito de robo y no dé descargo suficiente sobre su tenencia, incurre en sanción de privación de libertad de seis meses a dos años o multa de doscientas a quinientas cuotas o ambas. 2. En igual sanción incurre el que fabrique dichos instrumentos, o los venda o facilite a otro.

Dicho precepto es muy criticable en el sentido de no ser concreto y que obliga al sujeto a dar razones suficientes sobre

33 Colectivo de autores dirigido y coordinado por Mayda Goite Pierre: *Una visión desde la dogmática a las figuras del Código penal cubano*, p. 29.

esos instrumentos, pero en sí no expresa ni la intención ni la imprudencia, según plantea la Dra. Mayda Goite Pierre,³⁴ este precepto pone en riesgo el principio de legalidad, por utilizar términos imprecisos y difíciles de concretar, pues lo que para unos puede ser suficiente, para otros no, y de esa forma se genera una gran inseguridad jurídica. Por lo que denota que la conducta debe ser dolosa.

- Usurpación, Artículo 333.1: El que ocupe o se apodere ilegítimamente de un bien inmueble de ajena pertenencia, incurre en sanción de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas.

En este tipo penal no está expresa la intención ni la imprudencia, aunque es criterio de algunos autores, entre ellos Goite Pierre,³⁵ que este delito se comete de forma intencional con ánimo de lucro, ya que sirve para obtener un beneficio o provecho con la voluntad, además, de permanecer en el inmueble.

- Malversación, Artículo 336.1: El que teniendo por razón del cargo que desempeña la administración, cuidado o disponibilidad de bienes de propiedad estatal, o de propiedad de las organizaciones políticas, de masas o sociales, o de propiedad personal al cuidado de una entidad económica estatal, se apropie de ellos o consienta que otro se apropie, incurre en sanción de privación de libertad de tres a ocho años.

En este tipo penal, según plantea la Dra. Mayda Goite Pierre,³⁶ no se establece el ánimo de lucro en su descripción expresa, pero es evidente que la conducta persigue la obtención de un beneficio o un enriquecimiento económico para el autor o un tercero, pues el verbo rector lleva consigo el ánimo de lucrar.

- Daños, Artículo 339.1. El que destruya, deteriore o inutilice un bien perteneciente a otro, es sancionado con privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas. Artículo 340: El que, sin causa justificada, destruya, deteriore o inutilice bienes propios, que tienen un valor evidente para la colectividad, incurre en sanción de pri-

34 *Ibídem*, p. 43

35 *Ibídem*. p. 48.

36 *Ibídem*, p. 65.

vacación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas.

Creemos que este delito puede ser cometido tanto de forma intencional como por imprudencia, aunque algunos autores han manifestado que puede ser cometido, solamente, de forma intencional; tal es el caso de la Dra. Mayda Goite Pierre³⁷ que plantea, que el elemento subjetivo que caracteriza a este delito es el dolo directo, constituido por la voluntad de querer dañar la cosa en sí misma.

En estos preceptos se pone de manifiesto la existencia de tipos penales que no expresan en su contenido el elemento subjetivo, por lo que pueden ser aplicados a hechos cometidos de una forma u otra, tanto intencional como imprudentemente; y la sanción para los hechos concretos realizados intencionalmente es la que así se establece en el marco penal del precepto, mientras que cuando es aplicable a un hecho culposo se debe dirigir, entonces, a la regla de adecuación del Artículo 48, que establece un marco penal de cinco días a ocho años, no pudiendo exceder la sanción de la mitad de la establecida para el delito en particular. Pero en cuanto a la aplicación de la sanción para estos supuestos, el Código penal cubano es omiso en disponer al respecto.

En otro supuesto están los tipos penales que expresan el dolo o la intención:

- a) En el Título VIII, “De los delitos contra la vida y la integridad corporal”:
 - Asesinato, Artículo 263, las circunstancias de cualificación lo hacen intencional:³⁸ -ejecutar el hecho mediante precio,

³⁷ *Ibidem*, p. 73.

³⁸ En este sentido es importante señalar que el asesinato como tipo penal posee una formulación compleja, tiene elementos permanentes coincidentes con el Homicidio y un conjunto de circunstancias que cualifican el actuar; desde el punto de vista de la descripción del elemento objetivo no se expresa la intención ni la imprudencia, lo que denota la intencionalidad del actuar son las circunstancias enumeradas taxativamente. Es criterio de la práctica judicial que los delitos de asesinato son intencionales; sin embargo, podrían discutirse algunas de las circunstancias como las expuestas en los incisos i) y j). Que en su redacción no queda clara la intención, aunque coincido con los criterios de los jueces y el Tribunal Supremo Popular cuando consideran este tipo como intencional

recompensa o beneficio de cualquier clase, u ofrecimiento o promesa de éstos; -cometer el hecho utilizando medios, modos o formas que tiendan directa y especialmente a asegurar su ejecución sin riesgo para la persona del ofensor que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido; -ejecutar el hecho contra una persona que notoriamente, por sus condiciones personales o por las circunstancias en que se encuentra, no sea capaz de defenderse adecuadamente; -aumentar deliberadamente el sufrimiento de la víctima, causándole otros males innecesarios para la ejecución del delito; -obrar el culpable con premeditación, o sea, cuando sus actos externos demuestran que la idea del delito surgió en su mente con anterioridad suficiente para considerarlo con serenidad y que, por el tiempo que medió entre el propósito y su realización, esta se preparó previendo las dificultades que podían surgir y persistiendo en la ejecución del hecho; -ejecutar el hecho a sabiendas de que al mismo tiempo se pone en peligro la vida de otra u otras personas; -realizar el hecho para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito; -obrar por impulsos sádicos o de brutal perversidad; -haberse privado ilegalmente de libertad a la víctima antes de darle muerte; -ejecutar el hecho contra la autoridad o sus agentes, cuando éstos se hallen en el ejercicio de sus funciones; -cometer el hecho con motivo u ocasión o como consecuencia de estar ejecutando un delito de robo con fuerza en las cosas, robo con violencia o intimidación en las personas, violación o pederastia con violencia. Artículo 264.1: El que de propósito mate a un ascendiente o descendiente o a su cónyuge, sea por matrimonio formalizado o no, incurre en las mismas sanciones previstas en el artículo anterior, aunque no concurra en el hecho ninguna circunstancia de cualificación.

- El delito de aborto ilícito, Artículo 267.1: El que, fuera de las regulaciones de salud establecidas para el aborto, con autorización de la grávida, cause el aborto de esta o destruya de cualquier manera el embrión, es sancionado con privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas

ya que se denota el ánimo de matar precisamente con la concurrencia de cualquiera de dichas circunstancias.

cuotas. Artículo 268.1. El que, de propósito, cause el aborto o destruya de cualquier manera el embrión, es sancionado: -con privación de libertad de dos a cinco años, cuando, sin ejercer fuerza ni violencia en la persona de la grávida, obra sin su consentimiento; -con privación de libertad de tres a ocho años, si ejerce fuerza o violencia en la persona de la grávida.

b) En el Título XIII, “De los delitos contra los derechos patrimoniales”:

- Hurto, Artículo 324.1: El que, aprovechando aglomeraciones públicas o cualquier otra circunstancia propicia, sustraiga bienes, documentos o valores en cualquier cuantía, que la víctima lleve consigo, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años.

Aunque el precepto no lo dice claramente, sí se puede observar la intención ya que el autor se aprovecha de tales circunstancias para sustraer bienes ajenos y, al mismo tiempo, esta es otra figura tipo del delito de hurto, pero derivada del tipo básico de hurto en cuanto a las características objetivas, entonces podemos entenderlo como intencional.

- Estafa, Artículo 334.4: Incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años o multa de quinientas a mil cuotas o ambas, el que a sabiendas: libre un cheque sin provisión de fondos o con provisión, insuficiente, o después de haber retirado dicha provisión; libre un cheque retirando la provisión de fondos antes de que el cheque pueda legalmente ser presentado al cobro o antes de haber anulado su expedición por cualquiera de las formas que en derecho proceda.

En estos tipos penales se expone la intención, ya sea de forma directa o por la utilización de vocablos y elementos complementarios que así lo expresan, y se sancionan por el marco penal establecido en su propio precepto.

Además, están los tipos penales intencionales de dolo específico:

a) En el Título VIII, “Delitos contra la vida y la integridad corporal”:

- Asesinato, Artículo 264.2: La madre que dentro de las setenta y dos horas posteriores al parto mate al hijo, para ocultar el hecho de haberlo concebido, incurre en sanción de privación de libertad de dos a diez años.

b) En el Título XIII, “De los delitos contra los derechos patrimoniales”:

- Hurto, Artículo 322.1: El que sustraiga una cosa mueble de ajena pertenencia, con ánimo de lucro, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas o ambas. Artículo 322.3: La sanción es de dos a cinco años al que, con ánimo de lucro, sustraiga un vehículo de motor y se apodere de cualquiera de sus partes componentes o de alguna de sus piezas.
- Sustracción de vehículos de motor para usarlos, Artículo 326.1: El que sustraiga un vehículo motorizado con el propósito de usarlo o de que otro lo use temporalmente, es sancionado con privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas o ambas.
- Robo con violencia o intimidación en las personas, Artículo 327.1: El que sustraiga una cosa mueble de ajena pertenencia, con ánimo de lucro, empleando violencia o intimidación en las personas, incurre en sanción de privación de libertad de siete a quince años. Artículo 327.2: En igual sanción incurre: -el que sustraiga una cosa mueble de ajena pertenencia si, inmediatamente después de cometido el hecho emplea violencia o amenaza de inminente violencia sobre una persona para retener la cosa sustraída o para lograr la impunidad del acto; -si el hecho consiste en arrebatarse la cosa de las manos o de encima de la persona del perjudicado.
- Robo con fuerza en las cosas, Artículo 328.1: Se sanciona con privación de libertad de tres a ocho años al que sustraiga una cosa mueble de ajena pertenencia, con ánimo de lucro, concurriendo en el hecho alguna de las circunstancias siguientes: a) entrar en el lugar o salir de él por una vía no destinada al efecto; b) uso de llave falsa, o uso de la verdadera que hubiese sido sustraída o hallada, o de ganzúa u otro instrumento análogo. A estos efectos, se consideran llaves las tarjetas magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia, u otros de iguales propósitos; c) rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puertas o ventanas, o de sus cerraduras, aldabas o cierres; ch) fractura de armario u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o forzando sus cerraduras,

o su sustracción para fracturarlos o violentarlos en otro lugar, aun cuando la fractura o violencia no llegue a consumarse; d) inutilizar los sistemas de alarma o vigilancia; e) empleo de fuerza sobre la cosa misma.

- Extorsión, Artículo 331: El que, con el propósito de obtener un beneficio patrimonial ilegítimo para sí o para un tercero, y empleando violencia o amenaza de inminente violencia o de otro grave daño, obligue a otro a entregar alguna escritura o documento, o a contraer alguna obligación, condonar alguna deuda o renunciar a algún derecho, incurre en sanción de privación de libertad de tres a ocho años.
- Chantaje, Artículo 332.1: El que amenace a otro con divulgar un hecho, cierto o incierto, lesivo para su honor o su prestigio público o el de su cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano o cualquier otro familiar allegado, para obligarlo a entregar dinero o bienes de cualquier clase o a realizar o abstenerse de realizar cualquier acto en detrimento de su patrimonio, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años. El elemento subjetivo en este caso se analiza porque el sujeto requiere del conocimiento del significado de las imputaciones, además del ánimo de lucro, según lo expuesto por Vega Vega,³⁹ criterio que comparto.
- Estafa, Artículo 334.1: El que, con el propósito de obtener para sí o para otro, una ventaja o un beneficio patrimonial ilegítimo, y empleando cualquier ardid o engaño que induzca a error a la víctima, determine a este a realizar o abstenerse de realizar un acto en detrimento de sus bienes o de los de un tercero, incurre en sanción de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas.
- Apropiación indebida, Artículo 335.1: El que, con el propósito de obtener una ventaja o un beneficio patrimonial ilegítimo para sí o para otro, se apropie o consienta que otro se apropie de bienes que le hayan sido confiados, incurre en sanción de

39 Juan Vega Vega: *Los delitos*, Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1986, p. 243. Citado por la Dra. Mayda Goite Pierre en su artículo sobre los “Delitos contra los derechos patrimoniales”, Colectivo de autores dirigido y coordinado por Mayda Goite Pierre: *Una visión desde la dogmática a las figuras del Código penal cubano*, p. 47.

privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas.

- Insolvencia punible, Artículo 337.1: Incurrir en sanción de privación de libertad de dos a cinco años: a) el deudor que para sustraerse al pago de sus obligaciones, se alce con sus bienes, los oculte, simule enajenaciones o créditos, se traslade al extranjero o se oculte sin dejar representante legal o bienes en cantidades suficientes para responder al pago de sus deudas, o realice cualquier otro acto de disposición patrimonial en defraudación de los derechos de sus acreedores; b) el que sea declarado en quiebra, concurso o suspensión de pagos, cuando la insolvencia sea causada o agravada intencionalmente por el deudor o por persona que actúe en su nombre. Artículo 337.2: El que en procedimiento de quiebra, concurso o expediente de suspensión de pagos presente datos falsos relativos al estado financiero, con el fin de lograr la declaración de aquellos, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres años.
- Receptación, Artículo 338.1: El que, sin haber tenido participación alguna en el delito, oculte en interés propio, cambie o adquiera bienes que por la persona que los presente, o la ocasión o circunstancias de la enajenación, evidencien o hagan suponer racionalmente, que proceden de un delito, es sancionado con privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas.

En este tipo penal, según lo planteado por la Dra. Mayda Goite Pierre,⁴⁰ el conocimiento de que se ha producido un delito anterior es elemento de dolo, por lo que debe ser preciso y con certeza de ello, el comisario siempre debe tener ánimo de lucro y al respecto el precepto dice “oculte en interés propio”, por lo que se desprende que del resto de las conductas también se obtiene un beneficio.

- Daños, Artículo 339.5: Si los daños causados a los objetos, cualquiera que sea el valor de éstos, se realizan para impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza o represalia de

40 Colectivo de autores dirigido y coordinado por Mayda Goite Pierre: *Una visión desde la dogmática a las figuras del Código penal cubano*, p. 71.

sus determinaciones o contra particulares que, como testigos o de cualquier otra manera, hayan contribuido a la ejecución o aplicación de las leyes o disposiciones generales, la sanción es de privación de libertad de dos a cinco años.

En estos delitos de dolo específico el legislador así lo establece en el precepto, ya que la conducta persigue un fin determinado, y en el tipo penal se describe de manera clara con qué propósito se comete el hecho, por tanto, el agente sabe lo que hace y quiere el resultado, y además, tiene un objetivo definido en su conducta, y se sanciona por el propio marco penal del tipo penal de que se trate.

Siguiendo la idea de estudiar las modalidades típicas del Código penal cubano, se puede aseverar que se establecen, además, tipos penales que expresan la imprudencia.

En el Título VIII, “Delitos contra la vida y la integridad corporal” tiene una sola modalidad de delito imprudente:

- Aborto ilícito, Artículo 270: El que, por haber ejercido actos de fuerza, violencia o lesiones sobre la grávida, ocasione el aborto o la destrucción del embrión, sin propósito de causarlo, pero constándole el estado de embarazo de la mujer, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres años, si no le corresponde una sanción de mayor entidad por las lesiones inferidas.

En este tipo penal se sanciona la modalidad del aborto ilícito cometido por imprudencia, y lo describe cuando expresa que el autor no quiere causar el aborto pero, sin embargo, constándole el estado de embarazo de la mujer, ejerce actos de fuerza o violencia o lesiones sobre la misma. Aquí estamos en presencia de un ejemplo típico de imprudencia con sanción propia, no necesitando ir a la regla de adecuación del Artículo 48. El actuar ha de ser imprudente ya que el propio precepto expresa que no se quiere el resultado, pero se actúa conociendo el estado de embarazo de la mujer, por lo que se pueden prever las consecuencias de dicha acción.

En el Título XIII, “Delitos contra los derechos patrimoniales”, no se establecen tipos penales por imprudencia con sanción propia, sino que aquellos tipos que no expresan el elemento subjetivo

cuando se aplican a hechos cometidos por culpa o imprudencia, se sancionan teniendo en cuenta la regla del Artículo 48.⁴¹

De los 43 tipos penales que se encuentran regulados en los títulos VIII y XIII, luego de un análisis de cada uno de ellos, podemos afirmar que 20 tipos penales, o sea, la mayoría, no expresan el elemento subjetivo, también están los intencionales de dolo específico con 15 tipos penales, con relación a los tipos intencionales solo se disponen 6, e imprudentes y de la modalidad del delito de resultado más grave que el querido, uno de cada tipo, respectivamente.

En los tipos penales solo susceptibles de ser realizados intencionalmente porque así lo expresa la norma, se castigan aplicando el marco sancionador establecido en el precepto. Cuando el tipo penal configura la intención con ese dolo específico, el precepto lo indica y lo hace a través de la descripción del ánimo o intención de realizar el actuar, además con un fin bien determinado en la misma norma, así se expresa por ejemplo: “con ánimo de lucro”, “con el propósito de obtener una ventaja o un beneficio patrimonial ilegítimo”, “con el fin de lograr la declaración de aquellos”, se sancionan por el marco establecido en dicho precepto. Existen, además, tipos penales imprudentes aplicables a hechos cometidos solo de esta forma, llevándose por ese marco penal, sin tener que ir a la regla de adecuación de los delitos imprudentes prevista en el Artículo 48. La regla seguida en la mayoría de los códigos penales de otros países para su aplicación a los tipos penales, está dada en que suponen todos los delitos como intencionales, y en su parte especial, precisan tipos penales (supuestamente intencionales, porque así se establece en su parte general) y los tipos imprudentes de forma independiente que poseen sanción propia.

En el caso de nuestro Código penal la formulación prevista en el Artículo 9 con relación a la aplicación en los tipos teniendo en cuen-

41 Artículo 48.1.— Los delitos por imprudencia se sancionan con privación de libertad de cinco días a ocho años o con multa de cinco a mil quinientas cuotas. La sanción no podrá exceder de la mitad de la establecida para cada delito en particular, salvo que otra cosa se disponga en la Parte especial de este Código o en otra ley.

2. Para la adecuación de la sanción, el tribunal tiene en cuenta, en cada caso, la gravedad de la infracción, la facilidad de prever o evitar su comisión y si el autor ha cometido con anterioridad otro delito por imprudencia.

ta las realidades delictivas concretas y su forma de sanción, plantea problemas de interpretación y dificultades en la determinación del elemento subjetivo de los tipos, y la consecuente sanción aplicable. El Código penal no dispone en cuanto a la aplicación de las sanciones a los tipos penales; sin embargo, cuando se sancionan los tipos penales se realiza de una forma, y cuando se lleva a hechos imprudentes baja el marco sancionador. Lo que hace recomendable la revisión del texto legal con la finalidad de hacer concordante tanto la formulación del Artículo 9 como la aplicación en los tipos penales de forma general.

Consideraciones finales

El delito define una conducta realizada por el hombre que afecta a la sociedad, y que el legislador describe en la ley para proteger determinados bienes jurídicos. Es una institución jurídico-penal que refleja la realidad social y surge con la propia aparición del Estado, el Derecho y el Derecho penal. Alrededor del delito, en particular, han girado diferentes concepciones, todo lo cual tiene su fundamento esencial en las ideas de la Escuela Positiva y el desarrollo de la dogmática penal. Lográndose, más que una definición de delito, señalar los elementos que deben estar presentes en el mismo: acción u omisión como base, la tipicidad (y el tipo penal), la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad.

La culpabilidad es un elemento del delito que consiste en atribuirle a la persona el hecho delictivo realizado por ella. Definición esta que ha variado en dependencia de los criterios de los diferentes autores y las posiciones adoptadas, entre las que se encuentran: la concepción psicológica, la normativa y la mixta. La posición predominante, hasta que surge el finalismo, consideró a la culpabilidad como el reproche que se le hace a una persona imputable, por haber actuado en contra de las normas, y como sus formas: al dolo y la culpa. Con el surgimiento de la teoría finalista de la acción, el dolo y la culpa se encuentran en la descripción de los tipos penales, limitándose la culpabilidad solo a sus requisitos, capacidad física y psíquica del sujeto, conocimiento de la antijuridicidad y exigibilidad de un comportamiento distinto, que le es atribuible a la persona.

En la parte especial del Código penal cubano, al aplicar la intención y la imprudencia en los tipos penales, lo hace en la forma siguiente: tipos penales que no expresan el elemento subjetivo, tipos penales expresamente intencionales, tipos penales intencionales de dolo específico, tipos penales por imprudencia, así como otras modalidades; no existe una relación directa entre lo establecido en la regla de la parte general y su aplicación en los tipos penales, lo que provoca dificultades y confusiones en la aplicación de los preceptos legales a hechos concretos.

La ley penal sustantiva cubana en los títulos VIII, “Delitos contra la vida y la integridad corporal” y XIII, “Delitos contra los derechos patrimoniales”, confirma esta variedad de formulaciones del elemento subjetivo en los tipos penales: de 43 tipos estudiados, 20 de ellos no expresan el elemento subjetivo; 15 son intencionales de dolo específico; 6 configurados de forma intencional; así como uno imprudente y uno más, de la modalidad de delito de resultado más grave que el querido. Lo cual demuestra la necesidad del perfeccionamiento de la norma penal sustantiva cubana en su parte general para su posterior aplicación en los tipos penales.

La eximente del miedo insuperable como una causa de inexigibilidad de la responsabilidad penal

YORUANYS SUÑEZ TEJERA

Introducción

EL delito es un fenómeno histórico-social. En el Artículo 8 del Código penal cubano¹ se define como toda acción u omisión socialmente peligrosa, prohibida por la ley bajo conminación de una sanción penal. Además, el sujeto debe ser culpable,² pues en caso contrario, la conducta cometida por el mismo no conlleva la imposición de una pena.

De acuerdo con Pérez de Agreda, criterio al que me afilio, la culpabilidad es [...] *la atribución, el reproche y la imputación subjetiva de un hecho antijurídico a su autor.*³ Los elementos que deben concurrir para que se pueda apreciar son: la imputabilidad, el conocimiento virtual de la antijuricidad y las condiciones normales de exigibilidad.

En cuanto al último, Sebastián Soler⁴ manifiesta que ha de estimarse toda vez que el Derecho penal no le puede exigir a los hombres la ejecución de una conducta heroica. En consecuencia, no se

1 Cfr. Ley No. 62, Código penal de Cuba, de 29 de diciembre 1987, publicado en la Gaceta Oficial especial No. 3, de 30 de diciembre de 1987, con las modificaciones introducidas por el Decreto Ley No. 175 de 17 de junio del propio año, publicado en la Gaceta Oficial No. 6 de 26 de junio de 1997.

2 La culpabilidad aparece y se consolida con el positivismo en la segunda mitad del siglo XIX. Se desarrolla a partir de la noción psicológica, y transita sucesivamente a la normativa del neokantismo, al finalismo wetzeliiano y, finalmente, a la normativa absoluta del funcionalismo alemán. En sus inicios era concebida de forma subjetiva; luego, es objetivada. Santiago Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, cuarta edición, Editorial Tecfoto, Barcelona, 1996, p. 611.

3 Dicho autor asume un criterio normativo de la culpabilidad. Vid. Gabriel Rodríguez Pérez de Agreda: "La culpabilidad ¿un concepto en crisis?", *Revista Cubana de Derecho*, No. 16, julio-diciembre de 2000, La Habana, p. 32.

4 Sebastián Soler: *Derecho penal argentino*, t. 2, actualizado por Guillermo J. Fierro, décima reimpresión, Editorial Argentina S. A., Buenos Aires, 1992. p. 121.

considera punible al que en circunstancias de apremio ha adoptado por el camino del mal ajeno en vez del propio. En virtud de ello, el sujeto que reúne las características que fundamentan el juicio de reproche, puede quedar exento de responsabilidad cuando se determine que, debido a las circunstancias concurrentes, no cabría exigirle que actuara en forma distinta a como lo hizo.⁵

En consecuencia, para que se le pueda reprochar una conducta a su autor, el mismo ha de tener libertad de voluntad y, además, ha de estar motivado por la norma. De darse los aludidos supuestos, se estaría, entonces, ante un caso en el que no se ha de exigir responsabilidad penal por apreciarse una causa de inexigibilidad.

Respecto a la inexigibilidad, esta se concibe toda vez que el Derecho puede exigir la realización de comportamientos más o menos difíciles, pero no imposibles. Toda norma jurídica tiene un ámbito de exigencia, fuera del cual no es racional reclamar responsabilidad alguna. Por tanto, cuando la obediencia a la ley pone al sujeto fuera de sus límites, el comportamiento antijurídico no será culpable y, consecuentemente, deberá ser eximido de responsabilidad penal.

Entre las eximentes que regula el Código penal cubano se encuentra el miedo insuperable.⁶ Dicha figura responde a una situación de inexigibilidad, toda vez que no se le puede exigir responsabilidad al individuo a pesar de tener capacidad para conocer y adecuar su actuación conforme con el Derecho, por encontrarse en un estado de miedo tal que lo conlleva a cometer un delito. Por lo tanto, no le es exigible la ejecución de una conducta distinta, aunque pudiese haberla realizado.

La Ley, al regular la aludida eximente, en algunos casos es imprecisa y, en otros, es contradictoria. Por ello, en la práctica judicial cubana existe indeterminación en el momento de apreciarla. La infrecuencia de su empleo es la mejor expresión de las dificultades que prevalecen al aplicarla. Como el juez no tiene claridad sobre los elementos que deben concurrir para constituir válidamente la

5 Eugenio Raúl Zaffaroni: *Tratado de Derecho penal*. Parte general, t. 4, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1999, p. 45.

6 En el artículo 26.1. se establece que “está exento de responsabilidad penal el que obra impulsado por miedo insuperable de un mal ilegítimo, inmediato e igual o mayor que el que se produce”.

eximente objeto de análisis, en ocasiones sus pronunciamientos son discordantes; en otras, no se pronuncia con relación a la misma cuando debería y, de hacerlo, algunas veces la confunde con otras eximentes. Mientras tanto, la doctrina nacional y foránea, de forma similar, no llegan a un consenso, lo cual favorece la incertidumbre predominante.

Debido a lo expresado se infringe el principio de seguridad jurídica, al ser uno de sus aspectos esenciales el que todos, tanto los poderes públicos como los ciudadanos, sepan a qué atenerse, implicando para el Derecho penal la existencia de una ley que describa un supuesto de hecho estrictamente determinado. Además, en los pronunciamientos del órgano judicial se produce falta de certeza jurídica, lo cual produce la sustitución de una norma por otra. Por ello, es propósito del presente trabajo valorar los elementos que han de integrar la eximente objeto de análisis como una causa de inexigibilidad de la responsabilidad penal para que pueda ser reconocida.

El miedo insuperable como una causa de inexigibilidad de la responsabilidad penal

La no exigibilidad de otra conducta por el Derecho penal no significa ausencia de una prohibición. Al contrario, solo se plantea en el ámbito de la culpabilidad después de que se haya comprobado la antijuridicidad del hecho.⁷ Los fundamentos de dicha causa son la falta de normalidad y de libertad en el comportamiento del sujeto activo. Hay situaciones en las que decae la culpabilidad pese a que el comportamiento antijurídico ha sido cometido por un autor imputable que tuvo conciencia virtual de la ilicitud, como sucede cuando el particular obró violentado por amenazas de sufrir un mal grave, supuesto en el cual la acción no es punible según el derecho vigente.⁸

De acuerdo con Sebastián Soler,⁹ lo anterior suele explicarse como un supuesto en el que decae la culpabilidad porque no es posi-

7 Raúl Plascencia Villanueva: *Teoría del delito*, Editorial Universidad Autónoma de México, México, 2000, p. 175.

8 Sebastián Soler: *Op. cit.*, p. 149.

9 *Ídem*, pp. 150-151.

ble formular reproche al autor, ya que no le era exigible que obrara en forma distinta. En consecuencia, dicha idea equivale a asimilar la noción de culpabilidad a la inexigibilidad de otra conducta.

Se trata de un supuesto en el que se produce una traslación de un peligro de una esfera carente de responsabilidad a otra que tiene el mismo *status* jurídico. De ahí la tradicional dificultad que, desde siempre, ha existido para reconocer este tipo de eximente, pues en cierta forma se trata de no aceptar el propio destino, para transferirlo a un tercero.¹⁰

La dificultad aumenta en el caso de aquellos ordenamientos jurídicos que, como el cubano, tienen varias eximentes con características semejantes para tratar la problemática que plantea este tipo de facultad de autoprotección. Lo expresado se debe a la dificultad inherente a su fundamentación relativa a su diferenciación.

La elaboración teórica sobre la naturaleza jurídica del miedo insuperable presenta una gran diversidad de pareceres, que de acuerdo con Varona Gómez,¹¹ prácticamente agotan todas las posibilidades existentes al respecto. Ello parece ser reflejo de la siempre discutida ubicación sistemática de las excusas, al representar estas la línea fronteriza entre la justificación, exculpación e, incluso, la simple atenuación de la pena.

La falta de consenso en la doctrina en torno a su determinación como eximente de la responsabilidad penal, si bien en otros textos normativos¹² su previsión se realiza a través de la coacción,¹³ ha traído como consecuencia su confusión con otras figuras. Según se expresó antes, existen tres criterios fundamentales respecto al

10 Daniel Varona Gómez: "El miedo insuperable y la ética del hormiguero: reflexiones sobre el papel de las eximentes fundadas en la inexigibilidad de otra conducta", *Revista de Estudios de la Justicia*, No. 12, 2010, p. 2.

11 Daniel Varona Gómez: *El miedo insuperable una reconstrucción de la eximente desde una Teoría de la Justicia*, primera edición, Editorial Comares, 2000, p. 59.

12 V. gr. El Código de Panamá en el Artículo 37, el Código de Colombia en el Artículo 40, inciso 2do, y el Código de Brasil en el Artículo 22.

13 Entre la coacción y el miedo insuperable, según Renén Quirós Pérez, hay una real identificación. La esencia de ambas eximentes es la coerción, el ataque a la voluntad ajena, la cual se pliega al querer de quien la constriñe. El miedo insuperable, en última instancia, puede ser concebido como la vía para ejercer la coacción. *Vid.* Renén Quirós Pérez: *Manual de Derecho penal general*, t. III, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005, pp. 383-384.

tema. El que la considera una causa de justificación, el que estima que es una causa de inimputabilidad y aquel que la cataloga como una causa de inculpabilidad.

El criterio que el miedo insuperable constituye una causa de justificación¹⁴ es asumido por varios autores,¹⁵ y se basa en que la eximente constituye un particular caso de estado de necesidad, por cuanto la alusión a la equivalencia de los males obliga a un inmediato paralelo con el requisito de la proporcionalidad de bienes en la eximente antes referida, de idénticos presupuestos objetivos cuantitativos.

Dicho argumento es insuficiente, por cuanto según enuncia acertadamente Paredes Vargas,¹⁶ la antijuricidad pone en juego una variedad de valores y principios que si se invoca una causa de justificación, la víctima no podría defenderse legítimamente. Pues faltaría el presupuesto de la agresión ilegítima, por lo cual el argumento es débil, ya que hay recursos como el estado de necesidad defensivo y la autoría mediata para dichos casos.

Con este parecer, la necesidad de la pena deja de ser un principio regulativo general y se convierte en fundamento de merecimiento de pena, al sustituir la función específica del bien jurídico. Lo expresado implica una confusión tanto del injusto como de la culpabilidad, pues no se consideran con precisión los problemas referentes a

14 Las causas de justificación convierten en lícita una conducta que es ilícita; mientras que en el miedo insuperable el hecho cometido por el sujeto actuante es ilícito. Renén Quirós Pérez: *Manual de Derecho penal*, t. II, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002, pp. 295-296.

15 Entre los que se encuentra Bernaldo de Quiroz y Enrique Gimbernat Ordeig. El primero, considera el miedo insuperable como causa de justificación y como una de las formas de estado de necesidad. Cfr. *Miedo insuperable*, *Enciclopedia Jurídica Española*, vol. XVII, pp. 258-259. El segundo, equipara el miedo insuperable a situaciones reconocidas por el Derecho en las que la ejecución de un hecho típico se encuentra permitida. Vid. Enrique Gimbernat Ordeig: *Estudios de Derecho penal*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.

16 Para el citado autor los que postulan la aludida opción lo hacen desde un criterio preventivo-general estricto. Vid. César Augusto Paredes Vargas: "La eximente del Miedo Insuperable en el Código penal peruano de 1991. Su aplicación por los Juzgados y las Salas Penales de Junín", tesis presentada para optar por el grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2002.

la motivación del sujeto al actuar, que fue el que produjo un injusto y con conciencia de ello.

Gimbernát Ordeig¹⁷ plantea, igualmente, que dicha eximente debe ser considerada como una verdadera causa de justificación. Desde esta perspectiva equipara al miedo insuperable a situaciones reconocidas por el Derecho en las que la ejecución de un hecho típico se encuentra permitida, es decir, suponen normas permisivas, que autorizan, bajo ciertos requisitos, la realización de actos normalmente prohibidos. Se trata de normas dirigidas a situaciones específicas que excluyen la antijuricidad de un determinado comportamiento típico. Pero no se puede confundir al miedo insuperable como causa de justificación, la naturaleza de unas y otras causas, difiere.

En virtud del mismo, no se convierte el hecho en legal, sino, se mantiene antijurídico; el miedo insuperable, a diferencia de las causas de justificación, recae en el individuo, no en el acto realizado por él. Es evidente que por extraordinaria que sea la presión motivacional ejercida por el miedo, nunca podrá determinar que la lesión de un bien jurídicamente protegido se transforme en algo lícito y admitido por el ordenamiento jurídico, aunque se exculpe al sujeto que lo cometió.¹⁸

A partir de un planteamiento dogmático diverso de la teoría del delito, Gimbernát Ordeig¹⁹ incluye la eximente dentro de las causas de justificación, frente a la opinión mayoritaria en la dogmática, que califica al miedo insuperable de causa de exclusión de la culpabilidad. Según su opinión, el miedo insuperable tiene la naturaleza jurídica de ser una causa de inculpabilidad, porque en tales supuestos el sujeto es susceptible de motivarse mediante la pena. En este no ocurre que el Derecho no pueda motivar a determinados sujetos a evitar un hecho, sino que no quiere hacerlo frente a nadie.

Gómez Benítez,²⁰ al coincidir con Gimbernát Ordeig, plantea que solo las personas no motivables por el Derecho penal actúan sin culpabilidad. Lo cual no sucede en las situaciones de miedo insupe-

17 Enrique Gimbernát Ordeig: *Op. cit.*

18 *Ídem.*

19 *Ibidem*, pp. 65-66.

20 Juan Manuel Gómez Benítez: *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1984, pp. 435 y ss.

nable, al menos si no se les considera como situaciones de trastorno mental transitorio. En dichos casos, el sujeto es motivable y la norma penal, podría, por tanto, intentar inhibir a las personas a actuar típicamente. En consecuencia, de acuerdo con su parecer, el miedo insuperable no es una causa de inexigibilidad de conducta distinta, sino de justificación del hecho.

Para Bacigalupo,²¹ el miedo insuperable es un caso particular del estado de necesidad excluyente de la atribuibilidad, por lo que resulta una eximente superflua. El miedo o situación coactiva generada por una amenaza no sería sino la consecuencia subjetiva que proviene de la situación de necesidad en la que hay que elegir entre sufrir un mal o causarlo, por lo que colisiona el bien jurídico amenazado y el que es necesario lesionar para evitar el primero.

Otros autores sostienen que el miedo insuperable es una causa de inimputabilidad, basándose en que el carácter de insuperable que ha de caracterizar al temor que se experimenta, solo es compatible con una situación psíquica del individuo, rayana con el trastorno mental transitorio. El punto de partida del aludido criterio se sitúa en la existencia de un trastorno psíquico que anula las facultades volitivas y cognitivas de la persona afectada. Desde dicha perspectiva, se considera que la vivencia del miedo origina un verdadero *shock* psíquico en el afectado, que deriva en un estado de inimputabilidad momentánea o, incluso, en la pérdida de las facultades de acción del sujeto.²² Dicho criterio haría superflua la eximente objeto de análisis, porque se hallaría comprendida en la eximente de enfermedad mental.

De esa forma, para Jiménez de Asúa, cuando el miedo sitúa al sujeto en un estado de pánico que sustrae al individuo sus facultades de conocer el alcance de su actuar y anula totalmente su capacidad de raciocinio, ciertamente se puede hablar de un trastorno mental transitorio. Pero ante dicha situación se dejaría atrás la eximente de miedo insuperable; esos miedos quedan excluidos de la protección que ofrece la no exigibilidad.²³

21 Enrique Bacigalupo: *Principios de Derecho penal*, 5ª. ed., Madrid, 1998, pp. 290 y ss.

22 Daniel Varona Gómez: *El miedo insuperable, una reconstrucción...*, op. cit., p. 60.

23 Luis Jiménez de Asúa considera que para poder apreciar la eximente de miedo insuperable, debe quedar anulada las capacidades volitivas e intelectuales del

Para Groizard,²⁴ la violencia moral lleva hasta un punto tal, que al dominar la voluntad del agente en una dirección dada, se constituye en causa general de justificación. Afirma que la voluntad cohibida es voluntad; pero donde hay voluntad cohibida, no hay libertad, y donde no hay libertad en la acción, no hay delito. Sin duda, se refiere al miedo que anula absolutamente la voluntad, y en consecuencia la libertad como causa de inimputabilidad.

En las causas de inimputabilidad no hay agente capaz, es decir, el autor de la acción ilícita no es responsable, hay inimputabilidad, o lo que es lo mismo, ausencia de delincuente. Tales supuestos deben reconducirse al trastorno mental transitorio o a la enajenación mental, con lo que se limitaría la eximente del miedo insuperable a los supuestos de inexigibilidad.

El que sustenta que la eximente constituye una causa de inculpabilidad²⁵ alude a aquellos casos en los cuales el sujeto resuelve entre un número restringido de posibilidades, pero resuelve él. El miedo insuperable repercute sobre la relación psicológica del autor con su acto, afecta su capacidad volitiva de querer, por cuanto el sujeto actúa bajo los efectos de la amenaza de un peligro o daño que lo constriñe a actuar en forma tal que de no haber mediado la situación de miedo no lo hubiera hecho.

En la doctrina²⁶ prima como opinión mayoritaria aquella que conceptúa el miedo insuperable como una causa de inculpabilidad, al derivar su ordenación sistemática de su principio fundamentador consistente en la inexigibilidad de otra conducta. Santiago Mir Puig²⁷ sostiene que el espacio propio de la eximente de miedo insu-

sujeto. Luis Jiménez de Asúa: *Tratado de Derecho penal*, Editorial Lozada S.A., t. III, Buenos Aires, 1977.

24 Alejandro Groizard: *El código penal de 1870 concordado y comentado*, t. I, Madrid, 1986, pp. 266 y ss.

25 Las causas de inexigibilidad son de naturaleza subjetiva y personal cuando media una causa de inexigibilidad; la exención de responsabilidad no se extiende a todos los que han intervenido en el hecho, por cuanto contribuyen a la realización de un hecho ilícito; por lo demás, se les exige responsabilidad civil.

26 Carmelo Madrigal García y Juan Luis Rodríguez Pons: *Derecho penal. Parte general*, Editorial Capreri S. L., judicatura, Madrid, 2004, pp. 10-13.

27 Santiago Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, cuarta edición corregida y puesta al día con arreglo al Código penal de 1995, p. 614.

perable solo se encuentra al concebirla como una causa de inexigibilidad, distinta tanto de las que excluyen la imputabilidad como del trastorno mental transitorio o el estado de necesidad. No se trata de que el sujeto pierda su lucidez mental y sea exclusiva su imputabilidad, sino de que se encuentre sometido a la amenaza de un mal intersubjetivamente insuperable.

Al respecto, Higuera Quimera²⁸ afirma que es una causa de inexigibilidad, pues según su criterio, se aprecia cuando la persona comete un delito en virtud del miedo insuperable. En dichos casos, aun cuando se comete una acción típica y antijurídica no se es culpable porque no se le puede exigir a su autor, en esos casos, una conducta distinta.

Según el citado autor, la responsabilidad penal no solo decae cuando el sujeto del injusto se encuentra en condiciones psíquicas distintas a las normales, sino también cuando actúa en una situación motivacional anormal a la cual el hombre medio hubiera sucumbido. Refiere entonces, que se ha obrado en situación de no exigibilidad, porque se entiende que el Derecho no considera exigible a nadie resistir a una presión motivacional excepcional que el aludido hombre no podría soportar, pues las conductas heroicas no son exigibles.²⁹

Cuando el sujeto se encuentra en condiciones psíquicas anormales, se trata de la falta de capacidad del sujeto para comprender el sentido de la norma y actuar acorde con ella, no hay capacidad de culpabilidad, y sería, por tanto, causa de inimputabilidad. Sin embargo, ocurre distinto con la anormalidad motivacional a que se refieren las causas de inexigibilidad, las cuales no surgen de una anormalidad en el sujeto, ya sea permanente o transitoria, sino de una anormalidad en la situación, que influye en el sujeto y, por tanto, en su actuar. Dentro de dichos fundamentos se debe entender la naturaleza jurídica del miedo insuperable como causa de inexigibilidad.³⁰

Desde la perspectiva del miedo insuperable como causa de inexigibilidad, este es asimilado en tanto se trata de una situación que,

28 Juan Felipe Higuera Quimera: *La eximente de miedo insuperable en el Derecho penal común y militar español*, Editorial Bosch, Barcelona, p. 82.

29 Idem, p. 608.

30 Santiago Mir Puig: *Derecho penal, Op. cit.*, p. 615.

sin anular totalmente la capacidad de raciocinio del sujeto, lo coloca en un estado en el que solo le es posible reaccionar, al incurrir en una conducta tipificada como delito, y de la cual no le es exigible una conducta distinta, acorde con el Derecho, por las condiciones que conllevaron a su obrar. Pero la no exigibilidad de una determinada conducta a un sujeto, no implica que no sea antijurídica y esté prohibida.

Al decir de Mir Puig, la inexigibilidad de un comportamiento no supone la ausencia de su prohibición. Pues, si bien el Derecho no puede exigir de los ciudadanos la realización de conductas heroicas, no puede, por ello, dejar de motivarles en las situaciones extremas, que pueden abocar esas conductas en contra de la realización del delito, por si logra determinarlos en el sentido preferido por el Derecho.³¹

Dicha concepción parte de la posición clásica de la teoría normativa de la culpabilidad, con arreglo a la cual, el sujeto que reúne las características que fundamentan positivamente el juicio de reproche puede quedar, sin embargo, exento de responsabilidad criminal cuando se llegue a la conclusión de que debido a las circunstancias concurrentes no cabría exigirle que actuara en forma distinta a como lo hizo. En el caso del miedo insuperable, la actuación, conforme con la ley, es inexigible toda vez que el sujeto no puede cumplir con el mandato legal, puesto que la conducta realizada es razonable, adecuada a las circunstancias del caso concreto y a modelos moral-normativos presentes en la sociedad.

La eximente de miedo insuperable ha de tratarse como una causa de inculpabilidad, ya que el fundamento en el que se ampara, situado en el principio de inexigibilidad, implica una apelación a consideraciones propias de la perspectiva personal del conflicto. La persona que obra en situación de miedo insuperable otorga, en definitiva, mayor peso a unos determinados intereses porque estos le pertenecen a él mismo o a personas por la que siente una especial vinculación. La base de la exigibilidad radica en la idea de que para decidir un determinado conflicto de intereses se ha de tener en cuenta la perspectiva personal del afectado por el conflicto y, por ello, las eximentes fundadas en este principio pertenecen a la culpabilidad.

31 Santiago Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, Editorial Tecfotó, 1996, p. 609.

Del análisis realizado se puede concluir que la eximente del miedo insuperable es una causa de inexigibilidad toda vez que el sujeto actúa bajo los efectos de la amenaza de un mal que lo constriñe a comportarse en forma tal que de no haber mediado el miedo no lo hubiera hecho. Por tanto, los elementos esenciales de esta son: el miedo y el mal causante y resultante del primero.

Surgimiento y evolución histórica de la eximente del miedo insuperable en el Derecho penal cubano

El miedo insuperable, como una causa de inexigibilidad de una conducta, muestra sus primeros pasos en la antigua Roma, la que llegó a dominar todo el mundo antiguo occidental y, por ende, su Derecho se convierte en la norma de muchos pueblos diferentes, los que contribuyeron a darle su amplitud y universalidad. El Derecho romano reguló el miedo insuperable gracias a jurisconsultos como Celso, Labeón y Gayo. El pretor Octavius la reguló a través de la introducción de una innovación jurídica: la acción *metus causa*, por causa de miedo. En aquel entonces no se declaraba exento de responsabilidad al que obrare impulsado por cualquier clase de miedo, sino que se exigía la *vanis temoris*, es decir, que fuese propulsado por un temor de un mal mayor y no por un temor insignificante.³²

Al analizar la influencia del Derecho romano en España, se advierte la expansión de tales modelos legales a la isla de Cuba, al iniciarse entre los años 1510 y 1511 la conquista de la isla por un contingente castellano al mando de Diego Velázquez. Desde enton-

32 Las constituciones imperiales constituyeron la única fuente formal del Derecho romano. La labor codificadora, inicialmente privada y posteriormente oficial, tuvo su más alta expresión y colofón histórico en la Codificación Justiniana. La misma se corresponde con un período de franca decadencia social y económica y en consecuencia, jurídica y científica, que demandaba la adopción de medidas organizadoras del disperso, inestable y poco científico orden jurídico vigente. Esa tendencia compilatoria, como imperativo histórico, se venía gestando con anterioridad, de forma que las obras de Salvio Juliano, Gregorio, Hermógenes y Teodosio, son consideradas jalones de un largo camino, expresión de una necesidad social que solo culminó históricamente Justiniano. *Vid.* Colectivo de Autores: *Manual de Historia General del Estado y del Derecho*, segunda parte, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p. 19.

ces, los monarcas españoles gobernaron a Cuba como provincia española, según su voluntad y leyes. Así, comienza el proceso de colonización y dominación de estas tierras por España. La llegada de los colonizadores representó el surgimiento de nuevas relaciones entre indios y colonos. Lo cuales se apoderaron de las riquezas del país, promovieron la expansión del comercio y el desarrollo de la agricultura. Convirtieron a Cuba en una base de abastecimiento para sus expediciones a México y la Florida.

En tales condiciones, los aborígenes de la isla prácticamente se extinguieron a mediados del siglo XVI, como resultado de la explotación que sufrieron, así como de las enfermedades que los españoles trajeron consigo. Mientras, los colonizadores dirigían todo lo concerniente a la administración colonial, para ello fue necesario, la implementación de normas jurídicas que se atemperaran al sistema de gobierno y al tipo de Estado sustentado en la división de clases que pretendían trasplantar a las colonias del nuevo mundo. Durante el referido período rigieron las Ordenanzas Reales de Castilla de 1484, así como la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias, promulgadas en 1680. Además, el Real y Supremo Consejo de Indias, el cual tenía entre sus funciones la jurisdicción civil y penal.³³

En dicho Código, emanado del poder del Rey, los homicidios dolosos se castigaban con pena de muerte. Pero se admitieron algunas causas eximentes: matar al enemigo conocido, al adúltero o al corruptor de la hija, al ladrón fugitivo con la res furtiva, y en defensa del señor y de ciertos parientes.³⁴ Aunque no hace alusión al miedo insuperable, regula la posibilidad de eximir de responsabilidad penal al agente de un hecho delictivo. Por lo que constituye un antecedente directo de lo que hoy se conoce como causas eximentes de la responsabilidad penal.

Se reconocen eximentes como la legítima defensa, tratada al definir los homicidios; la muerte del ladrón o incendiario nocturno; el estado de necesidad, que se formula de modo general, al causar daño para defenderse o defender sus cosas y, de modo particular,

33 Colectivo de Autores: *Manual de Historia General del Estado y del Derecho*, op. cit., pp. 11-12.

34 Luis Jiménez de Asúa: *Tratado de Derecho penal*, t. I, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1977, p. 535.

cuando para impedir que el incendio se propagase se permitía la demolición de la casa intermedia entre la propia y la que ardía, así como dar muerte a una mujer adúltera por el marido o padre. Se proclama, además, la irresponsabilidad del loco, del furioso y del desmemoriado, del menor de catorce años en los delitos de lujuria, de los menores de diez años y medio en todos los demás, y del embriagado que hablaba mal del Rey.

Las Partidas,³⁵ concretamente, enfatizaban las clases de miedo que posibilitaban la exención. La Ley VII, Título XXXIII, párrafo 7, explicaba como únicos motivos, el miedo a la muerte, a tormentos corporales, a la enervación de un miembro, a la pérdida de libertad o a la desacreditación moral.³⁶ Dicho Código consagraba en el Libro XII al Derecho penal, y en él se hallaban algunos preceptos, sobre todo, los de tiempos de Carlos III, que denotaban en sus autores el conocimiento de las tendencias humanizadoras que en otros países se preveían.³⁷

Posteriormente, el Código penal español de 1822, en el Artículo 21 exigía que el mal con que se amenazara fuera inminente y tan grave que bastare para intimidar a un hombre prudente y dejarlo sin arbitrio de obrar. Al modificarse la citada norma, en 1870,³⁸ sus preceptos aludían expresamente a dicha eximente, y en el Artículo 8, apartado 10, se señalaba que era eximido de responsabilidad el que obrare impulsado por miedo insuperable de un mal igual o mayor.

El aludido Código se hizo extensivo a Cuba en 1879, y en el mismo se regulaba en el Capítulo II las eximentes de responsabilidad criminal, estableciendo en el Artículo 8.11 que no delinquía y por

35 Siete Partidas no recibió, en un principio, ese nombre sino que se conoció como Libro de las Leyes o Fuero de las Leyes. La obra es algo más que un código, por cuanto antes de presentar cada precepto hace la historia de este y ofrece la actualización del debate doctrinal que se haya establecido sobre el asunto que se regula. Se realizó desde el año 1256 a 1263. Se encuentra dividido en siete partes, subdivididas en 182 títulos y 1479 leyes. *Cfr.* Julio Fernández Bulté: *Historia General del Estado y el Derecho*, t. 2, La Habana, 2000, pp. 30-31.

36 *Ídem*, p. 537.

37 Luis Jiménez de Asúa: *Tratado de Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 563.

38 Publicado en la *Gaceta de La Habana* el 20 de junio de 1879. Este Real Decreto dispuso que el Código penal español de 1870 se aplicara en los territorios jurisdiccionales de las islas de Cuba y Puerto Rico.

consiguiente estaba exento de responsabilidad criminal el que obraba impulsado por miedo insuperable de un mal igual o mayor. Posteriormente, el Código de Defensa Social de 1936,³⁹ contemplaba la eximente de miedo insuperable en el Artículo 35g como una causa de inimputabilidad: “es inimputable el que obra impulsado por un mal ilegítimo igual o mayor”. A su vez, el Artículo 38f se limitaba a incluirlo como una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal.⁴⁰ Mientras que el Artículo 35f incluyó como eximente a quien obrara impulsado por una fuerza material exterior irresistible o mediante sugestión patológica o fuerza psíquica igualmente irresistible.

Con la victoria del 1 de enero de 1959, la Revolución quebró las bases del Estado burgués; se disolvió el viejo ejército y los demás cuerpos represivos; castigándose ejemplarmente a los principales responsables de los crímenes cometidos por la tiranía batistiana existente en aquel entonces. Se confiscaron los bienes de los malversadores del tesoro nacional y se democratizó la vida política, sindical y social del país. La nueva dirección, apoyada por las masas, se encargaría de convertir en leyes las tareas derivadas de su programa de lucha.⁴¹

En la primera mitad de la década de 1970 el país había logrado avances económicos tales como la mecanización de la agricultura cañera, el impulso de la construcción, la industria, la agricultura no cañera, por lo que dio nuevos pasos en la creación de la infraestructura para el desarrollo industrial. Lo expresado fue posible por la

39 Fue redactado por el doctor José Agustín Martínez y aprobado por la Comisión de Reformas Jurídicas y Políticas. El 10 de febrero de 1936 el Consejo de Estado lo aprobó y ordenó su publicación en la Gaceta Oficial, junto a la Ley de Ejecución de Sanciones y Medidas de Seguridad Privativas de Libertad, cuyo objeto era aplicar las sanciones determinadas en el Código. Entró en vigor el 8 de octubre de 1938.

40 Artículo 38.- De las circunstancias atenuantes que provienen del delito: f) Haber obrado por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebatos, miedo no insuperable, obcecación, ira incoercible o intenso dolor, no provocados por motivos antisociales.

41 Al respecto, Ramón de la Cruz Ochoa refiere que en esta etapa se manifiestan bajas tasas de delito económico y contra la propiedad. *Vid.* Ramón de la Cruz Ochoa: “La criminología y el derecho penal en Cuba después de 1959”, *Criminet, El Criminalista Digital*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, No. 1, 2000.

participación de las masas populares y la ayuda recibida del campo socialista en función del progreso económico y social; proclamándose el 24 de febrero de 1976 la Constitución socialista de la República de Cuba.

El Código de Defensa Social fue abrogado por la Ley 21, “Código penal”, de 15 de febrero de 1979,⁴² que entró en vigor en noviembre de ese propio año. En este se regula la eximente tratada, en el Libro Primero, Título V, “De la Responsabilidad Penal”; Capítulo III, “De las Eximentes de la Responsabilidad Penal”, Sección sexta. Recogía en el Artículo 26, lo concerniente al miedo insuperable al establecer que estaba exento de responsabilidad penal el que obrase impulsado por miedo insuperable de un mal ilegítimo, inmediato e igual o mayor que el que se produce. En la redacción del referido código se tuvo en cuenta, especialmente, la legislación penal de los países de la desaparecida comunidad socialista.

La Ley 21 de 1979 fue sustituida por la No. 62, “Código penal”, de 29 de diciembre de 1987, la que entró en vigor el 30 de abril de 1988 y rige actualmente. En dicha Ley, la institución tratada tiene similar redacción en igual libro, título, capítulo, sección y artículo a la de la norma derogada. La única diferencia está dada en que se añade, en un segundo apartado, que cuando el mal temido es menor que el que se produce, pero causa al agente por sus circunstancias personales un miedo insuperable determinante de su acción, el tribunal potestativamente puede rebajar hasta dos tercios el límite mínimo y máximo de la sanción imponible según el delito cometido.

En el año 1997, el Código penal de 1988, Ley No. 62,⁴³ fue modificado por el Decreto Ley No. 175 de 17 de junio del propio año.⁴⁴ La eximente objeto de estudio no sufrió variaciones manteniéndose así hasta la actualidad.

42 Promulgada el 30 de diciembre de 1978 y publicada en la Gaceta Oficial el 15 de febrero de 1979. Entró en vigor el 1ro de noviembre de 1979 y derogó el antiguo Código de Defensa Social.

43 Aprobada el 29 de diciembre de 1987.

44 Publicado en la Gaceta Oficial, No. 6, de 26 de junio de 1997, p. 40.

Valoraciones en torno a la eximente del miedo insuperable

La eximente se estructura sobre la base de dos elementos fundamentales: la existencia de una situación de miedo insuperable y la existencia del mal como la causa del miedo y la consecuencia de este.

Estructura de la eximente del miedo insuperable

a) Existencia de una situación de miedo insuperable.

El miedo insuperable, como eximente de la responsabilidad penal, se refiere al individuo con capacidad para conocer el alcance de su conducta y adecuar su actuación al Derecho, no a los inimputables, para los que se prevé la eximente del Artículo 20.1, con relación al 16.2 del Código penal; la cual alude a aquella situación que coloque al sujeto en un estado de miedo tal, que lo conlleve a cometer un delito. En el caso concreto del miedo insuperable, se trata de un estado psíquico que no anule su capacidad, sino la perturbe imposibilitándole reaccionar de otra forma.

En virtud de ello, se requiere que el sujeto obre impulsado por un miedo insuperable, un miedo que sin llegar a la anulación de la capacidad, no se pueda superar. José Antonio Sainz Cantero⁴⁵ plantea que las circunstancias externas deben interiorizarse y, por ende, deben precisarse sobre el proceso de determinación del agente. La Ley exige que el sujeto actúe impulsado por miedo insuperable, por tanto, el juez ha de asegurarse de que efectivamente falta en aquel la libertad de determinación necesaria para exigirle una condición distinta.

Por ende, el miedo ha de constituir una intensa y grave perturbación del funcionamiento de las facultades psíquicas para que se pueda estimar que impide al individuo la determinación libre de su voluntad. Establecer la aludida magnitud, es una cuestión complicada. Para ello, el órgano judicial sigue varios criterios: el objetivo y el subjetivo. Según el primero, será insuperable aquel miedo que no puede ser vencido por el hombre medio, por el común de los hom-

45 José Antonio Sainz Cantero: *Lecciones de Derecho penal*, t. III, Barcelona, 1985.

bres.⁴⁶ Para el segundo, la insuperabilidad se determina de acuerdo con el caso concreto y al hombre concreto.⁴⁷ Concebido así, la idea del miedo representa un estado psicológico personal, determinado por factores subjetivos; por cuanto no todas las personas son igualmente susceptibles de sentir con la misma intensidad sus efectos.⁴⁸

Al respecto, Zaffaroni⁴⁹ manifiesta acertadamente que “el límite del control del miedo no es igual frente al mismo estímulo para todas las personas, puesto que hay objetos más temibles para uno que para otros. Sin embargo hay sujetos a los que el derecho les exige el control del miedo frente a ciertos estímulos y no reconoce eficacia exculpante al estado de inimputabilidad en tales casos, salvo que el mismo responda a una perturbación morbosa, porque entiende que pudo y debió controlar esa situación y evitar caer en ese estado”.

En consecuencia, el miedo al que hace referencia la Ley, debe ser insuperable, ya sea por la imposibilidad personal de apartarse del estado de alteración psicológica creada por el mismo⁵⁰ o por la insuperabilidad del miedo que no podría superar el hombre medio en la situación del autor.⁵¹ Dicha teoría no debe ser plenamente aceptada, pues de aceptar la tesis del hombre medio, quedarían desprotegidas aquellas personas cobardes o asustadizas, las cuales no están enfermas ni tienen anuladas su capacidad intelectual ni cognoscitiva, sino que por sus condiciones personales pueden reaccionar ante determinada circunstancia de manera diferente a otras que no son asustadizas.

En otras ocasiones, el órgano jurisdiccional asocia el miedo insuperable al pánico y, sin embargo, no son lo mismo.⁵² El miedo insu-

46 Varios son los autores que se afilian a dicho criterio. V. gr. Antonio Ferrer Sama: *Comentarios al Código penal*, Murcia, 1947; y Santiago Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1985.

47 Varios son los autores que se afilian a dicho criterio. V. gr. Juan Córdoba Roda: *Comentarios al Código penal*, t. 1, Valencia, 1976, pp. 336-337.

48 Así lo muestra la sentencia No. 33 de 14 de marzo de 1962 dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular.

49 Eugenio Raúl Zaffaroni: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Editorial Cárdenas, México, pp. 138-139.

50 Juan Córdoba Roda: *Comentarios al Código penal*, t. I, Valencia, 1976, pp. 336-337.

51 Antonio Ferrer Sama: *Comentarios al Código penal*, Murcia, 1947, y Santiago Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1985.

52 Así lo muestran las sentencias No. 322, de 19 de octubre de 1956; No. 164, de 24 de mayo de 1957, y la No. 425 del 14 de octubre de 1952, dictadas por la Sala de

perable provoca que en el organismo se desencadenen síntomas que producen una inminente sensación de pérdida de control que supera la voluntad del sujeto y debilita su seguridad. Sin embargo, el agente no pierde su capacidad cognoscitiva y comprende la naturaleza de sus actos según se expresó antes. El pánico alude a un estado de terror, el cual sobrepasa los límites del simple miedo. Es una forma de miedo intenso en la que aparecen fenómenos fisiológicos y psicológicos coherentes con dicha emoción, pero en la cual el sujeto pierde la capacidad para comprender el alcance de sus acciones.

En cuanto a lo insuperable, es imposible establecerlo. No se puede medir la cuantía del miedo para determinar que este es insuperable, por lo menos no cuantitativamente. Es al tribunal al que le corresponde hacer una valoración cualitativa del mismo. Para ello, el juez, en algunos casos, analiza si el sujeto pudo sobreponerse al miedo, o no, lo cual es extremadamente subjetivo.⁵³

En torno al tema, Pérez González⁵⁴ estima, además, que la ley sustantiva asume un enfoque jurídico erróneo, toda vez que la insuperabilidad se configura cuando se produce un estado emocional al cual no puede dominar u oponerse la persona. Es decir, el término empleado no es consecuente con la eximente objeto de análisis, toda vez que representa la falta de capacidad del sujeto para calcular el alcance de sus acciones, lo cual es típico del trastorno mental transitorio. Por ello, propone emplear los adjetivos: intenso e influyente, en vez de insuperable.

lo Penal del Tribunal Supremo Popular en las que se consigna “[...] No hay base psicológica en qué apoyar el miedo insuperable; si la procesada no se encontraba bajo los efectos del terror, o estado anímico característico de esta eximente; habiéndose debido la reacción tan solo a un ímpetu motivado por la conducta engañosa y de abandono del que resultó occiso [...]”.

53 Cfr. Sentencias No. 5, de marzo de 1929; la No. 9, de abril de 1924, y la No. 9, de 17 de septiembre de 1934, todas del Tribunal Supremo Popular. En la segunda se describe que “[...] el miedo ha de nacer en presencia de un peligro cierto y de tal intensidad que no pueda el agente sobreponerse al mismo”. En la última se narra que “[...] para que concurra el miedo insuperable es preciso que sea de tal modo poderoso y grave que coaccionando la voluntad del agente le impida sobreponerse al temor que sufre, un mal igual o mayor; no puede nunca fundarse o deducirse del simple temor, nacido en el agente, de que pueda ser víctima de un daño que se desconoce en su naturaleza e intensidad”.

54 Ernesto Pérez González: *Manual de Psiquiatría Forense*, Ediciones ONBC, La Habana, 2005, p. 48.

Es posible que dicha fórmula sea más precisa y, a la vez, más fácil de establecer por los jueces al momento de reconocer la aludida eximente. Al entender por intenso, lo agudo o penetrante, y por influyente lo acreditado, podría entonces contribuir a una valoración acertada de la causa de exculpación conforme con su naturaleza jurídica.

b) Existencia de un mal como la causa del miedo y consecuencia de este.

En cuanto al mal que produce el miedo insuperable, según el Código penal, ha de ser inmediato. Al respecto, existen dos formas de establecerlo: el criterio temporal y el criterio causal. Para el primero, será inmediata aquella situación de peligro que por su estado de desarrollo y circunstancias, está próximo a materializarse el daño. Para el segundo, la inmediatividad del mal temido se concibe como un nexo de causa y efecto.

No se puede pasar por alto que el miedo puede surgir como efecto de la particular vivencia de un riesgo sin antecedente anterior. Pero, también se ha de valorar que dicho estado de miedo puede originarse como resultado de un lento y extenso proceso en el que el último estímulo, es decir, el desencadenante, puede tener escasa significación.⁵⁵ También puede ocurrir que una fuerte carga depresiva provoque una seria afectación en la psiquis del lesionado que con el tiempo desaparezca, pero no de tal modo que se excluya necesariamente la posibilidad de resurgir al presentarse otro contenido de conciencia similar. En consecuencia, el tribunal no aprecia la eximente en aquellos casos en los que el mal no es inmediato⁵⁶ cuando debiera hacerlo según lo expresado.

El tema de la realidad del mal temido, o no, también es suscitado. De lo que se trata es de determinar si el mal temido tiene que ser un fenómeno realmente existente en el medio objetivo o si también puede admitirse que sea imaginario, es decir, supuesto. En algunas ocasiones, en la práctica judicial, se ha requerido que el mal temido sea cierto, en el sentido de que debe presentarse al sujeto con su-

55 Renén Quirós Pérez: *Manual de Derecho penal general*, t. III, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005, p. 390.

56 Cfr. Sentencias No. 164 de 24 mayo de 1957 y la No. 3965 de 2004, ambas del Tribunal Supremo Popular.

ficientes características de objetiva realidad capaces de mover su ánimo amenazado, es decir, que el mal temido debe constituir una realidad fundada, un peligro apreciable de manera evidente, real y determinada.⁵⁷

Sin embargo, dicho criterio es insatisfactorio por su incompatibilidad con la naturaleza eminentemente subjetiva de la eximente. Lo razonable es admitir que la simple creencia de la existencia del mal, la mera sospecha de que pudiera realizarse, es suficiente para apreciarla. Lo expresado se fundamenta, de una parte, en que resulta más coherente con lo regulado en el Código penal el cual no lo exige; y, de otra, en que ha sido reafirmado por la práctica judicial en algunos de sus pronunciamientos.⁵⁸

La gravedad del mal temido, también, es un tema controvertido. El Código penal tampoco lo prevé y, sin embargo, la práctica judicial, en ocasiones, lo exige.⁵⁹ Para ello se basa en que solo un peligro grave, poderoso, puede originar la intensidad del miedo capaz de eximir de responsabilidad penal. Lo expresado está condicionado a la naturaleza del miedo que el mal temido debe engendrar en el sujeto.

No obstante, si se tiene en cuenta que la naturaleza de la eximente es subjetiva, habrá que llegar a la conclusión que, en realidad, la cuestión en examen no alude a que el mal sea grave en sí mismo, sino que sea lo suficientemente poderoso para cohibir la voluntad del agente, impidiéndole racional y naturalmente sobreponerse a él. Por tanto, la gravedad no radica en el peligro, es decir, en el mal temido, considerado en su aspecto objetivo, sino en el miedo que entraña ese peligro, considerado en su aspecto subjetivo, personal, con independencia de la objetiva gravedad del mal temido.

El Código penal exige, igualmente, que exista proporcionalidad entre el mal causado y el mal temido. Por tanto, el juez tiene que compararlos, lo cual no es siempre fácil de compatibilizar. Además,

57 Así lo muestra la sentencia No. 7 de 5 de enero de 1973, dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular.

58 *Cfr.* Sentencias No. 228 de 2 de octubre de 1959 y No. 6 de 13 de enero de 1969 del Tribunal Supremo Popular.

59 *Cfr.* Sentencias No. 326 de 15 de octubre de 1947, No. 164 de 24 de mayo de 1957 y No. 842 de 25 de agosto de 1975 del Tribunal Supremo Popular.

es irracional que se le pueda exigir a quien se encuentra en un estado emocional que no puede dominar ni oponerse, que calcule el alcance de sus acciones, tomando como patrón, precisamente, el peligro ilegítimo que lo ha colocado en tal estado emocional.⁶⁰

En cuanto a la ilicitud del mal que provoca el miedo, en primera instancia, se debe entender el mal como ilegítimo, es decir, no legal ni permitido, y que atente contra un interés socialmente protegido; el miedo no puede surgir de un mal que procede del ejercicio legítimo de un derecho o del cumplimiento de un deber jurídico, o en general de una condición que en el Derecho se valora positivamente, ya que en dicho caso el miedo debe tenerse por superable, resultando inatendible como eximente.

A pesar de que el legislador reconoce la existencia de tal estado emocional que obstaculiza su capacidad de decisión, en virtud de la norma, le exige que en tales circunstancias calcule el alcance de sus acciones. Esto es un tanto absurdo, porque a la vez que el citado precepto exige en el sujeto un estado que no le permite al individuo analizar ni calcular el alcance de su acción, ni superar ese miedo, pretende, mediante su segundo apartado, una supuesta capacidad de comparación entre ambos males. Las emociones no pueden cuantificarse. La exigencia del apartado segundo solo oscurece el sentido de la norma. Bastaría una amenaza de un mal grave que altere significativamente la psiquis del sujeto para que se den las condiciones necesarias de la eximente. Calificar la gravedad del mal, el alcance del peligro, la magnitud de la amenaza, la intensidad del miedo, es obra de los tribunales.

Diferencias existentes entre la eximente del miedo insuperable y la legítima defensa, el estado de necesidad y el trastorno mental transitorio

a) La distinción entre el miedo insuperable y la legítima defensa.

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.⁶¹ El Código penal cubano

60 Pérez González: *Op. cit.*, p. 48.

61 Claus Roxin: *Derecho penal. Parte general*, t. I, Editorial Civitas, p. 608.

en el Artículo 21, apartados 1 y 2, establece que está exento de responsabilidad penal el que obra en legítima defensa de su persona o derechos que impide o repele una agresión ilegítima, inminente o actual y no provocada. Deben concurrir los requisitos de necesidad objetiva de la defensa; proporcionalidad entre la agresión y la defensa, determinada en cada caso con criterios razonables, según las circunstancias de personas, medios, tiempo y lugar.⁶²

Para diferenciar las eximentes de legítima defensa y miedo insuperable se aducen dos argumentos. Primero, quien obra en legítima defensa, actúa legítimamente; mientras que quien obra bajo los efectos del miedo insuperable, no actúa justificadamente, el hecho sigue siendo ilícito, sino tan solo actúa de manera inculpable. Segundo, se ha afirmado que en la legítima defensa no es preciso entrar en el estudio de la situación psíquica en que el autor se hallaba en el momento del hecho; mientras que en el miedo insuperable, la exención se concede atendiendo al especial estado psíquico en que el sujeto se hallaba.⁶³

La distinción principal de las eximentes de miedo insuperable y de legítima defensa radica en la dirección que puede tomar la actuación del sujeto que experimenta la emoción de miedo, por cuanto el temor a un peligro, en sí mismo, es común a una y otra. La eximente de miedo insuperable no es apreciable cuando el sujeto, dominando por los impulsos del miedo, reacciona contra el causante del mismo. Además, le acomete con los medios que tiene a su alcance, porque en tal caso está fuera de duda que el miedo, lejos de ser insuperable, ha resultado vencido por el agente.

El sujeto, en tales condiciones, o sea, cuando reacciona contra quien constituye la fuente de donde proviene la situación de miedo podrá alegar, según las circunstancias que en la ejecución de los hechos hubieren concurrido, que se hallaba en situación de legítima defensa. Es erróneo estimar la concurrencia de la eximente de miedo insuperable cuando el sujeto dirige su actuación contra la propia fuente de la que emana el peligro; podrá ser apreciada, en su caso, la eximente de legítima defensa si concurren sus requisitos legales.⁶⁴

62 *Vid.* Artículo 21.1.2, Código penal cubano.

63 Renén Quirós Pérez: *Op. cit.*, t. III, p. 397.

64 *Ídem.*

b) La distinción entre el miedo insuperable y el estado de necesidad.

Respecto a la diferencia existente entre el miedo insuperable y el estado de necesidad, se han seguido dos teorías: la situación motivacional y la tesis que sitúa la diferencia en la distinta procedencia del mal. Según la primera, al decir de Antón Oneca, el estado de necesidad es compatible con la más perfecta serenidad de ánimo, mientras que el miedo insuperable radica en un estado emotivo especial, en el cual no es posible la reflexión; se trata de un estado emocional privilegiado.⁶⁵

Cuerda Arnau⁶⁶ expresa al respecto, que la diferencia radica en la alteración emocional que supone el miedo frente a la serenidad de ánimo del que actúa en estado de necesidad, lo que sucede es que se maneja un concepto tan restrictivo de miedo que lo acerca confusamente a las causas de inimputabilidad. Respecto a la segunda tesis, Rodríguez Devesa⁶⁷ sostiene que la diferencia con el estado de necesidad no puede obtenerse si no es pensando que el miedo ha de ser producido por la amenaza de una tercera persona que viene a insertar en la motivación que antecede a la resolución de voluntad un motivo extraño y de influencia decisiva.

La teoría penal suele comprender, en la esfera de la eximente de estado de necesidad, tanto la situación de necesidad creada por un acontecimiento natural como la que pueda provenir de la acción de un hombre. Es posible establecer un principio de distinción entre la acción coactiva y la acción necesaria, fundada en la naturaleza de la fuente de peligro. En la acción coactiva, la situación de necesidad proviene de una acción humana, de una amenaza, mientras que en el estado de necesidad se trata de un acontecimiento natural, de un hecho peligroso.⁶⁸

El Código penal cubano establece en el Artículo 22.1, que está exento de responsabilidad penal el que obra con el fin de evitar un peligro inminente que amenace su propia persona o la de otro, o

65 Vid. César Augusto Paredes Vargas: *Op. cit.*

66 María Luisa Cuerda Arnau: *El miedo insuperable, su delimitación frente al estado de necesidad*, p. 165.

67 José María Rodríguez Devesa: *Derecho penal español, Parte general*, 16ª. ed., p. 648.

68 Renén Quirós Pírez: *Op. cit.*, t. III, p. 399.

un bien social o individual, cualquiera que este sea, si el peligro no podía ser evitado de otro modo, ni fue provocado intencionalmente por el agente, y siempre que el bien sacrificado sea de valor inferior que el salvado.

Ante la colisión de dos intereses, expresa Santiago Mir Puig, actúa correcta y justificadamente quien salva uno de ellos; en todo caso, el peligro no podía ser evitado de otro modo y siempre para evitar un mal mayor sacrificando un bien jurídico de menor valor. No se trata de la presencia de un conflicto psicológico que afecte a la normalidad motivacional del sujeto, como ocurre en el miedo insuperable, el cual sí exige que la amenaza suponga una situación motivacional insuperable para una persona normal. En contrapartida, no ha de requerir que el conflicto de intereses se resuelva de forma objetivamente justificada. Entendida como causa de inexigibilidad, la eximente debe limitarse a través del criterio de lo exigible al hombre medio en la situación concreta del autor.⁶⁹

En el miedo insuperable, la salvación cometiendo el delito, es impuesta; en el estado de necesidad, es necesaria, sin que para ello medie ningún imperativo extraño, humano. La afirmación teórica de la confusión entre el caso de miedo insuperable y el de estado de necesidad parece no tomar suficientemente en cuenta la naturaleza de uno y otro hecho y, sobre todo, sus distintas consecuencias. En el caso del miedo insuperable no puede hablarse nunca con propiedad de la justificación objetiva del acto, el cual conserva, sin duda alguna, su valor antijurídico, al extremo de que la responsabilidad penal se desplaza del ejecutor material del acto al sujeto que lo coacciona.⁷⁰

La diferencia se ha pretendido hallar en que el Derecho, para no castigar, en el miedo insuperable solo mira el temor que constriñe la libre determinación de la voluntad del autor, que no autoriza a exigirle el respeto al bien jurídico ajeno. El sujeto actúa bajo los efectos de la amenaza de un peligro o daño que lo constriñe a actuar en forma tal que de no haber mediado la aludida situación no lo hubiera hecho. Se inhibe la voluntad del particular, aunque no se elimina la conciencia del mismo, el cual resuelve entre un número restringido

69 Mir Puig: *Op. cit.*, p. 614.

70 *Ídem.*

de posibilidades.⁷¹ Mientras que en el estado de necesidad atiende a que el autor obra para salvar un bien jurídicamente prevaleciente, lo que no solo lo coloca en la condición de un no subordinado contra el orden jurídico, como lo es el coaccionado, sino, además, en la de un cooperador para su mantenimiento.⁷²

c) La distinción del miedo insuperable y el trastorno mental transitorio.

Mir Puig⁷³ es del criterio que quienes aluden a la imputabilidad, se enfocan en el efecto perturbador de la lucidez mental que supone la vivencia del miedo. Basado en lo anterior, el fundamento de la exención sería la misma que explica el trastorno mental transitorio; con ello se vendría a convertir la eximente de miedo insuperable en modalidad del trastorno mental transitorio, pues produce el mismo efecto.

Pero, cuando se alude al miedo insuperable, no se trata de que el sujeto pierda su lucidez mental y sea excluida su imputabilidad, sino de que se halla sometido a la amenaza de un mal que el hombre medio no superaría, por mucho que tenga clara su conciencia y sea dueño de su voluntad. Ello basta para que concurra un miedo insuperable. Por otra parte, el miedo debe excluir su normalidad motivacional. El miedo no tiene que 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. El miedo no ha de entenderse como terror, basta que concurra un temor insuperable. Lo decisivo será el carácter insuperable de dicho temor, o no.⁷⁴

71 Así lo muestran las sentencias dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular correspondientes al 27 de marzo de 1889, 17 de agosto de 1903, 23 de agosto de 1904, la No. 25 de julio de 1931 y la No. 304 de 12 de noviembre de 1940. En la última se consigna “[...] siendo indispensable además que el miedo que se apodera del comisor sea no el corriente que solo puede significar un motivo de atenuación, sino que ha de ser insuperable, es decir, invencible, incontenible y además, el mal generador de este temor ha de ser cierto, grave, justificado, inminente y de igual o mayor entidad que el causado a la víctima; existiendo también un factor de orden subjetivo en el agente, que es forzoso tener en cuenta, ya que no todos los seres humanos son igualmente susceptibles de sentir con igual intensidad los efectos del terror o del miedo, influyendo en esta sensibilidad psíquica el carácter, temperamento y condiciones personales del agente.

72 Quirós Pérez: Tomo III..., *ob. cit.*, p. 400.

73 Mir Puig: *Op. cit.*, p. 614.

74 Así lo muestra la Sentencia No. 425 dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular el 14 de octubre de 1952, en la que se consigna “[...] No

En cambio, no habrá que tener en cuenta características patológicas del autor como neurosis o psicopatías, que dan lugar a un miedo patológico ante circunstancias en que el hombre normal lo superaría; entraría en juego el trastorno mental transitorio, excluyente de la imputabilidad. La eximente de miedo insuperable ha de reservarse para los casos en que no sería exigible al hombre medio actuar conforme con el Derecho. Supone una correspondencia entre la insuperabilidad y determinado estado psíquico provocado por el miedo dado, en el cual la libertad electiva queda limitada. Fuera de esos casos, solo cabe eximir en la medida en que falte la imputabilidad por razones personales.⁷⁵

Hay que tener presente, que en determinados casos de carácter excepcional, personas que por su profesión, preparación, o características innatas, son capaces de superar el miedo y actuar acorde con la Ley al realizar conductas heroicas, no se tipificaría un miedo insuperable. Pero de actuar contra el mal amenazante para evitar una supuesta lesión, de configurarse los requisitos exigidos para la legítima defensa, se podría estar en presencia de dicha eximente y, por ende, ante una causa de justificación; pues no se está en presencia de un estado de miedo.

En el trastorno mental transitorio, el sujeto actúa desprovisto de la facultad de comprender el alcance de sus acciones y de dirigir su conducta, el trastorno mental transitorio es producto de actos irreflexivos, carentes de toda motivación. En el miedo insuperable el sujeto no pierde su capacidad cognoscitiva, comprende la naturaleza de sus actos.⁷⁶

hay base psicológica en qué apoyar el miedo insuperable; si la procesada no se encontraba bajo los efectos del terror, o estado anímico característico de esta eximente; habiéndose debido la reacción tan solo a un ímpetu motivado por la conducta engañosa y de abandono del que resultó occiso”.

75 Mir Puig: *Op. cit.*, pp. 615-616.

76 Así lo muestra la Sentencia No. 298 dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular el 7 de octubre de 1943 en la que se consigna “[...] El miedo insuperable de un mal ilegítimo, actual o mayor es improcedente, porque no se deduce que las causas que determinaron su actuación, aunque turbaron su ánimo, en la creencia de que iba a sufrir nuevos maltratos, anularan totalmente la voluntad de su conducta, sino que presa de excitación extraordinaria que obcecó su mente, ante el temor de recibir dichos maltratos, pudo no obstante superarlo y reaccionar adoptando medidas de protección y defensa, y colocarse

La capacidad volitiva habrá podido quedar reducida a un mínimo inestimable, pero no puede decirse que ha desaparecido totalmente: él puede, incluso, negarse corriendo el riesgo que representa la materialización de la coacción. La coacción psíquica, en el miedo insuperable, hace alusión al enfrentamiento y oposición entre las dos voluntades en lucha, en la que una es de tal intensidad que reduce a límites insignificantes la capacidad.

Conclusiones

La inexigibilidad se concibe toda vez que el Derecho puede exigir la realización de comportamientos más o menos difíciles, pero no imposibles. Toda norma jurídica tiene un ámbito de exigencia, fuera del cual no es racional reclamar responsabilidad alguna. Por tanto, cuando la obediencia a la ley pone al sujeto fuera de sus límites, el comportamiento antijurídico no será culpable y, consecuentemente, deberá ser eximido de responsabilidad penal.

La eximente de miedo insuperable ha de tratarse como una causa de inculpabilidad, ya que el fundamento en el que se ampara, situado en el principio de inexigibilidad, implica una apelación a consideraciones propias de la perspectiva personal del conflicto. La persona que obra en situación de miedo insuperable, otorga, en definitiva, mayor peso a unos determinados intereses, porque estos le pertenecen a él mismo o a personas por las que siente una especial vinculación.

El miedo insuperable se concibe como el constreñimiento psíquico que un mal ilegítimo e inminente ejerce sobre la voluntad del sujeto, lo cual violenta sus determinaciones en términos tales que suprime la voluntariedad del acto, aun cuando no elimina la conciencia del sujeto. Se trata de un estado coactivo de orden psíquico que inhibe la voluntad del sujeto y lo lleva, obedeciendo a esa situación de coacción psicológica, a obrar contraviniendo las normas jurídico-penales.

en situación de eximirse de responsabilidad por causa de justificación al impedir la agresión, lo que constituye causa distinta [...]”.

Imputabilidad, imputación objetiva y el dilema de la libertad

LÁZARO ENRIQUE RAMOS PORTAL

Introducción

ABORDAR este tema en un número reducido de cuartillas, nos parece difícil, pues todo aquello que no pretende respuestas exactas sino reflexiones audaces, deducciones lógicas o nuevos parámetros de análisis, hace desbordar la teoría hacia zonas insospechadas, y terminamos pensando que lo que hagamos es poco para hacernos entender.

La temática de referencia es hoy, desde hace mucho tiempo, una de las más problemáticas en cuanto a su comprensión y desarrollo, por tanto, trataremos de dibujar un croquis que ayude a reflejar las principales aristas de esta institución, y como somos partidarios de buscar más allá del estricto conocimiento generado dentro del Derecho penal, pretenderemos sombrear alguno de sus detalles con toques de multidisciplinariedad.

Muchos penalistas optan por cerrarse a los conocimientos que pueden aportar otras disciplinas y negar la influencia de un pensamiento científico ajeno a esta materia, desconociendo que sus razones se mueven bajo la libertad de análisis que queda luego del condicionamiento de su propio saber. En este sentido, partiremos de un breve y antiguo punto controversial, como lo es la filosofía, a la vez que es aplicado en el terreno jurídico un método de análisis utilizado en otros fenómenos de la vida.

En ocasiones, presenciamos cómo los avances médicos o el desarrollo de la tecnología llegan rápido al Derecho penal a través de disciplinas afines, las que no siempre son auxiliares como la Criminalística o la Medicina Legal, pero las investigaciones desde las ciencias sociales deben pasar, casi siempre, a través de un puente llamado Criminología, que en ocasiones, puede ser muy largo, roto, viejo o abandonado; sin contar la subordinación a los fines de la política criminal y, por ende, a los mecanismos del poder punitivo.

Cabría preguntarse: ¿puede la psicología social aportar argumentos válidos para el estudio del crimen organizado? Consideramos que sí, aunque su análisis no sea pertinente en este escrito; o también cuestionarnos: ¿cuánto hay de Filosofía en la Política Criminal? ¿Por qué la imputación objetiva no ha obtenido todas las respuestas en el Derecho penal?, y entonces pensar que siempre quedará algo por ver.

Si pretendemos esbozar un análisis de la imputabilidad y de la muy polémica construcción de la imputación objetiva, debemos partir de los conceptos claves que la sustentan, pues la ubicación del contenido es importante para su conocimiento.

Hemos de precisar que no pretendemos dar respuestas ni soluciones definitivas, lo cual es casi imposible dentro del Derecho penal; solo queremos sentar bases para un estudio posterior donde armonice el conocimiento y la utilidad con la igualdad y la legalidad; sugiriendo que el saber multidisciplinario no está llamado a conformar la norma jurídica penal ni a llenar su contenido, sino a actualizar, renovar y mejorar la interpretación que, desde la dogmática, se realiza a esta.

La imputabilidad en un breve análisis

El profesor Quirós reconocía el doble significado que se le atribuye a este término y, consecuentemente, planteaba: *En el orden conceptual se hace referencia a la imputabilidad desde dos puntos de vista: la imputabilidad de la acción (el conjunto de condiciones que ha de reunir el hecho para poder atribuírsele a su autor); y la imputabilidad del sujeto (el conjunto de condiciones que ha de reunir el sujeto para que un hecho realizado por él, pueda atribuírsele).*¹

Luego, analizó el fundamento gramatical del término, y concluyó que en su primer significado, como condiciones del hecho, se ha consagrado su uso dentro del Derecho procesal penal, pero no así en el Derecho penal, que se ha referido fundamentalmente a la imputabilidad como capacidad del sujeto para “algo”; y termina el autor

1 Renén Quirós Pérez: *Manual de Derecho penal I*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005, pp. 215-216.

aglutinando, como necesarios para este, los válidos requisitos de capacidad de deber, de pena, de culpabilidad y de responsabilidad jurídico-penal.²

Aunque si bien es cierto que la cuestión de atribuir a un sujeto responsabilidad por la comisión de actos sancionados por la ley penal, forma parte esencial de la base de funcionamiento del sistema jurídico-penal, no se circunscribe solo al plano procesal, cuestión que se pone de manifiesto cuando el propio autor en sus valoraciones teóricas desarrolla el nexo causal como componente de la estructura de la parte objetiva del delito.

Frisch había dicho: *En consonancia con los antiguos principios del Derecho natural y de la filosofía de Hegel, para los nuevos defensores de la teoría de la imputación se trata de entender y definir el delito como problema de imputación de un determinado suceso a una persona en calidad de autor responsable del mismo. Esta clase de modelo de imputación ha ido repitiéndose a lo largo de este siglo.*³

La imputabilidad, en ambos significados, es una institución que atraviesa transversalmente todo el Derecho penal, aun cuando se desarrolla dentro de la teoría del delito. De las imprecisiones teóricas más frecuentes al respecto, hemos advertido la falta de delimitación de las áreas ya mencionadas, lo cual transmite reflexiones hacia la antijuricidad o la tipicidad, así como su confusión con la culpabilidad y la responsabilidad de las cuales puede constituir un presupuesto real para algunos o estar en estas para otros. Los múltiples criterios en este sentido parten, en gran medida, de su doble apreciación conceptual y derivan hasta en un vínculo estrecho entre imputabilidad y punibilidad, lo cual resulta interesante, pero trasciende a su dificultad para ser capturada en un argumento estricto.⁴

2 *Ídem*, pp. 216-220.

3 Wolfgang Frisch: "La imputación objetiva: estado de la cuestión", en *Sobre el estado de la teoría del delito*. Seminario en la Universität Pompeu Fabra, AA.VV., Editorial Civitas, España, 2000, pp. 31-32 y ss.

4 Francisco Carrara: Programa del curso de Derecho criminal, t. 1, Parte general, traducción de la 10ª. ed. italiana, adicionada con el Derecho penal moderno y español por Luis Jiménez de Asúa, vol. 1, Madrid, edit. Reus, 1922, p. 40. Asúa en sus comentarios plantea: *la imputabilidad afirma la existencia de una relación de causalidad entre el delito y la persona; la responsabilidad resulta de la imputabilidad, puesto que es responsable el que tiene la obligación de sufrir*

Al consultar la obra de Zaffaroni he encontrado una especie de mixtura en los elementos que relacionan la imputabilidad penal, y este, siguiendo a Carrara y a Silvela, la define como: *la posibilidad que tiene la acción de ser puesta a cargo del autor*, para más adelante agregar: *imputable es la conducta que solo se puede poner a cargo del autor cuando este tiene capacidad psíquica para comprender su antijuricidad y para adecuar su comportamiento a esa comprensión. [...] la imputabilidad es una característica del acto que proviene de una capacidad del sujeto [...].*⁵

Aunque el referido autor aclara que no deben confundirse las cualidades de la conducta imputable con los caracteres del individuo, es innegable que su concepto incluye cualidades concretas del sujeto, como la capacidad psíquica o la comprensión del comportamiento, que facilitan el traslado del término imputable desde el hecho hacia la persona, tal como antes había asumido Quirós; quedando implícito, para ambos elementos, que constituyen las dos caras de una misma moneda.

La imputabilidad del sujeto. Un poco de historia

La polémica alrededor de la imputabilidad como aptitud o capacidad del sujeto imputable, ha recorrido un arduo camino nutrido de reflexiones filosóficas, que han derivado hacia varias direcciones en cuanto al fundamento jurídico de esta institución, su apreciación y su traslado a los cuerpos normativos.⁶

Si nos remontamos al Derecho penal en la antigüedad, alejándonos de aquellas ocasiones en las que se enjuiciaba y condenaba a los

las consecuencias del delito; la culpabilidad es un elemento característico de la responsabilidad, puesto que no se puede hacer sufrir a un individuo las consecuencias del acto que le es imputable más que a condición de declararle culpable de él. Como vemos, Asúa también parte de una dualidad conceptual en términos de imputabilidad. Sobre la confusión en la ubicación sistemática ver E. R. Zaffaroni, A. Alagia, A. Slokar: *Derecho penal. Parte general*, 2ª. ed., EDIAR, Argentina, 2002, pp. 691-696.

5 Zaffaroni y otros: *Op. cit.*, p. 690.

6 Relacionado con el tema ver: Quirós Pérez: *Op. cit.*, pp. 222-227. El autor analiza la imputabilidad a partir del sujeto del delito. Emilio Menéndez Menéndez: *Principios de Derecho criminal*, 1ª. ed., Jesús Montero editor, La Habana, 1942, pp. 105-111, que coloca la imputabilidad entre los elementos subjetivos del delito.

animales y a las cosas, podemos afirmar que la llamada impartición de justicia era un acto simplificado, donde lo trascendental era el resultado material de los hechos y su vinculación a la actuación de un humano, quedando en ínfima importancia el aspecto subjetivo o “moral” en la conexión con el resultado lesivo.

Los antiguos germanos no indagaban en los elementos psicológicos ni en cuestiones intrínsecas a la personalidad del sujeto comisor, sino en la afectación provocada por el evento, en la edad, el sexo y la posición social del imputado, buscando con un carácter sumamente objetivo los presupuestos para la condena.⁷

La Edad Media trajo nuevas concepciones –aunque se seguían enjuiciando animales y cosas–,⁸ tomando auge los fundamentos de la llamada “responsabilidad moral” y el punto de vista filosófico sobre la existencia del libre arbitrio del hombre se utilizó como referente para la imposición de las penas, concretándose en una especie de apotegma: *si no hubo libertad e inteligencia en el actuar no será posible condenar*.

La conocida Escuela Clásica utilizó estas concepciones compatibles con el *iusnaturalismo*, provenientes de la teología y del Derecho canónico. Carrara aceptó este presupuesto sobre el que sostuvo, como un gran progreso de la ciencia criminal moderna, la distinción entre la teoría de la imputación y la teoría de la pena y planteaba: *La teoría de la imputación considera al delito en sus puras relaciones con el agente, y este, a su vez, le considera en sus relaciones con la ley moral, según los principios del libre albedrío y de la responsabilidad humana, que son inmutables y no se modifican por las variaciones de los tiempos, de los pueblos o de las costumbres. [...] aunque no pueda existir pena donde no hay imputación, puede darse imputación no seguida de pena [...]*.⁹

7 Eugenio Cuello Calón: *Derecho penal. Parte general*, Librería Bosch, Barcelona, 1926, p. 213.

8 Todavía en 1897 se celebró juicio en Londres contra el elefante Charlie por haber dado muerte a su palafrenero, quedando absuelto por la eximente de legítima defensa. *Petit Journal* de 7 de diciembre de 1897, en F. Carrara: *Op. cit.*, p. 88.

9 F. Carrara: *Ídem*, p. 31. De lo escrito por Carrara este tema es la Sección primera.

Por mucho tiempo, la libertad había aparecido como un enigma dentro de las apreciaciones filosóficas¹⁰ y, aun cuando la teoría del libre arbitrio pudo ser reflejada en los cimientos de la responsabilidad penal, no tardó mucho en aparecer una corriente determinista que también, sobre antiguas concepciones, estimaba que no podía existir carencia de causa, por lo cual toda voluntad humana y los actos consecuentes debían estar determinados por causas anteriores.

Jiménez de Asúa, en las adiciones que hizo a la obra de Carrara, plantea: *Entre los varios sistemas que pretenden reemplazar la noción tradicional de la imputabilidad y responsabilidad basadas en el libre albedrío, pueden distinguirse tres grupos:*

- a) *El primero niega la responsabilidad moral y la sustituye por la responsabilidad social.*
- b) *El segundo admite una responsabilidad subjetiva, inherente al individuo, y distinta de la responsabilidad objetiva, inherente al estado social, pero intenta explicarla sin el libre albedrío.*
- c) *La tercera se abstiene de discutir el problema filosófico de la voluntad libre y, sin negarla ni afirmarla, se fija únicamente, al apreciar la delincuencia, en el peligro que el delincuente supone: estado peligroso.*¹¹

En oposición a la Escuela Clásica, encontramos que el primer grupo que propugnaba el determinismo pertenecía a la Escuela Positivista y enarbolaba los postulados de la “responsabilidad legal o social”, relacionándola con la problemática del derecho social de castigar y que derivaba de la simple vinculación con el hecho delictivo, sustituyendo la responsabilidad moral que partía del libre arbitrio y tenía un fundamento subjetivo.

El determinismo representa una corriente de pensamiento que ubica al hombre en una posición fatalista desde las perspectivas biológicas, psicológicas y sociales, tras lo cual queda poco que hacer y la sociedad debe defenderse con el Derecho penal de cualquier amenaza objetiva que este represente. Las obras de Lombroso y Ferri¹² dan

10 Desde las obras de Sócrates, Platón o Aristóteles pasando por el razonamiento de Rousseau, Kant o Voltaire, entre muchos otros.

11 Francisco Carrara: *Op. cit.*, comentarios de Luis Jiménez de Asúa, pp. 43-58.

12 Ferri plantea: *el hombre es imputable y responsable por El Hecho De Vivir En Sociedad*. Ferri: *Sociología Criminale*, pp. 591 y ss, encontrado en Cuello Ca-

cuenta de ello.¹³ Los deterministas llegaron a cuestionarse la posibilidad de usar términos como responsabilidad, pena, legal, etcétera, que derivaran de la tesis del libre arbitrio.

El segundo grupo determinista se caracterizó por tratar de resaltar los elementos de la personalidad del individuo como presupuestos de la imputabilidad y, por ende, de la responsabilidad, sobre la base de que el libre arbitrio es una ilusión humana que solo sirve a los fines preventivos del Derecho penal. Jiménez de Asúa identifica las siguientes corrientes: “[...] *la doctrina de la identidad individual y de la semejanza social de Tarde; la de la normalidad, de Liszt; y la de la intimidabilidad, de Alimena.*”¹⁴ Según resume Barbosa Díaz: *Tarde basa la responsabilidad en la identidad personal del agente, el yo que permanece en el fondo, a través de las transformaciones del individuo, y en la similitud social, la semejanza del agente con los otros miembros del agregado social. Se exige ser socialmente semejante, porque así se aplican los mismos juicios de aprobación o reprobación de los mismos actos, se acuerdan las maneras lícitas o ilícitas de conseguir sus fines. [...] Tarde ha fracasado al pretender reconciliar el determinismo y la responsabilidad.*¹⁵

Por su parte, a la obra de Alimena, perteneciente a la llamada “Escuela crítica del Derecho penal” o “Terza scuola”, se le ha criticado su posición ecléctica, al combinar elementos de análisis que tratan de mantener la esencia de la imputabilidad. Según plantea Menéndez, los representantes de esta dirección: [...] *han llegado a la conclusión que la pena es una forma de defensa social pero actuada mediante la coacción psicológica, lo cual determina que sólo sean responsables las personas susceptibles de ser dirigidas, que son las únicas por lo tanto imputables [...].*¹⁶

lón: *Op. cit.*, pp. 214-215. Así piensan también Stuart Mill, Guyau, Spencer, Le Bon, etc., en Carlos Barbosa Díaz: *El problema de la libertad. Sus conexiones con el Derecho penal*, Librería de Manuel Porrúa, México, 1946, p. 95.

13 Quirós aún estas posiciones teóricas someramente bajo el título de: *La teoría del determinismo mecanicista*, en Quirós Pérez: *Op. cit.*, pp. 223-224.

14 Carrara: *Op. cit.*, comentarios de Asúa con referencias a cada posición teórica, pp. 45-48.

15 Barbosa Díaz: *Op. cit.*, pp. 92-93.

16 Menéndez Menéndez: *Op. cit.*, p. 107.

La capacidad para sentir la coacción psicológica u otros sentimientos derivados de la sanción, constituyen los argumentos (subjetivos y asociados al libre arbitrio) de la intimidabilidad de Alimena, que al ser colocados junto a la conocida responsabilidad social (objetiva), sientan el fundamento de la imputabilidad. Junto a Alimena se colocó Impallomeni quien sostuvo que los locos no respondían a esta intimidación, por lo cual no podían ser atendidos por el orden jurídico penal.

El tercer grupo tiene como principal exponente a Adolfo Prins,¹⁷ quien es seguido por Liszt y parten de la poca importancia que tiene para el Derecho penal tomar una posición determinista o indeterminista, pues corresponde al campo de la Filosofía la evaluación teórica de tales posiciones.¹⁸ Para ellos, el Derecho penal ha de ocuparse del “estado peligroso” que representa un individuo para la sociedad a partir de su forma de vivir o de manifestarse, sin tener en cuenta si su actuar es libre o condicionado, si es capaz o incapaz, si es menor o no, lo cual se valorará con un tratamiento individualizado. No obstante, Liszt no puede sustraerse de plantear cierta: *capacidad de normal motivación (doctrina de la normalidad)*, como parte de la imputabilidad, lo cual era influencia del idealismo hegeliano y su concepción del hombre libre.¹⁹

17 En el primer Congreso nacional belga, en 1892, Prins plantea: *La verdadera misión del juez consiste mucho más en apreciar el carácter más o menos anti-social del culpable, y el grado de intensidad del móvil antisocial que le empuja a cometerlo, que en comprobar mecánicamente si los elementos de la definición teórica del delito se encuentran reunidos. Revue pénitentiaire*, 1893, p. 242, en Carrara: *Op. cit.*, Comentarios de Luis Jiménez de Asúa, p. 50.

18 Menéndez: *Op. cit.*, pp. 108-109. El propio autor plantea que el problema del libre albedrío es ajeno al Derecho criminal, aunque luego confirma su credibilidad en la libertad; en cambio, Cuello Calón confirma su aceptación de la exclusión de la polémica de la esfera penal y coincide con Prins y con las primeras ideas de Asúa en la obligación de utilizar el estado peligroso en defensa de la sociedad, en Cuello Calón: *Op. cit.*, pp. 215-216. Más tarde Asúa niega la total utilidad y fácil aplicación de la peligrosidad, en Luis Jiménez de Asúa: “El Estado Peligroso en las legislaciones iberoamericanas”, en *El Criminalista*, t. I, segunda serie, Victor P. de Zavallia-Editor, Buenos Aires, 1955, pp. 303-304.

19 Zaffaroni lo denomina como una inconsecuencia en las ideas de Liszt que condujo a llevar la imputabilidad hasta la punibilidad, en Zaffaroni: *Op. cit.*, pp. 692-693. En su obra Liszt plantea: *La imputabilidad puede definirse como la facultad de determinación normal. Por tanto, es susceptible de imputabilidad*

Sobre esta base se establece la extrema posición de la “defensa social”, llamada para otros “corriente político-criminal”, cuyo antecedente directo es el enfoque positivista de la personalidad del delincuente, siendo Garófalo quien introduce el concepto de *temibilidad*, que constituirá el rasgo distintivo que aunará a seres clasificados como “anormales” y con defectos que han cometido hechos reprobables junto a aquellos “normales”, que por sus hábitos, antecedentes o conducta demuestren que son proclives a cometer un delito en el futuro. Para todos ha de funcionar la intervención aseguradora del Estado, lo cual pretende transformar la formulación básica de la imputabilidad y la responsabilidad.²⁰

Lo que importa para ellos es determinar la responsabilidad objetiva que se origina en los actos o en estados peligrosos de los individuos, que es lo apreciable por los sentidos, pues su responsabilidad subjetiva no es cognoscible. Esto abre las puertas, incluso, a los partidarios de la responsabilidad sin culpa.

Según esta concepción, la menor responsabilidad por el hecho, dada la capacidad mental disminuida del autor, no significa que este sea menos peligroso, por el contrario, exige la imposición de una adecuada medida de seguridad porque, en un error, la mayoría de las legislaciones asocian estas circunstancias con una atenuación en la imposición de las penas.

Increíblemente, el determinismo positivista pasa de ser una concepción filosófica que llega a cuestionarse la posibilidad de imposición de las penas dada la *irresponsabilidad general* de los individuos, porque estaban fatalmente condicionados a convertirse en el sustento político-criminal de la necesidad de defensa social a partir de prevenir los posibles actos futuros por medio de la supresión del posible delincuente o individuo peligroso, es decir, llegó a nutrirse de la posibilidad de *responsabilidad general y social* de todos los individuos, sin excepción; colocando a la reacción social y a las penas y medidas como un deber del Estado, un derecho a la defensa y a

todo hombre con desarrollo mental y mentalmente sano, cuya conciencia no se halle perturbada. En Frank von Liszt: *Tratado de Derecho penal*, vol. II, traducción por Luis Jiménez de Asúa, Reus, Madrid, 1916, pp. 384-385.

20 Carrara: *Op. cit.* Comentarios de Asúa con referencias a cada posición teórica, pp. 49-53.

la preservación, y un medio adecuado a los fines de la prevención general y especial negativas. La pena pasó, de hallarse en proporcionalidad con el delito, a buscar la proporcionalidad con el delincuente, insertando el criterio de la indeterminación, el cual podía completarse con la aplicación de las medidas de seguridad.

A pesar de las críticas entre las posiciones deterministas y defensoras del libre arbitrio como formas excluyentes e irreconciliables, los legisladores supieron aunar ambos criterios en los cuerpos legislativos, e introducir la libertad como presupuesto de la imputabilidad en cuanto a caracteres esenciales de la conducta manifiesta del sujeto comisor de delitos, junto al determinismo, que proveniente de un fuerte pensamiento positivista, podía conducir al hombre a actuar en forma negativa para la sociedad, cuyos rasgos eran reconocibles desde perspectivas biológicas, psicológicas, sociales, etcétera.²¹

A modo de ejemplo, podemos hacer referencia al Código penal cubano de 1987 –vigente todavía–, el que recoge el presupuesto del libre arbitrio en la conducta del sujeto en el Título V de la Parte General referida a la Responsabilidad Penal, cuando trata las eximentes en el Capítulo III, específicamente en su sección primera sobre la enfermedad mental.²²

21 No es objetivo de este trabajo comparar las legislaciones que adoptaron esta posición defensiva y cómo influyó en otras instituciones del Derecho penal. En la obra citada de Barbosa Díaz se detallan caracteres afines con el determinismo desarrollados en el Código de la República Soviética Socialista Confederada Rusa, en Barbosa Díaz: *Op. cit.*, pp. 98-101. Sobre los rasgos esenciales de la institución del Estado Peligroso en varios códigos penales ver Luis Jiménez de Asúa: “El Estado Peligroso en las legislaciones iberoamericanas”, *Op. cit.*, pp. 283-304.

22 Artículo 20.1. *Está exento de responsabilidad penal el que comete el hecho delictivo en estado de enajenación mental, trastorno mental transitorio o desarrollo mental retardado, si por alguna de estas causas no posee la facultad de comprender el alcance de su acción o de dirigir su conducta.*

2. *Los límites de la sanción de privación de libertad fijados por la ley se reducen a la mitad si en el momento de la comisión del delito la facultad del culpable para comprender el alcance de su acción o dirigir su conducta, está sustancialmente disminuida.*

3. *Las disposiciones de los dos apartados precedentes no se aplicarán si el agente se ha colocado voluntariamente en estado de trastorno mental transitorio por la ingestión de bebidas alcohólicas o sustancias sicotrópicas, ni*

Como allí se puede observar, se exige como requisito de la responsabilidad y de la imputabilidad, la facultad del individuo para comprender el alcance de sus acciones y de dirigir su conducta, lo cual se traduce en los parámetros que desde la Escuela Clásica han coincidido con la manifestación del libre arbitrio que debía aparecer en toda conducta importante para el Derecho penal; sin embargo, el Título XI del mismo Código penal está dedicado, íntegramente, al Estado Peligroso²³ y las Medidas de Seguridad, desarrollando desde el Artículo 72 hasta el 90 los conceptos fundamentales y las diferentes medidas predelictivas y posdelictivas.

Sus regulaciones, como ya expusimos, responden a la influencia del determinismo positivista que luego derivara en la doctrina de la “defensa social”, propiciando la posibilidad de intervención no solo en aquellos que pueden actuar libremente en contra de las normas de la moral socialista (artículos 72 y 73) sino en aquellos, que mostrando su incapacidad para conducirse con libre arbitrio, representen una amenaza para la seguridad de las personas o del orden social (Artículo 74).

en ningún otro caso en que pudiera haber previsto las consecuencias de su acción.

23 Artículo 72. *Se considera estado peligroso la especial proclividad en que se halla una persona para cometer delitos, demostrada por la conducta que observa en contradicción manifiesta con las normas de la moral socialista.*

Artículo 73.1. *El estado peligroso se aprecia cuando en el sujeto concurre alguno de los índices de peligrosidad siguientes:*

a) *la embriaguez habitual y la dipsomanía;*

b) *la narcomanía;*

c) *la conducta antisocial.*

2. *Se considera en estado peligroso por conducta antisocial al que quebranta habitualmente las reglas de convivencia social mediante actos de violencia, o por otros actos provocadores, viola derechos de los demás o por su comportamiento en general daña las reglas de convivencia o perturba el orden de la comunidad o vive, como un parásito social, del trabajo ajeno o explota o practica vicios socialmente reprobables.*

Artículo 74. *Se considera también estado peligroso el de los enajenados mentales y de las personas de desarrollo mental retardado, si, por esta causa, no poseen la facultad de comprender el alcance de sus acciones ni de controlar sus conductas, siempre que estas representen una amenaza para la seguridad de las personas o del orden social.*

Paréntesis para una perspectiva socio-filosófica

Antes de pasar al análisis de la imputabilidad como condición del hecho para ser atribuida a un sujeto, hemos de significar que las posiciones anteriores no solo fueron asimiladas en el orden legislativo sino que, con posterioridad, sustentaron una posición valorativa e integradora a partir de concebirse que el hombre no era solo libre arbitrio sino que estaba relativamente condicionado por las circunstancias que le rodeaban.²⁴

Ya Aristóteles había planteado su opinión sobre el tema, asumiendo que si bien el hombre estaba condicionado al momento de cometer un delito, había sido libre antes de su comisión para elegir sobre ello. Lo cual origina cierto autodeterminismo en el plano subjetivo (libertad) que es conjugado con los elementos sociales y naturales que le rodean (necesidad).²⁵ En la obra de Spinoza y de Hegel también aparecen referencias a la relación orgánica entre las mencionadas categorías, y Beling defiende estos criterios en pleno apogeo del determinismo.²⁶

Establecer determinadas normas para orientar y dirigir la actuación y las relaciones entre los hombres es parte de poner en funcionamiento leyes objetivas para el comportamiento en sociedad, pero la influencia que ellas ejercen no es directa sobre el individuo, sino que pasa a través de los grupos humanos a los que estos se insertan. Así tendrá su función la familia, la escuela, las organizaciones y la comunidad en un proceso complejo denominado socialización.

Vista la criminalidad como fenómeno social, analizamos que desde la Criminología la búsqueda de factores incidentes desencadenantes y los efectos del delito, se realiza a nivel de la personalidad del individuo, el medio cercano en que se desenvuelve, donde de-

24 Quirós realiza una fenomenal descripción de la que denomina: Teoría del determinismo dialéctico-materialista, donde conjuga los elementos libertad y necesidad como componentes de toda actuación del hombre, con lo cual estamos plenamente de acuerdo, en Quirós Pérez: *Op. cit.*, pp. 225-227.

25 Carrara: *Op. cit.*, pp. 42, 47-48. El penalista español Saldaña fue de este criterio.

26 Ernest von Beling: *Esquema de Derecho penal*, traducción por Sebastián Soler, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1944, pp. 31-35. *Diccionario de Filosofía*, traducción por O. Razinkov, Editorial Progreso, Moscú, 1984, p. 255.

sarrolló sus valores, y la sociedad en su conjunto. Estos elementos se corresponden con la relación sistémica sociedad-grupo-individuo que estudia la psicología, y sobre la cual plantea Vasallo: *Lo que acontece en el nivel social influye sobre cada individuo, pero no de forma directa, sino refractadas por la multiplicidad de pertenencias y relaciones grupales y por las particularidades socio-psicológicas de cada grupo humano al que los individuos se integran a lo largo de sus vidas y a los cuales pertenecen en cada momento particular.*²⁷

Las conductas transgresoras de la normativa legal, o típicas dentro de la preceptiva penal, atacan intereses o bienes jurídicos, mostrando la participación de los sujetos y las manifestaciones de su subjetividad individual como fruto de la relación con diferentes grupos humanos en determinado contexto económico-social y la influencia ejercida por la sociedad a través de disímiles mecanismos de control social. Estas conductas comúnmente son reconocidas por oponerse al comportamiento promedio, infringir una norma social establecida y ser apreciadas como desacordes por otros miembros de la sociedad; como vemos, tres elementos completamente relativos, asociados a las posiciones teóricas que dominan la política social y criminal en un sistema determinado.

En el delito se vinculan los elementos personales anteriores con las consecuencias de los actos en todas sus dimensiones, las formas de intervención para prevenirlos y/o reprimirlos y la actividad de las instituciones que confluyen en este recorrido, por tanto, en su análisis integral no ha de abandonarse la tesis de la corresponsabilidad social, donde el actuar individual ha de apreciarse en relación con la realidad social que le circunda. Esta tesis de corresponsabilidad debe poner en una balanza el comportamiento individual, expresión del libre arbitrio y todos los elementos sociales o naturales que lo condicionaron o determinaron, o sea, ha de conjugar la libertad con la necesidad.

Aun con esta proyección, el Derecho penal, en aras de cierta uniformidad, ha tratado de simplificar el asunto. El abandono a la Filosofía de la polémica entre la teoría del libre arbitrio y el determinismo facilitó el origen de la responsabilidad directa por el resultado de los actos, sin distinción de quién los realizaba o en cuáles

27 Norma Vasallo: "El delito concreto. La acción delictiva en el nivel individual", AA.VV. en *Criminología*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 120 y ss.

circunstancias ocurrían. La posición político-criminal de la “defensa social”, erigida sobre la certeza positivista del condicionamiento obligatorio de los fenómenos, originó una solución facilista para enlazar de forma mecánica los resultados lesivos con las conductas humanas, creando largas cadenas de causalidad que llegaban hasta el absurdo. No podía esperarse otra cosa de una corriente de pensamiento que, de manera inversa, era capaz de prever un resultado lesivo a partir de los caracteres de un individuo, sin que este aún hubiere realizado los actos que le daban origen a ese resultado, por lo cual la conexión se hacía *in mente* sobre la base de la presunción, algo que debiera ser inaceptable dentro del Derecho penal legalista, a pesar de los méritos que reclamaba en cuanto a utilidad.

La problemática surge cuando pretendemos separar el análisis de un hecho trascendental desde el orden jurídico-penal, de la arcaica lógica de tratar de desentrañar la consecución paulatina de eventos en la tradicional relación causa-consecuencia, donde, además, se pueden advertir saltos secuenciales, teóricamente justificados por los presupuestos político-criminales de la “defensa social” o la “seguridad”.

Esta “previsión” es la base de la apreciación de la peligrosidad de un individuo. De igual forma, es el soporte de la intención de punición cuando realmente el sujeto ha cometido un hecho, pero existen eventos alejados de sus actos, presuntivamente conectados, que la posición político-criminal de defensa social pretende enlazar con su conducta, dado el aporte de “condiciones” al resultado final. Es aquí donde se enlazan las teorías de la causalidad y el uso de la imputación objetiva, en reconocer desde una posición defensiva la posibilidad de punición de un individuo que ha realizado ciertos actos que pudieran conectarse con un resultado antijurídico como una salida ante la crítica a la concepción del estado peligroso y su falta de legitimación, es decir, constituye el traslado de la criticada peligrosidad del sujeto hacia la ambigua peligrosidad del hecho.

Para imputar un resultado a una conducta humana dada, se han utilizado mayormente las referencias que sugieren una conexión causal. En todo caso, a determinado consecuente le es adscrito determinado antecedente, sustentado por las deducciones lógicas observables; por ejemplo, si alguien muere por causa no natural es porque (muy probablemente) otro le ha matado. En el orden fáctico se trata

de demostrar cuál fue el acto desencadenante, eficiente o relevante que produjo, en última instancia, el resultado muerte.

Parece simple este pensamiento, pero la vida es mucho más rica en acontecimientos y no se puede atender a la aparición permanente de un nexo causal directo entre ciertos actos y los resultados de los mismos, pues aparecen elementos extraños que pueden alterar la relación de causalidad, aparentemente lógica y subordinada a la necesidad, con elementos de pura casualidad.

Esto significa que lo que conocemos como nexo causal es un fenómeno complejo que ha de analizarse desde la perspectiva del libre arbitrio con relación a las condicionantes sociales y naturales (en Filosofía son las pautas de la necesidad), sin doblegarnos ante el determinismo mecanicista, por tanto, hemos de perder de vista aquí el facilismo que primaba en el Derecho penal para buscar a los responsables de un hecho delictivo solo por su vinculación objetiva sin atender al fenómeno en su integridad.

Al construir la responsabilidad por determinada acción u omisión que no aparece descrita de forma taxativa en la norma de referencia aunque sí conlleva a un resultado concreto, se trata de elaborar desde el análisis posdelito una nueva perspectiva que no se aleje de los presupuestos de la legalidad (aunque puede flirtear con la analogía) y cumpla con el requisito de la antijuricidad.

Un hecho delictivo parece que discurre siempre, de principio a fin, en una sola dirección. En sentido general, la narración de los hechos en las conclusiones acusatorias del fiscal, o su informe oral conclusivo o la sentencia dictada, no hace alusión a la manera y a la fecha en que se conoció el hecho, para luego narrar los acontecimientos que dieron origen al acto de atribuir el resultado inicialmente conocido a la conducta de un sujeto, pasando por los elementos probatorios, deducciones o presunciones asumidas por los responsables de la investigación, etcétera; solo algunos testigos de oídas, narran el hecho según lo conocieron; sin embargo, el objetivo es vincular ese hecho (imputable) que no deriva de una fuerza mayor, a la actuación de un individuo que reúna las características para ser imputable (en algún sentido ya admitido) y hacerlo responder por el mismo.²⁸ Nor-

28 Quizás este sea el análisis que hace afirmar a Quirós que la imputabilidad de los hechos corresponde al Derecho procesal penal. (*N. del A.*)

malmente, esta vinculación que algunos nombran atribuibilidad está muy sustentada en el paradigma filosófico positivista: *ex nihilo, nihil* (nada viene de la nada), como la clave de toda creación.²⁹

No obstante, el centro de la polémica en los juicios orales y la base que direcciona los cuestionamientos, es precisamente la aclaración de cómo se conoció el hecho delictivo y la forma en que este se vincula a la actuación de un individuo, utilizándose una herramienta muy útil en varios campos de investigación y común en el razonamiento humano, conocida como construcción inversa, que se resume en el estudio (como un todo) de un determinado fenómeno reconocible y apreciable por los sentidos, hasta el momento inexplicable, a partir de su descomposición en partes desde una visión retrospectiva, su fundamento es la percepción de un resultado, pero el desconocimiento del porqué del mismo.³⁰ Como apreciamos, se acerca a una visión teleológica para la definición del evento.

En todo caso, la ley tradicional de la causalidad por la cual, *no hay hecho sin causa y que las mismas causas producen los mismos efectos*, es negada por el funcionalismo, al concebirse la dinámica irrepetible de los fenómenos sociales; sin embargo, el Derecho penal se resistió a esta influencia y mantuvo cierta subordinación a las concepciones de las ciencias naturales, manteniendo patrones de probabilidad en las relaciones causa –efecto o hecho– resultado, demorando en reconocerlo, lo que fue alertado por Barbosa Díaz, cuando expresó: *La causalidad no es la única forma de suceder las cosas [...] Lo que hay de común en todas las leyes causales es que no hay causa que no origine modificación.*³¹

¿Nexo causal o nexo teleológico?

La confusión entre la relación de causalidad y la ley de conservación de la energía se transmite al campo de los delitos de resultado, es decir, los mismos tienden a mezclar la causa y el efecto incentivados por las formas verbales utilizadas en el tipo, que encierran, de

29 Los primeros en afirmar esta idea fueron los hebreos y no lo griegos, en Barbosa: *Op. cit.*, p. 36.

30 En la Biología se utiliza la construcción inversa para estudiar las habilidades adaptativas de diferentes especies y su evolución.

31 Barbosa: *Op. cit.*, p. 39.

forma genérica, una acción u omisión peligrosa y prohibida, transformadora del mundo exterior, que a su vez constituye un resultado lesionador de un bien jurídico. En este caso, por ejemplo, puede confundirse la causa que provoca una muerte con el efecto muerte que no puede ser lo mismo obligatoriamente. Si una causa origina un efecto que no puede ser la transformación de la causa sino un evento diferente, entonces es porque existe una contingencia entre ellos. La falta de delimitación de la naturaleza del hecho, sea como causa o como efecto es la que produce la confusión en su apreciación.

La contingencia entre el hecho y su resultado debe darse desde el punto de vista valorativo, aunque el ámbito situacional donde se desarrolla el evento indique una relación de interacción entre actos e individuos, o sea, lo más importante para el Derecho penal no es el resultado muerte, sino que esta la haya producido alguien.³²

Si suponemos que los casos de la ambulancia que se impacta provocando la muerte a un individuo mientras le conducía al hospital por haber sido lesionado por otro, o del hospital que se incendia donde muere un lesionado por otra persona en un evento anterior y que estaba allí para su asistencia, son hechos o resultados atribuibles a quien inicialmente produce las lesiones. Es porque no delimitamos las diferencias entre las causas y sus efectos y vinculamos los hechos a partir de la teoría de la conservación de la energía (y su transformación), es decir, el resultado muerte es apreciado como la causa transformada en efecto y no como un efecto real según la independencia de cada uno, el cual debe ser característico y original porque no hay nada idéntico.

Para demostrar que aun cuando en los hechos trascendentales para el Derecho penal existe una conexión secuencial por efectos de la temporalidad, pero que esta no necesariamente muestra la extensión del evento en todas las direcciones, sino la duración del mismo, como un dato de la realidad mucho más limitado, algunos autores acudieron a cierta posición, como Bettiol, que no siendo partidario del finalismo y buscando una base cierta para la imputación planteaba: *que el problema de la relación de causalidad no es solamente de fondo lógico-naturalístico, sino también de naturaleza teleológi-*

32 Juan Bustos Ramírez: "La imputación objetiva", en *Teorías actuales en el Derecho penal*, primera edición, Buenos Aires, Argentina, 1998, p. 214.

ca.³³ Lo cual se puede confirmar en la diferencia entre el nexo causal y el nexo teleológico descrito por Nicolai Hartman, quien divide este último en tres momentos:

- 1º.- *Postulación del fin. La persona se propone realizar una finalidad y esto en uso de su libertad. El fin es un proyecto.*
- 2º.- *La elección de los medios condicionada a la índole de los fines. La finalidad determina retroactivamente los medios. En el orden real el fin es posterior al medio.*
- 3º.- *Etapas de la realización. [...] Al poner en práctica los medios, se provoca causalmente la finalidad requerida, relacionándose el proceso teleológico con el causal. La existencia de la causalidad es un presupuesto necesario de la teleología.*³⁴

Como se aprecia, este análisis desde la perspectiva teleológica asocia el criterio de la causalidad a la razón de la finalidad. La elección de un medio u otro es parte de la libertad del sujeto; a través de estos es capaz de mostrar sus valores en un sentido positivo o negativo. La necesidad aparece cuando los medios a su alcance están condicionados por circunstancias naturales o sociales, y su forma de elección por los valores aprehendidos durante la vida. En este caso, necesidad y libertad se conjugan para definir las formas de conducta, y pueden paliarse los extremos de las teorías del libre arbitrio con las deterministas.

En los casos antes referenciados, podemos asumir el hecho como una eventualidad, sujeto a elementos casuales, o preguntarnos por qué ha ocurrido, o qué, o quién ha colocado a ese hombre en la esfera de riesgo de dicho evento; es como buscar si el acto ha constituido la finalidad de alguien, aun sin conocer cuáles han sido los medios empleados, lo cual se transforma en la búsqueda de su responsabilidad al querer enlazar la finalidad con el resultado a partir de atribuir más significado a la relación teleológica ante la debilidad del nexo causal.

La ley, en ocasiones, no exige una forma concreta de manifestación de la conducta humana para la imputación del hecho, pero de sobra es exigida la demostración de la conexión entre la acción u

33 V. G. Bettiol: *Diritto penale. Parte generale*, Priulla, Palermo, 1945, p. 166, en Juan del Rosal: *Comentarios a la Doctrina del Tribunal Supremo*, vol. 8, Universidad de Valladolid, 1952, p. 12.

34 Barbosa Díaz: *Op. cit.*, p. 77.

omisión y el resultado antijurídico, y lo lógico es mostrar la cadena causal, el *iter* de los actos conectados en el tiempo y en el espacio, pero este nexo puede romperse, desviarse, desvirtuarse y ante estos avatares, la finalidad mostrada no es suficiente.

Manteniéndose la finalidad, su materialización debe ser el acto propio o ¿podemos incluir la previsión eficaz de los actos colaterales aun cuando no se tenga control sobre ellos? Es un buen punto reconocer que aumentan las posibilidades de exigir responsabilidad cuando se resume que un individuo ha actuado con libertad a la vez que ha limitado las libertades de la víctima al utilizar condiciones sociales o naturales que al rodearle le dirigen con fuerza capaz de impedirle realizar sus propios valores, es decir, ¿qué condiciones creadas o aprovechadas por un sujeto han llevado a estas víctimas a no haber podido conducirse y optar por la vida?

Con la salvedad de que condiciones y causas no son lo mismo y no han de confundirse; la responsabilidad individual debe ser exigible cuando se aporta la causa o el acto relevante que conduce al resultado contenido en la ley y no cuando se contribuye con cualquier condición, pero encontrar esta conexión no siempre es una tarea fácil.

El enfoque teleológico no se ha abandonado en la actualidad y, al respecto, planteó Bustos Ramírez: *El sistema penal tiene un carácter teleológico, está construido en relación a [con los] fines, luego de lo que se trata es de dar una determinada fundamentación para ligar desde el fin a un resultado con la situación típica.*³⁵ [...] *Un planteamiento teleológico solo adquiere legitimidad en cuanto va revelando diferentes niveles de análisis, pues en la medida en que ellos son cada vez más complejos las garantías a la persona aumentan, pues la autoridad requerirá para cada uno de ellos una fundamentación racional y estará expuesta entonces a la contra argumentación.*³⁶

La imputabilidad del hecho y los delitos de resultado

Las acciones u omisiones que interesan al Derecho penal son aquellas que por sí integran una conducta que reúne las caracterís-

35 Bustos: *Op. cit.*, p. 212.

36 *Ídem*, p. 216.

ticas para ser considerada delito, sea de manera formal, como en los delitos de mera actividad, simple omisión, etcétera, o expresado en el orden material, como en los delitos clasificados por la forma de integrar su parte objetiva en: de resultado, de acción y resultado o de comisión por omisión.³⁷ En cualesquiera de estas variantes lo que importa es determinar cuánto se corresponde el hecho delictivo con el contenido de la figura delictiva para poder imputarlo a un sujeto, algo que puede concretarse en ciertas fases del proceso penal.

En los delitos formales se sanciona determinada conducta sin atender al resultado, pues estos, casi siempre, implican la creación de una situación de peligro o la utilización de tal contra los bienes jurídicos, sin llegar a su lesión directa.

En los delitos materiales se exige una transformación de las relaciones sociales, dada por el resultado lesivo a la objetividad jurídica protegida. Cuando la figura de delito describe las conductas que originan el resultado antijurídico no existen grandes dificultades en el proceso de tipificación; cuando solo se describe el resultado es preciso realizar una construcción jurídica.

Dadas las características de este trabajo, centro mi consideración solo en los delitos de resultado. De lo expuesto por Quirós quiero tomar estos elementos importantes:³⁸

- Son aquellos en los que se produce un efecto diferenciado de la conducta y separable de ella tanto en el tiempo como en el espacio; por ejemplo: el homicidio.
- A la ley penal no le interesa el modo (acción u omisión) mediante el cual viene producido el resultado y su objetivo es prohibirlo.
- Dan lugar a un delito de acción y resultado, o de comisión por omisión, judicialmente configurados.
- A veces el resultado prohibido en la ley requiere, por su propia naturaleza, de una manifestación volitiva de carácter positivo, que se expresa en la norma a través de los verbos rectores empleados.

Los delitos de resultado constituyen una excepción, pues en ocasiones obligan a buscar una valoración fuera de la norma que, a su vez, no se aleje de los presupuestos de la tipicidad o al menos de la

37 Sobre la clasificación de los delitos por la parte objetiva, ver Quirós Pírez: *Op. cit.*, pp. 274-314.

38 *Ibídem*, pp. 282-283.

antijuricidad, lo cual es una dificultad ante la amplitud e inseguridad de los presupuestos que pueden anteceder al propio resultado.

Conocemos que las acciones u omisiones que anteceden a este resultado pueden constituirse, desde un plano valorativo, en la tentativa del tipo o consumarse según el sustento preceptivo de la norma, pero son, en ocasiones, de relativa fácil definición porque forman parte de una cadena causal directa (mecánica, química, etcétera) que sin obstrucciones puede mostrar la naturaleza delictiva de los actos y su dirección hacia lo establecido o prohibido por la figura de delito o el tipo penal a partir de un nexo entre la conducta y el resultado, que es también otra exigencia propia de la valoración de la parte objetiva de los delitos materiales. La dificultad surge cuando se pretenden conectar las manifestaciones conductuales no descritas en la norma con un resultado antijurídico aislado de las mismas.

En los delitos formales lo que se conecta es la conducta con la puesta en peligro del bien jurídico y esto es un requisito que no puede perderse de vista ya que algunas concepciones, las que cuestiono, facilitan el asunto al plantear que el bien jurídico es una ficción y lo que ha de protegerse en realidad es la vigencia de la norma,³⁹ lo cual introduce una alarma en la concepción del delito.

Sería inadecuado utilizar tal posición (como hemos observado en la idea de apreciar una falta de deber de cuidado en casi todos los delitos que impliquen un resultado) y buscar la reprobación de los actos que no están contenidos en la ley bajo la bandera de la vigencia o integridad de la norma (criterio punitivo utilizado en el Derecho penal del enemigo), lo cual los aleja de la necesidad de vincularlos con el resultado lesionador del bien jurídico (necesidad de la tipicidad o al menos de la antijuricidad). En estos casos se propicia la abstracción del análisis, lo que permite que decisiones político-criminales puedan rellenar el vacío en sentido positivo o negativo, es decir, en contra o a favor de la punición.⁴⁰

39 Al trabajar en su concepto de delito, Binding había reconocido este particular. En la actualidad Jakobs afirma: [...] *el discurso del bien jurídico es un discurso metafórico sobre la vigencia de la norma*, en Günther Jakobs: *Sociedad, norma y persona en una teoría del Derecho penal funcional*, traducción Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, primera edición, Civitas Ediciones S. L., Universidad Autónoma de Madrid, 1996, p. 46.

40 Zaffaroni plantea: “[...] resulta peligroso erigir como modelo de imputación de resultados el que surge de una norma imperativa de determinación (disvalor

En cualquier caso, para que estos hechos sean imputables a la actuación del sujeto según el contenido de la norma, han de pasar por el proceso de vinculación antes descrito, o sea, primero debe relacionarse una conducta no descrita en la norma con el resultado propuesto y, luego, ese resultado ha de atribuirse al sujeto a partir de la conducta previa. En el primer paso será necesario establecer una conexión a partir de su nexo causal o teleológico (aquí funciona el proceder que nutre al Derecho procesal penal) pero no basta, en segunda instancia debemos encontrar los fundamentos para imputar al sujeto ese resultado en búsqueda de su responsabilidad, y aquí es donde comienza a dibujarse la necesidad ocasional de remitirse a los criterios de la imputación objetiva.

En este sentido, las conductas humanas (en expresión del libre arbitrio) pueden accionar o aprovecharse de condiciones sociales o naturales que anteceden o son concomitantes al resultado lesivo y relacionadas con él, lo cual no significa que estas sean la causa del mismo, por tanto, la vinculación en un primer momento de un acto con el posible resultado (nexo objetivo), aun cuando tenga esa finalidad (nexo subjetivo), no significa que al individuo que reúna las características para ser imputable se le pueda atribuir siempre el hecho si la conexión no es bastante para determinar la imputación del resultado. Es preciso decir que los argumentos de casualidad no deben ser, por regla general, de índole vinculadora a la responsabilidad penal.

En relación con el nexo a establecerse entre la conducta de un sujeto y el resultado contenido en la norma se han desarrollado múltiples teorías sobre la causalidad, las cuales no es posible desarrollar aquí,⁴¹ no obstante, dada su importancia en la atribución de ese resultado, pretendo exponer algunas consideraciones sobre los criterios de imputación objetiva, eje polémico de la imputabilidad del hecho.

La imputación objetiva del resultado

Realmente, no he encontrado una teoría unitaria sobre la imputación objetiva, y solo estoy concibiendo algunas reflexiones sobre la imputación a un sujeto de aquellos actos que guardan relación con

de acción) donde el deber está circunscripto a la evitación de una defraudación simbólica de la vigencia de esa misma norma". Zaffaroni: Op. cit., p. 470.

41 Quirós: *Op. cit.*, pp. 252-273.

un resultado lesivo que constituye un injusto, cuando existen dificultades para establecer un nexo adecuado entre ellos por razones que interfieren en los cursos causales con incidencias, participación de terceros o interrupción de las acciones, etcétera, que introducen nuevas circunstancias en los parámetros de espacio y tiempo.

Las llamadas “teorías” de la imputación objetiva, han nacido de la solución del problema de la causalidad dentro del funcionalismo sistémico, y presentan dos corrientes fundamentales, de las cuales han partido muchos estudios. Zaffaroni las ha identificado de la siguiente forma:

- a) Una de ellas afirma que la función del poder punitivo es la prevención de riesgos para los bienes jurídicos y que, por lo tanto, aspira en fundar la imputación objetiva en todas las formas típicas en la producción o el aumento de esos riesgos y en la realización de ellos en el resultado típico.
- b) La otra afirma que la función del poder punitivo es el reforzamiento del sistema mediante la certeza en la interacción conforme a roles. [...] No interesa en rigor la capacidad individual del agente, siendo determinante su condición del portador del rol.⁴²

La primera de las direcciones tiene como principal exponente a Claus Roxin,⁴³ la segunda a Günther Jakobs.⁴⁴

En esencia, queremos abordar la imputación objetiva del resultado⁴⁵ y para esto nos referiremos a elementos de ambas direcciones. Por tanto, no pretendemos esquemas de respuesta uniforme para todos los supuestos, algo a lo que nadie ha llegado en este tema, sino organizar sus principales conceptos y exponer algunas tesis relevantes, sin las especificidades de la clasificación en delitos de dolo o imprudencia, o en la división de la conducta en acciones y omisiones.

En la búsqueda de un concepto, Sancinetti ha planteado: *la imputación objetiva es el nombre con el que hoy son aglutinados diversos*

42 Zaffaroni: *Op. cit.*, pp. 468-469.

43 Claus Roxin: *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976.

44 Günther Jakobs: *La Imputación objetiva en el Derecho penal*, Edit. Ad Hoc, Argentina, 1997.

45 Jakobs asegura que la imputación objetiva tiene su más amplia aplicación en los delitos de resultado, aunque introduce el criterio del rol a desarrollar por los sujetos conforme con normas, como presupuesto para exigirles responsabilidad. G. Jakobs: *Ídem*.

*principios delimitadores o correctivos de la tipicidad de una conducta punible, especialmente respecto de aquellas formas de conducta que la ley describe de modo relativamente abierto. [...] lo común a toda forma de imputación objetiva [...] es el definir el comportamiento típico como la creación de un riesgo reprobado.*⁴⁶

Para Nelson Pessoa: *La teoría de la imputación objetiva tiene como misión resolver desde el punto de vista normativo la atribución de un resultado penalmente relevante a una conducta a los fines de la responsabilidad penal.*⁴⁷ Más adelante confirma: *[...] es una herramienta teórica correctora del tipo objetivo destinada a la construcción de criterios normativos de atribución de resultados penalmente relevantes a conductas humanas, que deciden a su vez la definición de estas como base de la responsabilidad penal.*⁴⁸

Los conceptos encontrados son variados, y mientras algunos tratan de identificar esta institución de manera general, otros lo hacen a través de los criterios o parámetros jurídicos de valoración interna.

Buscando algunos de los primeros criterios que ayudaron al surgimiento de posiciones afines con la nueva visión de la imputación objetiva como alternativa a las teorías causales, encontramos los trabajos de Larenz y Honig; el primero se sustenta en la teoría de la imputación de Hegel, que desde la Filosofía idealista del Derecho, afirmaba que en los cursos causales solo podía imputarse al sujeto la acción que podía considerarse como su obra,⁴⁹ y detalla la necesidad de encontrar la causalidad objetivamente imputable en aras de precisar las acciones atribuibles a un sujeto por las cuales pudiera exigírsele responsabilidad, de esta forma plantea: *Cuando el resultado no es objetivamente previsible, el acontecer provocado por el comportamiento del causante no debe ser considerado como su propio hecho sino como un acontecimiento casual.*⁵⁰

46 Marcelo Sancinetti: "Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva", en *Teorías actuales en el Derecho penal*, primera edición, Ad Hoc, Argentina, 1998, pp. 182-183.

47 Nelson R. Pessoa: "Imputación objetiva y el concepto de acción", en *Teorías actuales en el Derecho penal*, primera edición, Ad Hoc, Argentina, 1998, p. 199.

48 Pessoa: *Op. cit.*, p. 205.

49 Bernd Schünemann: "Consideraciones sobre la imputación objetiva", en *Teorías actuales en el Derecho penal*, primera edición, Ad Hoc, Argentina, 1998, p. 221.

50 Sancinetti: *Op. cit.*, pp. 186 y ss.

La posición de Larenz se sustenta en la libertad del individuo para manifestar su voluntad, y en la posibilidad de este para perseguir el curso causal y su dominio en función de la finalidad, solo así, afirma, se puede exigir responsabilidad por la vinculación al resultado.

Honig, por su parte, reconoce que la relación de causalidad debe subordinarse a la tipicidad que enmarca a la acción y al resultado,⁵¹ por tanto, considera la tipicidad como base de la responsabilidad penal y alude al caso de la tormenta⁵² para afirmar que en el mismo falta la posibilidad objetiva de perseguir el resultado, y este debe ser el sustento para la imputación objetiva, con la excepción de que existiera la experiencia en el sujeto sobre las características de estas tormentas en ese lugar y en esa época. Su teoría excluía la valoración de los cursos causales extraordinarios o inadecuados.

Welzel, por su parte, había manifestado que la finalidad definía la conducta y la tomaba como el dato principal; según Pessoa, *en la construcción del injusto, reflejado en la culpabilidad y pasando a través de la responsabilidad*.⁵³

La idea de perseguir una finalidad y tener dominio sobre ella, concebida inicialmente como base de la imputación objetiva, ha sido superada en la actualidad y en su lugar han aparecido una serie de fundamentos jurídicos que tratan de llenar con certidumbre las disyuntivas de cada caso en particular.

Maiwald, por ejemplo, parte de que la perseguibilidad objetiva de un fin, como categoría prejurídica, no es suficiente para imputar el resultado a un individuo;⁵⁴ sin embargo, vemos que para establecer una conexión causal, la finalidad, incluso, puede ser vista como

51 Wolfgan Frisch: "La imputación objetiva: estado de la cuestión", en *Sobre el estado de la teoría del delito*. Seminario en la Universität Pompeu Fabra, AA.VV., Edit. Civitas, España, 2000, pp. 22-23.

52 Sancinetti: *Op. cit.*, pp. 186 y 188. El caso de la tormenta había sido expuesto por Traeger y consistía en un tío que envía a su sobrino al bosque con la esperanza que muera durante una tormenta con la intención de heredar sus bienes, lo cual ocurre. En otras publicaciones se invierte el grado de parentesco de los participantes. Supongo que el error parte de la posibilidad de heredar, pero entiendo que la orden de ir al bosque se justifica más en la autoridad del tío; no obstante, esta confusión no tiene trascendencia al análisis. Encontrado también en Schünemann: *Op. cit.*, pp. 222-223; en Zaffaroni: *Op. cit.*, p. 465.

53 Pessoa: *Op. cit.*, p. 202.

54 Miyazagua-Festschrift Maiwald: 1995, pp. 465 y ss; en Frisch: *Op. cit.*, p. 24.

el punto de partida, con miras a definir cuán relevante es el concepto de acción para la figura delictiva.

En una comparación entre los criterios finalistas de Welzel y la posición de Roxin, el precitado autor Pessoa, utiliza el ejemplo del sujeto que con la finalidad de que alguien muera, le hace viajar en avión esperando que este caiga, lo que ocurre en realidad. Según la posición de Welzel, no hay acción final homicida porque no hay manejo de la causalidad, aun cuando se hayan seleccionado los medios; sin embargo, para Roxin el acto de comprarle el pasaje o llevarlo al aeropuerto supone el manejo de esa causalidad.⁵⁵

Es de saber, que la imputación objetiva, más que sustituir a la causalidad, representa un nuevo enfoque abarcador y sistémico, cuya base son las relaciones sociales y la interacción entre los individuos en función de determinados valores establecidos desde el orden jurídico penal. Es así, que plantea Bustos Ramírez: *No está dentro del campo de los hechos, los extremos que relaciona son valorativos porque no se trata de establecer una relación de causalidad, sino de establecer la relación desde el fin de protección de la norma que es el bien jurídico, destacándose su lesión o su puesta en peligro. [...] El objetivo es construir racionalmente una fundamentación, para relacionar la afección del bien jurídico con una situación típica.*⁵⁶

Al introducir el término de situación típica (muy acertado) y no conducta típica (anterior y vinculada al resultado), los problemas son trasladados al plano de la antijuricidad, un contexto más amplio, menos rígido, que igualmente determina el grado de reproche de los actos, sin tener que amarrarlos a la tipicidad de los mismos, sino a la del resultado a partir de la amenaza al bien jurídico, con lo cual la laguna (entre los actos desarrollados y el resultado que atenta contra el bien jurídico) es posible llenarla con argumentos político-criminales, sin circunscripción extrema a la norma, lo cual empieza a coquetear con una lesión del principio de legalidad, por la construcción de la realidad junto a la valoración posjurídica de la acción.

En este sentido, nos apoyamos en otras palabras de Bustos: *Luego, las afecciones al bien jurídico están más allá del contenido de*

55 Pessoa: *Op. cit.*, p. 203.

56 Bustos: *Op. cit.*, p. 212.

*la norma y por consiguiente del tipo legal, que tiene como base de sustentación a la norma. De ahí entonces que la imputación objetiva al estar en directa conexión con el bien jurídico (no puede ser una característica de la tipicidad sino de la antijuricidad). [...] sin ella no surge la interconexión con todo el sistema jurídico.*⁵⁷

Esta podía ser una posición derivada de los aportes de la *teoría de la causalidad adecuada* de Von Kries, cuya utilidad, entre varias, ha sido reconocida así por Zaffaroni: [...] *por un lado, dejaba librada la tipicidad de la acción a la interpretación de los tipos y, dentro de estos, al alcance del verbo típico, es decir, que en buena medida, era una teoría de sentido común.*⁵⁸

Estoy de acuerdo con lo expresado por Bustos, a pesar de que la gran mayoría de los autores consideran que la imputación objetiva está en el análisis de la tipicidad.⁵⁹ No dejo de entender, sin que sea una posición ecléctica, que sutilmente, solo al final del análisis, lo que se intenta es encontrar los elementos de tipicidad del delito de resultado en los hechos analizados, a partir de considerar estos mismos como un resultado típico. No obstante, seguir a la captura de la tipicidad nos reenvía al positivismo causalista y nos aleja de la apreciación dialéctica de las relaciones humanas, que vistas desde su ámbito situacional, pueden ser medidas en función del tipo.

En consecuencia, la imputación objetiva no puede ni debe ser utilizada en los delitos de acción y resultado, ni en los de comisión por omisión, pues estos describen, en su totalidad, la conducta típica, es decir, reúnen los elementos de apreciación indispensables para conformar una figura de delito, haciendo referencia a través de su parte objetiva y subjetiva a la actuación y disposición de determinado sujeto y la afectación o puesta en peligro a un bien jurídico protegido. Aquí es, incluso, más simple delimitar las variantes o formas imperfectas, lo cual constituye otro obstáculo en los hechos que se analizan a través de la imputación objetiva.

⁵⁷ *Ídem*, p. 213.

⁵⁸ Zaffaroni: *Op. cit.*, p. 464.

⁵⁹ Zaffaroni: *Op. cit.*, p. 467. El autor plantea: [...] *nadie puede negar que hay serios problemas de imputación que son problemas de tipicidad objetiva que, con ese u otro nombre, no pueden dejarse de lado y que, por cierto, no tiene solución unívoca [...]*”.

Algunos criterios jurídicos

a) Creación de un peligro (o riesgo) reprobado para el bien jurídico, no permitido, superior a otros y materializado en el resultado.⁶⁰

Frisch, coincidiendo con Roxin y Jakobs, plantea: [...] *el sujeto al que se la ha de imputar el resultado producido (como injusto) debe haber creado el peligro desaprobado de su producción (lo que comprende la idea de que el fin pueda ser perseguido objetivamente y aún más allá) peligro que además debe haberse realizado en el resultado. [...] la teoría de la imputación objetiva se ha convertido en una teoría que se pronuncia sobre el carácter injusto de los resultados producidos.*⁶¹

La creación del peligro supone la realización de actos que por sí, valorados desde el plano prejurídico, aparecen como suficientes para generar el resultado antijurídico, o sea, constituyen la condición decisiva,⁶² sin que sean relevantes otras condiciones sociales, naturales o casuales, excepto que estas hayan sido manipuladas o controladas por el sujeto en función de sus fines, es decir, que hubiera existido dominio de la necesidad por el actuar libre del sujeto y que dichas condiciones sean parte del actuar del mismo. Desde una visión teleológica es como afirmar que a partir de la libre decisión sobre un fin, el agente ha podido escoger e influir en los medios necesarios para conseguir este.

La primera condición de este peligro reprobado, luego de ser creado, es que para ser imputado al sujeto del delito debe ser un peligro superior al que hubiera podido producirse, es decir, aun cuando el resultado del hecho coincida con la finalidad del agente, este no responderá penalmente según la imputación objetiva si sus actos, interfiriendo en el curso causal, han disminuido el peligro en que se encontraba la víctima en atención a un peligro anterior o no han sido suficientes ante la situación de peligro superior que sobreviene a sus actos y que queda fuera del control de su finalidad. No conocemos norma alguna que haya contenido elementos de reproche a la disminución de un peligro.

60 Sobre la crítica a estas posiciones ver Zaffaroni: *Op. cit.*, pp. 470-477.

61 Frisch: *Op. cit.*, p. 26.

62 Jakobs: *La Imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., p. 15.

Por ejemplo: Un médico no responderá penalmente según la imputación objetiva si tratando de salvar la vida de un paciente que ha llegado mortalmente herido al hospital, reconoce en él a un antiguo enemigo y realiza todos los procedimientos necesarios para salvarlo, aun cuando lo que quisiera es que el paciente fallezca. En este caso, el médico, que subjetivamente tiene una finalidad, no ha aumentado el peligro al que estaba expuesto el paciente, sino que con sus actos lo ha disminuido.

Ocurre lo contrario si el paciente no está en peligro de muerte y el mal proceder médico es quien lo coloca en esta situación, sin importar cuál ha sido la finalidad del galeno, apreciamos que sus actos han aumentado la situación de peligro para el primero, y esto es reprochable.

En el caso del sujeto que pretendiendo darle muerte a otro solo lo hiere y al ser trasladado el herido al hospital ocurre un accidente de tránsito, donde ciertamente fallece; la primera acción no es imputable en concepto de homicidio aun cuando fuera su finalidad, porque la situación de peligro directo creado es inferior a la que sobreviene con posterioridad y que tiene como resultado la muerte.

Esto se relaciona con la segunda condición del peligro creado. Si inicialmente este peligro creado debe ser superior a los que le rodean, sean anteriores, concomitantes o posteriores a él, no tendrá trascendencia si no existe la materialización de ese riesgo en el resultado.⁶³

Considero que se ha expandido sobremanera la cuestión de la imputación objetiva hacia cualquier polémica sobre la atribución y esto ha desnaturalizado la institución, tratándose de crear fórmulas de solución equitativa para cualquier hecho donde no resulte clara la conexión causal, lo cual no es el caso. La imputación objetiva no es la solución para la falta de elementos probatorios ni las deficiencias en la investigación policial, sino una necesidad de justificar la actuación jurisdiccional bajo presupuestos político-criminales sin quebrantar determinados derechos y garantías, o sea, cuando sirve a los fines de la prevención general.

63 Jakobs sustituye la realización del riesgo en el resultado por el criterio de que el riesgo solo debe aclarar el resultado y que su valoración es ex ante, por lo cual lo que se valora es la acción y no el resultado mismo, al igual que ocurre con el análisis de la tentativa. Jakobs: *Op. cit.*, p. 274; también en Zaffaroni: *Op. cit.*, p. 475.

Si uno de los objetivos de la imputación objetiva consiste en tratar de establecer un marco de valoración que conduzca a esclarecer los elementos necesarios para poder imputar a alguien e, incluso, hacerle responsable de aquellos actos que pueden estar vinculados a un resultado lesivo contenido en una norma jurídica penal, cuando han concurrido eventos ajenos a la acción de este sujeto que interrumpen o redireccionan la valoración del resultado, entonces puede justificarse que el análisis del peligro manifiesto en el resultado tiene que estar en relación con la superioridad del peligro creado, por tanto, si el individuo se conduce dentro de los riesgos permitidos, aun cuando el resultado constituya un delito contenido en la norma, no le será imputable a su actuación.⁶⁴

Este peligro (o riesgo) creado y no permitido debe analizarse en términos cuantificables como se aprecia en el estado de necesidad. Es casi una operación matemática en términos de valores protegidos o afectados.⁶⁵

Por ejemplo: Un médico que se conduzca dentro de su profesión, según su posición, especialidad o conocimientos, de acuerdo con los protocolos establecidos, no responderá nunca por los eventos casuales que confluyan durante la atención o el tratamiento a un paciente. No ocurre lo mismo, si al estar consciente de una situación de peligro cercano, no tome las medidas para evitarlo.

En los centros asistenciales de salud siempre existe el riesgo de contagio de otras enfermedades, estos no son atribuibles a los médicos porque ellos son los primeros expuestos y es conocido por todos los que allí concurren, por tanto, la interferencia de cualquier enfermedad con la efectividad de un tratamiento no es responsabilidad médica, pero el médico que realice maniobras con instrumentos no esterilizados o sépticos conoce que está creando una situación nueva de peligro que solo se justifica ante una situación de emergencia de un peligro superior.

64 Zaffaroni plantea que en la teoría de los riesgos de Roxin este: *Quizá sea el aporte más importante de la construcción, que debe ser necesariamente tenido en cuenta en la consideración de la función conglobante del tipo objetivo*. E. R. Zaffaroni: *Op. cit.*, p. 471.

65 G. Jakobs: *Op. cit.*, p. 243.

b) Prohibición de recurrir a la imputación objetiva si la norma de referencia no alcanza para evitar el peligro o sus consecuencias.

Otra situación diferente concurre cuando es la víctima quien se pone en la situación de peligro; por ejemplo, no será imputable a un piloto de avión, por la creación de un peligro y la materialización en su resultado, la muerte en la caída de algún paracaidista que llevaba, a no ser que el primero no hubiese tomado la altura y la velocidad adecuada para el lanzamiento.

En el caso que alguien aportara a un individuo medios como una soga, combustible, etcétera, que luego este utilizara para suicidarse solo ha de imputarse el resultado muerte, como auxilio al suicidio,⁶⁶ si este hubiere conocido previamente para qué serían utilizados estos medios.

Aun así, la solución puede no ser fácil y ha decursado por varios caminos, tras lo cual, creo que debemos partir para la imputación del presupuesto de creación de una situación de riesgo (no exactamente peligro) que favorezca la finalidad o disposición del tercero que se coloca en la situación de peligro, siempre que esta sea conocida por quien coopera con ella; por ejemplo, podrá imputársele al piloto de un avión el hecho por el que obedeciendo a un paracaidista, permite que este se lance sin haber tomado la altura o la velocidad requeridas.

Este caso, junto al anterior, también pudiera ser polémico si se analiza el criterio de la *prohibición de regreso (o retroceso)*,⁶⁷ por la cual en la valoración de la conexión con los eventos anteriores al resultado lesivo no ha de buscarse corresponsabilidad entre los individuos. Jakobs sostiene que en ninguno de estos casos se abrirá paso a la imputación objetiva porque no basta con que el tercero conozca la finalidad del sujeto, ya que no está en posición de garante respecto a la afectación que producirán los actos de este.⁶⁸

66 El Artículo 266 del Código penal cubano preceptúa: El que preste auxilio o induzca a otro al suicidio, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años.

67 Wolfgang Frisch: *Op. cit.*, p. 28 y E. R. Zaffaroni: *Op. cit.*, p. 464.

68 Jakobs: *Op. cit.*, p. 260. Zaffaroni critica esta posición al considerar que existe mejor explicación a partir del principio de reserva y alega que esta forma de construcción tiene consecuencias inaceptables, en Zaffaroni: *Op. cit.*, pp. 474-475.

En muchos de estos casos, el resultado no puede imputarse porque va mucho más allá del alcance de la norma infringida, por la cual no puede esperarse que pueda abarcar todos los posibles resultados que la casualidad puede aportarle.

Al respecto, plantea Schünemann: *Naturalmente, para responder a la cuestión acerca de si un resultado determinado se encuentra en el ámbito de protección de la norma de conducta infringida, es decir, si la norma de conducta es una medida conveniente para impedir resultados de esa clase, debe ser realizada una interpretación teleológica de la correspondiente norma, cuyos resultados no pueden estar contenidos ya en el concepto de imputación.*⁶⁹

Un elemento casual puede originar un resultado sancionado si crea un nuevo peligro superior o aumenta el anterior, pero algunos consideran que no debe tener connotación si solo genera un resultado que de igual forma hubiera acontecido si se hubiera actuado conforme a Derecho; en este caso Fritsch cita como ejemplo: *Si la muerte del paciente –por una enfermedad que solo podría detectarse en una autopsia– se hubiera producido pese al obrar del médico conforme a la lex artis,⁷⁰ de manera que tampoco se hubiera evitado mediante una actuación correcta, entonces la conducta del médico es claramente casual. Por tanto, en estos casos falta el nexo de realización específico entre la conducta incorrecta y el resultado producido.*⁷¹

Aunque la mayoría aboga por esta solución, alegándose que falta el nexo de antijuricidad, no siempre es la más viable, porque es indeterminado el resultado si la actuación hubiera sido la correcta e, incluso, puede apreciarse el incremento de un peligro reprobado si el actuar adelantó el momento en que podía producirse la muerte.⁷² Si aceptamos la concepción de que no importa que haya muerto si en definitiva iba a morir, podíamos consagrar cambios importantes para el futuro de la humanidad y no tendríamos que hablar más de imputación objetiva e, incluso, de Derecho penal.

69 Schünemann: *Op. cit.*, p. 236.

70 *Lex artis*: es la actuación diligente de un profesional (puede ser un médico en cuanto a diagnóstico o tratamiento), su ruptura constituye una circunstancia de negligencia o impericia que puede trascender en algunos cuerpos legales, agravando la punición.

71 Fritsch: *Op. cit.*, p. 30.

72 Sobre el tema ver Fritsch: *Op. cit.*, p. 30.

Conclusiones

La crítica a estos y muchos otros criterios jurídicos, en torno a la imputación objetiva, serviría para hacer un nuevo artículo. Si en realidad sus fundamentos han constituido un avance en el Derecho penal, es porque limitaron el determinismo de las teorías causales y abrieron la posibilidad de un estudio integrador de cada caso particular sometido al cuestionamiento desde el plano jurídico-penal, lo cual, también, puede resultar contraproducente si se utilizan con amplitud las motivaciones político-criminales, ya que pueden quebrar los cimientos de principios importantes como el de legalidad o el de ofensividad.

La oportunidad abierta a consideraciones político-criminales en respuesta a la demanda del poder punitivo debe tener la limitante de servir a las razones de la prevención general antes de aparecer enfrentadas a los argumentos que ha podido construir la dogmática jurídico-penal.

Los estudios multidisciplinarios pueden ayudar a la estructuración y mejora del contenido dogmático, porque en el Derecho esta palabra no significa rigidez, inflexibilidad, inconsecuencia, como es vista por algunos en el orden semántico, sino que se utiliza en otra acepción, como método de exposición a partir de los conocimientos doctrinales, siempre en evolución de los principios fundamentales de nuestra disciplina; los cuales han de estar en consonancia con los Derechos Humanos alcanzados por la sociedad.

Hay que reconocer que lo que pensemos de la imputación objetiva y su forma de utilización se corresponde con condicionamientos sociales o político-criminales, pero hemos de ser libres para determinar cuándo su aplicación puede constituir una injusticia, o no.

El error de prohibición en el Derecho penal

MARIANO RODRÍGUEZ GARCÍA

Evolución histórica

PARA hacer un abordaje del error de prohibición en su devenir histórico, es imprescindible hacerlo sobre la base de enlazarlo a la culpabilidad, de manera que se pueda comprender conceptualmente qué es lo que se entiende por error de prohibición a lo largo de la evolución histórica sobre la que se ha desarrollado la culpabilidad.

Por eso, empezaremos diciendo que la culpabilidad es un elemento esencial de la teoría del delito, que ha suscitado uno de los debates doctrinales más enconados en la historia del Derecho penal, precisamente hubo distintas ideas en torno a lo que se conoce actualmente por esa denominación, pues no siempre fue llamada de esa forma.

En el Derecho romano nos encontramos con que se habla de una subjetivización del Derecho, con la elaboración de la teoría de la imputación subjetiva que se une a los conceptos de dolo y de la culpa,¹ contrario a lo que pasó posteriormente durante el Feudalismo, donde se desarrolló la imputación objetiva,² en la cual vemos que se le atribuye a la persona la comisión de un delito, pero no subjetivamente, solo sobre criterios objetivos, que podían adquirir diversas magnitudes, como que el sujeto es hijo de la persona que lesionó a otro; que tiene determinadas características físicas, que estaba en el lugar de los hechos; en resumen, no había una determinación de la responsabilidad en el orden consciente, por lo tanto, no era factible el desarrollo de categorías dogmáticas como las causas de exculpación, especialmente, el error de prohibición, más aún si se

1 Mercedes Pérez Manzano: *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1986, p. 73.

2 Gabriel Rodríguez Pérez de Agreda: *La Culpabilidad ¿un concepto en crisis?*, *Revista Cubana de Derecho*, No. 16, Año XXIX, julio-diciembre de 2000, p. 32.

trata, como es en este caso, originado en el desconocimiento de la norma. Norma que se consideraba dispuesta por mandato divino y, en consecuencia, la imputación subjetiva no podía elaborar un concepto independiente que tuviera nacimiento en las categorías jurídico penales, por lo que tampoco la teoría del error tenía alcances para su desarrollo, pues en un supuesto de error de prohibición, indeteniblemente el sujeto está en conexión con el hecho, lo que evidentemente el agente no pensó que eso estaba prohibido, cumpliendo con los requisitos establecidos para imputarle la responsabilidad de acuerdo con estos criterios, que en definitiva no explicaban la responsabilidad del sujeto, pues el mismo, sin saber qué había hecho, podía ser penado irremediabilmente.

Ya en la modernidad, las revoluciones burguesas inundaron el panorama social y se desarrolló una subjetivización del Derecho, ya que se hace una vinculación entre pena y atribución de la responsabilidad del sujeto, y las relaciones entre los seres humanos se centran en las cuestiones económicas, llevadas de la mano de una nueva ideología revolucionaria, el liberalismo, que de acuerdo con su prisma de pensamiento, desarrolla la racionalidad y subjetiviza al individuo.

Necesariamente, el hombre como vórtice del pensamiento y como ser individual, es un sujeto que puede decidir por el bien o por el mal, lo que propició la materialización de una idea en torno a la atribución subjetiva de la responsabilidad, diferente a la causación objetiva de un daño en el mundo de la realidad como se venía trabajando alrededor de esta materia, además, es necesario hacer hincapié que el ser humano, influenciado por la nueva concepción de que el mercado es un mediador de las relaciones humanas, dispone su ubicación como impulsor y destinatario de las relaciones que ese mercado tiene en su haber. Erigiéndose como base de este nuevo orden legal el principio de legalidad, supra concepto en el que se derivará la idea de culpabilidad.³

La concepción psicológica

El fenómeno de la imputación subjetiva comienza a ser nombrado posteriormente culpabilidad, es Von Litz, a finales del siglo XIX uno de los pioneros en denominarla de esta manera. Entendiendo,

3 Gabriel Rodríguez Pérez de Agreda: Ob. cit, p. 33.

a través de su concepción, que la culpabilidad era psicológica, como bien refiere Bustos Ramírez, quien afirma que es indiscutiblemente Von Litz el que da nacimiento a la teoría psicológica de la culpabilidad al reducir la acción a un proceso causal originado en un impulso voluntario o como él mismo define: “La culpabilidad es responsabilidad por el resultado causado mediante un movimiento corporal voluntario”,⁴ disponiendo que la relación subjetiva se agota en el dolo y la culpa. Es decir, se entendía como la relación de carácter subjetivo que tiene el autor con el acto, determinado esencialmente por este último, es decir, en la relación psíquica del agente con el hecho. Idea, en la cual se sustentaban dos especies diferentes, el dolo y la culpa, dependiendo de su incidencia.

Para Von Litz, la concepción de delito se amparaba en identificar al tipo penal como una cuestión de carácter objetivo que podía ser descrita, dejando solo para lo subjetivo a la culpabilidad, elaborando una definición de culpabilidad en que se entiende la relación que se establece entre el autor y el acto, criterio que era compartido de manera global por Radbruch, quien elabora un concepto propiamente psicológico, comprendiendo el contenido de la voluntad separado del impulso de voluntad y agotándose en el dolo y la culpa.⁵

El problema esencial de este criterio es que precisamente no pasó de ahí, de los postulados de la teoría, pues la práctica superó las proposiciones de este juicio. Téngase en cuenta que esta tenía una serie de problemas, porque no podía explicar la imprudencia de los sujetos en su variante de la culpa sin representación, pues si se hace depender la imputación a la conexión entre la mente del sujeto y el hecho acaecido, cómo explicar el supuesto de achacarle responsabilidad a una persona que ni siquiera se había representado mentalmente la ocurrencia del suceso, además, manifiesta una incapacidad para abarcar una explicación consecuente sobre el estado de necesidad exculpante, de por qué se procede a la exculpación de un sujeto que cometió un hecho delictivo por estado de necesidad si cumple esencialmente con los postulados de la teoría psicológica, que solo exige la relación mental entre el autor y su hecho, que bien pudiéramos verlo en ese caso mencionado.

4 Juan Bustos Ramírez: *Manual de Derecho penal. Parte general*, cuarta edición, Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1994, p. 489.

5 G. Radbruch: *Shuldbegriff*, pp. 335 y ss. Citado en Pérez Manzano: Op. cit., p. 75.

Precisamente, de la base de estos dos problemas no explicados, es que se transita en busca de una idea que sí da explicación a la determinación de la imputación subjetiva del agente, desde la incidencia, por un lado, en el elemento normativo de la culpabilidad, que será la idea predominante a establecer y, por otro lado, sobre el estado de necesidad exculpante, de donde surgirá la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma, que devendrá en el fundamento de las causas de exculpación.

De ahí, que podamos afirmar que la teoría psicológica de la culpabilidad no vino a responder a los condicionamientos necesarios para afianzar la teoría del error de prohibición, en tanto no da sustanciación al basamento del conocimiento propio del sujeto por su actuar lesivo o peligroso, ya que la relación, en tanto, síquica del sujeto con el evento criminoso o su resultado, indistintamente de las posiciones que pudiese adoptarse, no razona de manera certera sobre el basamento de la exigibilidad de responsabilidad al sujeto por ese hecho sobre la esencia de la valoración de la antijuricidad de su conducta.

La concepción normativa

A principios del siglo xx, en 1907, fue el catedrático Reinhard Frank, quien dio un vuelco a la concepción psicológica, introduciendo el criterio normativista, acorde con las nuevas corrientes de influencia del Neokantismo y de la escuela sociológica, explicando que precisamente la culpabilidad comprende también un componente de relación con la norma jurídica, y que sus elementos integrantes son la imputabilidad, las circunstancias concomitantes y el dolo y la culpa, concluyendo que la misma comprende la reprochabilidad del hecho atribuible al sujeto. Este criterio ubicaba al dolo contentivo de la conciencia de la antijuricidad, por lo tanto, en cuanto a la teoría del error, reconocía la responsabilidad del autor que actuara influido por el desconocimiento de las normas por infracción de una norma de deber de acuerdo con el derecho positivo, aunque reconocía que en determinados casos ante la interrogante de si un sujeto estaba en la obligación de responder ante un supuesto semejante, el mismo reconocía que: *Esta cuestión no podría ser respondida en forma afirmativa, puesto que la presunción de que cualquiera tiene que*

*conocer las leyes es en general exagerada, dado que la relación entre las pequeñas transgresiones a numerosas normas y la ética social es muy laxa como para presumir que cualquiera la conozca.*⁶ Por lo que reclamaba que los legisladores tuvieran cuidado en la formulación en torno al error, sobre la base de las posibilidades de los mismos factores, que él propugnaba, que pudieran acaecer en la actuación del sujeto como es el caso de las circunstancias concomitantes que lo hubieran inducido a error.

Ahora bien, el problema estriba, de acuerdo con esa concepción normativa, sobre la base de determinar el fundamento de esa culpabilidad, esencia que remarca diferentes opiniones en torno a qué lineamientos puede sostener la reprochabilidad de ese sujeto que se le venía exigiendo responsabilidad.

Es de significar que posteriormente a esta concepción inicial de Frank se destacó Golschdmit, quien fuera otro autor clave en el desarrollo de la teoría normativa de la culpabilidad, quien hizo un aporte cuando distingue entre norma jurídica (Reshnorm) y norma de deber (Pflichnorm), la norma jurídica en relación con lo injusto, es de carácter objetivo y general, la norma de deber en relación con la culpabilidad, es de carácter subjetivo e individual, estimando que la misma consiste en que: “La culpabilidad como modalidad de un hecho antijurídico es su posibilidad de reconducirlo a motivación reprochable” (valorativamente objetable), agregando que “esta consiste en el no dejarse motivar, objetable valorativamente, de la voluntad por la representación del deber”,⁷ por lo que producen la no posibilidad de imputarle al agente un juicio de reproche, elaborando de esa forma la teoría de la exigibilidad del sujeto, comprendiendo que el error de prohibición es una motivación alterada, que decide en el individuo la decisión de actuación faltando a esa norma de deber exigida.

Mientras, Edmund Mezger establecía que *La culpabilidad es el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido.*⁸ Criterio que

6 Frank Reinhard: *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad*, Editorial IB de F, Monte Video, Buenos Aires, 2002, p. 56.

7 Bustos Ramírez: *Op. cit.*, p. 491.

8 Edmund Mezger: *Derecho penal, Libro de estudio parte general*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, p. 189.

es construido en torno a su teoría normativa compleja, para quien se perfilaba en el conjunto de requisitos que debía cumplir la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica, traducido en un comportamiento psicológico culpable pero con una valoración negativa de esa conducta desde el ordenamiento jurídico. Disponiendo que el dolo y la culpa no eran especies de la culpabilidad, sino que eran las formas en que ella se manifestaba, instituyendo la inexigibilidad de la conducta como correctivo a casos determinados como las causas de exculpación.

La concepción normativa pura

Más tarde y relacionada con las ideas del finalismo que introdujo Hans Welzel, se le insertan modificaciones claves a la teoría normativista, cuando este autor afirma dentro del concepto de culpabilidad: “De ello se puede sacar la conclusión de que el dolo no es parte de la culpa (de la reprochabilidad), sino del objeto de la culpa”,⁹ dejando solamente la conciencia del autor en la antijuricidad de su actuar y la exigibilidad que se le podía acarrear surgiendo así la teoría normativa pura, que eliminó todos los elementos psicológicos dentro de la fundamentación de la culpabilidad, dejando solo cuestiones normativas.

Esta teoría tuvo notables influencias en la teoría del error de prohibición, pues si se sustrae el dolo y la culpa como propone esta hipótesis y se trasladan a la acción, la conciencia del injusto, que antes se consideraba parte de ese dolo va a pasar íntegramente como parte del concepto de culpabilidad, como bien dice Roxin: *[...] si el dolo es una forma de manifestación de la finalidad, esto es, el dominio causal, no puede tener nada que ver con las representaciones mentales del autor sobre la licitud o ilicitud de su conducta, algo que solo es relevante para la culpabilidad.*¹⁰ Por lo tanto, se entenderá que al analizar el error de prohibición es preciso entender en torno al individuo si tenía conciencia de la prohibición o de sus límites exactos para poder reprocharle su conducta.

9 Hans Welzel: *Teoría de la acción finalista*, Editorial de Palma, 1951, pp. 32-33.

10 Claus Roxin: *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, Editorial Tirant lo Blanch alternativa, Valencia, 2000, p. 39.

Más aún, y en la corriente normativista, autores como Kart Engisch promueven una visión caracterológica de la culpabilidad, al explicar que: *la concepción caracterológica de la culpabilidad pide cuentas a la persona por lo que ésta es*,¹¹ es decir, reprochan al individuo por sus características personales que influyeron en el quebrantamiento de la norma. Kart Engisch en su obra *Die Lehre von der Willensfreiheit* critica el fundamento del juicio de culpabilidad sobre el sujeto en la posibilidad de actuar de modo distinto,¹² negando que fuera la libertad la esencia de la culpabilidad, pues manifiesta que empíricamente no es demostrable el poder actuar de otra forma, por lo que entra en contradicción con la idea de imputación de un sujeto que no se le puede reprochar algo que no ha sido demostrado que pudiera hacer o no, impidiendo, a su vez, que la culpabilidad fundamente la pena sobre el sujeto y, en consecuencia, devino en crisis de fundamento de la culpabilidad,¹³ pues cómo se va a punir a una persona que no se pudo determinar su condición síquica sobre el hecho delictivo.

Precisamente, a partir de la crisis de la culpabilidad, la doctrina se divide en criterios contrapuestos que tratan, por un lado, de reencontrar la esencia de la culpabilidad (intraculpabilísticas) y aquellas ideas que buscan restar a la teoría del delito el estudio de la culpabilidad (extraculpabilísticas).

En las primeras encontramos a las expuestas por Gimbernat, quien propone la sustitución de la culpabilidad por las ideas de la prevención especial de la pena, de manera que amedrente al sujeto y lo conduzca de forma motivada, donde el agente comprenda que tiene ante sí la amenaza constante de un castigo si opta por no responder a los postulados de las disposiciones penales junto a la tesis propugnada por Roxin, para quien la culpa es un límite a la medida de la pena, rigiéndose por la teoría de la prevención especial también, a partir de las cuales se fundamenta la inexigibilidad de

11 Engisch: “Zur Idee der Täterschuld”, en ZStW 61 (1942), p. 177, citado en Hans-Heinrich Jescheck: “Evolución del Concepto Jurídico Penal de Culpabilidad en Alemania y Austria”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1º. de enero de 2003, <http://criminnet.ugr.es/recpc/>, p. 2.

12 Pérez Manzano: *Op. cit.*, p. 93.

13 Rodríguez Pérez de Ágreda: *Op. cit.*, p. 35.

responsabilidad del error de prohibición en las teorías de la pena, comprendiendo que en estos supuestos no se requiere de castigo, pues no hay necesidad de resocialización del individuo infractor de la norma que no sabía que estaba prohibida, especialmente en el caso inevitable que no podía saberlo de ninguna forma.

Por otro lado, tenemos las ideas de Jakobs, para quien la culpabilidad es un derivado de las necesidades de prevención general positiva, influyendo en el criterio de que las penas deben aumentar o disminuir, no en relación con un criterio de culpabilidad, sino que deben basarse en la proporción de las incidencias del delito. Él establece que la culpabilidad se construye sobre el fin asignado al Derecho penal, que está determinado a estabilizar el ordenamiento.¹⁴ Incidiendo en el error de prohibición, en tanto se determine cuánto desconocimiento se le puede aguantar al sujeto siempre que no atente contra la estabilidad de la vigencia del orden penal. Vinculando, de esta forma, a la aceptación del error siempre que esa conciencia de antijuricidad no vaya en detrimento de la eficacia de la norma. Tesis que no da respuesta a las necesidades de reformulación de la culpabilidad donde se asiente el error de prohibición, pues la prevención general lo que hace es estandarizar los postulados de la culpa, mientras que lo necesario es individualizarla para que, en un caso determinado y concreto, se le pueda exigir al individuo responsabilidad por un actuar contrario a la norma, o no.

En cuanto a los que sí tratan de hallar dentro de la culpabilidad un fundamento, encontramos a Jescheck, que explica que lo que se le debe reprochar al sujeto es un comportamiento en contra del derecho, cuando un sujeto medio hubiese optado por respetar el orden establecido, penándose la conducta desviada en comparación a la que hubiese decidido “una persona a medida, vinculada con los valores jurídicamente protegidos”.¹⁵ Criterio determinista que adolece del defecto de desindividualizar a la culpabilidad, entendiendo sobre esta base, que el error de prohibición tendrá su aceptación en

14 Gunther Jakobs: *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, 2ª. ed., Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., 1997, p. 581.

15 Hans Heinrich Jescheck y Thomas Weigend: *Tratado de Derecho penal, Parte general*, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, 5ª. ed., Editorial Comares SL, Granada, diciembre de 2002, p. 459.

la medida en que no se le hubiera podido reprochar al sujeto el desconocimiento o el mal saber de la norma si en relación con un sujeto promedio, bajo las mismas circunstancias, hubiese obrado de esa misma forma. Posición que, en resumen, proporciona inseguridad, pues cómo se puede precisar ese hombre estándar en las situaciones límites que nos proporciona la realidad social.

Sin embargo, tenemos que decir que para mi criterio, la culpabilidad comprende y se remarca como el juicio de reproche que se hace al individuo en un lugar y momento determinados por una actuación del mismo; ahora bien, esa posibilidad de actuar tenemos que entenderla sobre el criterio de la libertad del individuo, no como libre albedrío, sino que está condicionada sobre la base de considerar que es la relación simbiótica entre las posibilidades del hombre como ser social y sus necesidades materiales y espirituales, lo que precisa su conducta y determina al mismo a efectuar su actuación contrario a los intereses de clase de la sociedad donde se manifiesten sus actos, o no.

Por lo tanto, y siguiendo esta línea de pensamiento, podemos decir que la culpabilidad es un juicio valorativo que se atribuye al sujeto, no es constatable como en la teoría psicológica, guiándose para la determinación de ese juicio por una serie de elementos, dentro de los que encontramos, precisamente, la capacidad de culpabilidad o imputabilidad, las condiciones de exigibilidad y el conocimiento de la antijuricidad.

Elementos de la culpabilidad

Los elementos que conforman la culpabilidad se deben estructurar sobre la base del concepto previo que hemos dispuesto, los que son en mi consideración: la capacidad de culpabilidad, la exigibilidad de que puede ser objeto el comisario de los hechos ilícitos y el conocimiento virtual de la antijuricidad.

a) Capacidad de culpabilidad o imputabilidad.

Comprende la capacidad de entendimiento del individuo de poder conocer la ilicitud de su actuar y comportarse en consecuencia de acuerdo con ese saber, siendo el contenido de esa capacidad el razonamiento de la norma, así como la disposición de conducir su

conducta sobre la base de los presupuestos de la misma. Debiendo deducirse que la referida capacidad es producto directo de un proceso de desarrollo de la persona, quien nace con determinadas aptitudes, que le posibilitan mediante la interacción durante el ciclo de la vida adquirir en un momento determinado la cabal madurez de la culpabilidad; ese momento debe reflejarse en el Derecho, cuando establece los límites para exigir esa comprensión. No obstante, para que se presente este elemento esencial de la culpabilidad, es necesario que no concurran determinadas circunstancias que excluyen a la capacidad de culpabilidad como:

La minoría de edad, que es la circunstancia en la que el individuo no ha alcanzado un desarrollo suficiente de su personalidad que le permite determinarse para una convivencia en sociedad, de acuerdo con las reglas y necesidades que la comunidad impone y que los diferentes estados consideran legalmente un límite mínimo a partir de los que se considera de acuerdo con su desarrollo esas características, que pueden variar de acuerdo con basamentos políticos, económicos y sociales. Este es un estado transitorio, dentro del cual el sujeto va aprendiendo los postulados que deben regir su conducta dentro del grupo social, para que unido a su desarrollo físico y mental pueda entender el orden social que lo rodea, y dirigir su conducta a la continuación de ese orden, siempre influenciado por los condicionamientos históricos determinados.

La enfermedad mental, que, como lo indica su nombre, es aquel padecimiento psíquico del individuo que le impide funcionar adecuadamente para desempeñarse en el grupo social al que pertenezca, y que en determinados supuestos de enfermedad puede inhabilitar o disminuir la capacidad de culpabilidad, al afectar la percepción sensorial del individuo de la realidad que lo circunda. Es, en este segundo supuesto, la manera en que el individuo conserva su capacidad de comprender, en parte, las particularidades de su entorno, de analizar y reproducir el orden establecido, teniendo, no obstante, un funcionamiento disminuido de esa posibilidad, lo que promoverá de su persona un comportamiento caracterizado por ser defectual en sus relaciones en sociedad.

b) Exigibilidad.

El Derecho penal, en sus lineamientos, exige de los individuos que conviven bajo sus reglas un determinado comportamiento, proceder

que será posible en tanto y en cuanto ese sujeto pueda inclinarse a cumplimentar lo dispuesto, aun cuando puedan ser exigencias difíciles, pero no imposibles. Determinándose el nivel a partir del que se le va a pedir cuentas al individuo sobre la base de criterios objetivos concretos, aunque siempre bajo el vórtice de la persona individual, la que de un modo u otro, se comportara en consecuencia en el hecho en concreto. Ejemplo claro de lo anterior es el supuesto de dos individuos que se quedan atorados en un elevador, siendo uno de ellos claustrofóbico, por lo que al cabo de unos minutos e impulsado por su fobia, uno de los individuos empieza a darle patadas al elevador para intentar salir, ocasionándole daños de consideración a la máquina, de lo cual podemos decir, que el Derecho no le podía pedir al sujeto que tenía esa afección en particular, que se comportara de otra manera, pues aunque se le pudiera exigir a los sujetos en general que esperaran a que se arreglara el problema del elevador, a una persona con esa problemática de los espacios cerrados no le era posible la espera, contrario a lo que se pedía de su compañero de encierro, que no tenía problemas y podía exigírsele una conducta diferente. Es preciso añadir que este elemento no concurre cuando se presentan en el caso en concreto causas que neutralizan las posibilidades de actuación del sujeto, sobre todo, porque no se le hace reproche al autor por existir una causa que le impide al comisor actuar diferente a ese comportamiento dañoso.

c) Conocimiento virtual de la antijuricidad.

Este elemento es el que más problemas ocasiona en torno a la aceptación de la teoría del error de prohibición, en especial el directo. A pesar de que desde un cómodo pedestal es fácil decir que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento por una cuestión de seguridad jurídica, a medida que se desarrolla la sociedad humana, hay una continua evolución del conocimiento de las ciencias y las artes y se complejiza la vida en sociedad, ocasionando la aparición de presupuestos cognitivos en la vida diaria que oscurecen la visión de un hombre, provocando conductas contrarias a las normas de la sociedad donde este se desempeña.

Hay determinados criterios coincidentes en negar la posibilidad de desconocimiento de los sujetos, pues parten de estimar que el conocimiento de los destinatarios de las leyes es potencial, afirmación

que aumenta desmesuradamente las posibilidades estatales de condena técnica por el hecho, pues se hace una presunción irrevocable de conocimiento por parte del individuo, o al menos un deber de conocer, incluso se piensa que basta con que haya motivos suficientes para saber que el hecho cometido esté legalmente prohibido.

De ahí que me alinee a los criterios del profesor Muñoz Conde cuando dice: *Solo en la medida en que se dé la internalización de los mandatos normativos y el proceso de socialización del individuo no se encuentre alterado (analfabetismo, subcultura, diversidad cultural, etc.) podrá plantearse el tema del conocimiento de la antijuricidad. En una sociedad en la que coexisten distintos tipos de valores, hay que admitir que, aun pudiendo teóricamente conocer la ilicitud de su conducta no se planteen siquiera ese problema cuando ese comportamiento es normal en el grupo social concreto al que pertenecen.*¹⁶ Es decir, siempre que el individuo logre una comprensión global de la valoración desaprobada del hecho, podrá entenderse que tiene un saber de la antijuricidad de su conducta y por consiguiente le podrá exigir sobre la base de ello, si falla esa comprensión, el individuo actuará sin saber que su conducta está prohibida y se dirigirá, en consecuencia, sin culpa, por lo que no se le deberá exigir responsabilidad.

Por supuesto que para entender este particular hay que comprender los componentes en que, a su vez, se subdivide el saber de la antijuricidad, los que al decir de Quintero Olivares son:

- a) El conocimiento de la significación del acto típico;
- b) el conocimiento de la significación antijurídica del acto; y
- c) la conciencia de la ausencia de una justificación personal de la conducta.¹⁷

El primero, referente solo a la significación de la tipicidad del hecho que no implica por sí solo la idea de culpabilidad, puesto que se puede tener conciencia de que una acción es violatoria de una disposición penal; no obstante, el individuo puede verse inmerso por desconocimiento o por una visión errada de la realidad en la creen-

16 Francisco Muñoz Conde: *Teoría General del Delito*, 3ª. ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 354.

17 Gonzalo Quintero Olivares: *Manual de Derecho penal. Parte general*, 3ª. ed., Editorial Aranzadi, S.A., 2000, p. 340.

cia de que su actuar, como bien expresan los demás requisitos de la apreciación del conocimiento de la antijuricidad, o no haya un conocimiento de la valoración antijurídica del hecho en concreto que el individuo realizara o que el agente se creía con derecho a hacerlo basado en una causa de justificación.

Precisamente, para desarrollar e imbricar la relación del primer factor con los restantes subelementos, es necesario entender las formas de la culpabilidad, destacándolas como las maneras en que se exterioriza el elemento subjetivo de la culpabilidad en el hecho delictivo, es decir, su representación en la sociedad, abarcando sus manifestaciones en la acción, desde el dolo y la culpa.

La primera expresión que abordo es el dolo o como también se conoce la intención, en que el sujeto quiso y se dirigió a la consecuente realización del hecho delictivo, no obstante conocer que primero se desarrolló en la teoría causalista la noción de que el mismo se entendía como “*dolus malus*” y estaba integrado por dos elementos esenciales: el conocimiento y la voluntad de incidir en el hecho, así como la conciencia de su ataque en contra del Derecho, determinando que el dolo era una forma de la culpabilidad, y posteriormente la teoría finalista que entiende que el dolo es natural y que de los requisitos para que se produzca, no es imprescindible que haya un conocimiento efectivo de la antijuricidad, a lo más potencial. Recordemos que forma parte de los elementos de la culpabilidad.

No obstante, solo entendemos que es factible para apreciarlo la concurrencia de un conocimiento, que debe ser actual y posible en torno a los elementos generales de un delito, sino estaríamos frente a la posibilidad de existir error en la mente del sujeto en cuanto a su conocimiento, así como debe haber el querer de realizar esa conducta, bastando para apreciar la misma que el resultado de la acción se acepte por el agente de manera anticipada, ya sea por representarse el hecho en sí o por estimar probable su ocurrencia, no obstante, las formas que adopta no son unánimes pues tiene distintas variantes y posibilidades de manifestarse como veremos a continuación:

El dolo directo de primer grado: como bien decíamos, se entiende por tal a la actuación de un actor que está en concatenación directa su voluntad y la representación del plan en la realidad que estaba ideando para la realización de ese hecho ilícito. Ejemplo de lo anterior es cuando un sujeto planea matar a un enemigo de su persona y

luego de esperarlo en la calle con posesión de un cuchillo le propina un golpe con aquel que le causa la muerte. Es decir, lo querido por el sujeto es lo alcanzado.

El dolo eventual: se sustenta en la idea de realización consciente como el anterior caso de un ilícito penal pero su realización comprende una actuación que involucra la producción de múltiples consecuencias en que el agente actuante no quiere el resultado pero asumió el riesgo al final a pesar de ese obstáculo con la producción del resultado esperado por su mente, por lo tanto, se le imputa el dolo, pues a pesar de que no hubiera querido el resultado, se impuso su voluntad de consumarlo a pesar de todo. Ejemplo clásico de este supuesto es cuando una persona, queriendo lesionar a un individuo que le era odioso, coge una pistola y dispara hacia él, sin importarle que a su lado estuviera su mejor amigo a quien él no deseaba lesionar y a quien, sin embargo, le provocó una herida. Por supuesto, es necesario hacer una distinción entre este dolo y la culpa consciente, que en el primer supuesto lo identificaremos cuando el actuante, sobre la teoría del conocimiento, acepta la producción del resultado, no como en la culpa en que la realización del ilícito, a lo sumo, su ejecución se estipula probable aunque nunca se acepta su realización.

La segunda manifestación es la llamada culpa, en la cual, el sujeto manifiesta una conducta en que hay una omisión de la “diligencia debida”,¹⁸ o lo que es lo mismo, una inobservancia del deber de cuidado; recordemos que en la sociedad que vivimos, en la que nos encontramos constantemente bajo la influencia del uso de tecnologías y procesos que originan riesgos para la integridad de la vida humana, así como para la de los bienes, se hace necesario hacer un énfasis del cuidado necesario con que deben obrar los ciudadanos para evitar que estos peligros se pasen de niveles aceptables y controlables, de ahí que se hayan planteado varias teorías para estimar cuándo se debe exigir culpa a las personas por determinadas conductas de las que nosotros apoyamos la del conocimiento, por lo que nos encontramos en la actualidad las dos manifestaciones en la realidad que son consecuentes:

- a) La culpa consciente: en este caso el sujeto actuante previó la posibilidad de que se produjera con su conducta un hecho ilícito y

18 Francisco Muños Conde y Mercedes García Aran: *Derecho penal. Parte general*, 6ª. ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 282.

por consiguiente la transgresión de la norma de cuidado, pero eludió la idea de que este ocurriera, cuestión que podemos observar claramente por ejemplo, en un suceso en que el agente, a sabiendas que manejaba un vehículo que transportaba una sustancia peligrosa, ocasiona, al girar en una curva pronunciada, que se vire el transporte y se derrame la referida sustancia fuera de su envase de seguridad, por lo que vemos que el sujeto sí tuvo una representación del hecho pero no deseaba el resultado y pensó que no se produciría, incurriendo en una violación de una norma de cuidado a la que debía atenerse para cumplir adecuadamente con su misión.

- b) La culpa inconsciente: similar es el caso en que no se ha querido el resultado, que es la violación de la norma de cuidado y el sujeto ha actuado en la realización de un injusto penal, pero en este caso ni tan siquiera se ha representado la posibilidad de la ocurrencia de este a pesar de que debía conocer la posibilidad de infracción.

Precisamente, de lo anterior podemos decir, bajo la égida de la teoría finalista, que a pesar de que el dolo y la culpa salen de la culpabilidad y se insertan en la acción formando parte del injusto penal, es necesario afirmar que los mismos comprenderán la exteriorización del elemento intencional y volitivo de los sujetos, lo que permitirá hacer una graduación consecuente de la culpabilidad, siempre que el elemento del conocimiento de lo que se está haciendo, recaiga en la valoración global de la antijuricidad que se pueda hacer del hecho, ya que independientemente que uno sepa lo que está haciendo, no necesariamente puede comprender que su conducta es antijurídica. Por lo tanto, siempre que haya una conexión entre el saber consciente de la conducta y el conocimiento potencial de los niveles de infracción de la norma primaria por parte del agente, podrá exigírsele responsabilidad por el hecho.

Definición del error de prohibición

Encontrar una definición adecuada de la institución del error de prohibición es harto difícil, sobre todo, si nos encontramos los criterios de múltiples autores que asimilan la idea de que el error de pro-

hibición es igual a decir ignorancia de los preceptos. Por eso vamos a analizar distintos criterios aportados por la doctrina.

Encontramos definiciones dadas por autores de la talla de Bustos Ramírez para quien el error en general “es la ignorancia o falsa apreciación de una situación”.¹⁹ Si partimos de que la ignorancia es un desconocimiento o una percepción nula de una realidad determinada, entonces debemos distanciarlo de una definición consecuyente de error, que es como bien dice Quirós, la discordancia, la falta de correspondencia entre la conciencia y su objeto, es decir, que el sujeto actuante cree erróneamente que actúa sobre la base de apreciar equivocadamente la valoración de antijuricidad del hecho, provocando que se conduzca consecuentemente, cometiendo un hecho calificado de ilícito.

Ahora bien, no se excluye que la ignorancia sea la génesis de un error, cuando puede suceder que el comisor no conociendo una prohibición de una conducta actúe sobre la base de estas circunstancias que no le eran atribuibles ni salvables como es el ejemplo de un extranjero que acaba de llegar al territorio de otra nación y lo que hace es prohibido, siendo totalmente admisible en su lugar de procedencia, por lo que podemos deducir que el sujeto sabe lo que hace, es consciente, pero actúa en la creencia que su actuar no está prohibido, por lo que en este caso debería excluirse la atribución de responsabilidad del individuo por ese hecho.

Por lo tanto, hechas las aclaraciones, puedo decir que el error de prohibición comprende, en mi consideración, una separación de la conciencia con respecto a la antijuricidad del hecho, incluso, en la idea equivocada de actuación justificada conforme con el Derecho, por lo que este deberá ser abordado sobre la base de conocer que el error de prohibición incide en la culpabilidad del sujeto y en tanto entendamos que el conocimiento de la antijuricidad se conciba incluido dentro de la misma, no se producirá este elemento, siempre que el yerro del sujeto esté influenciado por causas que anulen la posibilidad del sujeto de ese saber o por lo menos una disminución de esas posibilidades.

19 Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée: *Manual de Derecho penal. Parte general*, cuarta edición, Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., Barcelona, 1994, p. 426.

De ahí, que podríamos empezar por el concepto que nos da el profesor Muñoz Conde cuando explica que el error de prohibición comprende cuando el individuo que es autor de un hecho ilícito, cree que actúa lícitamente basándose en una percepción errada de la realidad, es decir, que incluso puede abarcar el supuesto en que el referido sujeto ni tan siquiera se ha planteado en su conciencia que se conduce de manera indebida, ya sea por la existencia de una norma penal prohibitiva de una acción u omisión que el sujeto debía obedecer y no hizo o cuando en el criterio de que se presuponía una circunstancia que de haber existido en la vida real hubiese avalado ese comportamiento que de otra forma la sociedad sustentada en un ordenamiento legal penal determinado hubiese calificado al mismo de ilícito u otro concepto otorgado. *El error de prohibición atañe a la valoración de la conducta frente al ordenamiento jurídico en su totalidad, comprendiendo tanto el error sobre la significación antijurídica general del hecho como el error sobre la personal legitimación del autor para llevarla a cabo.*²⁰

Por lo que podemos colegir que el error de prohibición es una situación fáctica, en que un sujeto comete un hecho bajo la influencia total o parcial de una percepción errada de la valoración global de la antijuricidad de su actuar evitable o inevitable, concepto sobre el que erigimos nuestra base para cumplir con los objetivos de esta investigación.

El principio de la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento

Primero tenemos que decir que muchas veces, sobre la base del viejo adagio de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento, como bien aparece proclamado en el Digesto, específicamente en el Libro XXII, Título VI, Ley 9.1 cuando dice *nemini licet ignorare ius*,²¹ no se pensaba siquiera en la posibilidad de equivocación.

20 Colectivo de Autores: *Manual de Derecho penal. Parte general*, 3ª. ed., Editorial Aranzadi, S.A., 2002, p. 431.

21 Cuerpo del Derecho Civil Romano (Traducido al Castellano del Latino), primera parte Digesto, t. II, Jaime Molinas Editor, Barcelona, 1892, Libro XXII, Título VI, Ley 9.1.

ción en cuanto a una realidad que tuviera en cuenta el yerro sobre la base de la ignorancia; por eso es que desde que nos iniciamos en el estudio de las ciencias penales, específicamente en el ámbito de las eximentes de la responsabilidad penal, se proclama la invariabilidad del deber inexcusable de conocer la ley, argumentado en la idea que el Estado no puede negar la eficacia de la aplicación consecuente de sus propias normas, pues se erige como un orden indiscutible, que le permite orientarse sobre un basamento estable, bajo el criterio que, los ciudadanos, en el peor de los supuestos, tenían el deber de conocer el ordenamiento. No obstante, es preciso hacer ciertas consideraciones que estimamos claves en torno a esta directriz.

Y es, precisamente, que una de las significaciones primordiales de este principio hay que considerarlo una “presunción iuris et de iure”, a partir de la cual se explica que las leyes han de aplicarse independientemente de que los ciudadanos conozcan las normativas, o no; es decir, hay una renuncia a considerar otra variante, salvándose por medio de las presunciones de derecho que no admiten réplica, permitiendo una base segura de actuación al Estado, pero que dejan al individuo, en determinados casos, en posición de responder penalmente de una cuestión que le era imposible conocer consecuentemente en determinadas circunstancias.

Otra función desprendida del mismo que se discute es que los ciudadanos están en la obligación de estudiar consecuentemente el Derecho, idea que por muy atrayente que sea, en el sentido de lograr una sociedad en la que todos los ciudadanos se preocupen por la legalidad y su actuación conforme con el Derecho reconocemos como una quimera.

Precisamente, si los juristas no conocemos todas las normativas, ya sea por cuestiones de especialidad, tiempo o gustos, cómo vamos a exigirles a las personas neófitas que hagan un aparte en sus vidas para dedicarse al estudio del Derecho, eso sin ponerse a pensar en el entramado de dificultades que tienen que enfrentar los ciudadanos para entender conceptos legales que aún en la doctrina se discuten, amén de los intereses sociales, políticos y económicos de cada sujeto en la sociedad. Entonces, aun sin quererlo, caemos de nuevo en las críticas de la primera posición, pues se hace sobre la base, no de conocer las leyes en que se justifica su aplicación, sino que el

individuo está en la obligación de estudiar las leyes para así conocerlas o debiera conocer que su actitud activa o pasiva es contraria al Derecho, lo que pudiera conllevar al supuesto de aplicar la misma regla para tratar situaciones diferentes, entrando en contradicción con el ideal de justicia que debe caracterizar la búsqueda de todo el sistema.

Y, por último, encontramos los condicionamientos políticos, sociales y procesales, que no son más que los concretos conocimientos establecidos en la cultura social que permiten establecer que determinadas conductas que la sociedad conoce en su fuero interno, individuo por individuo, que son negativas y consecuentemente castigadas, es decir, que todos conocen o debieran conocer que el matar, violar, lesionar, robar son actuaciones que están censuradas por el Derecho penal casi a nivel universal, no obstante se le ha criticado con justeza que hay ciertos niveles de actuación que a pesar de que están tipificados correctamente no es factible exigirle ese conocimiento al individuo en general en situaciones determinadas pues solo unos pocos tienen un conocimiento posible o exacto de las mismas.

Por eso no es posible la aceptación de este principio, partiendo de que el mismo expresa que el sujeto que infrinja la ley vendrá sometido mediante el correspondiente proceso a esa norma, haciendo una negación de la culpabilidad, no obstante, no se hace mención en ninguno de sus preceptos a que la sanción le es imponible, de ahí que pueda tratarse sobre la base del arbitrio judicial la respuesta del Derecho penal ante esa conducta, sobre la base del principio de conocimiento del derecho para luego, en concordancia con las circunstancias personales del autor, responder con una consecuente reacción jurídica a su concreto conocimiento y la posibilidad de actuación conforme con tal discernimiento de su persona.

Tipos de error de prohibición

Ya zanjadas las cuestiones preliminares del error de prohibición, es necesario establecer las diferentes modalidades que presenta este para su correcta apreciación. De ahí que partamos de apreciar varias modalidades de este error que tiene variados efectos con res-

pecto al Derecho, por lo que empezaremos con las clasificaciones tradicionales que pertenecen al error de prohibición directo e indirecto, comprendiendo el primero, al decir del profesor Lesch cuando declara que: *Un error de prohibición directo es un error sobre la norma prohibitiva o sobre la norma imperativa,*²² o cuando a continuación determina que en cuanto al indirecto, nos encontramos en presencia de *la errónea suposición de una causa de justificación, no desconociendo el autor el juicio desvalioso atribuido al tipo penal mismo.*²³ Por lo que una vez determinados estos conceptos pasaremos a clarificar las vertientes o modalidades que adopta cada uno de ellos.

a) Error de prohibición directo.

Error de prohibición directo o error en el conocimiento de la norma: el mismo atañe al no conocimiento de la existencia de la prohibición o mandato de una norma que comanda un actuar consciente positivo o negativo o incluso admite que su actuar es adecuado y justo. Ejemplo: una persona que habitualmente cruce un patio ajeno, que no está delimitado y, por tanto, en la creencia errónea de que el mismo no pertenece a nadie y consecuentemente no está violando el domicilio de nadie.

Error de prohibición directo (variante) o error de subsunción: este error comprende un desconocimiento o una falsa apreciación, pero el mismo recae no sobre el saber o no de esa norma, sino sobre el alcance o los límites precisos de la disposición, es decir, el sujeto la conoce pero no determina claramente los límites precisos. Ejemplo: un sujeto que considera que no hurta los bienes de una persona si estima que los mismos comprenden el pago de una deuda que tenía el titular para con su persona.

Error de prohibición directo (variante) o error de validez: este error comprende la situación de un sujeto que a pesar de que conoce la existencia de la norma que prohíbe u ordena un comportamiento determinado no la cumple en la creencia errada de que la misma no es válida por considerarla contraria a las normas constitucionales

22 Heiko H. Lesch: "Fundamentos Dogmáticos para el Tratamiento del Error de Prohibición", *Revista del Poder Judicial*, No. 45, primer trimestre, Consejo General del Poder Judicial, 1997, p. 10.

23 *Ibidem*, p. 11.

o incluso internacionales en las que la nación de la que es ciudadano tuviera compromisos de aplicación pero que los mismos no eran efectivos en ese momento todavía.

b) Error de prohibición indirecto.

Error de prohibición indirecto: ya este yerro va por otro camino y es que se extiende sobre la creencia errada de la presencia de una causa de justificación en el actuar del individuo que el ordenamiento no prevé. Ejemplo: la creencia del padre o madre que considera estar amparado en el derecho de patria potestad para lesionar a sus hijos con fines educativos.

Error de prohibición indirecto (variante): en este supuesto la creencia de la existencia de la causa de justificación está compaginada con su efectiva representación en el ordenamiento legal. Ejemplo: el caso de un custodio que hace su servicio en un lugar con poca iluminación y ve avanzar a un individuo rápidamente hacia él con algo que brilla y que para su ser es un arma blanca y sobre la base de defenderse legítimamente de un ataque le da muerte.

No obstante, hay otras distinciones con tanta importancia como las señaladas anteriormente y que encontramos en el error de prohibición vencible o invencible, es decir, cuando el obstáculo de la circunstancia que influyó en la apreciación errónea del individuo que lo llevó a cometer un hecho ilícito podía ser salvado, o no, con un actuar diligente del mismo.

Aquí, precisamente, debemos analizar el criterio de evitabilidad que al decir del referido profesor Lesch, estamos en presencia de una “competencia por el error”,²⁴ añadiendo que debe observarse dicha emulación como la cantidad de necesidad social debe ser cargada al sujeto cuando se encuentra en error en el supuesto de poder evitarse este, así como el nivel de ignorancia que es permisible socialmente sin que entre en contradicción con los postulados de eficacia de la norma penal en cuanto al error invencible, es decir, que ante un caso que se nos presente el jurista debe tomar en consideración estableciendo una balanza de manera objetiva la comparación de un sujeto medio en un contexto social-nacional y analizar por un lado su nivel de conocimiento y posibilidades de conocimiento en relación

24 *Ibidem*, p. 21.

con nivel cultural y desarrollo social para entonces en alineación con los postulados normativos penales, actuar en consecuencia.

Ahora bien, si estudiamos el error de prohibición vencible, encontramos que el sujeto tuvo una apreciación errónea de la realidad que lo llevó a conducirse en la comisión de un delito, pero si hubiera actuado informándose adecuadamente de las circunstancias concurrentes en el hecho o de la significación del mismo no hubiera incurrido en la equivocación como bien dice el profesor Quintero Olivares para quien este error *pudo haberse evitado informándose adecuadamente de las circunstancias concurrentes o de la significación del hecho*.²⁵

Ahora, si nos hallamos delante de un error de prohibición invencible o absoluto que al decir de Creus: *El error de prohibición invencible es aquel en el cual no se puede evitar la comisión del delito, empleando una diligencia normal o la que estuvo al alcance del autor en las circunstancias en que actuó*,²⁶ es decir, no es achacable al sujeto que responda penalmente de sus acciones u omisiones pues un sujeto medio en la posición del individuo hubiera debido obrar de igual manera pues a pesar de un actuar justo para esa circunstancia o grupo de ellas le fue imposible sustraerse a actuar de otra manera que no fuera la que quebró la legalidad, dicho criterio es defendido aun por ambas teorías, las del dolo y las de la culpabilidad.

No obstante, esta clasificación, que se torna fundamental, tiene determinadas repercusiones esenciales que determinan un tratamiento clave y específico si se trata de uno u otro.

Si nos encontramos ante un error vencible, nos enfrentamos a un error que proviene de las mismas fuentes que dan lugar a la culpa, es decir, la imprudencia y la negligencia, por lo que se determina que la culpabilidad achacable al sujeto, en este caso en particular, se verá reducida aunque nunca eliminada, por lo que vemos que este error deja en sí el injusto penal pero imprime la necesaria pena atenuada para el tipo, basado en una culpabilidad disminuida. Aquí

25 Gonzalo Quintero Olivares: *Manual de Derecho penal. Parte general*, 3ª. ed., Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2002, p. 434.

26 Carlos Creus: *Derecho penal. Parte general*, Editorial Astrea, 1999, citado en Diego Germán Calvo Suárez: Error de prohibición, www.espaciosjuridicos.com. Consulta: 8 de agosto de 2010.

operan las causas de exculpación, definidas como aquellas circunstancias en que el sujeto podía actuar de diferente forma pero su intención no estaba inclinada a la realización del hecho como tal, por eso se aprecia una culpabilidad reducida; casos como este se encuentran en el estado de necesidad disculpante, el exceso en la legítima defensa y el error de prohibición evitable.

No obstante, si en cambio estamos delante del error invencible, no hay una afectación en relación con el autor de los hechos, pues no hay una relación de culpabilidad que determine la responsabilidad del mismo, por lo que será necesario disponer la libre absolución del agente actuante, pues no obró contra el derecho, por lo menos en el peor de los supuestos no podía exigírsele otra conducta de acuerdo con las circunstancias que lo rodearon. Operando, por tanto, una causa de exclusión de la culpabilidad, entendida como aquella circunstancia en que se elimina la culpabilidad por completo pues el individuo estaba inexorablemente conducido a comportarse de manera ilícita sin poder determinarse de otra manera y que se diversifica en cuestiones como la falta de imputabilidad y el error de prohibición invencible.

Valoración del error de prohibición

El error, como institución, recae inicialmente en la esfera subjetiva del sujeto en una situación concreta y determinada, lo que pudiera darnos la idea de que el mismo compone un estado cognitivo alterado que afecta a un individuo, sobre el que el Derecho penal debe hacer una valoración específica para clarificar si a su conducta le es exigible responsabilidad.

Por eso es que el legislador debe, a la hora de hacer un estudio de la materia, tener en cuenta varios elementos imprescindibles para elaborar un tratamiento adecuado de la misma, que permita un correcto desenvolvimiento de este componente como: las circunstancias que se ven reflejadas o inciden en el accionar del sujeto en el marco del hecho, las facultades mentales del individuo y la cultura y desarrollo alcanzado por la sociedad donde se enmarque este sujeto.

- Circunstancias concurrentes: las referidas circunstancias se entienden como los factores objetivos y subjetivos que se presentan

ante las decisiones del sujeto y las cuales va a tener que aceptar, o no, produciéndose un resultado concreto; la decisión del mismo orientará su ser en la comisión de una conducta ilícita, o no. Pudiendo evaluar estas circunstancias, incluso más allá; en el caso del Derecho penal habrá que hacer un examen pormenorizado de las mismas en su repercusión sobre el hecho concreto, lo que permitirá comprender a los administradores de justicia sobre qué elementos el individuo dirigió su conducta y, consecuentemente, exigirle por la decisión que tomó una responsabilidad, o no.

- Capacidad del individuo: la misma comprenderá las posibilidades anímicas, de inteligencia e, incluso, de hecho que tenía el individuo para poder seleccionar de entre las opciones que se le presentaron en el momento precedente a los hechos para poder elegir consecuentemente una vía que es reprochable por la sociedad. Estas posibilidades deberán ser examinadas de conjunto con los factores precedentes que pudieran haber incidido directa o indirectamente en la consecución de los hechos.
- Desarrollo cultural societario: en las distintas sociedades, el hombre ha estado condicionado por determinadas y específicas realidades que lo encuadran de manera general en un esquema en que se va a desempeñar, inmerso en un ámbito familiar, social, político, religioso y ético particular que va a conducir su devenir a un fin determinado que incide en él y sobre el que el individuo, como ser social, aceptará o combatirá cuestiones que deben tenerse en cuenta para hacer un examen de su realidad social que lo determinó en última instancia, salvando los incidentes particulares del primer requisito a comportarse como lo hizo en la realización de una conducta que ocasionó la violación de la legalidad.

Entonces, sobre la base de estos elementos, podemos colegir que se establecerá una guía de referencia para los órganos de justicia, que permitirá dilucidar el grado de vencibilidad del error de prohibición, graduación que deberá hacerse particularmente sobre bases objetivas, afirmación que pudiera decirse que entra en contradicción con sus postulados subjetivos, pero que por una cuestión de seguridad jurídica, a fin de que no quede una valoración que permita mil y una respuestas posibles o probables, es necesario determinar

claramente cuáles de esos elementos deberán ser tomados en cuenta a fin de que sobre bases objetivas podamos determinar los lineamientos subjetivos que es necesario graduar.

Conclusiones

Las perspectivas del Derecho penal entran, en la actualidad, en una nueva fase, que determinan la reformulación de instituciones y concepciones. De ahí que hayamos estudiado a lo largo de esta investigación cómo se han manifestado las concepciones sobre el error de prohibición, estructurado sobre la culpabilidad, la que, a su vez ha tenido y mantiene todavía distintas acepciones en la doctrina y la práctica, que le dan matices, y que provocan efectos diferentes en el abordaje que se le da al error de prohibición, a su vez, en el mundo y en Cuba. Por lo tanto, luego de hacer un análisis exhaustivo de la institución del error de prohibición podemos decir:

El error de prohibición ha evolucionado sobre la base del desarrollo de las concepciones en torno a la culpabilidad, desde su desconocimiento, proporcionado por las ideas psicológicas hasta su aceptación por las normativas, en especial las puras, que determinan una concreción de la figura del error de prohibición sobre la base del desconocimiento de la valoración global de la antijuricidad del hecho como una causa de inculpación en el Derecho penal.

Nos afiliamos a una idea de culpabilidad basada en la reprochabilidad del sujeto con fundamento en la libertad, delimitada y desarrollada por las necesidades del hombre, cimiento indispensable para integrar un Derecho penal garantista. El dolo y la culpa forman la parte subjetiva de la acción típica del injusto penal, conformando una relación estrecha con la culpabilidad en tanto comprende los niveles de graduación de la imputación subjetiva, base de la exigencia de responsabilidad individual del sujeto en una sociedad determinada.

A propósito del esquema general de los tipos penales

DAYÁN G. LÓPEZ ROJAS

Brevísima laudatio

RECUERDO perfectamente el día en que tuve la oportunidad de Rescuchar, por vez primera, al profesor Quirós. Corría el año 2007, y en la sede de la Unión Nacional de Juristas de Cuba se iniciaba, el 12 de febrero, el I Encuentro Nacional de Alumnos Ayudantes y de Alto Aprovechamiento de Ciencias Penales y Criminológicas.

Con la emoción y la avidez propias del discípulo que admira al maestro, recibimos los delegados de la Atenas de Cuba la presentación que, en voz de la querida profesora Mayda Goite Pierre, anunciaba la conferencia a cargo del Dr. Quirós, cuya mirada, a pesar de la opacidad provocada por el tiempo, reflejaba aún el brillo profundo que es inherente al maestro verdadero.

En aquella oportunidad, la exposición del profesor Quirós versó sobre los pilares básicos de su producción científica, y al tiempo que explicaba interesantes cuestiones relacionadas con el vigente Código penal –con la complicitad y el orgullo de quien admira su propia obra–, nos incitaba a elegir el camino de la docencia con responsabilidad y comprometimiento. De hecho, sus valiosos consejos fueron seguidos por algunos, entre los que me cuento.

Mucho lamento no haber ocupado un espacio junto a las varias generaciones que se formaron escuchando sus sabias lecciones en la colina universitaria. Me siento feliz, no obstante, de haber iniciado mis primeros pasos en el estudio de la ciencia de los delitos y las penas por su obra científica que, indiscutiblemente, ha marcado un hito en el estudio y desarrollo de la Parte General del Derecho penal en Cuba.

Rendir homenaje a un hombre grande, constituye una muestra evidente de la nobleza del ser humano; sirva este espacio para reconocer el empeño mostrado por el profesor Dr. Carlos Alberto Mejías Rodríguez para materializar tan extraordinaria idea. A él agradezco la invitación que me dirigiera para colaborar con la realización de esta obra noble. Ello me enorgullece profundamente.

Sobre el esquema general de los tipos penales

Para el jurista que se desempeña en los predios del Derecho penal resulta de trascendental importancia conocer cómo se estructuran los tipos penales. El ejercicio interpretativo dirigido a comprender el sentido y alcance de una figura delictiva, supone que el intérprete esté en condiciones de descomponer la norma penal-tipo para analizar cada uno de los elementos que la conforman, porque es del estudio y valoración de los elementos típicos de donde emergen los criterios para definir su corporificación, o no; así como las diferencias entre una especie delictiva y otra.

Un concepto sencillo y fácilmente comprensible del *tipo penal* nos lo ofrece el profesor argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, quien lo define como un “instrumento legal lógicamente necesario, de naturaleza predominantemente descriptiva, cuya función consiste en la individualización de conductas humanas penalmente relevantes”.¹

Para su análisis metodológico, la figura delictiva o tipo penal se descompone en *tipo de injusto* y *culpabilidad*.²

El *tipo de injusto*, también denominado *injusto* o *ilícito*, constituye aquella imagen conceptual que sirve para describir la conducta prohibida en el supuesto de hecho de la norma penal, y que después va a ser objeto del juicio de antijuricidad, o sea, va a ser analizada desde el prisma de las causas de justificación.³ Según Bacigalupo, su contenido se basa en dos componentes bien diferenciados: la in-

1 Cfr. Eugenio R. Zaffaroni et. al.: *Derecho penal. Parte general*, 2ª. ed., Editorial EDIAR, Buenos Aires, 2002, pp. 432-439.

2 De esta opinión en la doctrina más reciente, Schünemann, para quien *injusto* y *culpabilidad* son los dos elementos centrales sobre los que se sustenta y desarrolla la actual teoría del delito: [...] *el injusto, en el sentido de una acción lesiva o intolerablemente peligrosa para un bien jurídico que genera una dañosidad social cualificada. La culpabilidad, en el sentido de una elevada reprochabilidad, porque al autor le era exigible, sobre la base de necesidades preventivas, omitir la acción que le era personalmente evitable*. Cfr. Bernd Schünemann: “El propio sistema de la teoría del delito”, en *Revista para el Análisis del Derecho (InDret)*, Barcelona, enero de 2008, p. 11.

3 Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán: *Derecho penal. Parte general*, 6ª. ed., revisada y puesta al día, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 300.

fracción de la norma (tipicidad) y la falta de excepciones que la permitan (antijuricidad).⁴

En el injusto, no solo se analiza el comportamiento humano aislado, sino que, además, se valora el contenido de la voluntad que lo rige, por lo que en su contenido se distingue un *tipo objetivo* y un *tipo subjetivo*, analizándose el dolo y la imprudencia en el nivel del tipo.

En el *tipo objetivo* se incluyen todos aquellos elementos de naturaleza objetiva que caracterizan el supuesto de hecho de la norma penal (el sujeto activo, la conducta, el objeto material, las formas y medios de la acción, el resultado, la relación de causalidad y los criterios para imputar objetivamente el resultado a la conducta); mientras que el *tipo subjetivo*, mucho más difuso y difícil de probar, refleja una disposición o tendencia subjetiva que se puede deducir, pero no observar;⁵ en él se inscriben el dolo y la imprudencia, así como los eventuales elementos subjetivos exigidos en algunos delitos.

La *culpabilidad* expresa la serie de condiciones que hacen que un determinado comportamiento antijurídico pueda reprocharse a su autor y, de ese modo, se traduce en la capacidad de respeto al ordenamiento jurídico del sujeto individual.⁶ La culpabilidad no se refiere a la parte subjetiva del hecho, ni tampoco a la actitud interna del sujeto, sino solo a los elementos que condicionan la atribuibilidad del injusto penal a su autor. En esta sede solo se analiza si las condiciones en que tuvo lugar la motivación del autor al momento de la realización del hecho típico y antijurídico son normales y permiten atribuirle plenamente el injusto penal; o si son plena o parcialmente anormales y, entonces, no puede atribuírsele en absoluto o solo parcialmente.⁷

Para que el juicio de reproche en que la culpabilidad consiste, pueda ser verificado como última condición para afirmar el delito, es necesario que concurren en el sujeto: la *capacidad de culpabilidad o imputabilidad*, la *conciencia sobre la antijuricidad de la*

4 Cfr. Enrique Bacigalupo Zapater: *Manual de Derecho penal. Parte general*, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996, p. 73.

5 Vid. Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán: *Derecho penal...*, op. cit., p. 265; Manuel Cobo del Rosal y Tomás S. Vives Antón: *Derecho penal. Parte general*, 2ª. ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, pp. 207-208.

6 Manuel Cobo del Rosal y Tomás S. Vives Antón: *Derecho penal...*, op. cit., p. 373.

7 Apud. Santiago Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, 7ª. ed., Editorial Repertor, Barcelona, 2005, p. 616.

*conducta y la exigibilidad de un comportamiento distinto, adecuado a los mandatos de la norma.*⁸

Las figuras delictivas o tipos penales están compuestos por un grupo de elementos (elementos constitutivos) que en su mayoría pertenecen al *injusto*, ya sea al *tipo objetivo* como al *tipo subjetivo*; aunque eventualmente pueden concurrir otros que hagan referencia a aspectos vinculados a la *culpabilidad*.⁹

En este proceso de análisis del delito ha de seguirse un orden metodológico, identificando, en primer lugar, el objeto de protección y su alcance, para luego abordar de un modo progresivo las notas que componen la parte objetiva, primero, y la parte subjetiva después.

A lo primero que debe prestársele atención, de cara al estudio de cualquier figura delictiva es a la razón de su existencia, a su sustrato material, o sea, al bien jurídico protegido.

El bien jurídico protegido

El concepto de bien jurídico designa el objeto protegido por el sistema penal.¹⁰ Según Hormazabal Malarée consiste en una relación

- 8 La concepción normativa de la culpabilidad, mayoritariamente admitida desde principios del siglo xx, entiende que esta constituye un *juicio de reproche* que se le formula al autor, en cuya sede se analiza la *posibilidad de atribuirle el injusto realizado*. Mir Puig, quien prefiere denominarle *imputación personal*, ha aclarado que “esta no puede crear un nuevo desvalor que no provenga ya del injusto penal, porque no puede más que atribuir el injusto penal que concurra. Toda la fundamentación de la gravedad del hecho corresponde al injusto penal, la imputación personal solo condiciona la atribución total o parcial de dicha gravedad. O impide por completo la atribución, o funciona como un filtro que solo deja pasar (atribuir) una parte del desvalor del injusto penal”. *Vid.* Santiago Mir Puig: *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 616.
- 9 La culpabilidad es una característica general de todos los delitos, y por eso no aparece mencionada expresamente en los tipos particulares. *Cfr.* Hans Welzel: *Derecho penal. Parte general*, traducción de Carlos Fontán Balestra, Roque de Palma Editor, Buenos Aires, 1956, p. 62.
- 10 Según explican Bustos Ramírez y Hormazabal Malarée, la necesidad de identificar el objeto protegido por el sistema penal tiene un claro origen liberal y garantista. El concepto de “bien jurídico” nace como un planteamiento programático cuyo objetivo era limitar el poder de definir conductas criminales del Estado a la exclusiva protección de bienes jurídicos. De ahí que hayan sido numerosos los esfuerzos de los penalistas por dar un concepto material de bien jurídico, entendiendo por tal uno que sirviera de instrumento para limitar el

social concreta, que resulta valiosa para la sociedad y por ello necesita y merece protección desde el ámbito penal.¹¹ En esta concepción material sobre el bien jurídico también se inscribe Mir Puig, quien lo define como aquellas condiciones necesarias para el funcionamiento de los sistemas sociales, que permitan la participación efectiva de los individuos en los procesos de interacción y comunicación social.¹²

La esencia del delito consiste en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado,¹³ por lo que este ha de entenderse como el fundamento legítimo de la punición. Refiriéndose al bien jurídico penal ha dicho Hassemer que “es lo que hace que una acción se convierta en delito, lo que motiva su penalización”.

Son bienes jurídicos en el ordenamiento penal cubano, por ejemplo, *el debido respeto a los funcionarios públicos, la seguridad del tránsito, la vida, la integridad corporal, la confianza en el tráfico económico, etc.*

Debe aclararse que el bien jurídico no es un elemento del tipo, sino que constituye el fundamento, la razón de existencia de cada norma penal tipo, y que cumple importantes funciones, entre las que se destacan la función de interpretación o exegética, la sistemática y la de garantía.

El bien jurídico posee una *función exegética* en tanto constituye uno de los criterios rectores en la interpretación de los distintos

poder de definición estatal. Cfr. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazabal Malarée: *Lecciones de Derecho penal*, vol. I, Editorial Trotta S.A., Madrid, 1999, pp. 57-58.

11 Cfr. Hernán Hormazabal Malarée: *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (El objeto protegido por la norma penal)*, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago de Chile, 1992, pp. 152-153. Explica este autor que “cuando el tipo castiga el homicidio, está castigando una relación social específica que niega la relación social concreta vida. Cuando castiga la coacción, está castigando una relación social que niega el bien jurídico libertad en la forma específica establecida en el tipo de las coacciones. Por eso el tipo no se agota en una acción, sino que más allá de ella es continente de una relación social especificada objetiva y subjetivamente mediante elementos descriptivos, normativos y psíquicos, que configuran una situación social dotada de sentido y significación. Sentido referido a la vinculación personal del autor con la situación y significación referida a la materialidad disvalorativa que a dicha situación le da la atención al bien jurídico protegido por la norma”.

12 Vid. Santiago Mir Puig: *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª. ed., Editorial B de F, Montevideo, Buenos Aires, 2003, pp. 135 y ss.

13 Manuel Cobo del Rosal y Tomás S. Vives Antón: *Derecho penal...*, op. cit., p. 252.

tipos penales. Comoquiera que la significación jurídico-penal de determinada conducta está estrechamente vinculada al grado de ofensividad que aquella ocasiona a un determinado bien jurídico, el proceso de interpretación de la norma que define el delito ha de partir de su objeto de protección. Sobre este importante rol atribuido al bien jurídico ha dicho Quintero Olivares que “solo cuando el bien jurídico ha sido delimitado se puede resolver su significación sobre todos los elementos de la figura delictiva, arrojando sobre ellos la debida luz interpretativa, y nunca al revés”.¹⁴

La denominada *función sistemática* se desdobra en dos aristas, según explican Cobo y Vives.¹⁵ De un lado, el bien jurídico se erige en fundamento básico de la estructura abstracta de la infracción punible y, de otro, constituye el criterio básico de ordenación y clasificación del conjunto de infracciones particulares que componen la Parte especial, e implica, como sostiene Creus, un orden valorativo en el cual el legislador otorga preponderancia a la protección de determinados intereses o bienes jurídicos sobre otros.¹⁶

Por último, la *función de garantía* que se atribuye al bien jurídico –de marcado contenido político-criminal– constituye un límite al poder punitivo del Estado, específicamente a la facultad de instituir delitos. Solo podrán criminalizarse aquellas conductas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos. Con acierto han puesto de manifiesto Bustos y Hormazabal el carácter dinámico y crítico de esta función, a la que obedecen los sucesivos procesos de criminalización y descriminalización que tienen lugar en las distintas sociedades, derivados de la permanente revisión del sistema penal.¹⁷

14 Gonzalo Quintero Olivares: “Sobre la falsedad en documento privado”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, No. 1, 1976, p. 37.

15 Manuel Cobo del Rosal y Tomás S. Vives Antón: *Derecho penal...*, op. cit., p. 251.

16 Carlos Creus: *Derecho penal. Parte especial*, 6ª. ed. actualizada y ampliada, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1998, p. 1.

17 Cfr. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazabal Malarée: *Lecciones de Derecho penal...*, op. cit., p. 61. Sin aludir expresamente a la función de garantía, los autores hacen referencia a una “función político-criminal de límite al poder de definición del Estado”, y en esta ubican la denominada “función crítica del sistema penal”. Para una mejor comprensión, preferimos englobar los contenidos de dichas funciones dentro del contenido de lo que Cobo y Vives denominan función de garantía.

El tipo objetivo

Siguiendo la línea metodológica trazada, se hace necesario, en primer término, el estudio y análisis de los elementos típicos que conforman el tipo objetivo, para luego adentrarse en las peculiaridades inherentes al tipo subjetivo, hasta llegar, más adelante, a las valoraciones vinculadas a la culpabilidad.

Los elementos estructurales del tipo objetivo son los sujetos (activo y pasivo), la conducta típica, el objeto material, el resultado y la relación de causalidad e imputación objetiva (si se tratara de delitos de resultado).

Sujetos del delito

Luego de haber definido el objeto de protección del delito, se impone analizar lo relativo a los sujetos intervinientes en la dinámica delictiva.

El sujeto activo del delito es, como el pasivo, un elemento del tipo y no puede identificarse estrictamente con la noción de autor, que es una categoría de las formas de participación en el ilícito; porque tanto autores como cómplices encuentran acomodo dentro de la categoría *sujeto activo*. No obstante, sujeto activo y autor son nociones íntimamente vinculadas en razón de que el sujeto activo del delito limita el círculo de los posibles autores, a tal punto que no podrán ser autores quienes no reúnan las condiciones exigidas por la concreta figura delictiva para el sujeto activo. Así tenemos que la configuración del sujeto activo en las distintas construcciones típicas puede asumir varias formas:

Sujeto activo general o común: La mayoría de los tipos se configuran con la sola exigencia de que el sujeto activo sea una persona humana. La realización del tipo en estos casos podría ser desarrollada por cualquiera, pues se trata de un sujeto activo genérico.¹⁸

Ejemplo: Artículo 328.1. Se sanciona con privación de libertad de tres a ocho años al que sustraiga una cosa mueble de ajena perte-

18 La condición del sujeto se determina a partir de la descripción típica, y aunque generalmente la construcción gramatical “el que” alude a un sujeto general, ello no siempre es así. Tal es el caso del delito de Malversación (*cfr.* Artículo 336, CP) que alude a: “el que teniendo por razón del cargo que desempeña, la administración, cuidado o disponibilidad [...]”. A pesar de que se inicia con la frase genérica “el que”, la cualificación del sujeto viene especificada en el resto de la descripción típica. El delito de Malversación constituye un típico delito de sujeto especial impropio.

nencia, con ánimo de lucro, concurriendo en el hecho alguna de las circunstancias siguientes [...].

Sujeto activo especial: Algunos tipos exigen la presencia de ciertas condiciones específicas en el sujeto activo –el cual está cualificado normativamente–, de modo que su realización resulta atribuible a ciertas personas en régimen de exclusividad. Solo podrán realizar el tipo, y en consecuencia ser autores, quienes posean dichas cualidades diferenciadoras.

Ejemplos: Artículo 136. El funcionario público que intencionalmente dicte resolución contraria a la ley en asunto de que conozca por razón de su cargo, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas.

Artículo 139. El que, faltando a los deberes de su cargo, deje maliciosamente de promover la persecución o sanción de un delincuente, o promueva la de una persona cuya inocencia le es conocida, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas.

El sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico protegido por la norma concreta, que ha sido lesionado o puesto en peligro por el delito. Solo la titularidad del bien jurídico determina la condición de sujeto pasivo¹⁹, categoría esta que no es identificable ni con la de *sujeto sobre el que recae físicamente la acción*, ni con la de *perjudicado*.²⁰

Coinciden *sujeto pasivo* y *sujeto sobre el que recae físicamente la acción* en el caso de los delitos contra la vida y la integridad corporal, por ejemplo, en los que la titularidad del bien jurídico pertenece a la persona que es objeto de la acción típica (*delitos personalísimos*). Pero no ocurre así en otras infracciones penales, como en la Estafa por ejemplo, en el que el engaño típico puede recaer materialmente sobre persona distinta a la que sufre el perjuicio patrimonial, que es realmente el titular del bien jurídico lesionado y, por tanto, sujeto pasivo.

19 Manuel Cobo del Rosal y Tomás S. Vives Antón: *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 249. Los profesores españoles, para ilustrar esta definición, ponen el ejemplo de que “la propiedad de una persona puede resultar quebrantada si se le sustraen bienes que se encuentran en posesión de un tercero, aunque pueda ser este el sujeto sobre el que recae la acción”.

20 Santiago Mir Puig: *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 224. Con acierto afirma este autor que la importancia de delimitar conceptualmente el sujeto pasivo no solo la reviste en el orden teórico-metodológico, sino también en el orden práctico: de quien sea el sujeto pasivo puede depender, por ejemplo, la impunidad del autor (*cfr.* Artículo 341, CP).

El concepto de *perjudicado*, por su parte, comporta una mayor amplitud. Se atribuye la condición de perjudicado no solo al titular del bien jurídico afectado, sino *a todas aquellas personas que soportan consecuencias más o menos directas derivadas del actuar delictivo*,²¹ quedando incluidos dentro de esta noción los *terceros a quienes el delito haya producido cualquier clase de perjuicio*.²² Visto así, el concepto de perjudicado posee trascendencia al ámbito de responsabilidad civil *ex delicto*, la cual es procedente frente a todo aquel que ostente ese carácter.

Al igual que el sujeto activo, también el sujeto pasivo puede requerir determinadas condiciones típicas. En el delito de Atentado –por ejemplo– el sujeto pasivo ha de ser una autoridad, un funcionario público o sus agentes o auxiliares (*cfr.* Artículo 142). Se habla en estos casos de un *sujeto pasivo especial*.

La conducta típica

El Derecho penal protege los bienes que el ordenamiento jurídico ha dejado bajo su tutela, utilizando medios de reacción que se traducen en castigos imponibles a determinadas personas; de modo que su intervención supone una reacción frente a determinadas *conductas humanas* que afectan intereses sociales de vital importancia.

Esa conducta humana con relevancia penal es lo que se denomina conducta típica. Se trata de una manifestación externa de la voluntad humana, a través de un hecho positivo o negativo, que lesiona un bien jurídico o lo coloca en riesgo de lesión, y que aparece recogida en la ley penal sustantiva.

Para el análisis de la conducta típica tiene especial relevancia el *verbo rector*, que es el elemento fundamental sobre el que descansa la descripción típica, el núcleo del tipo, expresión de la acción u omisión prohibida (sustraer, matar, emplear violencia, acceder carnalmente, inutilizar, etc.).

La terminología tradicional, para referirse a la conducta típica como elemento del delito, aludía al *elemento material*.²³ Ello es

21 *Ídem*.

22 Manuel Cobo del Rosal y Tomás S. Vives Antón: *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 250.

23 Así, por ejemplo, para referirse a la conducta típica en el delito de Violación, Frías Caballero alude al *elemento material*: “el elemento material de la viola-

comprensible porque, como se ha visto, la conducta constituye el sustrato material y palpable de la infracción punible; llegándose a afirmar, incluso, que la acción típica es el elemento sustantivo del delito frente al cual los demás tienen el carácter de simples adjetivos o atributos.

Si ha habido acción humana o no, es una cuestión que interesa especialmente a la Parte general del Derecho penal, ocupándose la Parte especial de determinar si ciertamente se ha llevado a cabo la acción descrita en la concreta figura delictiva.

El objeto material

El *objeto material* u *objeto de la acción* es identificado, según la opinión común, con la persona o cosa sobre la que recae la conducta típica.²⁴ Son las unidades físicas, materiales, en las que se concreta el bien jurídico y que por tal razón constituyen objetos valiosos. Así, el *bien mueble*, en el Hurto; o la *persona fallecida* en el Homicidio.

La proyección de la acción típica sobre el objeto material provoca una ofensa al bien jurídico protegido, sea lesionándolo o colocándolo en un estado de peligro. Es a través de la ofensa al objeto material que se produce el agravio al bien jurídico. Con la *sustracción* del *bien mueble* –por ejemplo–, el sujeto activo ocasiona una lesión a los *derechos patrimoniales* del sujeto pasivo.

Sin embargo, resulta necesario aclarar que no todos los delitos poseen objeto material, lo que está determinado por la clase de bien jurídico tutelado. En aquellos delitos que protegen bienes puramente ideales –como el honor, por ejemplo– no existirá objeto material porque dicho bien jurídico, por su propia naturaleza, no se proyecta sobre ningún bien material.

Otra acotación válida respecto al objeto material es que este coincide con el sujeto pasivo en los llamados *delitos personalísimos*, o sea, en aquellos casos en los que el bien jurídico encarna y se repre-

ción se halla constituido por la conjunción carnal como fin, contra o sin la voluntad del sujeto pasivo y empleando la violencia como medio o aprovechando de la especial condición del mismo señalada por la ley”. Citado por Edgardo A. Donna: *Derecho penal. Parte especial*, t. I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, p. 385.

24 Manuel Cobo del Rosal y Tomás S. Vives Antón: *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 283.

senta en la realidad corpórea de su titular,²⁵ como ocurre en el caso de las lesiones y el Homicidio, entre otros.

El resultado

El resultado es la mutación o no mutación del mundo exterior verificada a consecuencia de la acción o la omisión del sujeto.²⁶

En los casos en que el comportamiento del sujeto produzca un resultado, este puede consistir bien en una modificación apreciable, física o materialmente, verificable por los sentidos; o bien en una no mutación de ese mundo exterior, esperada y exigida por el orden jurídico.

Este elemento típico no está presente en todos los delitos, sino que solo se constata en aquellas infracciones que la doctrina ha denominado *delitos de resultado*, cuya configuración típica exige de modo expreso la producción de determinada consecuencia material, una modificación en el mundo exterior palpable por los sentidos, derivada de la acción típica, separadas entre sí espacial y temporalmente.

Para el correcto entendimiento de este elemento del tipo es necesario establecer la distinción, no siempre tomada en cuenta, entre las nociones de *resultado del delito* y *ofensa al bien jurídico*.

Un importante e insoslayable principio del Derecho penal liberal es el de *Lesividad u Ofensividad*, expresado en el dogma del *nullum crimen sine iniuria* (no hay hecho punible sin bien jurídico vulnerado o puesto en peligro). En respeto a este postulado, la existencia del delito se fundamenta en una necesaria e imprescindible afectación a alguno de los bienes jurídicos protegidos por el orden jurídico-penal, sea que resulte efectivamente lesionado o se coloque en peligro de lesión.²⁷

25 *Ídem*.

26 Algunos autores, entre ellos Cobo y Vives, incluyen el *resultado* como parte integrante de la *conducta*, entendiendo que esta se estructura sobre la base de la *manifestación de voluntad* y la *producción de un resultado*. Cfr. Manuel Cobo del Rosal y Tomás S. Vives Antón: *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 259. De otra opinión, con la que coincido, Muñoz Conde, quien sostiene que el resultado no es parte integrante de la acción, porque entender lo contrario sería confundir la manifestación de la voluntad con las modificaciones que ese fenómeno provoca en el exterior, o sea, sería confundir el fenómeno con su consecuencia. No es lo mismo “el producir” que “lo producido”. Cfr. Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán: *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 225.

27 En respeto a este principio, la exteriorización de la lesividad del delito deviene garantía de la libertad del individuo frente al poder punitivo del Estado, no

De lo anterior se colige que todo delito supone *per se* una ofensa a algún bien jurídico —ya sea dañándolo o colocándolo en una situación peligrosa—, lo que constituye una innegable e imprescindible consecuencia del actuar delictivo; pero ello no satisface el concepto de *resultado* que exigen los denominados *delitos materiales*.

El resultado del delito consiste en *aquella modificación del mundo exterior que, como efecto de la conducta, la ley toma en consideración para imputárselo jurídico-penalmente al sujeto activo*, mientras que la ofensa al bien jurídico no es perceptible por los sentidos. El resultado pertenece a la realidad naturalística, mientras que la lesión al bien jurídico tiene lugar en el plano axiológico, en el mundo de los valores.²⁸

siendo imaginable un delito que no realice una ofensa al bien jurídico determinado. En este sentido ha dicho el profesor Silvestroni que *la idea de afectación a terceros (lesividad) es la esencia del concepto de bien jurídico en una sociedad libre, en la que las personas no pueden ser compelidas por las normas por la mera razón de Estado*. Vid. Mariano H. Silvestroni: *Teoría constitucional del delito*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 148. Este planteamiento responde a una concepción liberal del bien jurídico, que armoniza perfectamente con la definición expresada por Roxin, para quien *los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema*. Cfr. Claus Roxin: *Derecho penal. Parte general*, t. 1, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, 2ª. ed., Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 56. Sobre este principio explica Díez Ripollés que “ha marcado históricamente el paso de una antijuricidad meramente formal a otra material y que se suele plasmar en la idea de la dañosidad social. Plantea dos exigencias fundamentales a la hora de incriminar una conducta: Debe tratarse de un comportamiento que afecte a las necesidades del sistema social en su conjunto, superando, por tanto, el mero conflicto entre autor y víctima; y sus consecuencias deben poder ser constatadas en la realidad social, lo que implica la accesibilidad a su valoración por las ciencias empírico-sociales. Será a través de este principio como se logrará una adecuada distinción entre Derecho penal y moral. Cfr. José L. Díez Ripollés: “La contextualización del bien jurídico en un Derecho penal garantista”, en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, Año 10, No. 5, diciembre de 1988, p. 432.

- 28 Gonzalo Rodríguez Morullo: *Derecho penal. Parte general*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1978, pp. 271-272. Muy ilustrativa resulta la acotación que realiza este autor en el sentido de que “los bienes jurídicos, si bien residen objetivamente, como cualidades irreales, en las cosas, no pertenecen a la realidad

Así, en el delito de Homicidio (Artículo 261, CP) el resultado consiste en la transformación de un cuerpo vivo en cadáver, mientras que la ofensa al bien jurídico se traduce en la lesión al valor *vida*. Asimismo ocurre en el delito de Daños (Artículo 339, CP), cuyo resultado consiste en la destrucción, total o parcial, de la cosa que constituye su objeto material, al tiempo que la afectación al bien jurídico está dada por la lesión del valor *propiedad*.

La relación de causalidad y los criterios de imputación objetiva²⁹

En los delitos de resultado, la consumación depende de la producción del resultado típico, el cual debe estar conectado causalmente con la conducta ejecutada por el sujeto activo. Se dice, por ejemplo, que existe un vínculo causal entre la conducta (causa) y el resultado (efecto producido), cuando la Empresa X comercializó aceite adulterado cuya ingestión trajo consigo la muerte de un determinado número de personas.

Constatar que el sujeto ha contribuido con su acción a causar el resultado, constituye un requisito esencial del tipo objetivo en los *delitos materiales o de resultado*, al que la doctrina ha prestado siempre especial atención toda vez que de la verificación del vínculo causal dependerá, en principio, la relevancia típica de la conducta.

En los orígenes, los debates en torno a la causalidad se centraron en los distintos antecedentes de un resultado para determinar cuál de ellos era el que podía y debía ser considerado causa del mismo. Es este el escenario en el que aparecen las conocidas *teorías de la causalidad* que inicialmente partían de un concepto naturalístico de causa y luego fueron tomando en cuenta concepciones valorativas.

En lo que podríamos llamar un segundo período, en correspondencia con el desarrollo de las nociones dogmáticas sobre el tema, las lí-

naturalística, sino al mundo de los valores. Por tanto, la ofensa al bien jurídico tampoco pertenece a la realidad naturalística y no se identifica con la modificación del mundo exterior, que puede servirle de substrato”.

29 Conforme con la teoría tradicional de la acción –defendida por la Escuela Causalista–, entre la conducta del agente y el resultado exterior que necesariamente habría de producirse, debía existir un nexo causal, sin el cual no podía hablarse de acción; esto motivaba que el estudio relativo a la causalidad se desarrollara en el ámbito de la acción. Modernamente, de la mano de las corrientes finalistas, se sostiene que la problemática del nexo causal, más que en la teoría de la acción, debe estudiarse en la doctrina del tipo.

neas doctrinales van más allá en sus pretensiones. Ya no es suficiente con la determinación del nexo causal, sino que además habrá que determinar, en un nivel de análisis posterior a la causalidad, si ese resultado conectado causalmente con la conducta del comisor, no obstante, le puede ser imputado, porque solo en ese caso podrá exigírsele responsabilidad por aquel. Para la determinación de este particular es que aparecen los *criterios de imputación objetiva*.

a) Teorías que explican la relación de causalidad

Frente a la problemática de la determinación de la relación causal se han delineado en la ciencia del Derecho penal un grupo importante de criterios o posiciones que intentan determinar, entre los distintos antecedentes de un resultado, cuál de ellos es el que puede y debe ser considerado causa de aquel. Entre ellos merecen destacarse los siguientes:

a) Teoría de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua non*.

Según los postulados de esta teoría, será causa del resultado toda condición que ha intervenido en su producción, con independencia de su mayor o menor proximidad temporal. Su denominación se deriva, precisamente, de que todas las condiciones del resultado resultan equivalentes y se consideran causa de aquel. Esta concepción se resume en la *fórmula o método de la supresión hipotética* de que “toda condición que suprimida mentalmente haga desaparecer el resultado, es considerada causa del mismo”.

Si, por ejemplo, A dispara contra B y por tal razón es trasladado al hospital donde le administran un medicamento que le provoca una reacción alérgica, a consecuencia de lo cual fallece, habrá que afirmar —si se sigue el criterio de la equivalencia— que la causa de la muerte es el disparo de A, pues si aquel no se hubiese producido, a B nunca le hubieran suministrado el medicamento que le produjo la muerte.

Del anterior ejemplo se deduce el principal fallo de esta teoría: amplía de un modo insostenible el concepto de causa, a tal punto que según su contenido podría responsabilizarse, incluso, al fabricante del arma de fuego con la que se disparó. Ante esta situación se concluye que esta teoría sea absolutamente válida en el terreno de los procesos naturales, pero insuficiente como criterio único para

fundamentar la relevancia de una conducta en el terreno del Derecho penal.

b) Teoría de la adecuación o de la causa adecuada.

Los defensores de esta posición teórica defienden que *causa* no es toda condición del resultado, sino tan solo aquella o aquellas que, conforme con la experiencia, es adecuada para producirlo. Para afirmar la *adecuación* de una conducta basta con exigir que no sea del todo improbable que la misma cause el resultado, de modo que lo que realmente cuenta es la previsibilidad del resultado.

Se ha dicho que en puridad no es una teoría sobre la causalidad, sino que constituye un criterio de imputación que funciona luego de afirmada la causalidad de la conducta.

c) Teoría de la relevancia jurídica o de la relevancia típica.

Es defendida por Mezger y, al igual que la teoría de la adecuación, constituye una corrección a la teoría de la equivalencia al sustentar que solo pueden considerarse causas, en sentido jurídico-penal, aquellas condiciones que han sido valoradas por el legislador en la construcción del tipo. En esencia, esta teoría distingue entre una causalidad natural y una causalidad jurídica que habrá que valorar desde la óptica de la tipicidad.

Tampoco puede sostenerse que sea esta una teoría de la causalidad, y le asiste razón a Welzel cuando señala que la teoría de la imputación objetiva se apoya en la teoría de la relevancia.

b) Los criterios de imputación objetiva

La denominada “moderna” teoría de la imputación objetiva ha tenido, desde su origen,³⁰ un significativo desarrollo científico, ocupando un lugar importante tanto en las producciones académicas como

30 Esta construcción doctrinal comenzó a difundirse en la década de los años 70 del siglo xx, a partir de la publicación de varios artículos de Claus Roxin, y es fruto de la concepción racional funcionalista del Derecho penal. Desde su aparición en Alemania, primero, y luego en España, se ha desarrollado lo que Schünemann denomina la “marcha triunfal” de la teoría, que ha llegado a imponerse en distintos países de América Latina. A pesar de tratarse de un producto dogmático en plena evolución, aún inacabado por lo que posee ciertas incoherencias; es asimilada y defendida por los más prestigiosos foros académicos y jurisdiccionales que se adscriben al sistema de derecho continental. (N. del A.)

en las soluciones judiciales, al punto de ser considerada uno de los frutos más importante de la dogmática penal de los últimos tiempos.

Superado el causalismo clásico, que para la afirmación del tipo objetivo se conformaba con la verificación de una relación causal entre conducta y resultado según la fórmula de la teoría de la equivalencia de las condiciones; rige en la actualidad la denominada corriente funcional racionalista o normativista del Derecho penal, cuyas estructuras, categorías y soluciones se muestran influidas por valoraciones político-criminales, en especial por los fines preventivos.

Es, justamente, en el seno del funcionalismo que surge esta *teoría de la imputación objetiva*, que no es una teoría de la causalidad, sino un conjunto de criterios normativos que permiten determinar si estamos en presencia de un suceso relevante para el Derecho penal, y que cumplen una función de correctivo de la tipicidad, luego de haberse constatado la relación causal con apoyo en la teoría de la equivalencia de las condiciones.

Los criterios mayormente admitidos³¹ que se utilizan para imputar a un sujeto determinado resultado son:

a) *Que el sujeto con su conducta haya creado un riesgo relevante (jurídicamente desaprobado o no permitido), o haya aumentado ilícitamente el riesgo permitido.*

Este criterio se traduce en la realización de una conducta que *ex ante* signifique la creación de un peligro para alguno de los bienes jurídicos protegidos.

b) *Que ese riesgo creado sea el que se realice en el resultado típico.*

Este criterio de imputación explica la denominada *relación de riesgo* que debe existir entre la conducta y el resultado. Se trata de determinar *ex post* si el riesgo que se realiza en el resultado es el mismo riesgo típicamente relevante creado por el sujeto.

Se analizan en este nivel los denominados *cursos causales atípicos o supuestos de interrupción del nexo de imputación*, entre los que están:

- *Las intervenciones posteriores e imprevisibles de la víctima o de un tercero.* En estos casos el resultado es consecuencia de otro riesgo distinto al creado por el autor. Se incluyen aquí los

31 La doctrina alude a otros criterios de imputación menos utilizados, entre los que figuran *la atribución a un ámbito de responsabilidad ajena, los daños subsecuentes, el shock en los delitos imprudentes*; y tratándose de una teoría en pleno desarrollo, es absolutamente posible que puedan aparecer otros. (N. del A.)

denominados *cursos causales anómalos* o desviaciones del curso causal. Ejemplo: un sujeto lesiona a otro, por lo que tiene que ser intervenido quirúrgicamente. El bisturí con el que lo operan está infectado con un germen que le causa la muerte.

- *El comportamiento alternativo ajustado a Derecho.* Se trata de supuestos en los que el resultado se hubiera producido igualmente, aunque el sujeto hubiese actuado de modo correcto. En la literatura sobre el tema se acude al ejemplo de los “pinces de pelos de cabra”: se acusaba a un fabricante de pinces por haber entregado pelos de cabra a sus empleados sin haber seguido los procesos de desinfección previos a la confección de pinces, siendo que varios trabajadores murieron a consecuencia de que los pelos estaban infectados con bacilos de carbunco. Una investigación posterior determinó que el desinfectante prescrito habría sido ineficaz contra ese bacilo hasta ese momento desconocido en Europa. O sea, el comportamiento alternativo, ajustado a Derecho, no habría hecho desaparecer los resultados.

c) *Que el resultado producido esté dentro del fin de protección de la norma, o sea, dentro del alcance del tipo.*

Este último nivel de imputación descansa en consideraciones normativas que sirven a la interpretación del tipo en cuestión. La realización del riesgo debe tener lugar en el ámbito de protección tutelado por el tipo, por lo que quedan excluidos aquellos resultados que no guardan relación con la finalidad político-criminal de la norma. Entiéndase mediante el siguiente ejemplo:

Un chofer de ómnibus imprudentemente deja la puerta abierta, dando lugar a que un pasajero caiga y fallezca. Al enterarse la madre del occiso, sufre un infarto que le provoca la muerte. Con apoyo en dicho criterio habrá que negar la responsabilidad del chofer respecto a la muerte de la madre del sujeto porque dicho evento no puede ser ubicado dentro del alcance del tipo, que solo está dirigido a evitar resultados lesivos directamente producidos dentro del ámbito de la actividad riesgosa desarrollada, como es el caso de la primera muerte.

El tipo subjetivo³²

El tipo subjetivo se corresponde con la descripción subjetiva de la conducta penalmente relevante; y se define como la descripción del conocimiento y la voluntad de la acción que interesan para individualizar dicha conducta.³³

En los delitos intencionales el tipo subjetivo está compuesto por el *dolo* y, eventualmente, por los *especiales elementos subjetivos* requeridos por determinados delitos; mientras que en los delitos imprudentes habrá que analizar en este nivel la noción misma de la *imprudencia*.

El tipo subjetivo en el delito doloso

a) El dolo.³⁴

32 Es común que algunos autores que se dedican a la explicación de la Parte especial del Derecho penal, sobre todo los que siguen la postura causalista de entender al dolo y la imprudencia como formas de la culpabilidad, se refieran a este elemento como *Culpabilidad*. Así, por ejemplo, el autor argentino Carlos Creus. Yo, siguiendo el criterio sistemático que ubica el dolo y la culpa en el injusto, específicamente en el tipo subjetivo, prefiero utilizar esta última denominación reservándole a la culpabilidad un contenido distinto. *Vid. Infra* 2.4.

33 Mariano H. Silvestroni: *Teoría constitucional del delito...*, *op. cit.*, p. 218. Ante la ocurrencia de un hecho concreto, la determinación del contenido del elemento subjetivo se convierte no pocas veces en un complicado asunto en sede probatoria. Al tratarse de estados y procesos mentales, no pueden ser equiparados a los estados y procesos físicos, porque al hallarse situados en la mente de otra persona, únicamente se podrán verificar por *observación* sus *manifestaciones externas*. Este razonamiento conduce a Martínez Buján-Pérez a concluir que “la verificación de los elementos subjetivos se llevará entonces a cabo con arreglo a las competencias del autor del hecho y las características públicas de su acción, y no en función de la imposible acreditación de las «representaciones, creencias o voliciones acaecidas en algún opaco lugar de su mente»”. *Cfr.* Carlos Martínez Buján-Pérez: “Imputación subjetiva”, en *Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial*, Edición especial para IBERIUS, 2004.

34 La concepción del dolo varía según se asuma un criterio causalista o finalista. Para la doctrina causalista clásica, el dolo era considerado una forma de culpabilidad y se concebía como *dolus malus*, comprensivo del conocimiento y voluntad de los hechos, y de la conciencia de su significación antijurídica (conocimiento del Derecho). En la actualidad, aceptada mayoritariamente la concepción finalista, el dolo integra el contenido del tipo subjetivo del delito doloso y es entendido como *dolo natural*, incluyendo únicamente el conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita por el tipo de injusto, sin requerir que se advierta por parte del sujeto que dicha realización es antijurídica (no incluye la conciencia de

El dolo se compone por el conocimiento de la totalidad de los elementos del tipo objetivo (elemento intelectual) y la voluntad de su realización (elemento volitivo). Solo es necesario que dicho conocimiento se refiera a la parte externa de la conducta; por lo tanto, obra dolosamente quien, consciente de todos los elementos y circunstancias que rodean al *hecho típico*, quiere realizarlo. Esto es lo que Mir Puig denomina *dolo típico*, que se corresponde con el concepto de dolo natural brindado por el finalismo y que es el único que tiene relevancia en el estudio metodológico del tipo doloso.³⁵ El conocimiento de la significación antijurídica de la conducta es una cuestión que se traslada del dolo a la culpabilidad, por ello el dolo deja de ser entendido como *dolus malus* y se convierte en dolo natural o neutro.³⁶

En líneas generales, la doctrina distingue fundamentalmente tres clases o especies de dolo, partiendo de la intensidad con que se manifiestan sus elementos volitivo e intelectual. Así están el *dolo directo de primer grado*, el *dolo directo de segundo grado* y el *dolo eventual*.

El dolo directo de primer grado –también denominado “intención”– se manifiesta cuando el sujeto busca la realización del tipo. El sujeto persigue realizar el resultado expresamente prohibido, o la acción típica si se trata de un delito de mera actividad.

Podrá afirmarse que existe dolo directo de segundo grado cuando el sujeto no busca directamente la producción del resultado delictivo,

la antijuricidad). El conocimiento de la antijuricidad pasa a ser entendido como uno de los elementos del *juicio de reproche* que significa la culpabilidad. Para el finalismo ortodoxo, representado por Welzel, “dolo es conocimiento y querer de la concreción del tipo”. Cfr. Hans Welzel: *Derecho penal...*, op. cit., p. 74.

35 Distingue este autor tres niveles del dolo. El *primer nivel* lo ocupa el *dolo típico* –identificable con el dolo natural del finalismo y el único importante desde la óptica metodológica para el estudio del tipo doloso–; el *segundo nivel* de dolo está relacionado con los presupuestos típicos de las causas de justificación; y finalmente, como *tercer nivel* de dolo, alude al *dolo completo*, que exige la conciencia de la antijuricidad y que cobra relevancia en sede de culpabilidad. Vid. Santiago Mir Puig: *Derecho penal...*, op. cit. p. 261.

36 Así lo ha entendido el Tribunal Supremo español en su Sentencia No. 1258, de 13 de julio de 2000, explicando en lo atinente que “del dolo, entendido inicialmente como *dolus malus*, se ha desgajado el conocimiento de la significación antijurídica de la acción, para integrarse en el campo de la culpabilidad, quedando el dolo como elemento subjetivo del tipo de injusto, y configurando como dolo natural, es decir, como conciencia y voluntad de realizar el comportamiento objetivo típico”.

pero se lo representa como consecuencia inevitable de lo verdaderamente pretendido y aun así continua adelante con su actuar. Es por ello que algunos autores lo denominan *dolo de consecuencias necesarias*.

Se manifiesta el dolo eventual –también denominado *dolo condicionado*– cuando el sujeto no quiere directamente el resultado delictivo, pero se lo representa como probable, como posible a partir de la conducta que está desarrollando, y pese a no querer producirlo de modo directo sigue actuando admitiéndolo, “cuenta con él”, “admite su producción”, “acepta el riesgo de que acontezca”.

b) Los especiales elementos subjetivos del tipo.

Normalmente el dolo típico resulta suficiente para colmar el tipo subjetivo de los delitos dolosos (el dolo constituye el elemento subjetivo genérico); sin embargo, determinados delitos exigen para su configuración que el sujeto posea ciertos conocimientos especiales o persiga determinadas finalidades que van más allá de la realización del hecho típico, pero que resultan indiferentes para la consumación.

Estos son los denominados especiales elementos del tipo subjetivo, también denominados elementos subjetivos del tipo (o del injusto), que constituyen requerimientos típicos de carácter subjetivo distintos al dolo.³⁷

Zaffaroni los define como las intenciones que exceden del puro querer la realización del tipo objetivo, o particulares ánimos puestos de manifiesto en el modo de obtención de esa realización,³⁸ que están incluidos expresamente en la tipicidad. Ejemplos de estos son las expresiones: “propósito de impedir u obstaculizar su normal uso o funcionamiento” (*cfr.* Artículo 104.1), “propósito de perjudicar a otra persona o de obtener un beneficio ilícito” (*cfr.* Artículo 133), “propósito malicioso” (*cfr.* Artículo 169) “ánimo de lucro” (*cfr.* Artículo 149; Artículo 228), “maliciosamente” (*cfr.* Artículo 137; Artículo 149), “ánimo de causar un perjuicio a tercero” (*cfr.* Artículo 257), etc.

Ejemplos: en el delito de Hurto (*cfr.* Artículo 322, CP) el “ánimo de lucro” constituye un elemento subjetivo del injusto, porque es la presencia de esa específica finalidad de lucro la que confiere al comportamiento su calidad lesiva para el bien jurídico. La conducta sería lícita (desde la óptica del bien jurídico protegido por ese delito)

37 Santiago Mir Puig: *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 281.

38 Eugenio R. Zaffaroni *et. al.*: *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 542.

si se realizara sin ánimo de lucro. Lo mismo ocurre en el delito de Sustitución de un niño por otro (*cfr.* Artículo 308, CP), que establece una figura cualificada en su apartado segundo para cuando el hecho se realiza con lucro u otro fin malicioso.

Con toda lógica, explica Hassemer, que estos datos subjetivos, con independencia de que ofrecen alguna información acerca del sujeto actuante, no fueron recogidos en interés del autor sino del hecho, y por lo mismo, en cuanto sirven para calificar el hecho, quedan ubicados en el ámbito de la tipicidad.³⁹

Por supuesto que esta clase de delitos en los que están presentes estos elementos subjetivos del injusto —denominados por algunos autores como “dolos redundantes o especiales”⁴⁰—, no admiten la comisión por dolo eventual dada la incompatibilidad existente entre ambas nociones.

El tipo subjetivo en el delito imprudente

a) La imprudencia o culpa

La imprudencia o culpa supone la idea de que el sujeto no quiere cometer el hecho previsto en el tipo, pero lo realiza por no cumplir con el cuidado debido. Ese es el fundamento de la imprudencia: la violación de la norma que impone el deber de cuidado (*cfr.* Artículo 9.3, CP).

Al igual que el dolo, la imprudencia pertenece al tipo de injusto toda vez que no puede ser antijurídica una acción ajustada a la norma de cuidado.

Atendiendo al contenido psicológico de la acción imprudente, la doctrina ha distinguido entre *culpa consciente o con previsión* (también denominada imprudencia propiamente dicha) y *culpa inconsciente o sin previsión* (negligencia).

La *culpa consciente* tiene lugar cuando el sujeto, a pesar de no querer causar la lesión al bien jurídico, sí advierte esta posibilidad, pero actúa confiando en que no se producirá el resultado lesivo. Si el sujeto deja de confiar en esto, concurre ya el dolo eventual.

39 Citado por Sergio Politoff L. *et. al.*: *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte general*, 2ª. ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004, p. 164.

40 *Cfr.* Manuel Estrella Ruiz: *Manual de Derecho penal. Parte general* [s.ed.], [s.f.], p. 94.

En la *culpa inconsciente* ocurre, por el contrario, que ni siquiera se prevé la posibilidad de producción del resultado lesivo. No se advierte el peligro en condiciones en que el sujeto podía y debía representárselo.

b) El contenido de la norma de cuidado. El deber objetivo de cuidado y el deber subjetivo de cuidado

La norma de cuidado, cuyo incumplimiento constituye el fundamento de la imprudencia, se compone por un deber objetivo de cuidado y por un deber subjetivo de cuidado.

a) El deber subjetivo de cuidado (deber de cuidado interno).

El contenido y alcance de este deber subjetivo de cuidado está relacionado con el juicio de previsibilidad, con la obligación de advertir el peligro, y se traduce en un “deber de examen previo”, cuyo incumplimiento es el fundamento de punición de la *culpa inconsciente*, que supone la falta de previsión del peligro cognoscible y previsible *ex ante*, atendiendo a la individualidad del sujeto.⁴¹

b) El deber objetivo de cuidado (deber de cuidado externo).

Consiste en el deber de comportarse externamente conforme con la norma de cuidado previamente advertida. Según Corcoy Bidasolo, el deber objetivo de cuidado es aquello que en ese tiempo y lugar se estima socialmente adecuado.⁴²

Se cumple con el deber objetivo de cuidado cuando se toman todas las medidas de seguridad que resulten necesarias, según el caso concreto, para enfrentar el inicio y el desarrollo de determinada actividad, con el fin de reducir al mínimo los riesgos que esta implica (riesgo permitido o socialmente adecuado). El contenido de este deber objetivo de cuidado no solo se compone por el cumplimiento

41 Cfr. Santiago Mir Puig: *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 291-292. Es necesario aclarar en este sentido que la culpa consciente no plantea problemas de previsibilidad individual porque en estos casos el sujeto siempre se representa el riesgo de lesión. En la culpa inconsciente, en la que el sujeto no se representa el riesgo de lesión, la previsibilidad individual consiste en el deber de prever aquello que le era posible prever *ex ante*, constatada la posibilidad de conocer, toda vez que la cognoscibilidad, entendida como “aquello que al sujeto le es exigible conocer”, es el límite máximo de la previsibilidad individual. Vid. Mirentxu Corcoy Bidasolo: “Imputación objetiva en el delito imprudente”, en *Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial*, Edición especial para IBERIUS, 2004.

42 *Ídem*.

de aquellas normas que aparecen en los reglamentos escritos –las denominadas reglas técnicas–, sino, además, por la observancia de aquellas que dictan las reglas de experiencia atendiendo a las especiales circunstancias que concurren: conocimientos de los intervinientes, factores de tiempo, lugar, elementos naturales, etcétera.⁴³

La culpabilidad o imputación personal

Como antes se explicó, la culpabilidad es una categoría dogmática que conforma el concepto general de delito, por lo que su estudio tiene lugar dentro de la Parte general del Derecho penal.

Con independencia de que el contenido y alcance de esta categoría deba valorarse ante toda conducta que revista caracteres de delito por constituir la antesala inmediata de la responsabilidad, es necesario aclarar que en cuanto al análisis sistemático de los tipos penales solo será necesario aludir a la culpabilidad cuando la descripción típica de determinada figura en particular reconozca algún elemento que influya en la graduación del juicio de reproche (figuras atenuadas o privilegiadas).

Serán analizadas en este nivel las cuestiones vinculadas a la imputabilidad, al conocimiento de la antijuricidad o a la posibilidad de haberse comportado de un modo distinto, conforme con los dictados de la norma.

Así, en el delito de Difamación, por ejemplo, se reconocen en su apartado 2, junto a la conocida figura de la *exceptio veritatis*, otros presupuestos que excluyen la sanción y que están vinculados con la inexigibilidad de una conducta distinta: “haber tenido razones serias para creer que las imputaciones eran ciertas” o “haber creído que obraba en defensa de un interés socialmente justificado”.

43 Explica Corcoy Bidasolo que “la regla técnica tendrá una función indiciaria del contenido del deber de cuidado, pero el cumplimiento de las reglas técnicas no asegura, sin más, la irresponsabilidad penal, ni su incumplimiento implica esta. La jurisprudencia [...] en muchas ocasiones sigue este criterio; en este sentido, entre otras, STS de 8 de junio de 1989, en la que se condena al ingeniero director, por haber tomado las medidas reglamentarias exigibles con carácter general, pero no las que exigía aquel trabajo en concreto. Es decir, ni la infracción de una regla técnica determina, *per se*, la infracción del deber objetivo de cuidado, ni el cumplimiento de esa regla técnica impide la posible infracción del deber objetivo de cuidado. Lo contrario supone la aplicación de forma inmediata de reglas de otros ámbitos del derecho o de la vida en el Derecho penal, siendo expresión una vez más del *versari in re illicita*”. Mirentxu Corcoy Bidasolo: *Imputación objetiva en el delito imprudente...*, *op. cit.*

La naturaleza descriptiva o normativa de los elementos típicos

En el diseño de la situación típica, el legislador puede valerse de simples descripciones, propias del lenguaje ordinario; o acudir a conceptos de naturaleza valorativa. En el primer supuesto se inscriben los denominados *elementos descriptivos* y, en el segundo, los *elementos normativos*.

Antes de adentrarnos en las definiciones de cada uno de ellos se impone, según nuestro punto de vista, una aclaración: no se trata de elementos distintos a los ya descritos, sino que con estas denominaciones de “descriptivos” y “normativos” se alude a la naturaleza de los propios elementos ya mencionados que conforman la situación típica: bien a alguno de los *sujetos* (“funcionario público”, “otro”), a la *conducta prohibida*, en la que se incluyen los *medios comisivos* (“incendio”, “inundación”, “armas”) o al *objeto material* (“bien mueble”, “moneda de curso legal”, “documento público”), al *resultado* (daños de “considerable valor”), al *tipo subjetivo* (propósito de obtener un “beneficio patrimonial ilegítimo”) e, incluso, a elementos vinculados al análisis de la *culpabilidad* (creer que se obra en defensa de un “interés socialmente justificado”).

Son elementos descriptivos los que expresan una realidad naturalística aprehensible por los sentidos,⁴⁴ sensible para todos, de modo que el profano comprende su significado sin ninguna dificultad, con independencia de que algunos de ellos puedan ser perfeccionados o precisados por el Derecho⁴⁵ como ocurre, por ejemplo, con los conceptos de “matar” y “otro” en el delito de Homicidio (*cfr.* Artículo 261, CP) respecto a los cuales, a pesar de su comprensión aparentemente sencilla, se requiere, en ocasiones, acudir a ciertos niveles de valoración para determinar cuándo se produce la muerte (¿al cesar la actividad del corazón o la del cerebro?),⁴⁶ o la amplitud del concepto “otro” (¿engloba al feto?), etcétera.

44 Santiago Mir Puig: *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 235.

45 Eugenio R. Zaffaroni *et. al.*: *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 461.

46 Sobre este particular rige en Cuba el criterio de que la muerte se produce cuando cesa la actividad encefálica, y su determinación y certificación se realiza por el facultativo autorizado, conforme con lo regulado en la Resolución No. 90, “Criterios para la Determinación y Certificación de la Muerte”, dictada por el MINSAP el 27 de agosto de 2001.

Los elementos normativos, por el contrario, aluden a una realidad determinada por la norma jurídica o social, por lo que su interpretación necesariamente ha de pasar por el prisma de la valoración. La doctrina ofrece una distinción entre *elementos normativos jurídicos* y *elementos normativos sociales*. Son elementos normativos jurídicos, por ejemplo, los términos “delito” y “ejecutoriamente” en los delitos de Amenazas y Robo con violencia e intimidación en las personas, respectivamente (*cfr.* artículos 284.1 y 227.1.4ch, CP), porque solo empleando valoraciones jurídicas puede comprenderse su significación. Los elementos normativos sociales implican normalmente valoraciones éticas, como ocurre con los términos “dignidad” y “decoro” en el delito de Desacato (*cfr.* Artículo 144.1, CP), “buenas costumbres” en el delito de Ultraje sexual (*cfr.* Artículo 303b, CP), “honor” y “prestigio público” en el delito de Chantaje (*cfr.* Artículo 332.1, CP);⁴⁷ o, incluso, científicas, como ocurre con el término “tratamiento médico”, pues la clara naturaleza técnico-científica del mismo, no solo aconseja, sino impone acudir a la ilustración de los expertos en la materia, concretamente a los médicos forenses que de forma permanente auxilian a los tribunales en esta tarea.

Especial referencia a la punibilidad

Una cuestión que ha suscitado polémica en la teoría jurídica del delito es lo relacionado con la inclusión de la categoría *punibilidad* dentro de la estructura del delito.

Intentando zanjar este debate, Cobo y Vives ofrecen la solución a partir de las dos aristas desde las que puede analizarse la punibilidad, que se desdobra para cumplir una función conceptual y otra estructural o sistemática.⁴⁸

En el orden conceptual, es indudable la necesidad de acudir a la noción de la *punibilidad*, entendida como posibilidad legal de pena, que se presenta como una exigencia lógica insoslayable toda vez que

47 Al decir de Bettiol, quien es citado por Zaffaroni, “cuando se exagera el recurso a los elementos normativos se corre el riesgo de debilitar el *nullum crimen sine lege* y de fortalecer la pulsión del poder punitivo, habiéndose sostenido que es una característica del derecho penal autoritario”. *Cfr.* Eugenio R. Zaffaroni *et. al.: Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 461.

48 Manuel Cobo del Rosal y Tomás S. Vives Antón: *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 201-202.

el resto de las categorías que componen el esquema del delito constituyen el conjunto de presupuestos para su aplicación. Un delito sin punibilidad, no punible, carece de sentido y, en rigor, no existe, y así lo ha entendido el legislador cubano según se concluye de la definición contenida en el Artículo 8.1 del Código penal.

Sin embargo, desde la óptica sistemática o estructural no debe entenderse a la punibilidad como un elemento del delito, y no lo es porque no desempeña ninguna función —ni sistemática ni interpretativa— dentro de la estructura típica. El delito es perfecto cuando a una conducta típica, antijurídica y culpable, el legislador le atribuye una posibilidad abstracta de punibilidad —elementos suficientes para afirmar el *merecimiento de pena*—, con independencia de su concreta y real punición que dependerá, en todo caso, de valoraciones político-criminales vinculadas a la finalidad de la sanción —razones de *necesidad de pena*—. ⁴⁹

La punibilidad, por consiguiente, es una nota conceptual, pero no un elemento de la estructura del delito; de modo que aquel es un hecho punible, pero no inexorablemente penado. ⁵⁰

Circunstancias relacionadas con la punibilidad

Al no ser considerada la punibilidad como un elemento del tipo, tampoco poseen tal carácter aquellas circunstancias que, relacionadas con la efectiva realización de esta categoría, operan como presupuestos de aquella fuera del injusto y de la culpabilidad. Debe reseñarse como nota común a todas estas circunstancias, además de su total desvinculación a las categorías de injusto y culpabilidad, que su concurrencia en unos casos y su ausencia en otros excluye la necesidad de pena por razones político-criminales y de utilidad social, como expresión del principio de mínima intervención penal. ⁵¹

49 Sobre las nociones de merecimiento y necesidad de pena ha dicho Roxin que “se dará el «merecimiento de pena» cuando una conducta sea típica, antijurídica y culpable (aunque de un modo más sobrio y más exacto debería hablarse de la concurrencia de una «posibilidad de punición»); pero una conducta «merecedora de pena» solo estará «necesitada de pena» si se añade una necesidad preventiva de punición”. Cfr. Claus Roxin; *Derecho penal...*, op. cit., p. 983.

50 Manuel Cobo del Rosal y Tomás S. Vives Antón: *Derecho penal...*, op. cit., p. 202.

51 Según Roxin, “se trata de casos en los que, en una ponderación, las finalidades extra-penales tienen prioridad frente a la necesidad de pena”; y en armonía con la posición

Así ocurre con las *excepciones personales a la punibilidad*, que comprenden las causas de exclusión de la pena (*excusas absolutorias*) y las causas de levantamiento de pena (*causas posteriores al hecho que eliminan la punibilidad*); y con las *condiciones objetivas de punibilidad*.

Con independencia de que algunas de ellas aparecen recogidas bajo el rubro de determinados delitos, incorporados a su descripción normativa, vale destacar que en puridad no constituyen elementos de la estructura típica por las razones ofrecidas precedentemente.

Excepciones personales a la punibilidad. Excusas absolutorias y causas posteriores al hecho que anulan la punibilidad

Se ubican en este grupo las *excusas absolutorias* y las *causas posteriores al hecho que anulan la punibilidad*, denominadas en la dogmática alemana como *causas de exclusión de la pena* y *causas de levantamiento de pena*, respectivamente.

Las *excusas absolutorias* se fundamentan en condiciones personales del sujeto activo –normalmente asociadas a una relación parental– que concurren al momento del hecho. Resulta irrelevante el conocimiento o desconocimiento del sujeto sobre aquellas y, dado su carácter personalísimo, solo son apreciables respecto a las personas en quienes concurren, sin que quepa extenderlas al resto de los partícipes en el hecho (*cfr.* Artículo 51). Se consideran excusas absolutorias las previstas en los artículos 160.3; 161.2 y 341.1.

De otro lado, están las *causas posteriores al hecho que anulan la punibilidad*, circunstancias relacionadas con el hecho en sí, que se producen luego de la ocurrencia de la acción delictiva y despliegan efectos excluyentes de la punibilidad ya surgida. Además de los supuestos normales de estas causas de levantamiento de pena tradicionalmente reconocidos en la doctrina, entre los que figuran *el desistimiento en la tentativa* –Artículo 13.1–, *la amnistía* –Artículo 59ch– *la prescripción de la acción penal* –Artículo 59f–, y *la prescripción de la sanción* –Artículo 59 g–; el Código penal reconoce algunos casos espe-

asumida por Bloy, explica que esta prevalencia de intereses extrapenales evidencia el enlace del Derecho penal con las necesidades del conjunto de la sociedad que, aparte de expresarse en el interés en el óptimo funcionamiento de la justicia penal, se manifiestan también en otras finalidades que operan como impedimentos a la punición. *Cfr.* Claus Roxin; *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 977 y 979.

cíficos como son *la denuncia en los delitos contra la Seguridad del Estado* –Artículo 127–, *la retractación en el delito de Perjurio* –Artículo 157–, *la aprehensión del prófugo* en el delito de Ayuda a la Evasión de Presos o Detenidos e Infidelidad en su Custodia –Artículo 164.4– y la *exceptio veritatis* en el delito de Difamación –Artículo 318.2–.

Condiciones objetivas de punibilidad

A diferencia de los efectos de impunidad que producen las causas de exclusión y de levantamiento de pena ya analizadas, las condiciones objetivas de punibilidad son hechos futuros e inciertos, independientes de la voluntad del autor, que en unos casos constituyen circunstancias fundamentadoras de la sanción, presupuestos materiales para que aquella sea impuesta; mientras que en otros provocan una modulación de la pena.

Por su carácter objetivo están directamente relacionadas con el hecho y no con los sujetos intervinientes, por lo que afectan a todos los participantes en el hecho; y como tampoco pertenecen ni al injusto ni a la culpabilidad, en nada influye el conocimiento del autor sobre la existencia de la circunstancia –no es necesario que sean abarcados por el dolo o la imprudencia del agente–, siendo irrelevante los supuestos de error respecto a ellas.

Se distingue en la doctrina entre *propias condiciones objetivas de punibilidad* e *impropias condiciones objetivas de punibilidad*.

Las *propias condiciones objetivas de punibilidad* van a determinar la punición del hecho, operando como causas de restricción de la pena en tanto su concurrencia constituye un requisito *sine qua non* para su imposición. Aun cuando la conducta se presente como típica, antijurídica y culpable se niega la necesidad de pena cuando no concurre la condición. Como ejemplo pueden citarse las previstas en los artículos 113.3 –acreditación ante el gobierno cubano–; 5.3 –consideración del hecho como delito tanto en Cuba como en el otro país–; 262 –resultado de muerte sin que conste el autor–.⁵²

52 Ha dicho Estrella Ruiz que “Las auténticas condiciones objetivas de punibilidad, no desempeñan una función estructural en la noción de delito: la infracción está ya completa, con independencia de que concurren o no. Repercuten tan solo sobre la penalidad, en base a consideraciones político criminales, de naturaleza material y no hacen desaparecer la tipicidad, pues ésta ya ha sido afirmada, sino que condicionan únicamente la punición”. Manuel Estrella Ruiz: *Manual de Derecho penal...*, op. cit., p. 168.

En los delitos sujetos a *propias condiciones objetivas*, la posibilidad de imponer la sanción surge a partir del momento en que aquella se produzca y de ello se deriva la imposibilidad de sancionar la tentativa si tal circunstancia no se ha verificado.

Impropias condiciones objetivas de punibilidad son aquellas circunstancias cualificativas o de atenuación que el legislador –por razones político-criminales– quiere sustraer de la exigencia de dolo o culpa, en franca e intolerable restricción al principio de culpabilidad.⁵³ En nuestro ordenamiento penal se incluyen en esta tipología, según el profesor Quirós Pérez, el *grave perjuicio* –artículos 154.2 y 155.2–; el *considerable valor* –Artículo 328.3b–; el *limitado valor* –Artículo 323–.⁵⁴

Son dos las diferencias fundamentales entre estas y las propias condiciones objetivas de punibilidad –y es por esto que son “impropias”–. Lo primero es que ellas no determinan la punibilidad o impunidad del hecho al que acompañan, sino que solo van a influir en una modulación de la punibilidad operando como circunstancias agravantes o atenuantes; y la otra diferencia es que estas pertenecen a la figura delictiva porque según García Pérez, en realidad fundamentan lo injusto, solo que por razones político-criminales no se precisa su vinculación con el dolo o la imprudencia del comisor.⁵⁵

53 Según Jescheck, “en todos estos casos se trata de restricciones del principio de culpabilidad que solo hasta cierto punto pueden justificarse mediante la idea de riesgo”; o sea, que “el autor asume sin más el *riesgo*, para todos reconocible, de que pudiera concurrir la condición objetiva de punibilidad”. Como un paliativo a esta situación propone el destacado catedrático alemán que en el momento de la medición de la pena, el juez imponga la sanción en su grado mínimo cuando el autor no podía prever la producción de la condición objetiva de punibilidad. *Vid.* Hans-Heinrich Jescheck: “Presupuestos de la punibilidad fuera del injusto y de la culpabilidad”, en Arnel Medina Cuenca y Mayda Goite Pierre: *Selección de Lecturas de Derecho penal general*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2000, p. 64.

54 *Cfr.* Renén Quirós Pérez: *Derecho penal general*, t. I, Editorial Félix Varela, La Habana, 1999, p. 134.

55 Citado por Érika Mendes de Carvalho: “Las «condiciones objetivas de punibilidad impropias»: vestigios de responsabilidad objetiva en el código español”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, segunda época, No. 17, 2006, p. 225. En relación con las impropias condiciones objetivas de punibilidad ha manifestado Martínez-Buján Pérez que *son auténticos elementos del merecimiento de pena, pues desde la perspectiva material pertenecerían al tipo de injusto que, por consiguiente, no desempeñan una función limitadora de la punibilidad*,

A diferencia de lo que ocurre con las propias condiciones objetivas de punibilidad, que deben concurrir para afirmar, incluso, la tentativa; en los delitos sujetos a impropias condiciones objetivas de punibilidad la consumación se alcanza con independencia del cumplimiento de aquella, que solo va a determinar una mayor o menor respuesta punitiva.

Las condiciones de procedibilidad o perseguibilidad

En el análisis de las circunstancias que influyen en la concreción de la punibilidad, la doctrina suele aludir a las llamadas *condiciones de procedibilidad o perseguibilidad*. Si bien es cierto que, dada su naturaleza procesal, estas no condicionan de modo directo la punibilidad, sino la debida constitución de la relación procesal y con ello la posibilidad de perseguir el delito cometido; también es sabido que en virtud de la vertiente jurisdiccional del principio de legalidad —*nemo damnetur nisi per legale iudicium*—, reconocido en el Artículo 1 de la Ley procesal cubana, no hay pena sin proceso.⁵⁶

De lo anterior se colige que estas circunstancias no afectan la existencia de un delito, sino solo la posibilidad de su persecución procesal.

El Código penal cubano prevé condiciones de procedibilidad para determinados tipos penales como ocurre, por ejemplo, en los delitos de Apropiación Indebida —Artículo 335.4— y Malversación —Artículo 336.5—, que exigen que la víctima, mediante la denuncia, haya expresado su interés en la persecución como requisito previo al ejercicio de la acción penal. En otras ocasiones se exige, incluso, que dicha voluntad persista al momento de dar inicio al acto del juicio oral para que el proceso pueda continuar y se concrete la punición, como ocurre en el delito de Daños —Artículo 339.4—.

El incumplimiento de estos presupuestos de persecución constituye un óbice procesal cuyo principal efecto sería la imposibilidad de imponer la sanción.

sino que, al contrario, permiten fundamentar la imposición de una pena, ampliando la punibilidad, de espaldas a la imputación subjetiva. Citado por Érika Mendes de Carvalho: “Las condiciones objetivas de punibilidad...”, *op. cit.*, p. 228, nota al pie No. 21.

⁵⁶ Vid. Juan Montero Aroca *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, 10ª. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 14.