

## **CONTENIDO**

### **EDITORIAL**

**La víctima, el legislador y la sociedad.**

### **DOCTRINA NACIONAL**

**La Obediencia debida: Dependencia Jerarquica y Clases.  
Concordado con los Códigos Penales de España y Nicaragua**

**Sergio J. Cuarezma Terán**

**Acerca de la reforma procesal penal: Ley 164/1993**

**Alberto Novoa Espinoza**

### **DOCTRINA EXTRANJERA**

**El delito de homicidio en el CP español**

**Diego-Manuel Luzón Peña**

**El dolo**

**Francisco Dall' Anese R.**

**La imprudencia en el Derecho Penal**

**María Teresa Rodríguez Montañez**

### **ESTUDIOS E INVESTIGACIONES**

**Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley Antidroga:  
en atención particular a la necesidad de distinguir  
entre tráfico y consumo de drogas**

**Elías Carranza**

**El comportamiento de la criminalidad en Nicaragua**

**Aminta Granera Sacasa**

**Ley, alianza y mandamientos en el Antiguo Testamento:  
notas sobre su naturaleza, sentido contextual  
y significación contemporánea**

**Armando Sánchez Bermúdez**

# CONSEJO EDITORIAL

## Directores

Diego-Manuel Luzón Peña  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá de Henares  
España

Sergio J. Cuarezma Terán  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad Centroamericana (UCA)  
Nicaragua

## Colaboradores Especiales

Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina)  
Aberto Binder (Argentina)  
Alejandro Alvarez (Argentina)  
Manuel de Rivacoba y Rivacoba (Chile)  
Elías Carranza (ILANUD)

Louk Hulsman (Holanda); Mario Houed (Costa Rica), Henry Issa El Khoury (Costa Rica), Francisco Castillo (Costa Rica), Francisco Dall' Anese (Costa Rica), Alfredo Chirino Sánchez (Costa Rica), Cecilia Sánchez (Costa Rica), Daniel González (Costa Rica)

Mauricio Espinoza (Colombia); Sneider Rivera (Colombia); María Tereza Rodríguez Montañez (España), José Manuel Paredes (España), Miguel Díaz García y Conlledo (España), Javier de Vicente Remesal (España)

Aura Guerra (Panamá)  
Luis Rodríguez Manzanera (México)  
María de la Luz Lima (México)  
Moisés Moreno (México)

Atilio Ramírez Amaya (El Salvador)  
Armando Serrano (El Salvador)  
Josefa Noya (El Salvador)

Alberto Novoa Espinoza (Nicaragua)

Renné Quiróz (Cuba)

Luis Ramírez (Guatemala)  
Claudia Paz y Paz (Guatemala)

René Suazo Lagos (Honduras)

## Sub Directora

Roxana I. Zapata López

## Consejo de Redacción

Diego-Manuel Luzón Peña, Sergio Cuarezma Terán, Roxana Zapata López, Alejandro Sánchez Casco, Armando Sánchez, Edda Magaly Meléndez Malespín.

## Secretario

Alejandro Sánchez Casco

## Editor

Sergio Cuarezma Terán

# SUMARIO

## EDITORIAL

La víctima, el legislador y la sociedad Página 3

## DOCTRINA NACIONAL

La Obediencia debida: Dependencia Jerárquica y Clases. Concordado con los Códigos Penales de España y Nicaragua Página 4

### Sergio J. Cuarezma Terán

Acerca de la reforma procesal penal: Ley 164/1993 Página 11

### Alberto Novoa Espinoza

## DOCTRINA EXTRANJERA

El delito de homicidio en el CP español Página 18

### Diego-Manuel Luzón Peña

El dolo Página 24

### Francisco Dall' Anese R.

La imprudencia en el Derecho Penal Página 35

### María Tereza Rodríguez Montañez

## ESTUDIOS E INVESTIGACIONES

Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley Antidroga: en atención particular a la necesidad de distinguir entre tráfico y consumo de drogas Página 40

### Elías Carranza

El comportamiento de la criminalidad en Nicaragua Página 41

### Aminta Granera Sacasa

Ley, alianza y mandamientos en el Antiguo Testamento: notas sobre su naturaleza, sentido conextual y significación contemporánea Página 48

### Armando Sánchez Bermúdez

# Editorial

## “La víctima, el legislador y la sociedad”

Al explicar la entidad del delito, la justicia penal de la mayoría de los países, y en particular Nicaragua, acentúa en la figura del criminal o delincuente toda su intensidad, marginando y, en la mayoría absoluta de los casos, olvidando a la **víctima**. De la **víctima** nadie se acuerda, es más, su papel en la justicia penal (nicaragüense) está relegada o marginada al triste papel secundario de denunciante o testifical, después su presencia para el sistema es **innecesaria**.

Esta situación genera comportamientos negativos en la **víctima**. Por ejemplo, se siente impotente, frustrada, abandonada; desconfía de terceros; siente que la justicia penal es ineficaz, afuncional y no confiable, lo cual hace que no denuncie el hecho delictivo o bien, que abandone el proceso por falta de interés, ya que, en todo caso, éste le crea todo tipo de incomodidades materiales y anímicas.

En Nicaragua, una serie de delitos graves (v.gr. asesinatos, homicidios resultados de "accidentes de tránsito", violaciones a menores, etc.) han estimulado o despertado el interés real por la **víctima**, la gravedad de los hechos y el desprecio hacia la víctima y los perjudicados en el proceso penal han hecho que la figura olvidada de la víctima se redescubra en nuestra sociedad al punto que el legislador nicaragüense en la Ley 164, "Ley de Reforma al Código de Instrucción Criminal", publicada en la Gaceta, Diario Oficial, del 13 de diciembre de 1993, establece, entre otras reformas, que la parte agraviada **"será considerada como parte en el proceso, y podrá ejercer sus derechos personalmente o por medio de su representante"**.

La Ley, al establecer que la víctima o agraviado sea considerada como parte en el proceso, permite –fundamentalmente– que ésta pueda ejercer un control de la actividad de todos los sujetos procesales en el juicio y, por lo tanto, establecer un equilibrio racional en el proceso penal, lo que significa una especial disminución de las tensiones procesales entre la víctima y el delincuente.

Esta Ley reconoce, pues, la igualdad formal en el ámbito del juicio penal de la víctima frente al procesado o acusado. No obstante, el reconocimiento formal de que la víctima sea al igual que el procesado o acusado parte en el proceso, no significa que exista una igualdad material entre ambos. La igualdad formal y material tanto de la víctima como del procesado o acusado en el proceso penal nicaragüense será en todo caso producto, entre otros, de la racionalidad, seriedad científica y tolerancia con que estudiemos y planteemos temas, como estos, de carácter social que, por otro lado, son especialmente sensibles.

Este es el primer paso de otros que, personalmente confiamos, emprenda el legislador penal nicaragüense a favor de la víctima.

**Directores**

# La obediencia debida: Dependencia Jerárquica y Clases. Concordado con los Códigos Penales de España y Nicaragua<sup>1</sup>

Sergio J. Cuarezma Terán  
Catedrático de Derecho Penal y Criminología  
Universidad Centroamericana (UCA)

*Sumario: I. A manera de introducción II. Obediencia debida. Consideraciones preliminares III. Clases de obediencia debida IV. Presupuestos: La dependencia jerárquica V. Las clases de dependencia jerárquicas. A. Relación de la jerarquía orgánica en el Poder Judicial. 1. Obediencia jurisdiccional. 2. Actividad administrativa del Poder Judicial. B. La subordinación funcional (Policía Judicial, Servicios de Prisión) VI. A manera de conclusión.*

## I. A manera de introducción

El Derecho penal es una rama del ordenamiento jurídico formado por un conjunto de normas jurídicopenales que regulan y ordenan –con carácter vinculante y coercitivo– la vida social de una comunidad en aquellos aspectos significativamente conflictivos (en razón del principio de **intervención mínima**). Dicha regulación y ordenación se desarrolla en la selección de aquellas conductas que –aceptadas por la comunidad como especialmente graves– atentan contra la convivencia social de modo reprobable y no justificado y ponen en cuestión la vigencia del orden jurídico<sup>2</sup>, es decir, atentan contra los **más esenciales** valores del orden social. Estas conductas, las especialmente graves para la comunidad social, son definidas o descritas en lo que se denomina «tipo» bajo amenaza de aplicar determinadas consecuencias jurídicas –las más importantes [y duras]– penas o medidas de seguridad<sup>3</sup> Si la conducta encaja en la descripción de la ley penal, se considera conducta típica, en consecuencia, como señala **LUZON PEÑA**<sup>4</sup>, el delito es la conducta «típicamente antijurídica», o sea, aquella conducta antijurídica amenazada con pena por la ley; la conducta

además debe ser culpable. El legislador, hemos dicho, a través de un proceso de abstracción conceptual lleva aquellas conductas más intolerables socialmente al ámbito penal para, conminadas con penas y medidas de seguridad, proteger al orden social de las mismas. Pero, en otros supuestos el legislador penal determina permisividad o justificación de comportamientos, es el caso de las causas de justificación que excluyen lo antijurídico del hecho<sup>5</sup> –aunque el autor tenga capacidad de culpabilidad–, por lo cual el autor ejecutor y los partícipes del mismo quedan exentos de responsabilidad penal. En este sentido, la duodécima eximente del artículo 8 del CP español [y décima del artículo 28 del CP nicaragüense<sup>6</sup>], que exime de responsabilidad criminal al «que obra en virtud de obediencia debida» –objeto de la presente investigación–, excluye la antijuridicidad o la culpabilidad (según sea la posición que se tenga al respecto); y, como cualquier otra del catálogo de eximentes, tiene que interpretarse a la luz del texto positivo, ya que el precepto no nos dice cuándo la obediencia será debida<sup>7</sup>.

1 Ponencia presentada en el Seminario sobre "Causas de Justificación III: Obediencia debida y Cumplimiento del Cargo" realizado en la Universidad de Alcalá de Henares, España; dirigido por el Prof. Dr. Diego-Manuel Luzón Peña, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares, 1992. Corregida, concordada y aumentada. En el presente trabajo, no hacemos referencia a la jurisprudencia nicaragüense, en virtud que la misma no ha elaborado doctrina jurisprudencial al respecto.

2 LUZON PEÑA, Estudios Penales, 1990, p. 44

3 Cfr. LUZON PEÑA, Estudios Penales, 1990, pp. 35 ss.

4 Estudios Penales, 1990, p. 32.

5 Siguiendo a LUZON PEÑA, Aspectos esenciales de la legítima defensa, 1978, p. 116, utilizamos indistintamente las denominaciones **causa de justificación** o **causa de exclusión de la antijuridicidad**, en razón de que dicha circunstancia, como el resto que justifican la acción, excluyen el injusto del tipo, a pesar que subsiste el desvalor del resultado, por ello consideramos, además de oportuna el uso indiferente de ambos términos, que la obediencia debida es una causa de justificación.

6 " El que obra en virtud de obediencia debida. Se entiende por obediencia debida lo que venga impuesta por la ley al agente, siempre que el hecho realizado se encuentre entre las facultades del que lo ordena y su realización dentro de las obligaciones del que lo hubiere ejecutado".

7 Así ANTON ONECA, DP, 1986, p. 302.7.

De naturaleza discutida –pues, hay quienes piensan que es una causa de justificación y, otros, que es una causa de inculpabilidad<sup>8</sup>, la obediencia debida indiscutiblemente es una eximente de responsabilidad penal que apoya dicha exención criminal en las relaciones verticales que se desarrollan en las estructuras administrativas del Estado, es decir, en la relación funcionarial de la Administración Pública y no en otras –como veremos más adelante–. O, dicho en otras palabras, para que «el que obra en virtud de obediencia debida» se beneficie de dicha eximente (núm. 12 del art. 8 CP español y núm. 10 del art. 28 del CP nicaragüense), ha de darse en el marco de la relación de dependencia jerárquica pública de superior-inferior y en consecuencia, **debida**, cumplir con el deber de obedecer por encontrarse en ese plano de inferioridad respecto a quien emana la orden a ser cumplida. No obstante, su contenido y extensión plantea serios problemas en el ámbito de su aplicación y, por tanto, de sus presupuestos y requisitos; asimismo, de determinación de la responsabilidad del sujeto que emana la orden frente al que la cumple –lícita o ilícita– y de éste con aquél respecto al límite de obedecer y también, la responsabilidad (legal) y riesgos (personales) que entraña para él la ejecución de la orden o resolución sobre tercero que puede, según los casos concretos, actuar en legítima defensa o en estado de necesidad<sup>9</sup>. Todo ello, además del significado jurídico penal, el contenido conceptual, los presupuestos básicos –esencialmente «la dependencia jerárquica»– y las clases de obediencia debida abarcan, pues, el objeto de estudio del presente tema que puede, sin lugar a dudas, introducir a un estudio mayor de la misma.

## II. Obediencia debida.

### Consideraciones preliminares

La obediencia es una regla propia de gobierno social que coexiste de manera anterior a la regulación positiva del Estado, cuya existencia y regulación resulta básica para el compuesto –en el Estado moderno y contemporáneo– de la Administración Pública en sentido de su buena y normal marcha. En las sociedades no organizadas jurídicamente, o sea, donde la Ley y su señorío no se hayan establecido, la obediencia aparece con un significado decisivo: estableciendo la pauta de realización de la voluntad superior o general para el mantenimiento de ese orden social no constituido jurídicamente –que se expresa y materializa, como veremos, a través de la «jerarquía»–. En este sentido **QUERALT JIMÉNEZ**<sup>10</sup> entiende la obediencia como una técnica previa y externa al Derecho penal, contenida en la realidad social e impuesta como un determinado modo de actuar en proporción necesaria para el mantenimiento del funcionamiento de la sociedades estructuradas constituyendo un mecanismo legal estatal.

La define como una «relación caracterizada por una actitud personal consistente en la asunción voluntaria (?) por parte...[del] inferior, de mandatos imperativos...[del] superior, corriendo aquél con la ejecución»<sup>11</sup>. Si, como el propio autor citado expresa, por el sólo hecho de pertenecer a un grupo social «la obediencia es algo que se exige»<sup>12</sup> en sentido de carga u obligación o deber– difícilmente el individuo actúa voluntariamente frente a los mandatos imperativos del superior. Asimismo, si el sentido de la actuación voluntaria

8 OCTAVIO de TOLEDO y HUERTA TOCILDO, DP, PG, 1986, p. 265, muestran de manera resumida, pero clara, la división de criterios científicos sobre si la obediencia debida es una causa de justificación o de exclusión de culpabilidad. Para los primeros –dicen–, es una auténtica causa de justificación por que transforma en lícita la conducta típica realizada en virtud de dicha eximente (RODRIGUEZ DEVESA, GIMBERNAT, LUZON PEÑA, MIR y GOMEZ BENTEZ). Opuestos a este criterio (ANTON, FERRER, y COBO/VIVES), sostienen que estamos frente a una causa de inculpabilidad o de exclusión de la culpabilidad, basados en la idea de no exigibilidad de conducta distinta, cuya apreciación excluye la culpabilidad pero no la antijuridicidad la conducta típica realizada. A nuestro juicio, la posición que resulta más atractiva es la primera. Como indica LUZON PEÑA, Aspectos esenciales de la legítima defensa, 1978, pp. 122 ss., hay causas de justificación que suponen justificación del resultado, es decir, descansan en la desaparición del desvalor del resultado, pero otras se fundamentan exclusivamente en la inexistencia del desvalor de la acción. En este sentido, la obediencia debida es una causa de justificación por desaparecer el desvalor de la acción. Debe aclararse, empero, que cuando se habla de la justificación de la acción no debe entenderse que desaparece el desvalor de la acción, como contrapuesto al «desvalor del resultado», sino que se utiliza la palabra «acción» en un sentido amplio que abarca no sólo la manifestación de voluntad sino también la causación del resultado. En el supuesto de la obediencia debida, lo que se justifica es precisamente el «resultado» en cuanto la «acción» es valorada positivamente, el Derecho no protege –en esta hipótesis– los bienes del perjudicado por el mandato, orden o resolución, sino aquellos intereses jurídicamente protegidos que prevalecen como necesarios para el orden jurídico. Repetimos, pues, que la obediencia debida es una causa de justificación basada en la falta, ausencia o inexistencia del desvalor de la acción. TS. 22-3-1974, Ar. 2409, la obediencia debida «elimina la antijuridicidad».

9 RODRIGUEZ DEVESA, DP español, PG, 1990, p. 527, denomina a especial situación «triple relación», de un lado, entre el superior y el inferior; de otro, entre éste y el tercero a quien afecte el cumplimiento de la orden, y, finalmente, entre el superior y el tercero.

10 La obediencia debida, 1986, p. 26.

11 QUERALT JIMÉNEZ, La obediencia debida, 1986, p. 27. El hecho de poner signo de interrogación quiere expresar el recelo de hasta dónde dicha asunción del sujeto a ejecutar una orden emanada por el superior es [realmente] voluntaria.

12 QUERALT JIMÉNEZ, La obediencia debida, 1986, p. 30.

de obedecer se confiere porque **voluntariamente** se pertenece a la estructura organizada del colectivo social y, por tanto, tiene que obedecer **voluntariamente** los mandatos, no significa de ninguna manera, a nuestro juicio, que el sujeto asuma **voluntariamente** la ejecución de los mandatos u órdenes derivados de un superior, ya que al estar desigualmente inmerso [**voluntariamente**] en dicha estructura, su obligación es **obedecer**, de lo contrario su conducta será socialmente reprochable o constitutiva de delito –dependiendo de que el Estado asuma o no la defensa de dicha **técnica** como necesaria para que prevalezca la buena marcha del colectivo a que se pertenezca–. Por lo tanto, **diste de que el sujeto corra voluntariamente** con la ejecución de los mandatos imperativos, sino que simplemente **obedece**, sin perjuicio del examen que el inferior debe hacer de si tales órdenes –en sentido general– son o no lícitas (que tampoco significa que el sujeto obre **voluntariamente** ya que, como veremos, hay órdenes que aún siendo antijurídicas son obligatorias ejecutarse).

Obedecer es pues, una carga en sentido de **deber**, de tal suerte que el Derecho, expresa **QUERALT JIMÉNEZ**<sup>13</sup>, la convierte en **legalmente** exigible. No obstante, no todo deber de obedecer es jurídicopenalmente relevante para su protección, ello dependerá, lógicamente, de los tipos de organización estructural grupal y de lo esencial que resulte ampararla penalmente en aras de su buen funcionamiento.

### III. Clases de Obediencia debida

Conviene ahora efectuar una exposición especialmente descriptiva sobre las clases de obediencia debida. La doctrina tradicional ha venido entendiendo que la obediencia debida se clasifica en espiritual, política, familiar, familiar o doméstica (hijo, conyugal y doméstica) jerárquica (funcionarial, militar<sup>14</sup>), y laboral<sup>15</sup>.

La obediencia espiritual no plantea, a nuestro parecer, mayor problema en virtud que se reduce a la obligación de conciencia relegándose a una cuestión meramente personal sin reconocimiento jurídico<sup>16</sup>. La obediencia política, por su parte, genera una especial consideración. **RODRIGUEZ DEVESA** opina que se trata de una obediencia a normas abstractas y, por tanto, debe tratarse como cumplimiento de deber<sup>17</sup>. **QUERALT JIMÉNEZ**, piensa, por el contrario que

la obediencia puede entenderse de dos modos diferentes: uno es como se desarrolla en los regímenes totalitarios, donde la sumisión es una forma inquebrantable de comportamiento que se debe al sistema. Otro entendimiento, dice el referido autor, es menos dramático. Se refiere al que genera las órdenes específicas que dictan la autoridad o sus agentes para situaciones concretas, que viene a favorecer el mantenimiento del orden jurídico por parte de los particulares<sup>18</sup>. A nuestro juicio, la obediencia política se debe entender no como tal, si no más bien como actitud responsable de los ciudadanos que forman el grupo social en sentido pluralista, ya que entendida como obediencia política plantea, a nuestro juicio, el **significativo problema** de determinar los límites de una participación democrática y una **imposición** del sistema, del grupo dominante, como modelo de relación entre el poder y los ciudadanos, encubierta por el manto de la obediencia debida.

La obediencia familiar o doméstica, desarrolla un particular problema que le hace [a pesar de ser rechazada de manera mayoritaria por la doctrina científica y jurisprudencial<sup>19</sup>] objeto de una especial mención. Las relaciones de familia actualmente se asientan en la relación de derechos-deberes<sup>20</sup>, lo cual significa que la sujeción por la vía del mando autoritario del **pater familia** [teoréticamente] a desaparecido. Dicha relación es, en expresión de **QUERALT JIMÉNEZ**<sup>21</sup>, «resabio del pasado». En este sentido, la subordinación tanto de la esposa como del hijo a la potestad de mando del marido y el padre no tiene fundamento legal alguno, pero, las relaciones **reales** que todavía imperan como resabio de aquellas concepciones autoritarias **padremadre** deben de ser, al menos, reconsideradas por la doctrina científica en virtud de que generan –en la mayoría de los casos– situaciones sensiblemente delicadas, particularmente cuando tal sujeción lleva la ejecución de un hecho delictivo. La obediencia familiar no es considerada porque no tiene reconocimiento legal, es decir, porque no es apreciada por el legislador como lo suficientemente importante de proteger. Este criterio, como cualquier otro de carácter **axiológico**, puede reconducirse en la línea de proteger las relaciones verticales –aún vivas– que se manifiestan en el seno del «núcleo» de la sociedad, la familia, en aras de salvar a aquellos que, en aras de la «**educación**», son expuestos en el borde de la legalidad del sistema. Todo ello marca, como destaca el profesor de Salamanca, **ANTON ONECA**, «un camino que debe ser reanudado, si bien marchando por él

13 Idem.

14 La obediencia militar, no será tratada aquí en razón a su individual y especial consideración en el ámbito del Derecho penal militar.

15 Seguimos el orden de **QUERALT JIMÉNEZ**, La obediencia debida, 1986, p. 33.15.

16 **DEVESA RODRIGUEZ**, DP español, PG, 1990, p. 528. También **QUERALT JIMÉNEZ**, La obediencia debida, 1986, p. 34.

17 Idem.

18 **QUERALT JIMÉNEZ**, La obediencia debida, 1986, pp. 34 ss.

19 TS. 26-11-1877, II, CL de España; 27-12-1912, JC, XXX, 194; 9-10-1925, CL. 245; 30-11-1974, CL. 1654; 9-3-1991, Ar. 1957.

20 **DAZ PALOS**, Obediencia debida, NEJ, XVII, 1982, p. 746.

21 **QUERALT JIMÉNEZ**, La obediencia debida, 1986, pp. 36 ss.

con toda precaución»<sup>22</sup>. En un mismo sentido, puede decirse sobre la obediencia debida en la esfera laboral<sup>23</sup>.

#### IV. Presupuestos: La dependencia jerárquica

Para que la obediencia debida sea susceptible de apreciación tiene que existir una relación concreta de jerarquía jurídica<sup>24</sup>, es decir, el supuesto fáctico<sup>25</sup> sobre el que se apoyará de manera secuencial los requisitos de la misma, o sea, el sentido material de la eximente criminal<sup>26</sup>. En la dependencia jerárquica se manifiesta, pues, el hecho de obedecer órdenes como resultado de la relación de subordinación y de sometimiento del inferior al superior reconocida por la Ley<sup>27</sup>. Esta verticalidad de superior-inferior descansa, como hemos dicho más arriba, en las necesidades del funcionamiento de un colectivo social y, con mayor razón, en la Administración Pública donde, según la doctrina mayoritaria, sólo cabe apreciar la existencia de dicha eximente<sup>28</sup>. De esta manera, la sociedad dispone de cierta seguridad a priori de que el sujeto cumplirá con la orden impuesta en forma de deber (sopena de sanción en caso de no llevarla a cabo)<sup>29</sup>.

QUERALT JIMÉNEZ<sup>30</sup> pone de manifiesto, además de la existencia piramidal y unitaria de la actuación de la jerarquía, algo que para él la doctrina pasa de desapercibido: el contenido propio a la obediencia jerárquica. No basta, para el

dicho autor, que la obediencia debida se desarrolle a lo interno de la Administración Pública o la que tiene cabida en las relaciones entre superior e inferior, es decir, aquellas que se manifiestan por la superioridad e inferioridad de los sujetos, sino que es necesaria la **nota de participación en las funciones públicas**, núcleo de su actividad [necesaria para distinguir la esfera de la mera subordinación de la jerárquica]. Cualquier responsabilidad criminal originada fuera de éste círculo, aún existiendo una relación de poder especial, provendrá de una relación simple de subordinación, pero no de de la relación o dependencia jerárquica impone. Todo ello viene a significar, que de la interacción de la relación de dependencia y participación en las funciones públicas, constituyen la relación jerárquica.

Se trata entonces, como apunta SAINZ CANTERO<sup>31</sup>, de un marco de relación jerárquica que comprende las relaciones de Derecho Público, lo que supone «una relación jerárquica entre un superior con facultad de mando y un inferior a cumplir el mandado»<sup>32</sup>. En esta línea de pensamiento, la orden emanada del superior debe ser acatada y, por tanto, la obediencia debida apreciada como eximente de responsabilidad criminal<sup>33</sup>; previo examen, por supuesto, de sus requisitos<sup>34</sup>.

La orden, pues, además de ser expresa debe de partir de un superior jerárquico para que pueda exigirse su cumplimiento<sup>35</sup>, asimismo, debe abrigar las formalidades legales<sup>36</sup>, para lo cual,

22 DP, 1986, P. 307.

23 SAINZ CANTERO, Lecciones de DP, PG, 1990, p. 740, la entiende como una jerarquía a fin a la del Derecho público en virtud de la relación superior-inferior, que origina una clara relación de mando y obediencia.

24 RODRIGUEZ RAMOS, Compendio de DP, PG, 1988, p. 190; MUÑOZ CONDE, Teoría General del Delito, 1989, p. 108; RODRIGUEZ DEVEZA, DP español, PG, 1990, p. 532, dice que «la relación de dependencia jerárquica se construye sobre la base legal de que el inferior ha de obedecer al superior: sobre la base del deber de obediencia».

25 QUERALT JIMÉNEZ, La obediencia debida, 1986, p. 179.

26 Idem.

27 Cfr. MUÑOZ CONDE, Teoría General del Delito, 1989, p. 108; TS. 23-6-1973, CL. 940

28 Véase a QUERALT JIMÉNEZ, La obediencia debida, 1986, p. 63, nota 37. Esta posición es acertada si se parte, como lo hace con unanimidad la doctrina científica, que el deber de obedecer está penalmente protegido en el ámbito del Derecho público que reconoce a unos las facultades legales de ordenar y, a otros, de obedecer, pero siempre dentro del marco institucional de manera que se asegura la existencia efectiva de los servicios públicos. Sin embargo, existen otras instituciones, si bien del ámbito privado, que por su importancia y complejidad deberían, asimismo, protegerse a su interior las relaciones que se manifiesten [es el caso, por ejemplo, de la familia]. Sobre esta reflexión volveremos más adelante.

29 QUERALT JIMÉNEZ, La obediencia debida, 1986, p. 30. En suma, dice este autor, es la división del trabajo quien lleva implícito el deber de obedecer y así es reconocido por el Derecho. En este sentido, por el simple hecho del nacimiento –continúa diciendo–, el individuo se encuentra ya inmerso en la práctica de los hábitos obedientes de manera voluntaria o forzosa. Por tanto, finaliza apuntando, la obediencia es consustancial al tipo de sociedad que hoy conocemos y en que vivimos, pues la división del trabajo altamente desarrollada impone y exige el cumplimiento de tal deber.

30 La obediencia debida, 1986, p. 131. «Sólo los funcionarios públicos, expresa dicho autor, y sólo cuando, además, están sometidos a una relación especial de poder, se hallan inmersos en la relación jerárquica». Sin olvidar, por supuesto, que la obligación de obedecer está condicionada, como destaca RODRIGUEZ DEVEZA, DP español, PG, 1990, p. 527, por el mandato, que es expresión de la voluntad del superior, y en tanto que este no dé la orden no se produce la obligación de obedecer.

31 Lecciones de DP, 1990, p. 740.

32 DIAZ PALOS, Obediencia debida, NEJ, XVII, 1982, p. 747. «La obediencia equivale así a obediencia jerárquica».

33 En lo penal, dice TS 30-11-1974, CL. 1654, sólo cabe la obediencia jerárquica.

34 A pesar que obedecen a otras ponencias, permítaseme tratar, aunque de manera exigua, algunos aspectos relevantes del contenido de la obediencia debida.

35 Esto es, en opinión de CORDOBA en CORDOBA/RODRIGUEZ MOURULLO, Comentarios al CP, I, 1972, p. 387, de una disposición con pretensión de vinculación respecto a la voluntad ajena. De tal manera que, la orden no se convierta en un simple indicación o manifestación.

36 TS. 22-10-1958, Ar. 3039 para observar la obediencia debida «el mandato deber ser legítimo». Asimismo, 11-3-1958, Ar. 804; 22-10-1964, Ar. 4553; 27-1-1973, Ar. 320.

indica SAINZ CANTERO<sup>37</sup>, hay que acudir a los Reglamentos orgánicos de los distintos Cuerpos del Estado, Provincia o Municipio y, en general, a todo el ordenamiento jurídico. Que el superior dicte la orden dentro de su competencia o atribuciones o facultades<sup>38</sup> y del inferior que le incumba ejecutarla<sup>39</sup>; que el inferior obedezca la orden creyendo en la ilicitud de ésta<sup>40</sup> y que no se le puede obligar a un acatamiento ciego de la misma<sup>41</sup>; y, actuar dentro de la esfera de ejecución de la orden, es decir, finalidad [o ánimo] de dar cumplimiento a la orden recibida (elemento subjetivo de justificación)<sup>42</sup>. Tales requisitos encuentran su afirmación en el art. 369 CP español [art. 377 CP nicaragüense] que incrimina el delito de desobediencia entre funcionarios.

La STS 20-11-1989<sup>43</sup>, expresa que para la exención de responsabilidad criminal por obediencia debida, se exige necesariamente el requisito objetivo de orden dada en la esfera de una relación de dependencia jerárquica que el subordinado debe obedecer porque, al menos en apariencia [teoría de la apariencia], es lícita, ya que se refiere a materia propia de la competencia del superior y cumple las formalidades legales habituales en esa clase de mandatos. Cuando el superior en el desempeño de sus funciones propias del cargo dicta una orden en las formalidades propias del caso, el inferior debe cumplirla, pues en caso contrario, puede incurrir en el delito de desobediencia del art. 369 CP español [art. 377 CP nicaragüense]. Sin embargo, dice el párrafo II de este artículo, no existiría tal responsabilidad por

desobediencia cuando el funcionario público subordinado no dé cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley. Normalmente cuando la orden sea constitutiva de delito, existe esa infracción patente de la ley, no habrá deber obedecer y, por tanto, no podrá operar esta eximente<sup>44</sup>. Pero puede ocurrir en ciertos delitos que no existe esa claridad en cuanto a la ilicitud del mandato. Puede suceder que al respecto la cuestión dudosa y que en ese caso el funcionario subordinado no tiene que examinar el posible contenido delictivo de la orden recibida precisamente por las relaciones de jerarquía existente.

Este es el círculo de actuación de la eximente del art. 8, inc., 12 CP español [art. 28, num. 10 CP nicaragüense], cuando la orden recibida, cuyo cumplimiento origina la comisión de una infracción penal, no es clara y manifiestamente ilícita, y el subordinado, que la ha recibido en el ámbito y con las formalidades propias de la relación funcional, cree que es legal y en tal creencia la cumple, se beneficia de tal exención de responsabilidad penal, siempre que este error puede ser calificado de invencible según las circunstancias del caso. Junto a este requisito objetivo, consistente en la realidad del mandato en el ámbito de una relación jerárquica y con las formalidades propias del caso, ha de incurrir este otro carácter subjetivo, el haber obrado con el error invencible de que la orden recibida era lícita<sup>45</sup>.

37 Lecciones de DP, PG, 1990, p. 739.

38 La obediencia debida, sólo puede ser estimada, expresa CORDOBA en CORDOBA/RODRIGUEZ MOURULLO, Comentarios al CP, I, 1972, p. 389, si la orden del superior ha sido dictada dentro del círculo de sus atribuciones, pues sólo dentro de dicha esfera puede existir obediencia debida.

39 TS. 23-5-1969, Ar. 2953.

40 Para CORDOBA en CORDOBA/RODRIGUEZ MOURULLO, Comentarios al CP, I, 1972, p. 400, el inferior jerárquico debe obedecer las órdenes del superior mientras no sea consciente de la antijuricidad de las mismas. (Lo subrayado es nuestro).

41 Por lo cual corresponde al inferior examinar si la orden que recibe es lícita o no. Véase TS 23-6-1973, Ar. 2896; 22-3-1974, Ar. 2409; TS. 30-4-1976, Ar. 1832. La orden injusta, no vincula al inferior. También, TS. 25-2-1986, Ar.903 y 1-7-1987, Ar. 5142.

42 SAINZ CANTERO, Lecciones de DP, PG, 1990, p. 741.

43 Ar. 8683.

44 En este sentido, el CP nicaragüense establece en el art. 379, que queda exceptuado de pena, el que difiere ejecutar una orden superior para observarla cuando la orden se manifiestamente opuesta a la Constitución Política de la República; cuando no sea comunicada con las formalidades constitucionales, cuando haya algún motivo fundado para dudar prudentemente de la autenticidad de la orden; cuando sea una resolución obtenida evidentemente con engaño o por fuerza y cuando de la ejecución de la orden resulten o se teman, con fundamento, graves males que el que el superior no pudo prever. No obstante, para que tales casos se exima el ejecutor de la responsabilidad, por no haber dado ejecución a la orden, es indispensable que haga ver la certeza de los motivos que alega (art 380 CP nicaragüense).

45 La STS 23-6-1973, CL. 940, describe, en síntesis, los requerimientos esenciales para que la eximente en estudio pueda darse, a saber: 1º que la subordinación a la persona que manda esté ordenada o reconocida por la ley; 2º que el mandato sea legítimo o dentro de la normativa legal, y 3º que dicha orden pertenezca a las atribuciones de la persona que manda, por lo que al subordinado corresponde el deber siempre de examinar si la orden que recibe es justa o injusta, y sólo en el primer caso, o cuando así lo cree con error invencible, puede quedar al margen de toda responsabilidad criminal, más que por causa de conflicto de deberes, por obediencia jerárquica legal, pues no puede operar si el mandato constituye delito o ilegalidad misma y se conoce por el subordinado, lo que ha de presumirse, a no constar reflejado lo contrario.

El problema se origina, pues, en la creencia de si una orden es lícita, es decir, cuando se invoque el desconocimiento de la ilicitud de tal orden. Adoptada la postura de que la obediencia debida es una causa de justificación o de exclusión del injusto o, de lo que es lo mismo, de la antijuridicidad<sup>46</sup>, el problema no es otro que un error sobre una causa de justificación, cuyo tratamiento será el que se dispensa a los de su naturaleza. Al respecto la STS 20-12-1990<sup>47</sup>, plantea que la situación se origina cuando en la orden recibida, cuyo cumplimiento origina la comisión de una infracción penal, no es clara y manifiestamente lícita, y el inferior, que la ha recibido en el ámbito y que las relaciones propias de la actuación laboral, cree que es legal y en tal creencia la cumple, queda exento de responsabilidad penal en virtud de obediencia debida, siempre que ese error pueda ser calificado de invencible, según las circunstancias del caso. Asimismo, debe concurrir el elemento subjetivo, el de haber obrado con error invencible de que la orden recibida era lícita<sup>48</sup>. Todo ello significa, que no puede exigirse al subordinado un acatamiento ciego a todo orden que reciba del superior, sino que tiene la obligación de examinar [derecho a examen] si la orden que atiende es justa o injusta, y sólo en el primer supuesto, o cuando así lo estime con error vencible, puede quedar al margen de cualquier tipo de responsabilidad penal. En el segundo supuesto, si el inferior conoce su ilicitud, ha de presumirse de no constar lo contrario, pues lo delictivo normalmente no se ignora<sup>49</sup>. A nuestro juicio, la solución acertada es la mantenida por el catedrático de la Universidad de Alcalá de Henares, LUZON PEÑA<sup>50</sup>, que sostiene que la creencia errónea de que se dan los presupuestos objetivos de una causa de justificación [la obediencia debida es una causa de justificación], es un error sobre una parte esencial del tipo de injusto (p.e. falta de competencia del superior) excluye el dolo, ya que la voluntad del agente no va dirigida, según el LUZON PEÑA, a realizar una conducta que encaje en la materia de prohibición del tipo. Si tal error, expresa LUZON PEÑA<sup>51</sup>, es objetivamente vencible, habrá imprudencia, pero si el error de que concurren los presupuestos objetivos [de la obediencia debida] es objetivamente invencible, esto es, una creencia objetivamente fundada [el subordinado cree de buena fe que el superior tiene, por el ámbito en que se

desempeña normalmente, legitimidad para emitir una determinada orden] no habrá dolo ni imprudencia, puesto que no se infringió deber objetivo de cuidado alguno, sino caso fortuito, y, por lo tanto, al no existir desvalor de la acción, estamos ante una conducta justificada, por mucho que haya desvalor del resultado. Asimismo, siguiendo a LUZON PEÑA<sup>52</sup>, en el supuesto de que el subordinado a pesar de conocer la antijuridicidad de la orden cree que está obligado a ejecutarla, o sea, que le ampara una causa de justificación, estamos ante un error de prohibición, que no excluye el dolo, sino que afecta solamente a la culpabilidad, rebajando la pena en uno o dos grados si el error es vencible o, bien excluyéndola en el supuesto excepcional de que tal error sea subjetivamente invencible.

## V. Las Clases de dependencias jerárquicas<sup>53</sup>

La obediencia jerárquica puede manifestarse en diferentes modalidades de subordinación jerárquico-funcional, por un lado, la **orgánica** y, por el otro lado, la **funcional** o de servicio. Siendo la segunda la que crea singulares problemas, ya que a diferencia de la primera no existe un organigrama previo que establece la relación natural de superiores y subordinados, sino que dicha dependencia jerárquica **funcional** adscribe o agrega a una persona servicio de un cuerpo a otros órganos diversos de los en que nace su subordinación orgánica, lo cual puede originar que un funcionario subordinado preste dos funciones simultáneas, de similar naturaleza práctica, pero entendidas de forma diversa; pues, por regla general, la dependencia funcional no le exonera de la orgánica.

Decíamos arriba, que para que exista dependencia jerárquica deberá existir la doble condición de relación especial de poder y ser sujetos funcionarios a efectos públicos. Por lo tanto, excluimos aquí la **relación de tutela** por falta de la relación especial de poder, ya que está a medio camino entre ésta y la de policía administrativa. Las consecuencias son que las negativas de los funcionarios y autoridades que integran el tutelado constituirá eventualmente una desobediencia común (política), pero no jerárquica o de una denegación de auxilio.

46 Véase nota Nº 1.

47 Ar. 9685.

48 En contrario sensu [referida a un vicio de nulidad por falta de competencia], la STS 1-2-1990, Ar. 1020, no es apreciable cuando el subordinado sabe y le consta de modo evidente que el superior carecía de facultades para obtener lo que de él esperaba, que es lo que ocurre en el supuesto de autos en el que, después de negarse a acatar las órdenes que se le dieron por su notoria anormalidad, termina por ceder a los ilegítimos requerimientos que se le hacen sabiendo la ilicitud que le iba a permitir. Sobre la antijuridicidad de mandatos, los vicios del acto administrativo y procesal, su validez y consecuencias, consúltase a CEREZO MIR, Problemas fundamentales del DP, 1982, pp. 224 ss; LUZON PEÑA, Aspectos esenciales de la legítima defensa, 1978, pp. 301 ss; y la legítima defensa o estado de necesidad del afectado frente al cumplimiento de una orden antijurídica.

49 TS. 22-3-1974, Ar. 2409.

50 Estudios Penales, 1990, pp. 72 ss. Comparte la «teoría de los elementos negativos del tipo».

51 Idem.

52 Idem, p. 74.

53 Sobre este epígrafe, seguimos a QUERALT JIMÉNEZ, La obediencia debida, 1986, pp. 161 ss.

## A. Relación de la jerarquía orgánica en el Poder Judicial.

En el seno del Poder Judicial subsiste dos funciones: la jurisdiccional y otra meramente administrativa. Desarrollándose en la primera la obediencia que deben los órganos judiciales inferiores a los superiores en materia de revisión de sus resoluciones en los aspectos formales. La función exclusivamente administrativa del Poder Judicial, hace relación a la gestión burocrática interna de los asuntos que se dan ante los Tribunales y cuyo impulso, dice QUERALT JIMÉNEZ<sup>54</sup>, fundamentalmente administrativo y no jurisdiccional.

### 1. Obediencia jurisdiccional

Es aceptado por todos la independencia del Poder judicial, no obstante, tal independencia en la realidad procesal no es así o, no debe ser así. Los órganos jurisdiccionales inferiores están subordinados jerárquicamente a sus superiores en ciertos asuntos: la forma que ha de llevarse el proceso, pero no en cuanto al contenido de las resoluciones que compete al ámbito de la conciencia. En este sentido, la imposición de determinado modo de realizar su desempeño procesal no es contraria al principio de exclusiva sujeción de los Jueces a la Ley, es, en todo caso, un recordatorio de su sujeción a la Ley. Por lo tanto, el incumplimiento del contenido material de las resoluciones de un superior (orden) constituye el delito de desobediencia jerárquica. Puede decirse entonces, **que existe subordinación jerárquica entre los diversos órganos jurisdiccionales en lo atinente a la observación de las formas procesales.**

### 2. Actividad administrativa del Poder Judicial

Nos referimos a las funciones no jurisdiccionales que se llevan a cabo en el seno del Poder Judicial, cuya organización es el soporte material para la Administración de Justicia.

Cualquier tipo de mandatos en esta esfera de actuación burocrática, no obliga o no tiene carácter vinculante jurisdiccional, afectando sólo a la Administración de Justicia como Servicio Público. En esta línea, orden del titular del órgano titular vincula a su inferior (secretarios, oficiales, auxiliares y agentes de la Administración de Justicia).

Su subordinación es, por tanto, jerárquica con relación a aquél, pero, al no tratarse de resoluciones jurisdiccionales cabe suspender la ejecución de los mandatos si son material y claramente antijurídicos.

## B. La subordinación funcional (Policía Judicial, Servicios de Prisión)

La subordinación funcional, decíamos, plantea problemas específicos y se dan cuando a un órgano se le atribuyan funcionarios de otro órgano, del que depende orgánicamente. Resultando espinoso para un funcionario depender de diversos organismos y que su superior funcional sea el responsable del control externo de su superior orgánico y del propio subordinado. Es el caso de la policía judicial y, en menos medida, de los servicios de prisiones, en las que existe una doble subordinación: político-administrativa (orgánica) y judicial (funcional)<sup>55</sup>.

## VI. A manera de conclusión

La estructura específica de la dependencia jerárquica se compone de dos elementos, a saber: la relación especial del poder y el carácter de funcionario público, sujetos sometidos a dicha relación. Por tanto, es necesario que ambos elementos concurren para poder estar ante la dependencia jerárquica.

DPC

<sup>54</sup> Idem, p. 163.

<sup>55</sup> En el caso de Nicaragua la subordinación de la Policía Nacional al Poder Judicial es funcional, no de carácter jerárquico, sino de **auxilio**. Es decir, la Policía Nacional, además de proteger la vida, la integridad física y la seguridad de las personas, prevenir el delito, preservar el orden público y social, velar por el respeto de los bienes nacionales, sociales y particulares, está encargado de **prestar auxilio necesario al Poder Judicial** y a otras autoridades para el cumplimiento de la Ley y el desempeño de sus funciones. Dicho auxilio estará determinado al cumplimiento que, en materia de su competencia [y no de jerarquía], reciba de las autoridades judiciales y estará obligada a **auxiliar a la autoridad judicial en cuantas actuaciones deba realizar fuera de su sede y requieran la presencia policial y a garantizar el cumplimiento de las órdenes y resoluciones de la autoridad judicial o en cualquier otra de las misma naturaleza en que sea necesaria su cooperación o su auxilio y le ordenare la autoridad judicial** (Véase los arts. 1, 3 y 4, inc. d), f) y g) de la Ley Nº 144 "Ley de Funciones de la Policía Nacional en Materia de Auxilio Judicial", publicada en La Gaceta, Diario Oficial, del 25 de marzo de 1992).

# Acerca de la Reforma Procesal Penal: Ley 164/1993

*Alberto Novoa Espinoza*  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad Centroamericana (UCA)

*Sumario: El marco político social de la nueva ley. El sistema judicial penal. Su estructura. Necesidad de un nuevo procedimiento. Objeto de la reforma procesal penal. Análisis de aspectos: Comentarios a la ley 164/1993. Valoración de los medios probatorios.*

En los primeros días de Enero del corriente año, se tuvo conocimiento de la promulgación por parte del Ejecutivo de la ley número 164: "Ley de reforma al Código de Instrucción Criminal", que la Asamblea Legislativa había aprobado anteriormente, la cual salió publicada en la Gaceta, Diario Oficial, el trece de Diciembre del año pasado.

Aunque formalmente la entrada en vigencia de dicha ley se remonta a la fecha anteriormente señalada, materialmente se hace efectiva a partir de su publicación o conocimiento real y esta fecha es imprecisa –situándose entre el diez y trece de Enero del corriente año–, lo que podría ser motivo de discusión: si las actuaciones judiciales que se dieron al amparo de la ley 124 –que formalmente fue derogada el trece de Diciembre de mil novecientos noventa y tres– tienen efecto material, o si dichos efectos deben tomarse como putativos, o bien, si deben declararse nulas todas las actuaciones verificadas al amparo de la ley anterior, cuando los funcionarios judiciales no pudieran aplicar la nueva ley por su desconocimiento real.

La ficción de que nadie puede alegar la ignorancia de la ley y que ésta debe tener aplicación en el territorio nacional a partir de "su publicación" en la Gaceta –Diario Oficial–, crea un problema a la hora de su publicación, pues esta afirmación entra en contradicción con la realidad, cuando la publicación del Diario Oficial se hace posterior, o mejor dicho, el conocimiento público de la ley es posterior a la fecha de su publicación.

En concordancia con el principio de retroactividad de la ley en favor del reo –establecida en el Arto. 38 (Cn.) de la Constitución Política de Nicaragua (Cn) y Arto. 13 del Código Penal Nicaragüense (Pn)– estimó que las actuaciones judiciales efectuadas al amparo de la vieja ley –siempre y cuando beneficien al reo– no deben ser sujeto de nulidad, pero aquellas actuaciones en las cuales se haya lesionado con mayor gravedad los derechos del procesado y que la nueva ley tenga un trato más benigno, deben ser nulificados y

aplicarse lo pertinente de la nueva normativa procesal en beneficio del reo.

## El marco político social de la nueva ley

La sociedad de finales del siglo xx –en Nicaragua– tiene un movimiento más dinámico que sus predecesoras. Una sociedad en transición que busca un modelo estable, en el cual se puedan desarrollar las diferentes manifestaciones de su quehacer integral, o sea, que esta nueva ley de reforma procesal penal se da en un período transicional, de acomodamiento de formación de las nuevas corrientes del pensamiento que signaran el devenir político social nicaragüense.

Tampoco puede pasar desapercibido que la Asamblea Legislativa que aprobó la mencionada reforma no se encontraba con todos sus componentes. Había cierta deslegitimación, dada la ausencia de un 48% de los diputados a la Asamblea Nacional. Esa falta de opinión política hace que la mencionada ley no recoja el consenso de los factores o actores sociales nicaragüenses, ya que un sector de la opinión política no puede ser el depositario de todo el pensamiento que –se supone– se encuentra representado en la Asamblea Nacional, y aunque esta ley no tenga una característica eminentemente política –como toda norma jurídica– no deja, en última instancia, de ser una manifestación política sobre un sector determinado.

## El sistema judicial penal. Su estructura

La codificación de 1879, que dio nacimiento al Código de Instrucción Criminal, es la normativa procesal en la que descansa la estructura judicial penal de Nicaragua. A todas luces, tal normativa representa una discordancia con la realidad actual, ya que los procedimientos enunciados se adaptaban a otro tipo de sociedad que no asume los

constantes cambios que la actual sociedad Nicaragüense tiene, o sea, que la estructura judicial penal no posee la flexibilidad capaz de adaptar las circunstancias normativas procesales a la realidad.

El pasado y engorroso juicio escrito **sigue siendo una carga, en lugar de ser un impulsor** y en aras de la garantía que para las partes tiene lo vertido en el papel. Se desprecia o se desvalora la riqueza probatoria que se origina en los continuos actos de los seres humanos en la sociedad; se desvaloriza la inmediatez de la prueba, la percepción directa de los hechos o su reproducción –como medio probatorio–. En fin, se descarta la posibilidad de probar, con alguna eficacia los signos o indicios que pudieran dar por resultados una mayor riqueza en los elementos de prueba que el judicial debería tener a la hora de dictar su resolución.

La estructura de nuestro sistema judicial penal carece de dinamismo, fluidez y flexibilidad para captar todos los hechos, o la mayoría de estos. De hecho, mientras el deponente habla en primera persona y el secretario –su interlocutor– transcribe en tercera persona, el Juez debe entender la transcripción hecha por el secretario que combina, a su buen criterio, la formas gramaticales que plasma en el expediente y que luego quedan sacrosantamente escritas sin que el juzgador –llámese Juez o Jurado– tenga la posibilidad de poder percibir en forma directa las disposiciones, tanto del agente activo como del pasivo, de los testigos y peritos, en fin, de los diversos medios probatorios que se acopian en el expediente judicial y que sirven de insumo para la valoración de los hechos y de su aplicación al caso concreto.

Es por eso que la reforma procesal penal no llena las expectativas que su objetivo le depara y se hace necesaria la creación de una estructura judicial penal acorde a los actuales momentos, lo que resolvería de alguna manera la situación de los involucrados en el proceso y daría respuestas más satisfactorias a la sociedad en su conjunto.

En 1984, la Corte Suprema de Justicia formuló un proyecto que contenía una forma distinta de la aplicación del proceso penal. Este anteproyecto –cuyo "diseñador" fue el jurista costarricense WALTER ANTILLON– no pasó de ser un proyecto, pues aunque hubo diferentes formas para conocerlo e implementarlo –especialmente en la IV región (Granada, Carazo, Rivas y Masaya)– no se concretó.

El proyecto mencionado establecía la averiguación y sanción de los delitos por un tribunal colegiado integrado por dos jueces legos y uno burocrático, quienes conocerían en forma verbal fundamentalmente de las incidencias del juicio penal, haciéndolo en una, o a lo más dos sesiones de labor, en las cuales se aportaría todas las pruebas necesarias, luego lo analizaría el Tribunal, el cual daría su resolución en forma escrita, motivándola y valorando las pruebas a la luz de la

sana crítica. Este sistema –conocido en Europa como sistema "escavino"– venía a ser la base de la estructura judicial nicaragüense en su aplicación procesal.

### Necesidad de un nuevo procedimiento

Es necesaria la formulación de un nuevo procedimiento judicial penal en Nicaragua, que sea flexible, coherente, y adaptado a la realidad. Este sería eminentemente oral, lo que vendría a descongestionar la carga de trabajo de los judiciales, facilitar en sumo grado la eficacia procesal y erradicar, en lo posible, la retardación de justicia.

Tal procedimiento implica la creación de un nuevo Código, el dotar de recursos económicos, materiales y humanos al poder judicial, para que pudiera dar respuesta a la molesta situación que padecen los procesados, las víctimas y en general todo el sistema.

La creación de este sistema es un reto a la actual Administración de Justicia Nicaragüense, para dar respuesta a las exigencias del momento y no solamente en el campo penal, sino que, la transformación judicial o la reforma judicial integral viene a ser un objetivo necesario, para poder insertar el sistema judicial en el estado de derecho y más aún, debe haber una preocupación de toda la sociedad, para analizar el actual sistema a la luz de las nuevas exigencias de la sociedad moderna de la cual Nicaragua, no puede aislarse. La revolución científico-técnica implica retos para toda la sociedad en su conjunto y sería desventajoso para las metas de crecimiento económico tener un sistema judicial poco flexible y que no permitiera el desarrollo de otras formas de crecimiento, por lo inadecuado de la estructura judicial.

No encuentro posibilidad de desarrollo integral con la actual estructura judicial, sobretudo en el área penal, pues la observancia de los derechos humanos –parte fundamental de la democracia– se encontraría con un óbice de difícil salvamento con el actual sistema, y debemos de recordar que **las tres principales tareas de nuestra sociedad son la paz, la democracia y el desarrollo económico sostenido**, para poder brindar a las actuales y futuras generaciones un marco de desarrollo, tanto social como individual. Es por eso que la transformación judicial debe ser una tarea de primer orden en la labor de nuestro parlamento y no solamente de la cámara legislativa, sino en toda la sociedad en su conjunto, pues ya es necesario que la función jurisdiccional no sea vista de soslayo, ni como cenicienta de los catalizadores y resolutoria de los conflictos sociales tanto de forma colectiva, como de forma individual.

Este reto es para todos y en especial, para los políticos de profesión que deben dejar de ver al Poder Judicial como un objeto político partidista, sino que debe verse como una institución dinámica, capaz de garantizar a todos los individuos sus derechos.

## Objeto de la reforma procesal penal

En el texto de la ley 164 no se señalan los motivos que el legislador tuvo para reformar el Código de Instrucción Criminal, pero es necesario indicar que en un período de 12 años se han realizados cuatro reformas de importancia al Código Procesal Penal, siendo la primera de ella el decreto 1130 del 10 de Noviembre de 1982, emitido por la Junta de Gobierno de Reconstrucción Nacional, el cual se conoció como la reforma que otorgaba "el monopolio de la acción penal" al Estado por medio de la Procuraduría de Justicia—más tarde convertida en Ministerio de Justicia— a la cual se adscribieron las funciones de Ministerio Público de la ley de 1942, el cual, era el único que podía iniciar la acción penal.

Posteriormente, la ley 37 vino a dar otro vuelco reformista al proceso penal y se conoció dicha reforma como la "exclusividad de la acción penal", en la cual se restringía la esfera de influencia de la Procuraduría General de la Justicia, dejando o reservando la acción penal para ciertos casos establecidos en dicha ley y abriendo algunas oportunidades para la participación de los particulares en el proceso penal, pero no dejando abierta totalmente la acción penal a éstos, sino que establecía que los particulares podían coadyuvar con la Procuraduría y se entendía en la práctica que la parte interesada sometía sus peticiones a la Procuraduría. Aunque formalmente era tomada "como parte", no obstante el particular estaba sujeto a pasar el tamiz de la Fiscalía Pública, quien aceptaba o denegaba sus pretensiones.

El 25 de Julio de 1991 es publicada la ley 124 conocida como Ley de reforma procesal penal", que en lo fundamental viene a posibilitar la participación ciudadana en el inicio de la acción penal; a su vez, quita a la Procuraduría de Justicia la exclusividad de la acción y limita sus funciones a las atribuciones concedida al Ministerio Público, de acuerdo a la ley de 1942, y deja la Procuraduría como un representante del Estado para la consecución de intereses cuando éstos fuesen afectados y la tramitación o intervención obligatoria del Ministerio Público, en la segunda fase del proceso penal o contradictorio.

La ley 164 —"Ley de reforma al Código de Instrucción Criminal" (In)— trata de impulsar mecanismo que agilicen la tramitación judicial, sin embargo, a mi juicio, adolece de una serie de defectos técnicos que vienen a contradecir en la práctica el objetivo de su creación.

### Análisis de aspectos. Comentarios a la ley 164

El Arto. 3ro. del Código de Instrucción Criminal, reformado por esta ley, establece la procedencia de la averiguación y sanción en los delitos cuyas penas sean más que correccionales al juicio ordinario y la averiguación y sanción de la falta y los delitos cuyas penas sean correccionales al

juicio sumario; sin embargo, esta aparente claridad del Arto. 3ro. se contraponen con lo establecido en el arto. 31 reformado, cuando éste establece que, para el inicio de la acción penal los jueces podrán proceder de oficio, por denuncia o acusación y también procederán de oficio a tramitar las causas criminales remitida por la Policía en los casos permitidos por la ley.

Aquí surge una interrogante: ¿hasta dónde la denuncia o acusación es vinculante al procedimiento con que se ha de tramitar la averiguación de los hechos?, o ¿hasta dónde el Juez tiene la capacidad de darle la tramitación que según su criterio debería tener la causa? A manera de ejemplo, si yo acuso a una persona de homicidio doloso, el Juez de Distrito del Crimen puede remitirlo a un Juzgado Local, en consideración que, según su criterio, no se trata de un delito doloso, sino que culposo o imprudente; o, por el contrario, ¿tendrá que estar ligado forzosamente a instruir la causa de acuerdo a la modalidades del juicio ordinario?

Lo mismo podríamos decir de las causas remitidas por la Policía, con el agravante que el conclusivo policial no posee, ni tiene valor o eficacia que obligue al Juez a vincular los hechos investigados por la Policía con un determinado procedimiento. La mala práctica establecida en la casi totalidad de Juzgados Nicaragüenses al imponer arresto provisional en base al cuaderno de investigación policial y a lo investigado por ese órgano del Ministerio de Gobernación, ya que ni en la ley 144 —Ley de funciones de la Policía en materia de auxilio judicial—, ni en su precedente —la ley 124— establecía calidad a lo investigado por la Policía, pues si el decreto 1130, establecía que el conclusivo policial podía ser considerado como "presunción humana", la ley 37 y subsiguiente no le otorgan a dicho conclusivo o investigación, ningún valor probatorio, y al basar el Juez la orden de arresto provisional en contra de una persona por lo establecido en el cuaderno investigativo policial, le esta atribuyendo una categoría que no se encuentra reconocida legalmente, y por lo tanto extralimitando sus funciones; se arroga facultades que no le otorga la ley, contraviniendo de una manera expresa, lo establecido en el Arto. 183 (Cn), en el cual se señala que ningún poder del Estado u organismo de Gobierno o funcionario tendrá otra autoridad, facultad o jurisdicción que las que le confiere la Constitución Política de Nicaragua y las leyes de la República.

Volviendo a la averiguación y sanción en los juicios sumarios y ordinarios, surge una pregunta: ¿bajo qué figura procesal un Juez va a iniciar la averiguación de los hechos?

Cuando aún no tiene conocimiento del presupuesto o hipótesis jurídica vinculada con la consecuencia jurídica —que es la pena—, si en el dado caso, de los hechos se desprendieran algunas **tendencias** acerca de la pena, estaría de hecho emitiendo una opinión anticipada sobre su competencia, vinculando los hechos a un procedimiento determinado.

Esto resulta a todas luces ambiguo, impreciso y en detrimento de la recta aplicación de las normas de procedimiento, ya que, "a ojo de buen cubero", el Juez determinará el procedimiento a seguir.

En otro aspecto la ley 164, establece en su Arto. 3ro. que, tanto los jueces locales como los de Distrito, pueden conocer a prevención de cualquier tipo de delito. Nuevamente se formula el interrogante: ¿qué procedimiento empleará un Juez local cuando conozca a prevención? Tendrá forzosamente que emplear el método sumario o deberá conocer ordinariamente, para que, después de ciertas averiguaciones, determine que el procedimiento a emplear será o debería ser el ordinario.

Esta ambigüedad causa trastornos al momento de la aplicación del procedimiento, ya que el conocimiento a prevención necesariamente tiene que ser por el método ordinario, pues ésta es la norma y la excepcional es la forma sumaria de conocimiento. Tendría que estar sobreseyendo el procedimiento una vez que se descubra o que por lo menos se desprenda de ciertos elementos indiciarios la pena que le correspondería al delito o a la acción o al hecho investigado; más aún, cuando el Arto. 3ro. de la referida ley, ordena a los Jueces locales practicar las primeras diligencias de instrucción de los delitos comunes que se comentan en su respectiva jurisdicción. Esto quiere decir que ellos deberán conocer por el método ordinario, aunque se trate de delitos cuyas penas sean correccionales, ya que las primeras diligencias de instrucción son las practicadas en el juicio ordinario hasta la confesión con cargos, inclusive antes de elevar la causa a plenario.

Recopilando, diríamos que no existe un criterio definido para señalar al Juez qué métodos aplicará en la averiguación de los hechos, pues si se atiende a la denuncia, acusación o informativa policiaca, estaría en forma vinculante la pretensión o en su caso investigación policial con los hechos que a él le corresponden averiguar, dejándolo sin posibilidades de variar el procedimiento a menos que sobresea éste, pero deparando, para la parte imputada un grave perjuicio, ya que, de una manera directa, lo está compeliendo a defenderse bajo una forma de juicio que tal vez no corresponde a la verdad de los hechos. Por otro lado, si el Juez señala el procedimiento a priori, estaría de una forma directa calificando el hecho lo que resultaría una implicación para el mismo.

Otro de los hechos que llaman la atención es que en la nueva ley se mantiene incólume el juicio sumario, sin hacerle variaciones sustanciales; cuando este juicio fue establecido, iba dirigido a una sociedad provincial de escasa población. A manera de ejemplo, señalaré que en las únicas circunstancias para que un Juez –por la vía sumaria– pueda decretar la detención o arresto, es cuando el reo sea en el acto de delinquir o cuando sea desconocido o no sea notoriamente de arraigo en el lugar (Arto. 335 In).

Cuando el juicio sumario es excepcional, deben aplicarse las normas propias del juicio, esto quiere decir que las únicas formas que un Juez local –conociendo sumariamente– pueda decretar detención o arresto provisional es en las anteriormente dichas, por ser del orden excepcional y no cabría bajo ningún concepto que decretara detención o arresto, tomando como base la investigación policial, ni mucho menos la acusación o denuncia entablada para la averiguación de los hechos. En la práctica sucede lo contrario y obviando el Arto. 335, la mayoría de los jueces imponen o decretan la detención sin atenerse a lo establecido en el Arto. 335 In.

A manera de glosa, para demostrar lo inadecuado y desfasado del juicio sumario, me referiré a lo establecido en el Arto. 343 In– que no ha sido derogado y por lo tanto tiene toda la eficiencia jurídica necesaria– el que establece que en los juicios sumarios no se admitirán alegatos ni interrogatorios escritos, cuando en la práctica –y de hecho la forma escrita– es la común y cuasi obligatoria en que se tramitan los juicios sumarios, contradiciendo lo establecido en el Arto. 343 In.

El Arto. 333 In establece como norma que éstos deberán terminarse en un sólo día y como excepción –y sólo cuando del acusador denunciante ofrecieran pruebas– se abrirá a pruebas por espacio de ocho días. La regla es que se termine en una sola audiencia, pero la práctica ha convertido la excepción en regla y la regla en excepción o más bien en la inexistencia de su aplicación. No he conocido un sólo caso en los cuales los jueces locales –aplicando la regla– conozcan la causa en un sólo día.

Estimo que se debió reformar el juicio sumario, ya que dejarlo como originalmente lo estableció el Código, crea contradicciones insalvables, pues en el se establece que en esta clase de juicios no habrá otra formalidad (Arto. 333 In,); por lo que se tiene que deducir que no corresponde el procedimiento sumario a la realidad y convierte a los judiciales en constantes violadores de las reglas de procedimiento, ya que el formalismo del juicio escrito es aplicado –como copia de carbón– en estos juicios sumarios.

Tampoco se sabe con exactitud qué procedimiento empleará el Juez, para la averiguación y sanción de la falta –contando con la misma ambigüedad que señalábamos en el procedimiento sumario– para la averiguación de los delitos; estimo que la primera definición que tendría que hacer un Juez local que conozca sumariamente es definir si se trata de una falta o de un delito y señalar con exactitud cuál forma procedimental sumaria va a emplear, creyendo acomodar esa situación.

De hecho, las faltas deben conocerse en una sola audiencia y los delitos en el juicio sumario oral con carga probatoria de ocho días, pero hace falta, ante todo, establecer con claridad el límite de procedimiento entre la falta y el delito y aunque

por su naturaleza se encuentra tipificada en distintos libros, en la práctica, muchas situaciones aparentemente delictuosas no pasan de ser meras faltas penales.

### Valoración de los medios probatorios

La ley 164 deja sin definir este aspecto. pues, tanto el decreto 1130 como la ley 37, en su Arto. 19, establecían que los jueces y tribunales valorarían los medios probatorios de conformidad con las reglas de la sana crítica, de acuerdo al decreto 644, del 3 de Febrero de 1981. En consecuencia, señalaba la referida ley 37, que no se aplicara en Nicaragua los sistemas de valorización probatorios –conocido como prueba legal o tasada, prueba libre o sistema de íntima convicción–, derogándose toda disposición que se refiriera a plena prueba, semi plena prueba o términos análogos de la prueba tasada.

Esta norma venía a derogar expresamente toda la estructura establecida en nuestro Código de Instrucción Criminal acerca del sistema valorativo y apreciación de la prueba, dejando únicamente las reglas de la sana crítica como criterios valorativos e interpretativos. Sin embargo, la ley 124 –en su último artículo– establece la derogación expresa de la ley 37; no recoge en su contenido qué sistema valorativo e interrogativo tiene que aplicar el judicial.

Aunque se derogó expresamente la ley 37, no podríamos decir que restableció el sistema de prueba tasada, sino que dejó en un limbo interpretativo esta situación. La ley 164, que a su vez deroga la ley 124, tampoco ofrece en su contenido ninguna norma a cerca de la valoración e interpretación de la prueba, salvo lo establecido en el Arto. 251 referente a la admisión de los medios de prueba, debiendo deducirse que en la actualidad –en Nicaragua– no existe normativamente definido qué sistema aplicarán los órganos jurisdiccionales para valorar e interpretar los medios de pruebas, habida cuenta que la derogación expresa de la prueba tasada continua vigente hasta nuestros días y, por lo tanto, esto crea confusión en la multiplicidad de interpretaciones que los jueces y tribunales realizan o aplican a los medios de pruebas presentados en determinados casos.

Estimo que es de urgente necesidad definir con claridad qué sistema valorativo e interpretativo probatorio debe aplicarse, ya que esto atenta contra la seguridad jurídica de los ciudadanos que son sometidos a un proceso judicial penal, y queda a la discreción de cada uno de los judiciales el método a aplicar, valorando e interpretando las pruebas en el caso concreto.

Uno de los aportes más significativos en beneficio del equilibrio procesal, es la consideración como parte procesal de la persona agraviada, con el fin de que pueda ejercer sus derechos personalmente o por medio de su representante.

Anteriormente, según el Arto. 35 In, siempre que el denunciante quisiera mostrarse parte lo expresara en el escrito o en la declaración. Con tal objeto el Juez lo interrogará. Lo novedoso de este artículo es que la ley considera como parte procesal "al agraviado", no necesita que éste muestre su voluntad, sino que, casi forzosamente obliga al judicial a tenerla como parte, ya que la expresión "será considerada", no podemos considerarla imperativa, ni permisiva, ni optativa, sino que un conjunto –sui generis–; formalmente, el Juez tendrá que notificarle que, en el proceso, la parte agraviada será considerada "parte procesal". En ese sentido, la ley no compele ese privilegio procesal, sino que la deja a la discreción –para impulsar el proceso o dejar de hacerlo o impulsarlo– en aquellos aspectos que únicamente interesan a la parte afectada o agraviada.

Pero, ¿qué debe entenderse por parte agraviada?, ¿qué sucede cuando hay varias partes agraviadas?, ¿habrá necesidad de nombrarles un Procurador Común?, o ¿podrán ejercer individualmente sus derechos?, ¿debe entenderse como el sujeto pasivo, o como la persona sobre la que recae la acción típica?

En respuesta a la primera pregunta, estimo que el Arto. 154 y 155 In, que señala al ofendido o injuriado, ¿a quién se le tomará su declaración Ad inquirendum?; serán considerados como partes agraviadas, pero el agravio puede ser de diferentes formas dependiendo de los bienes jurídicos lesionados, pues, desde la simple responsabilidad civil hasta la muerte, existe una amplia gama de posibilidades en las cuales se pueden señalar los agravios sufridos por una persona.

*¿Quién le dará la calidad de parte agraviada?, ¿Se autotitulará o le será dada por el Juez?*

Creo que el agravio no puede ser otorgado por el judicial, sino que es referido directamente a la persona que se considere lesionada en sus intereses, ya sea de modo directo o indirecto; esto crea una posible confusión puesto que el agravio podría ser directo o indirecto, en este último caso todas las personas, que tengan este tipo de agravio, podrán concurrir ante el judicial a mostrarse parte con sólo el auto señalamiento que de tal agravio hagan.

Respecto al caso que existan varias partes agraviadas, con distintas naturaleza de agravio, estimo que no es posible aceptar las reglas del procedimiento civil, sino que cada uno de los que se considere agraviado tendrá que defender su derecho en forma individual; pudiera darse el caso de que los agravios –por ser de naturalezas distintas– no fueran aglutinante, sino, por el contrario, fueran contradictorios y excluyentes y más ún, cuando se produjesen en delitos de concurso ideal.

*¿Puede, el Juez, señalar quien es parte agraviada?*

Considero que el Juez –a priori– no puede señalar quién es parte agraviada y quién deja de serlo y no podría soslayar ninguna pretensión que se muestre como agravio, para alguna parte, entendiendo el agravio, como perjuicio resultante de la acción delictiva.

Este avance que ha tenido la víctima en el proceso penal forma parte de toda una lucha sistemática de personas que han puesto sus ojos en un elemento tan importante que sin él no hubiera delito, cuál es la víctima, pero a la vez, tan olvidado y con tantas cargas procesales, para participar en un juicio que prácticamente hacían su participación inalcanzable. En hora buena este aporte de nuestros legisladores acerca de la participación de la víctima<sup>1</sup>.

Respecto a la facultad que otorga la ley a las autoridades –judiciales y policiales– para arrestar a una persona cuando, por declaración de un testigo o presunción vehemente, se sospeche que ha cometido un delito, perseguible de oficio, creo que va más allá de una sana intención, que a mi modo de ver, lesiona severamente la seguridad jurídica del ciudadano. Presunción vehemente que la ley sitúa al mismo nivel de sospecha; y realmente, entre presunción y sospecha existe una gran diferencia, porque la presunción, aunque no se encuentra definida en nuestro Código de Instrucción Criminal, si existe una definición en el Código de Procedimiento Civil, cuando señala la deducción de un hecho conocido, para averiguar la verdad de otro desconocido, siendo esta última la catalogada como presunción humana, o sea que, para arrestar a una persona es necesario el conocimiento del hecho, y que se deduzca una verdad a partir de un hecho conocido, para averiguar la verdad de otro desconocido.

Pero yo me pregunto sobre la lógica de esta norma, cuando señala que si la orden fuese dada por el Juez, éste le instruirá causa en el término de ley, pero, ¿cómo va a dictar un Juez una orden si anteriormente no ha dado inicio a una causa investigativa?. Primero captura y después averigua, esto vendría a ser una violación a las normas de garantías y seguridad jurídica ciudadana, pues nuestra ley no debiera ordenar al Juez que le instruya causa una vez que ha ordenado su captura.

Lógicamente, el arresto o captura deberían de ser el resultado de las investigaciones judiciales, previa instrucción de causa, y no que se arreste y se ordene la captura, por una autoridad judicial, cuando ésta no tiene iniciado un proceso y, además, el arrestado bajo esta anómala figura debe gozar, bajo toda circunstancia, del principio de "presunción de inocencia" con que nos cobija la Constitución a todos.

De la lectura del Arto. 83 In, se deduce que por una simple sospecha una autoridad judicial que no ha dictado el auto cabeza del proceso, o sea que no ha abierto causa, puede dictar la orden de arresto o captura, contra cualquier ciudadano, importando muy poco las garantías constitucionales. Creo que tal margen de discrecionalidad es posible para las autoridades policiales, pero a todas luces, contrario a derecho para las autoridades judiciales, y más aún, la forma contradictoria con que está redactado el Arto. 83 In, es inconstitucional.

El Arto. 110 In, establece las circunstancias que atenderá el Juez para el otorgamiento de las fianzas, lo que de manera indirecta resulta como un termómetro que mide la inclinación del judicial acerca de la responsabilidad que tiene el imputado en el hecho investigado. Señalo esto porque, a priori, el juez va a imponer un gravamen, de 100 hasta diez mil córdobas, atendiendo la mayor o menor responsabilidad del imputado en los hechos investigados, ya de una manera directa está emitiendo una opinión sobre la responsabilidad –entendamos culpabilidad del imputado de los hechos– y también tienen que dar su opinión de una forma velada al calificar la fianza en su monto de acuerdo a la gravedad del delito.

Todas estas circunstancias dan un resultado adelantado o vienen a establecer una subjetividad, cuando los elementos investigados aún no han sido agotados en su totalidad y vienen en última instancia a implicar la decisión judicial, lo cual incide en detrimento de la imparcialidad judicial, que tendrá su última manifestación al dictar la sentencia correspondiente.

Por otro lado, habiendo dejado la fianza para los delitos correccionales y, como decíamos anteriormente, señalando el juicio sumario como método de averiguación de los hechos, queda muy poca posibilidad de crear –en un cuaderno separado– información más objetiva acerca de las

1 El dictamen de la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional que Reforma la Ley 124/91 de 13 de julio de 1992, respecto al tema de la víctima dice textualmente: " El presente dictamen contiene como novedad el establecimiento de una igualdad de trato para el reo y la parte perjudicada, acogiendo las formulaciones del Dr. Sergio Cuarezma Terán, Catedrático de la Universidad Centroamericana, quien hizo ver a la Comisión la desigualdad en que se halla colocada la víctima frente al autor del delito. En efecto, al reo se le garantiza constitucionalmente la libertad después de 72 horas; cuando declara ante el Juez, le reclaman que nombre a un Abogado Defensor, y si no lo hace, el Juez se lo designa de oficio. El Abogado Defensor tiene total participación, y la parte, esa no; tendría que pagar a un Abogado Acusador, y antes tendría que pagar al Notario, para firmar el Poder Especial de acusación. Al reo le vigilan el cumplimiento de sus derechos humanos, pero nadie se acuerda de los derechos humanos de la víctima. La Comisión de Justicia, ahondando en este concepto, llegó a la conclusión de que la parte perjudicada, debe considerársele como parte en su causa, lo que significa tener audiencia, conocer las actuaciones judiciales y participar en ellas incluyendo la desinsaculación de jurado y el derecho a recusar sin causa o con ella, no obstante, ante la posible obstrucción de la agilidad procesal, señalada por algunos Jueces de Distrito, la Comisión ha reformado el Art. 36 del Código de Instrucción Criminal y en esa línea de pensamiento, establece la intervención necesaria para las partes a partir del auto de apertura a pruebas; señálese también que la falta de asistencia a una actuación judicial no causa nulidad.

condiciones de salud, de la situación económica del detenido, de la edad del mismo, que son situaciones objetivas, pero la ley nunca pudiera establecer la responsabilidad del imputado, ni la gravedad del delito, como parámetro para determinar el monto de la fianza, porque estaría implicando al Juez antes de haber dictado una decisión de término.

En lo que respecta a los elementos señalados en el Arto. 184, para dictar un auto de prisión, viene a crear un ámbito de inseguridad, cuando señala que es a "juicio del Juez" cuando se hubiera establecido el cuerpo del delito, o indicios racionales o presunciones, graves de la culpabilidad del procesado.

La redacción de este artículo, plantea la interrogante que anteriormente hice: cuáles son los métodos valorativos e interpretativos de los medios probatorios que debe tener un Juez, para que se le reconozca "juicio", cuándo es que un Juez puede tener juicio de un asunto y por qué medio va a valorar la existencia del cuerpo del delito, pues habiéndose derogado todos los métodos de valoración y prueba, no queda más que

atenerse al criterio ponderado del judicial, que implica una interrogante, sobre la decisión del Juez.

Tendríamos que preguntarnos si, conforme a los indicios racionales, cabría la posibilidad de imponer un sobreseimiento provisional, ya que el indicio es un signo. En el caso que se tuviesen indicios, deberá imponerse un auto de prisión y si no se tienen indicios, deberá sobreseerse definitivamente. Opino que el sobreseimiento provisional ha desaparecido de nuestra legislación, porque éste era el fruto del sistema valorativo de la prueba tasada y al haber desaparecido ésta, únicamente queda los dos polos de sobreseimiento o del auto de cárcel.

Muchos otros puntos han quedado para exponer y discutir y espero que a través de esta revista jurídica se cree un marco de discusión, para profundizar sobre los problemas cotidianos de interpretación y preparar el camino para avanzar en los amplios conflictos del proceso penal moderno.

DPC

# El delito de Homicidio en el CP español

Diego-Manuel Luzón Peña

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Alcalá de Henares, España

*Sumario: I. Introducción II. Tipo: parte objetiva. 1. Sujetos activo y pasivo. 2. Acción típica. 3. Objeto material y delimitación del bien jurídico III. Parte subjetiva del tipo. IV. Parte negativa del tipo: Causas de justificación V. Iter criminis, codelincuencia y concurso. Bibliografía.*

## I. Introducción

Dentro de las figuras los *delitos contra la vida (humana) independiente*, incluidos como Caps. I ("homicidio" en sentido amplio, comprensivo también del *parricidio, asesinato, homicidio consentido y participación en el suicidio*) y II (infanticidio) del Tít. VIII del Libro II, bajo la impropia rúbrica de "delitos contra las personas" (impropia por exceso, ya que contiene también el *aborto*, y por defecto, ya que faltan otros *delitos contra bienes jurídicos* personales), el homicidio constituye el tipo más genérico, descrito con gran sencillez –"el que matare a otro"– por el art. 407 CP, que añade: "será castigado, como homicida, con la *pena de reclusión menor*".

## II. Tipo: parte objetiva

1. *Sujetos activo y pasivo.* Se trata de un *delito común*, que puede cometer cualquier persona (*sujeto activo*, con los requisitos del *autor*: único o plural). Igualmente, *sujeto pasivo* es el "otro" (igual a "el que") del que habla el art. 407, y en principio cualquier persona puede ser titular del bien *jurídico* vida independiente (lo que requiere que haya dejado de ser una vida dependiente, como veremos), pero hay que tener en cuenta el *principio de especialidad*, según el cual determinadas personas pasan a ser sujetos pasivos de los preceptos más específicos del *parricidio, infanticidio, homicidio del Jefe del Estado o su sucesor u homicidio del Jefe de otro Estado o de personas internacionalmente protegidas*. Ahora bien, en caso de no aplicación completa del *delito especial* – como tipo *doloso consumado*– por *error in persona* relevante, directo o inverso, reaparece el homicidio como tipo genérico, pues al fin y al cabo también se ha matado a "otro": así, si alguien mata a otro creyendo erróneamente que es su padre (*error inverso* de tipo sobre el *parricidio*), hay un homicidio doloso consumado en *concurso ideal con una tentativa imposible* de *parricidio*; y si alguien mata dolosamente a otro, pero ignorando por un *error vengible* que era su padre, hay un homicidio doloso consumado en *concurso ideal con un parricidio imprudente*.

2. *Acción típica.* Consiste en "matar", poner fin a la vida, lo que no es sólo causar (condicionar) la muerte; pues aparte de la relación de causalidad es precisa la imputación objetiva del resultado muerte (que no se dará si su causación no es adecuada o no supone la realización del peligro inherente a la acción, p.ej. si una ligera puñalada en zona no mortal produce una hemorragia incontenible y la muerte a un hemofílico), y no cualquier condición de la muerte es matar, sino sólo aquella que, sola o conjuntamente, implique la determinación objetiva del hecho– la producción de la muerte– y por tanto autoría. Aunque la muerte se fuera a producir de todos modos –inevitabilidad– por intervención de terceros (condenando a muerte, persona contra quien otros van a atentar) o por factores naturales (enfermedad mortal, accidente), también se mata si el sujeto acelera en unos segundos, horas o días la muerte o la produce de otro modo, aunque sea en el mismo instante. En cambio, si una acción provoca un curso causal, p. ej. a través de un primer daño o lesión corporal, que produce la muerte al cabo de muchos años, es decir en los llamados "daños sobrevenidos (muy) posteriormente", como son los casos de transmisión dolosa o culposa del sida o los de accidentes laborales o de tráfico causantes de enfermedad permanente y de paulatina agravación, un sector niega la imputación objetiva por entender que tal resultado mortal no encaja en el fin de protección de la norma, otros afirman la imputación objetiva pero admiten que el hecho de vivir aún muchos años supone una atenuante por menor gravedad del injusto y una tercera posición posible es la interpretación (valorativa) de que tal acortamiento en unos años de la vida sin producción inmediata de la muerte no tiene el sentido de acción típica de matar. Se trata de un delito puramente resultativo o de resultado sin modalidades limitadas de ejecución, pues los medios o procedimientos para matar son infinitos y el CP no los limita (sólo menciona en el art. 406 algunos, que si concurren convierten el hecho en asesinato). Por tanto, cabe la comisión por omisión, siendo necesario en tal caso que sea la propia omisión la que cree o aumente decisivamente el peligro de muerte, aunque la teoría mayoritaria considera suficiente que la omisión de impedir la muerte vaya unida a una posición de garante.

En la eutanasia pasiva, consistente en no prolongar artificialmente la vida que se extingue (no es acelerar o provocar la muerte, como en la activa), no hay homicidio, sino una omisión pura, que a lo sumo puede encajar en la omisión de socorro del art. 489 ter CP, lo que depende de si la persona que va a morir está desamparada o no: si hay consentimiento por su parte en que no haya tratamiento, no sería persona desamparada y por tanto no se cumple el art. 489 ter; pero si es una persona que se puede manifestar al respecto y quiere mantener su vida un poco más, y el médico no la mantiene, realizaría el 489 ter, por que omite la ayuda que le es precisa al sujeto desamparado (aunque si el médico lo hace por evitarle sufrimientos al enfermo, cabría una eximente incompleta de estado de necesidad por ser menor el mal que trata de evitar). La calificación de omisión propia es indudable si el tratamiento no había comenzado, pues el peligro no estaba controlado, y por tanto la omisión no crea ni aumenta el peligro, sino que deja que siga su curso. Pero la cuestión es sumamente compleja si ya existía un tratamiento en marcha que mantenía bajo control el peligro para la vida y se interrumpe el tratamiento, desencadenando de inmediato la muerte o el proceso de la enfermedad que ya sin control conduce—aunque no sea inmediatamente— a la muerte. Si el paciente no consiente en tal interrupción, el hecho tiene el significado de homicidio —o asesinato en su caso—, en comisión activa si se realizan actos positivos, p. ej. de desintubar o desconectar la máquina corazón-pulmón, o en comisión por omisión si únicamente se suspende totalmente el tratamiento indicado; pues, como el peligro estaba controlado y por eso el enfermo, confiando en el equipo médico, no ha acudido a otros médicos que hubieran mantenido ese tratamiento, es la interrupción activa o pasiva la que desencadena e incrementa decisivamente el peligro que conduce a la muerte (impedimento o interrupción de cursos causales salvadores ajenos). Una excepción en este caso, aunque el paciente hubiera pedido anticipadamente que se prolongara todo lo posible el tratamiento, sería el supuesto de que se detectaran lesiones cerebrales irreversibles sin ninguna posibilidad médica de recuperación; pues entonces la interrupción del tratamiento normativamente sólo tiene el significado de una omisión (propia) de asistencia en una situación en que ésta ya no es obligatoria por carecer de sentido, y por ello no constituye siquiera omisión de socorro ("omisión por hacer" impune). Y tampoco habría delito comisivo (activo o por omisión impropia) de homicidio si el paciente, en algún momento de conciencia, pide que se interrumpa el tratamiento, aunque ello conduzca a su muerte; ya que entonces solamente se restablece la situación anterior al tratamiento y se deja actuar autónomamente al riesgo de la enfermedad, sin impedir la actuación salvadora de terceros, por lo que la conducta activa o pasiva del médico no crea ni aumenta el peligro.

3. *Objeto material y delimitación del bien jurídico: comienzo y fin de la vida de la persona.* El objeto material de la acción es algún órgano vital del cuerpo humano. El bien jurídico es la vida humana independiente o vida de la persona, que es

distinta de la vida animal o la vegetal y por otro lado se distingue de la vida humana dependiente. Por tanto, hay que precisar cuándo comienza y cuándo termina la vida de la persona.

Para fijar el comienzo de la vida humana independiente, en defecto de una regulación legal expresa como ocurre en algunos Códigos Penales extranjeros, parecen insuficientes los criterios del comienzo del parto o incluso del comienzo de la expulsión para poder hablar ya de "otro" (igual que el sujeto activo). En el extremo opuesto, es excesivo y no se defiende en la doctrina penal el criterio del art. 30 CC (en conexión con la disposición del art. 29 de que "el nacimiento determina la personalidad"), según el cual "a los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviera figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno", pues penalmente la muerte de un ya nacido no puede considerarse de ningún modo aborto; también parece excesivo el criterio del comienzo de la respiración pulmonar autónoma, pues si ya ha nacido el niño, aunque no respire o aún no respire, en todo caso eso será una anomalía que no impide considerarlo como un ser ya independizado de la madre. Por ello los criterios más defendidos son el del total desprendimiento del claustro materno (total expulsión) o el del corte del cordón umbilical. Este último simboliza desde luego la total separación del nuevo ser, pero la verdad es que ya antes, con la expulsión total al exterior, puede hablarse de "otro", de una vida humana claramente independiente de la madre y por tanto dejamos de estar en el ámbito (final) del aborto y pasamos al del homicidio en sentido amplio.

En cuanto al fin de la vida humana independiente, ni el CP ni el CC dicen nada sobre cuándo se considera que una persona ha muerto. El tema es importante para distinguir el homicidio (y delitos afines) de otros como profanación de cadáveres o tentativa imposible de homicidio (p.ej. disparar sobre un cadáver, creyéndolo un ser vivo). Anteriormente sólo había disposiciones administrativas de rango inferior a ley en que se exigía esperar un plazo antes de enterrar o practicar una autopsia, cerciorarse de que no funcionaban determinados órganos, etc., lo que provocaba diversos problemas para los trasplantes, pues había que comprobar que habían dejado de funcionar 16 órganos, y los plazos eran inadecuados. Actualmente los científicos coinciden en que la muerte irreversible es la cerebral, no la cardíaca, y esto es lo único decisivo a efectos penales. En cuanto a la extracción de órganos para trasplantes, la L 30/1979, de 27-10, considera que la muerte se produce con la total ausencia de actividad cerebral, concretamente con "la existencia de datos de irreversibilidad de las lesiones cerebrales y, por tanto, incompatibles con la vida" y exige que así lo certifiquen tres médicos con determinados requisitos (deberá haber un neurólogo o neurocirujano y el jefe de servicio de la unidad médica o su sustituto) y que no formen parte del equipo que vaya a obtener el órgano o a efectuar el trasplante. El RD 426/1980, de 22-2, desarrolla esta Ley, exigiendo para poder extraer el órgano, comprobación de la muerte cerebral basada en la concurrencia y constatación durante

30 minutos al menos, y la persistencia seis horas después del comienzo del coma, de los siguientes signos: 1) ausencia de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia; 2) ausencia de respiración espontánea; 3) ausencia de reflejos cefálicos, con hipotonía muscular y midriasis, y 4) electroencefalograma plano, demostrativo de inactividad bioeléctrica cerebral. Hay dos excepciones en los que no son suficientes dichos signos: 1a hipotermia inducida artificialmente (bajada grande de temperatura, p.ej., por congelación, estando viva la persona), o 2a administración de drogas depresoras del sistema nervioso central.

Ahora bien, ello no significa que si un médico no respeta todos estos requisitos antes de extraer un órgano, cometa necesariamente homicidio. No lo habrá si demuestra que existía la muerte (cerebral), a pesar de no esperar los 30 minutos, etc. Lo que sí cometerá será un ilícito administrativo, además de dificultar la prueba de la muerte a efectos penales. Si hay duda que no pueda resolverse, ha de aplicarse el principio "in dubio pro reo".

### III. Parte subjetiva del tipo

En el art. 407 se castiga la modalidad dolosa, pudiendo ser el dolo directo, de 1o ó 2o grado, o eventual; y en el art. 407 en relación con el art. 565, la comisión por imprudencia temeraria con prisión menor y, si se causara el hecho con vehículo de motor, con privación del permiso de conducir de 3 meses y un día a diez años, en su caso cualificada por impericia o negligencia profesional, o en relac. con el art. 586 bis, que castiga como falta si la muerte se produce por imprudencia simple, con o sin infracción de reglamentos. Según el art. 565, 2o CP, la cualificación por impericia o negligencia profesional eleva la pena, aquí de prisión menor y, en su caso, privación del permiso de conducir, al grado máximo, y según el inciso 2o, si el mal causado fuera de extrema gravedad, se puede imponer la pena superior en uno o dos grados, es decir, prisión mayor o reclusión menor (y, en su caso, privación del permiso de conducir de 10 a 15 o de 15 a 22,5 años). Esa extrema gravedad puede darse p.ej. cuando se produzcan varias muertes, catástrofes, una muerte y múltiples lesiones graves, etc. La posibilidad de subir hasta reclusión menor, pese a que el 565, 4o prohíbe imponer la misma pena que la del correspondiente delito doloso (que en el homicidio es precisamente reclusión menor) se explica porque realmente habrá en estos casos un concurso ideal de homicidios imprudentes u homicidio y lesiones imprudentes, con lo que el concurso ideal de los correspondientes delitos dolosos ya tendría una pena superior a reclusión menor. En el resto de los casos en que con una acción imprudente se produzcan varias muertes o una muerte y otros resultados delictivos habrá concurso ideal de delitos o faltas imprudentes, al que se aplicará el art. 71 o, si es concurso ideal de faltas del 586 bis o de delitos de homicidios imprudentes –de igual gravedad–, los arts. 69 y 70 (según la interpretación más correcta, que entiende inaplicable el art.

71 en tales casos). Sin embargo, el TS sostiene habitualmente la equivocada teoría del *crimen culpae* y aprecia un único "delito de imprudencia (con resultado de muerte, lesiones etc.)", aunque haya varias muertes o muerte y lesiones o daños.

Si no hay ni dolo ni imprudencia, no se responderá de nada, pues habrá caso fortuito, y, tras la supresión del antiguo art. 8,8o y la nueva redacción del 6 bis b en la reforma de 1983, incluso aunque el acto inicial fuera ilícito. Por ello, en caso de homicidio preterintencional, es decir, cuando el sujeto sólo se propone lesionar o maltratar dolosamente, pero produce la muerte, si la muerte es fortuita (por objetivamente imprevisible, dada la poca peligrosidad ex ante de la acción), habrá sólo lesiones o malos tratos de obra dolosa. Si la muerte se produce de modo imprudente por ser la acción peligrosa en cuanto a tal resultado y éste por tanto objetivamente previsible, p.ej. si se empuja a otro en una escalera o se le golpea con un objeto contundente en el cráneo, habrá un concurso ideal entre delito o falta dolosa de lesiones o malos tratos y delito o falta, según sea imprudencia temeraria o simple, de homicidio imprudente, como ya reconoce la jurisprudencia moderna (planteándose aquí el problema del orden práctico de determinar en algunos casos qué tipo de lesiones se hubieran producido de no haber muerto el sujeto y si se tienen en cuenta como consumadas o más bien como frustradas). Tras la reforma de 1983 ya no caben otras soluciones, al haberse suprimido el art. 1,3o y el art.50 CP; y el que siga existiendo la atenuante de preterintención del art. 9,4o no obsta a esta solución, pues tal atenuante sólo se aplicará cuando haya dolo de cometer un delito de magnitud graduable, pero dentro de éste se produzca un resultado más grave que el pretendido, p.ej.: lesiones graves en vez de lesiones no graves; pero el art. 9,4o no es aplicable en el art. 407, ya que en los casos vistos de preterintención no hay dolo de matar, y por tanto no puede haber homicidio doloso con atenuante, como apreciaba tradicionalmente la jurisprudencia antigua. Una excepción a lo dicho se dará únicamente en los casos en que el sujeto lesione con dolo directo, pero tenga dolo eventual de matar. Aquí sí habrá homicidio doloso (teniendo en cuenta que algunos, por considerar menos grave el dolo eventual que el directo, plantean la posibilidad de una atenuante, que podría ser precisamente la del art.9,4o); y en vez de concurso ideal con las lesiones, en virtud de la regla de la consunción del concurso de leyes el homicidio doloso ya absorbe a las lesiones, salvo quizá si éstas fueran graves e innecesarias para producir la muerte.

En casos de error (directo), hay que remitir a las reglas del error de tipo, vencible o invencible, del error sobre causas de justificación y a las de los casos particulares de aberratio ictus, error in persona, error sobre el curso causal o *dolus generalis*. En el homicidio serán muy infrecuentes supuestos de error de prohibición, ni siquiera vencible, salvo si el sujeto cree que le ampara una causa de justificación inexistente, p. ej. cree tener derecho a matar a un delincuente peligroso

buscado por la Justicia, o se equivoca sobre los límites de alguna causa de justificación, p. ej. cree poder disparar para "reperer la agresión" del agresor que ya se ha dado a la fuga; o salvo también que personas en situaciones excepcionales, de culturas diferentes o pertenecientes a una secta satánica, ignoren la ilicitud de un homicidio cometido para prácticas canibalísticas o para practicar un sacrificio ritual. En cuanto al error de tipo inverso, es decir, la creencia errónea de que se está cometiendo homicidio cuando realmente falta un elemento del tipo, p. ej. la persona está muerta o se dispara realmente contra un animal o una estatua, se trata de una tentativa imposible de homicidio, punible según el art. 52,2o CP. Error de prohibición inverso, que da lugar a un delito imaginario impune, es concebible, aparte de en casos de tentativa irreal o absolutamente inidónea, en supuestos de creencia errónea de que el ordenamiento no admite una causa de justificación, que sí existe, o de que los límites de la misma son más estrechos de los realmente fijados.

#### IV. Parte negativa del tipo: causas de justificación

En principio caben todas las causas de justificación, salvo el consentimiento, que no exime en los delitos contra la vida, sino que da lugar al tipo de homicidio consentido, castigado en el art. 409 con reclusión menor, y el ejercicio legítimo de un derecho, pues nadie tiene un derecho como tal a matar a otro ( a no ser precisamente que esté autorizado por otras causas de justificación ); hay algunos Estados que conceden derecho a cualquier ciudadano a matar a personas que están fuera de la ley y a las que el ordenamiento proscribiera, priva de protección jurídica o incluso pone precio a su cabeza (incitando así en este último caso a una conducta que realizaría el tipo positivo del asesinato), pero ello no sucede en nuestro ordenamiento. En las otras causas de justificación rigen las reglas generales. Así cabe legítima defensa; cumplimiento del deber, p. ej. en el uso de armas contra el enemigo en caso de guerra, donde se producen miles de homicidios justificados si no se infringen las normas del Derecho internacional al respecto, o en los supuestos en que la policía deba actuar por propia iniciativa aun causando la muerte; en otras ocasiones tal actuación vendrá motivada por obediencia debida a una orden obligatoria de un superior, circunstancia que también puede justificar la ejecución de una pena de muerte, que en el ordenamiento español (art.15 CE y CPM) no cabe en el D<sup>o</sup> pen común, pero si en el Derecho penal militar en tiempos de guerra.

En cuanto al ejercicio del cargo, que en ocasiones se convertirá en cumplimiento del deber (por no ser facultativa sino obligatoria la actuación del funcionario), para la actuación de la fuerza pública con armas de fuego el art. 5.2 LO 2/1986, de 13-3, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, -aunque podría y debería haber precisado aún más sobre el recurso al disparo mortal- dispone el ap c) que la intervención de sus miembros será obligatoria y " sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e

irreparable; rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad de los medios a su alcance", añadiendo en el ap. d) que "solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior". Con ello se ha recogido legalmente las tradicionales exigencias jurisprudenciales no sólo de agresión y necesidad de la actuación, sino también de proporcionalidad en la respuesta, lo que no se exige al particular en la legítima defensa, pero sí aquí porque la fuerza pública tiene más medios y más preparación. En la actuación de la policía se pueden producir también muertes imprudentes por el uso de armas de fuego (por que se dispare el arma o disparando al aire se mate a alguien, etc.), que, a pesar de ello, pueden estar justificadas si objetivamente era necesaria, adecuada y proporcionada la acción peligrosa hasta el punto de que hubiera estado justificado realizarla con dolo eventual de matar. Se argumenta que quien puede lo más puede lo menos y, por tanto, sí la actuación dolosa estaría justificada, también lo está la imprudente; por ello no hay desvalor del resultado, y como en los tipos de resultado la comisión imprudente sólo se castiga si hay desvalor del resultado, no hay responsabilidad penal.

El estado de necesidad opera como causa de justificación de acuerdo con la "teoría unitaria" incluso cuando el conflicto es entre intereses equivalentes, aquí cuando hay que sacrificar una vida para salvar otra, como ocurre en el famoso caso de la "tabla de carneadas" o similares, mientras que la mayoritaria "teoría diferenciadora" considera este supuesto como mero estado de necesidad disculpante. Para esa teoría mayoritaria sólo es justificante cuando hay conflicto entre intereses desiguales, para salvar un interés preponderante; y sin embargo, un sector muy amplio de la doctrina alemana opina que en el homicidio no cabe estado de necesidad justificante porque nunca puede haber intereses superiores al de una sola vida humana. Ahora bien, ello es incierto fundamentalmente en dos supuestos (aparte de que a veces una vida entra en colisión con la protección de otra vida y otros bienes jurídicos adicionales, individuales o colectivos): En primer lugar, excepcionalmente hay vidas cuya protección tiene más interés y valor que la de otras para el Derecho, como lo demuestran los tipos agravados del homicidio del Jefe de Estado o su sucesor o del homicidio del Jefe de otro Estado o de personas internacionalmente protegidas, porque hay un interés adicional en la protección de la alta representación que encarnan. Pero en segundo lugar, también en casos de conflicto numérico, para salvar más vidas humanas, como el interés es superior, cuando ello sea el único medio se puede sacrificar un número menor de vidas. La doctrina alemana moderna, como reacción a los excesos del régimen nazi y para evitar peligrosas manipulaciones -los crímenes eufémicamente denominados "eutanasia de vidas de menor o nulo valor vital"-, afirma que la vida del hombre

es un fin en sí mismo que tiene un valor absoluto y no se le puede comparar con ningún otro interés, pues nada tiene más valor que una vida, que por tanto no es ponderable numéricamente; por ello este sector sólo admite estado de necesidad disculpante. A esto hay que responder que ciertamente, a efectos jurídicos, todas las vidas valen igual, pero una vida no tiene el mismo valor que p. ej. cien vidas sino que al ordenamiento jurídico le interesa salvar cuantas más vidas mejor. Así sucede en casos de catástrofes, incendios, etc., en que la única posibilidad para salvar a muchos es causar la muerte de unos pocos (vgr. quienes en un naufragio, estando en un bote salvavidas repleto, no dejan subir a otros dos pasajeros, que se ahogan; o el caso de un barco con una vía de agua en que la única solución es inundar una parte del mismo con cinco personas, para salvar al resto del pasaje con 50 personas). Cuando en casos así hay una persona responsable de la salvación de los demás, p. ej. el capitán del barco, la doctrina criticada los plantea como hipótesis de colisión de deberes disculpante: el responsable tiene el deber de salvar todas las vidas y, haga lo que haga, salvar a 5 ó a 50 incumple el deber. Ello es rechazable, en primer lugar porque no puede haber un conflicto jurídicamente irresoluble entre deberes; si los deberes fueran equivalentes, habrá libertad de cumplimiento para el sujeto, y cualquiera que sea su elección, cumple con su deber. Pero además es falso que en estos supuestos se trate de deberes equivalentes, ya que lo único lícito –y obligatorio– es salvar el mayor número posible de vidas, puesto que este es el deber preponderante.

Por lo demás, en la eutanasia activa, que, aunque normalmente será consentida (art. 409), en algún caso puede no haber consentimiento del sujeto pasivo y constituirá, según los casos, homicidio o asesinato, cabe apreciar la eximente incompleta de estado de necesidad ajeno, ya que hay una colisión entre bienes jurídicos –vida y ausencia de dolor (y a veces también la dignidad)–, pero falta la proporcionalidad por ser la vida de mayor valor que la ausencia de dolor (protegida, entre otros, en los tipos de los arts. 582,2o y 421,3o).

## V. Iter criminis, codelincuencia y concurso

No sólo caben los actos preparatorios punibles, sino que, al ser un delito de resultado, también cabe tentativa (inacabada) y frustración, así como, por supuesto, tentativa imposible (fundamentalmente por desconocimiento del sujeto de la inadecuación de la acción, inidoneidad de los medios o ausencia de sujeto pasivo: persona viva). La consumación se da con la producción de la muerte cerebral del sujeto pasivo. La tentativa comienza cuando el sujeto se dispone inmediatamente a realizar el acto típico. p. ej., no ya cuando va a oprimir el gatillo o empieza a asestar la puñalada, sino antes, cuando saca la pistola o la navaja para inmediatamente después apuntar y disparar o para lanzarse acto seguido a dar las cuchilladas. Para distinguir entre tentativa inacabada y tentativa acabada o frustración, es decir, entre realizar

sólo parte o todos los actos de ejecución, la teoría subjetiva atiende exclusivamente al plan de ejecución del autor, mientras que la teoría objetiva considera que depende de si objetivamente es todavía posible o no realizar un nuevo intento de matar. Así, si el sujeto había pensado matar con un solo disparo, hachazo o puñalada y no tiene éxito por no acertar a la víctima o por quedar ésta sólo herida, aunque pudiera continuar su intento por quedarle balas o por poder acertar nuevos golpes, y sin embargo el autor abandona, para la teoría subjetiva hay frustración y concretamente una "tentativa fracasada" en la que ya no cabe desistimiento, mientras que para la teoría objetiva habrá tentativa (inacabada) en la que se ha producido un desistimiento, que habrá que examinar si es no voluntario para la impunidad (por homicidio, no por las lesiones en su caso producidas).

Al ser un delito puro de resultado y además un delito común, caben sin problemas todas las formas de autoría: autoría directa, autoría mediata, coautoría o autoría accesoria (ésta con sus peculiaridades), y tampoco plantea problemas la participación.

El homicidio puede entrar en concurso ideal, medial o real con múltiples delitos, y queda desplazado por las reglas de la especialidad o de la consunción del concurso de leyes por múltiples tipos en cuya descripción se incluye la producción de la muerte, como los de los arts. 405, 406, 409, 410, 136,1o, 142 y 148 o el robo con homicidio doloso o culposo del 501,1o o 4o, o por aquellos delitos cualificados por el resultado de muerte que tengan pena superior a la del homicidio doloso (de lo contrario sólo consumirán al homicidio imprudente). En cuanto a la causación dolosa de varias muertes con una sola acción, normalmente se considera concurso ideal, pero una posición reciente la califica de concurso real de varios hechos de matar y la pena se determinará por los arts. 69 y 70 CP. Realmente hay concurso ideal, pero como no hay un "delito más grave", sino que todos son iguales, no es aplicable el art. 71, sino las reglas penológicas de los arts. 69 y 70, aplicables también a los casos de concurso ideal que no encajen en el art. 71. En caso de desistimiento voluntario de la tentativa (en sentido amplio) ésta queda impune, pero si se han producido lesiones, subsiste la responsabilidad por lesiones (dolosas porque el dolo de matar implica siempre también dolo de producir lesiones, y además graves). Si hay tentativa o frustración de homicidio, pero se causan lesiones al sujeto pasivo, que son dolosas por lo que acabamos de ver, al verse afectados dos bienes jurídicos distintos –en peligro la vida y dañada la integridad corporal–, en principio habrá concurso ideal entre homicidio intentado y lesiones consumadas, salvo que las lesiones sean de escasa entidad (falta o delito del art. 420, pero de poca importancia), en cuyo caso pueden entenderse consumadas por la mayor gravedad del homicidio intentado o frustrado, dado que además tales lesiones lo acompañarán, si no siempre, sí muy frecuentemente. También opera el principio de consunción de actos coetáneos o posteriores copenados de los daños que con la

acción homicida se produzcan en la ropa o efectos de la víctima, o de la posterior inhumación ilegal del cadáver; pues en ambos casos se trata de hechos de poca gravedad, que acompañan no siempre, pero sí generalmente al homicidio y cuyo desvalor queda absorbido por el mayor desvalor del homicidio.

Bibl.— Bacigalupo Zapater, Los delitos de homicidio en el Derecho vigente y en el futuro CP, DJ 37/40 1983, pp. 319 ss.; Fernández Albor, Homicidio y asesinato, Madrid, Montecorvo, 1964; Jorge Barreiro, La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Madrid, Tecnos 1990; Lu-

zón Peña, Problemas de la transmisión y prevención del SIDA en el DP español, PJ 1991-23, pp. 87 ss.; Mir Puig: Preterintencionalidad y error tras la reforma de 1983, RJCastLM 1989, pp. 97ss.; Muñoz Conde: Del llamado homicidio preterintencional, RJCcat 1974, pp. 881 ss.; Quintano Ripollés: Homicidio, en: NEJ XI, 1979, pp. 120 ss.; Romeo Casabona, Los transplantes de órganos, Barcelona, Bosch, 1978; El médico y el Derecho penal, I, Barcelona, Bosch, 1981; Roxin, En el límite entre comisión y omisión, Problemas básicos del Derecho penal (trad. y notas de Luzón Peña), Madrid, Reus, 1986, pp. 226 ss.

DPC

## El Dolo

Francisco Dall' Anese R.  
 Profesor de Derecho Penal  
 Escuela Libre de Derecho U.A.C.A.  
 Costa Rica.

### Sumario

*Introducción I. Planteamiento del problema II. Composición del dolo. A) El elemento volitivo del dolo en el Código Penal B) El elemento cognitivo del dolo en el Código Penal III. Consecuencia de la aplicación del error. Conclusiones. Bibliografía.*

### Introducción

Durante 1985, tuve la dicha de hacer el posgrado en Ciencias Penales en la Universidad de Costa Rica. Gracias a la Corte Suprema de Justicia, que me otorgó una licencia con goce de salario para dedicar mi tiempo a estudiar, pude tener contacto con excelentes maestros e incomparables condiscípulos. Del grupo original de dieciséis, logramos terminar sólo diez; entre nosotros se definieron dos posiciones muy claras: quienes pusieron su acento en temas criminológicos, y los que pusimos los ojos con mayor interés en las teorías del delito y del proceso.

Por esta razón y porque estábamos en minoría, a modo de chiste un colega y yo fuimos llamados "los dogmáticos", sobre todo cuando tratamos – muchas veces – de señalar que en el Código Penal de Costa Rica el dolo está en el tipo. Inclusive ahora el amigo y colega dominicano Alexis Ortiz Read, suele cerrar sus cartas aseverando: "*recuerda que el dolo no está en el tipo*".

Ese simpático detalle personal por un lado, y la promesa hecha a mis alumnos de la Escuela Libre de Derecho por otro, me han motivado a resumir en esta corta exposición mis apuntes sobre el problema.

La preocupación por la teoría del delito no es incompatible con las inquietudes por temas criminológicos, los derechos humanos y otros; antes por el contrario, es integrante orgánico de un adecuado concepto de debido proceso como garantía fundamental del ciudadano ante el Estado. Que el estudio de la estructura del delito ha distraído la atención de jueces e investigadores, en desmedro del problema humano que se resuelve en el proceso penal, es cierto; pero abandonar la interpretación de la ley sustantiva, es soslayar una herramienta de primer orden en la realización de la garantía nulla pena sine lege en los casos concretos. Es muy claro que el derecho penal sustantivo es el mejor instrumento

de control social, y una decisión penal despreocupada del principio de legalidad es tan peligrosa para el súbdito, como cualquier violación intencional de los derechos procesales del imputado; porque de ese modo, aunque el juicio sea formalmente bueno, podría ir a prisión un ciudadano sin incurrir en una conducta típica, antijurídica y culpable.

Alguien me ha señalado que el tema es superficial y superado. Pero no puede ser superfluo lo que las normas penales dicen, porque son éstas las que definen el orden social (teóricamente); y, no puede ser superado el derecho, cuando todavía está vigente. En otras palabras, señalar que el dolo está en el tipo no es por una decisión individual, sino porque allí lo ubica el ordenamiento según la interpretación aquí expuesta.

Bajo esta premisa, pretendo demostrar a través de la hermenéutica de los artículos 34, 35, 79 del Código Penal, que tenemos un dolo natural en el tipo, y no un dolo malo en la culpabilidad, como hasta ahora se nos ha enseñado y como mayoritariamente ha sido resuelto.

En un afán de síntesis, sin abandonar por ello la profundidad, he dividido en tres partes la exposición. La primera explica en general la estructura del delito, la segunda la subestructura del dolo, y la tercera está dedicada a la operatividad del error. De esta forma sencilla creo comprobar la hipótesis propuesta.

La supresión de citas en el texto y la inclusión de las mismas posibles al pie de página, es acorde a la estructuración simple del escrito.

No espero con esto cambiar la opinión de mi amigo dominicano, pero sí facilitar a mis alumnos el padecimiento que ha de significarles mis lecciones.

## I. Planteamiento del Problema

No es lo mismo la teoría de la acción que la teoría del tipo. En tanto aquella estudia la acción penal como conducta humana, esta se ocupa de la estructura del tipo penal proyectada a los otros elementos del delito: la antijuricidad y la culpabilidad<sup>1</sup>; es decir de los componentes del tipo, y se varía de una posición a otra si un elemento pertenece a la tipicidad, a la antijuricidad o a la culpabilidad.

Sin embargo es común en la doctrina general, que se confundan la teoría causalista con la teoría del tipo simple, y la teoría finalista con la teoría del tipo complejo; ello por cuanto la mayoría de los finalistas ubican el dolo en el tipo, atendiendo a la teoría del tipo complejo, y la mayoría de los causalistas ubican el dolo en la culpabilidad siguiendo la teoría del tipo simple. Pero las teorías causalista y finalista, se refieren exclusivamente a la palabra acción de la definición de delito (acción típica, antijurídica y culpable); la primera define la acción como una causa que modifica el mundo material<sup>2</sup>, y la segunda como la exteriorización de la voluntad a través de un acto final, independientemente de que produzca o no el resultado.

Dicho esto, queda claro que al tratar de demostrar en este ensayo que el Código Penal de Costa Rica (C.P.) incluye el dolo en el tipo, no estoy tomando partido por la teoría de la acción final, sino por la teoría del tipo complejo.

Y para aclarar de una vez el punto no sigo la teoría causalista tampoco, sino la teoría normativista; y considero que sería absurdo comenzar ahora una discusión sobre la acción penal que tuvo lugar por los años '50 y '60 en Europa sin resultado positivo<sup>3</sup>.

La doctrina jurídica es la hermenéutica que de la ley hacen los estudiosos, y constituye una herramienta indispensable para los operadores jurídicos en la cotidiana actividad de encontrar el contenido axiológico de la norma para la aplicación al caso concreto. Por ello, una toma de posición con respecto a la situación del dolo en la estructura del delito no puede ser caprichosa o axiomática, sino que debe ser el resultado del análisis y de la búsqueda de sentido de los fenómenos jurídicos. Esto es, que la inclusión del dolo en el tipo o en la culpabilidad, no podría obedecer al dicho de un tal autor por respetable que sea, sino al espíritu mismo del ordenamiento jurídico penal<sup>4</sup>.

En consecuencia, no voy a exponer algo que está dicho ya por los autores, sino a tratar de acreditar que el C.P. sigue la teoría del tipo complejo.

Tampoco debe el lector creer que la ubicación del dolo arriba (en el tipo) o abajo (en la culpabilidad), es una discusión carente de sentido y consecuencia. Antes por el contrario, dependiendo de la resolución final del administrador de justicia, las pretensiones civiles—entre otros aspectos—se verán afectadas.

- 1 Al hablar de la teoría del tipo, me refiero a la que parte de las elaboraciones de Beling en 1906, es decir al tipo de lo injusto. "El concepto del tipo de lo injusto ha sido elaborado por la Ciencia penal alemana, a partir de Beling en relación con el antiguo artículo 59 del Código Penal alemán y está en función de la distinción entre la antijuricidad y la culpabilidad como elementos del delito. Beling se aparta de la vieja concepción del tipo como conjunto de todos los elementos del delito. Para Beling, el tipo es una parte de la ley penal y a él pertenecen únicamente los elementos objetivos de la figura del delito que tienen que estar comprendidos por el dolo." CEREZO MIR, Curso, pp.372-373. Antes de los trabajos de Beling, el tipo era la suma de la antijuricidad más la culpabilidad; pero a partir de las exposiciones del maestro alemán, la tipicidad es un elemento del delito junto a la antijuricidad y la culpabilidad. Ahora bien, es a la teoría del tipo que arranca de las ideas de Beling, sin olvidar su desarrollo hasta lo que hoy en Costa Rica limitadamente conocemos. En otros términos, no dejo de lado los elementos normativos introducidos por Mayer al tipo, así como su concepto de tipo como indicio de antijuricidad; el concepto de Mezger de la tipicidad como ratio essendi de la antijuricidad; las teorías de los elementos negativos del tipo penal (Kaufman); las teorías del tipo garantía y del tipo del delito (Roxin); etc. Es de justicia aclarar en este momento que la teoría del tipo de Beling, fue transplantada a Hispanoamérica por Jiménez de Asúa. V. BACIGALUPO, Tipo, p.9. En este sentido v. CEREZO MIR, Curso, pp.372-389; y JIMENEZ DE ASUA, La ley, pp.237-264.
- 2 La siguiente cita de la mejor doctrina causalista ilustra esta afirmación: "Así aclarado el vocablo (el autor se refiere a la palabra acto), puede definirse el acto: manifestación de voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda". JIMENEZ DE ASUA, La ley, p.210. En igual sentido RUIZ, La estructura, pp.19-61.
- 3 Algunos consideran que el triunfo en la discusión la obtuvieron los finalistas. Sobre esto, y sobre la diferencia entre causalismo y finalismo, ver BACIGALUPO, Lineamientos, p.20.
- 4 "... la teoría del delito trata de dar una base científica a la práctica de los juristas del derecho penal, proporcionándoles un sistema que permita la aplicación de la ley a los casos con un considerable grado de seguridad. "El grado de seguridad, sin embargo, no es absoluto. El jurista del derecho penal tiene que asumir que la teoría del delito no puede eliminar totalmente la inseguridad que está implícita en la tarea de trasladar al caso concreto lo dispuesto en general por el texto de la ley. La teoría del delito realiza, por lo tanto, una tarea de mediación entre el texto legal y el caso concreto." BACIGALUPO, Lineamientos, p.18.

## Teoría del tipo

		Tipo simple	Tipo complejo
INJUSTO	Tipicidad	Elementos subjetivos	Tipo subjetivo { dolo { conocimiento del hecho voluntad
	Antijuricidad	Elementos descriptivos Elementos normativos	Tipo objetivo { elementos subjetivos elementos normativos elementos descriptivos
		Ausencia de justificación	Ausencia de justificación
Culpabilidad		Imputabilidad Poder actuar a derecho	Imputabilidad Poder actuar a derecho
		Dolo { conocimiento { del hecho de la ilicitud voluntad	Conocimiento de la ilicitud
		Reproche	Reproche

Con el cuadro comparativo entre las teorías del tipo simple y del tipo complejo, es posible visualizar el problema. Hay tres diferencias fundamentales:

a. El tipo simple está compuesto de elementos que tienden a hacer una mera descripción del hecho punible; en tanto que el tipo complejo se subdivide en un tipo objetivo<sup>5</sup> que contiene la descripción del hecho, y un tipo subjetivo<sup>6</sup> que comprende al dolo o la culpa según sea el caso<sup>7</sup>.

b. La culpabilidad de la teoría simple contiene al dolo, mientras la teoría compleja tiene una culpabilidad sin dolo.

c. La subestructura del dolo en la teoría del tipo simple, tiene un componente cognitivo dividido en el conocimiento del hecho y el conocimiento de la antijuricidad<sup>8</sup>; a diferencia del dolo de la teoría del tipo complejo, que sólo abarca el conocimiento del hecho, pasando el conocimiento de la ilicitud a ser una parte (elemento independiente) de la culpabilidad.

Ahora bien, la operatividad general de la teoría del delito a ambos lados del esquema es similar, siendo la diferencia más acentuada la teoría del error como se verá posteriormente.

Por ahora es suficiente con indicar que rige la regla-excepción, que señala que toda conducta típica es siempre antijurídica (regla) salvo concurrencia de una causa de justificación (excepción). Con esto se configura el injusto que no es más que la acción típica y antijurídica, y en tal caso surgen las consecuencias civiles, en la medida en que la antijuricidad es ilicitud que tiene como efecto la indemnización en daños y perjuicios. Y si la conducta que se juzga además es culpable, hace sobrevenir el reproche que abre la posibilidad de imponer una pena.

## II. Composición del Dolo

Dentro de la estructura del delito, el dolo se constituye en una subestructura compuesta de dos elementos: cognición y volición<sup>9</sup>. En esta primera división están totalmente de acuerdo los seguidores de las diferentes teorías, pero centran sus diferencias en el contenido propio del elemento cognoscitivo<sup>10</sup>.

La doctrina clásica acorde a la teoría del tipo simple, subdivide a su vez el primero de los ingredientes en dos: conocimiento del hecho y conocimiento de la antijuricidad<sup>11</sup>.

De acuerdo a esta construcción el dolo puede ser definido como saber y querer la realización del hecho típico y antijurídico<sup>12</sup>. No sólo hay una sobredeterminación del resultado lesivo para el bien jurídico protegido, sino que además se desea la producción de ese resultado. Es decir, se trata de un *dolus malus* en la medida en que el sujeto sabe que su actuación es contraria a Derecho y pese a ello acepta el resultado.

Por el contrario, en el caso de la teoría del tipo complejo se habla de un *dolus naturalis*, pues contiene únicamente el conocimiento de los elementos objetivos del tipo y el elemento volitivo; es decir, desprovisto de todo conocimiento de que lo que se hace es ilícito, ya que este conocimiento queda formando parte de la culpabilidad como elemento independiente<sup>13</sup>.

5 Sobre el tipo objetivo v. CEREZO MIR, Curso, pp.390-406.

6 Sobre el tipo subjetivo ver CEREZO MIR, Curso, pp.407-450.

7 Al hablar aquí de "una mera descripción del hecho punible", no debe pensar el lector que dejo de lado los elementos propiamente descriptivos y los elementos normativos que integran esa descripción. "En los descriptivos se alude a objetos, seres y otros perceptibles por los sentidos (incluso elementos subjetivos susceptibles de percepción interna) y el contenido valorativo se reduce considerablemente llegando en algunas ocasiones casi a desaparecer... Los elementos normativos llevan implícito, en cambio, un juicio de valor o son sólo susceptibles de comprensión espiritual. El juicio de valor puede hallar expresión en la utilización de conceptos o la referencia a normas, del Derecho Penal o de otros sectores del ordenamiento jurídico, en la remisión a concepciones o normas de la Ética social realmente vigente en la sociedad o a los usos sociales en general." CEREZO MIR, Curso, pp.402-403.

8 En este sentido JIMENEZ DE ASUA, La ley, pp.360-362.

9 V. BACIGALUPO, Tipo, pp.44-46; FERREIRA, Teoría, pp.349.

10 Sobre ello ver DALL'ANESE RUIZ, FRANCISCO, El delito imposible, pp.99-100.

11 Así RUIZ, La estructura, p.131.

12 "Si como consecuencia de cuanto dijimos, quisiéramos ensayar una definición del dolo, diríamos que existe cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere y ratifica." JIMENEZ DE ASUA, La ley, p.365. En igual sentido RUIZ, La estructura, p.131.

13 "El dolo es la conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo. Se distingue, por ello, un elemento intelectual y un elemento volitivo en el concepto dolo." CEREZO MIR, Curso, p.425. V. FERREIRA, Teoría, pp.343-344.

Se ilustra lo anterior con el siguiente cuadro.

<b>Dolo</b>	
Dolo malo	Dolo natural
Conocimiento <div style="display: inline-block; vertical-align: middle; margin-left: 10px;">             {             <div style="display: inline-block; vertical-align: middle; margin-left: 5px;">               del hecho de la ilicitud             </div> </div>	Conocimiento del hecho
Voluntad	Voluntad

Entendido esto, hay que localizar el conocimiento del hecho, el conocimiento de la antijuricidad y el elemento volitivo, en el C.P. Comenzaré por este último que no ofrece mayor dificultad.

### *A) El elemento volitivo del dolo en el Código Penal*

Pareciera que el artículo 31 hace una definición de dolo, pero es lo cierto que solamente alude al elemento volitivo cuando reza: "Obra con dolo quien quiere la realización del hecho tipificado así como quien la acepta, previéndola al menos como posible". Es importante hacer ver entonces que la voluntad requerida por el dolo es la de querer y aceptar el resultado, para la configuración del dolo directo; pero si la lesión o puesta en peligro es prevista por el agente como una posibilidad de alcanzar el resultado, y a pesar de ello la quiere y acepta, se actúa con dolo eventual. Esta concepción del elemento volitivo es igual para los seguidores del tipo simple como para los del tipo complejo.

### *B) El elemento cognitivo del dolo en el Código Penal*

La interpretación sistemática para la localización del elemento cognoscitivo del dolo, nos remite a los artículos 34 ab initio y 35 del C.P. Dichas normas disponen:

"Artículo 34.- No es culpable quien, al realizar el hecho, incurre en error sobre algunas de las exigencias descripción. No obstante, si el error proviene de culpa, el hecho se

sancionará sólo cuando la ley señale pena para su realización a tal título.

Las mismas reglas se aplicarán respecto de quien supone erróneamente la concurrencia de circunstancias que justificarían el hecho realizado."

Obsérvese que interpretado a contrario sensu nos dice el texto transcrito que es culpable quien, al realizar el hecho conoce las exigencias necesarias para que el delito exista según su descripción. Hace una referencia a la descripción típica, esto es a los elementos objetivos del tipo penal<sup>14</sup>. De modo que el conocimiento del hecho se establece en el artículo 34 ab initio, y el error de tipo es lo que va a excluirlo.

"Artículo 35.- No es culpable, el que por error invencible cree que el hecho que realiza no está sujeto a pena.

Si el error no fuere invencible, la pena prevista para el hecho podrá ser atenuada, de acuerdo con lo que establece el artículo 79."<sup>15</sup>

Al buscar el sentido de la norma al igual que en el ejercicio anterior, sea a contrario sensu, es claro que nos dice que es culpable quien al momento del hecho sabe que es punible. Este es el conocimiento de la antijuricidad, que se excluye con el error de prohibición.

14 "El elemento intelectual consiste en la conciencia o conocimiento de la realización de los elementos objetivos del tipo." CEREZO MIR, Curso, p.426.

15 "Artículo 79.- En los casos de error no invencible a que se refiere el artículo 35 o en los de exceso no justificado del artículo 29, la pena podrá ser discrecionalmente atenuada por el Juez."

### III. Consecuencia de la Aplicación del error

La dinámica de la teoría del error<sup>16</sup> tal como quedará expuesto— es lo que nos revela que en el C.P., el dolo está ubicado en el tipo, y no en la culpabilidad, contrario a lo que se ha venido enseñando en las aulas de las diferentes Escuelas y Facultades de Derecho del país. Este problema pedagógico se ha dado por la falta de preparación en punto al uso que debe darse a la doctrina como herramienta de interpretación, de manera que la gran mayoría opta por definirse como causalista o finalista en el mejor de los casos ("prácticos" o "teóricos" en los peores), y al dar su propia interpretación de la normativa pretende que puede hacerse de acuerdo a su línea de pensamiento, cuando en realidad debe hacerse conforme a la voluntas legis. Esto es, que aunque alguien se defina como causalista p.e., no tiene otra posibilidad que reconocer que el ordenamiento jurídico penal contiene normas que imponen un castigo por el desvalor del acto y no del resultado v. gr. la tentativa<sup>17</sup> o que a pesar de que el abogado ideológicamente siga el finalismo, no le quedará otra posibilidad que reconocer que nuestro C.P. contiene normas que imponen penas por la causación de resultados, tal el caso de las lesiones, que tienen una escala de aumento en la sanción según que el daño sea cada vez más severo<sup>18</sup>.

Dicho lo anterior, cabe ahora hacer la aclaración de que usamos en este trabajo las denominaciones error de tipo y

error de prohibición, no por el hecho de dejar de lado las concepciones causalistas que utilizaron los términos error de hecho y error de derecho, sino por un cambio en la forma de ver el problema del error.

La antigua construcción de la teoría partía de la causa del error para la denominación: así, cuando el hecho era generador del desconocimiento se estaba en presencia de un error de hecho; y cuando el desconocimiento o conocimiento inexacto del derecho era la causa de un acto ilícito, se enfrentaba un error de derecho. Ahora el eje de la discusión se ha trasladado de la causa al objeto del error, de tal modo que si recae en el conocimiento de los elementos objetivos del tipo hay un error de tipo; pero si recae sobre el conocimiento de la antijuricidad (de la ilicitud, de lo prohibido), lo que se produce es un error de prohibición<sup>19</sup>. Siendo que el objeto del error (de tipo) podría ser el hecho constitutivo de la infracción penal, podría argumentarse que el nombre error de hecho debe mantenerse. Esto sería una verdad si el error recayera únicamente sobre elementos descriptivos, pero la realidad es que también comprende elementos normativos como "cosa ajena", "documento público", etc.; de modo que el error se dirige no sólo al hecho sino a todos los elementos configurativos del tipo penal<sup>20</sup>.

Para facilitar la exposición, trabajaré sobre la base de los siguientes casos:

- 16 Siendo el propósito de este trabajo hacer una exposición esquemática y sencilla de la ubicación del dolo en la estructura del delito según el C.P., hacer un tratamiento prolijo del error implicaría complicar el desarrollo y aún correr el centro de gravedad de nuestro estudio a las teorías del dolo y de la culpabilidad. No obstante, la organicidad de la teoría del delito hace que los temas del dolo y el error sean inseparables, por lo que esta nota viene a suplir sólo en forma marginal la deficiencia que pudiera encontrarse en el texto principal. Este artículo tiene como objeto simplificar la explicación que responde a ¿por qué el dolo está en el tipo y no en la culpabilidad en el C.P. costarricense? Para ello he tomado como punto de partida la teoría del tipo, para contrastar las elaboraciones del tipo simple y del tipo complejo; sin embargo la misma demostración (que queda para otro artículo) bien pudo partir del error teniendo como base la teoría limitada de la culpabilidad. Quiens incluyen el conocimiento de la antijuricidad en el dolo junto con el conocimiento del tipo y el elemento *voitvo*, son seguidores de lo que se conoce como teoría del *doo*, que concibe el componente psíquico del delito como un *dolus malus*. Esta teoría se subdivide a su vez así: A) Teoría estricta del dolo; Sitúa el dolo en la culpabilidad, y el conocimiento del injusto es actual, por lo que este elemento es de carácter psicológico. El error de prohibición evitable se castiga a título de culpa, siempre que exista el tipo *culposos* correspondiente. B) Teoría limitada del dolo: Incluye el dolo en la culpabilidad, y dentro de este el conocimiento de la licitud. Para castigar el error evitable cuando hay *imprevisión culposa específica*, se crea un tipo auxiliar suficiente con que el conocimiento de la ilicitud sea posible, sin necesidad de que sea actual, y en tal caso se pronuncia por la sanción a título *dooso* para el error de prohibición evitable. Los que hablan de un dolo natural sin conocimiento de la ilicitud, pertenecen a la teoría de la culpabilidad dividida así: A) Teoría estricta de la culpabilidad: Ubica el dolo en la tipicidad, compuesto del conocimiento de los elementos objetivos del tipo y el elemento *volutivo*; en tanto que la conciencia de antijuricidad queda en la culpabilidad. La conciencia de antijuricidad puede ser potencial, y no actual. Rige en ella el principio de responsabilidad que obliga a todo hombre a conocer el límite de la licitud, siempre que tal conocimiento sea posible. Atenua facultativamente el Juez la pena, si el error es evitable, y exime de ella cuando el error es inevitable. B) Teoría limitada de la culpabilidades: Sólo indico las diferencias con lo anterior: El error evitable de una prohibición general conlleva la inculpación. No obstante, si el error está en el límite de un tipo *permissivo* o causa de justificación, o de una causa de exculpación, es error de prohibición y tiene como consecuencia la inculpación. Pero si el error supone la creencia evitable de que existe un hecho (inexistente en la realidad) que haría aplicable una justificante o exculpante, se sancionará si existe el tipo *culposo específico*. Desde la perspectiva del error es esta la teoría que sigue el C.P., en los artículos 34 y 35. Sobre las teorías del dolo y la culpabilidad ver: LONDOÑO BERRIO, el error en la moderna teoría del delito, pp. 27-65; ROXIN, Teoría del tipo penal, pp. 180-209; MUÑOZ CONDE, Teoría del delito, pp. 161-162.
- 17 El tratamiento que nuestro C.P. da a la tentativa, tiene una tendencia finalista, compatible también con la teoría social de acción; en tanto permite sancionar la tentativa (acción sin resultado) con la misma pena que existe para el hecho consumado. "Artículo 24.- Hay tentativa cuando se inicia la ejecución de un delito, por actos directamente encaminados a su consumación y ésta no se produce por causas independientes de la voluntad del agente. No se aplicará la pena correspondiente a la tentativa cuando fuere absolutamente imposible la consumación del delito; en tal caso se impondrá una medida de seguridad." "Artículo 73.- El delito consumado tendrá la pena que la ley determine, fijada dentro de sus extremos, de acuerdo con el artículo 71. La tentativa será reprimida con la pena prevista para el delito consumado disminuida o no a juicio del Juez. No es punible la tentativa cuando se tratare de contravenciones."
- 18 "Artículo 123.- Se impondrá prisión de tres a diez años, si la lesión causare enfermedad mental o física que produzca incapacidad permanente para el

Caso número 1: A ingresa a un lote vacío y en abandono, donde coloca una silueta para tiro al blanco, contra un barril metálico que con la boca hacia abajo se encuentra en medio de un basurero. Durante una hora y media dispara a la silueta, con un revólver calibre 38 especial, y después se retira a su casa. Unos días después, vecinos del lote vacío mencionado, encuentran— obligados por el olor fétido— el cadáver de E, un niño callejero, dentro del tonel. La autopsia reveló que había muerto por los tiros hechos por A.<sup>21</sup>

Caso número 2: I, ciudadano indígena de una de las reservaciones del país, es traído a la ciudad para que pueda estudiar. Habitado a tener relaciones sexuales con niñas de su tribu, desde que estas cumplen catorce años —lo que es permitido por la sagrada costumbre tradicional—, enamora a M quien es mujer honesta de catorce años y medio y con su consentimiento tiene un coito.

Caso número 3: L, un extranjero recién llegado a Costa Rica abre un supermercado, sin enterarse de que existe una Ley de Protección al Consumidor y un Decreto de Fijación de Precios, por lo que ofrece al público los diferentes artículos obteniendo utilidades por encima del margen autorizado.

En el Caso número 1 es muy claro que A no tiene conocimiento de que, al disparar a la silueta, está haciendo blanco en el cuerpo del niño E; es decir que no sabe que está matando a una persona, o lo que es lo mismo no sabe que su acción llena los elementos objetivos del tipo del homicidio<sup>22</sup>.

Dentro de la teoría del tipo simple, la conducta sería típica porque el hecho cumple con la descripción del artículo 111 del C.P.<sup>23</sup>; y además sería antijurídica, porque no hay causa

de justificación que concurra. Con ello se configura el injusto (acción típica y antijurídica), sea el ilícito y a partir de este momento se ha generado la responsabilidad civil.

Ahora podemos entrar al análisis de culpabilidad: A es imputable y podía actuar conforme a derecho; entonces hay que establecer si concurre el componente psíquico: dolo. Este se configura por el elemento cognitivo, que contiene el conocimiento del hecho y el conocimiento de la antijuricidad; y por el elemento volitivo, que consiste en querer y aceptar el resultado. Si de la simple lectura del caso se obtiene que A no sabía que se encontraba el niño E dentro del tonel, hay un error en el conocimiento del hecho, es decir un error de tipo que excluye el elemento cognitivo, con él el dolo y con el dolo la culpabilidad.

Esa es la dinámica del error según la vieja construcción, y así lo señala su doctrina: "Si esa conciencia de la descripción típica y del deber de respetar la norma, en valoración profana, falta en la conducta del sujeto, el dolo no existe; si el error era vencible (como luego veremos), podrá imputársele a título de culpa; pero dolosamente jamás"<sup>24</sup>. Las expresiones del autor "consciencia de la descripción típica" y "deber de respetar la norma", corresponde—por su orden—a lo que aquí se denomina conocimiento de los elementos objetivos del tipo y conocimiento de la antijuricidad; y si cualquiera de ellos falta (según la teoría clásica), ya por error de tipo, ya por error de prohibición, se excluye totalmente el dolo y con éste la culpabilidad.

Es de este modo la conducta típica y antijurídica pero no culpable —en otros términos la acción es ilícita pero no delictiva —da lugar a la imposición en sentencia de la

#### Continuación de las notas 18, 19 y 20.

"Artículo 124.- Se impondrá prisión de un año a seis años, si la lesión produjere una debilitación persistente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o de una función o si hubiere incapacitación al ofendido para dedicarse a sus ocupaciones habituales por más de un mes o le hubiere dejado una marca indeleble en el rostro". "Artículo 125.- Se impondrá prisión de tres meses a un año o hasta cincuenta días multa, al que causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud, que determine una incapacidad para el trabajo inferior a un mes".

19 En un trabajo anterior hice la siguiente afirmación "Es claro que el caso del dolo de tipo el elemento intelectual está integrado únicamente por el conocimiento del tipo objetivo, en tanto que el dolo de culpabilidad está formado tanto del conocimiento del tipo objetivo como del conocimiento de la antijuricidad. El error invertido afecta el elemento intelectual del dolo, en lo que se refiere al conocimiento del tipo objetivo. Sin embargo, en el dolo de tipo el error afectaría la tipicidad, por lo que se denomina error de tipo al revés; mientras para el dolo de culpabilidad que sigue la vieja concepción, el error excluye la culpabilidad y se denominaba error de hecho. Ello porque la teoría del tipo simple ubica el dolo en la culpabilidad." DALL'ANESE RUIZ, op. cit., p.100. Es menester adicionar ahora esa explicación que en razón de ser parca podría conducir a conclusiones ajenas al verdadero planteamiento teórico: el error de hecho no debe su denominación a la ubicación del dolo en la culpabilidad, sino a la causa de ese error, sea al desconocimiento del hecho que se realiza. LONDOÑO, op.cit., p.24

20 V. BACIGALUPO, Tipo, pp.43-44

21 Este caso está analizado en DALL'ANESE RUIZ, op.cit., p.100.

22 "Artículo 111.— Quien haya dado muerte a una persona, será penado con prisión de ocho a quince años."

23 Ver nota anterior.

24 JIMENEZ DE ASUA, La ley, p.397. Se suple el subrayado.

Caso número 1: A ingresa a un lote vacío y en abandono, donde coloca una silueta para tiro al blanco, contra un barril metálico que con la boca hacia abajo se encuentra en medio de un basurero. Durante una hora y media dispara a la silueta, con un revólver calibre 38 especial, y después se retira a su casa. Unos días después, vecinos del lote vacío mencionado, encuentran— obligados por el olor fétido— el cadáver de E, un niño callejero, dentro del tonel. La autopsia reveló que había muerto por los tiros hechos por A.<sup>21</sup>

Caso número 2: I, ciudadano indígena de una de las reservaciones del país, es traído a la ciudad para que pueda estudiar. Habitado a tener relaciones sexuales con niñas de su tribu, desde que estas cumplen catorce años —lo que es permitido por la sagrada costumbre tradicional—, enamora a M quien es mujer honesta de catorce años y medio y con su consentimiento tiene un coito.

Caso número 3: L, un extranjero recién llegado a Costa Rica abre un supermercado, sin enterarse de que existe una Ley de Protección al Consumidor y un Decreto de Fijación de Precios, por lo que ofrece al público los diferentes artículos obteniendo utilidades por encima del margen autorizado.

En el Caso número 1 es muy claro que A no tiene conocimiento de que, al disparar a la silueta, está haciendo blanco en el cuerpo del niño E; es decir que no sabe que está matando a una persona, o lo que es lo mismo no sabe que su acción llena los elementos objetivos del tipo del homicidio<sup>22</sup>.

Dentro de la teoría del tipo simple, la conducta sería típica porque el hecho cumple con la descripción del artículo 111 del C.P.<sup>23</sup>; y además sería antijurídica, porque no hay causa

de justificación que concurra. Con ello se configura el injusto (acción típica y antijurídica), sea el ilícito y a partir de este momento se ha generado la responsabilidad civil.

Ahora podemos entrar al análisis de culpabilidad: A es imputable y podía actuar conforme a derecho; entonces hay que establecer si concurre el componente psíquico: dolo. Este se configura por el elemento cognitivo, que contiene el conocimiento del hecho y el conocimiento de la antijuricidad; y por el elemento volitivo, que consiste en querer y aceptar el resultado. Si de la simple lectura del caso se obtiene que A no sabía que se encontraba el niño E dentro del tonel, hay un error en el conocimiento del hecho, es decir un error de tipo que excluye el elemento cognitivo, con él el dolo y con el dolo la culpabilidad.

Esa es la dinámica del error según la vieja construcción, y así lo señala su doctrina: "Si esa conciencia de la descripción típica y del deber de respetar la norma, en valoración profana, falta en la conducta del sujeto, el dolo no existe; si el error era vencible (como luego veremos), podrá imputársele a título de culpa; pero dolosamente jamás"<sup>24</sup>. Las expresiones del autor "consciencia de la descripción típica" y "deber de respetar la norma", corresponde—por su orden—a lo que aquí se denomina conocimiento de los elementos objetivos del tipo y conocimiento de la antijuricidad; y si cualquiera de ellos falta (según la teoría clásica), ya por error de tipo, ya por error de prohibición, se excluye totalmente el dolo y con éste la culpabilidad.

Es de este modo la conducta típica y antijurídica pero no culpable —en otros términos la acción es ilícita pero no delictiva —da lugar a la imposición en sentencia de la

#### Continuación de las notas 18, 19 y 20.

"Artículo 124.- Se impondrá prisión de un año a ses años, si la lesión produjere una debilitación persistente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o de una función o si hubiere incapacitación al ofendido para dedicarse a sus ocupaciones habituales por más de un mes o le hubiere dejado una marca indeleble en el rostro". "Artículo 125.- Se impondrá prisión de tres meses a un año o hasta cincuenta días multa, al que causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud, que determine una incapacidad para el trabajo inferior a un mes".

19 En un trabajo anterior hice la siguiente afirmación "Es claro que el caso del dolo de tipo el elemento intelectual está integrado únicamente por el conocimiento del tipo objetivo, en tanto que el dolo de culpabilidad está formado tanto del conocimiento del tipo objetivo como del conocimiento de la antijuricidad. El error invertido afecta el elemento intelectual del dolo, en lo que se refiere al conocimiento del tipo objetivo. Sin embargo, en el dolo de tipo el error afectaría la tipicidad, por lo que se denomina error de tipo al revés; mientras para el dolo de culpabilidad que sigue la vieja concepción, el error excluye la culpabilidad y se denominaba error de hecho. Ello porque la teoría del tipo simple ubica el dolo en la culpabilidad." DALL' ANESE RUIZ, op. cit., p.100. Es menester adicionar ahora ahora esa explicación que en razón de ser parca podría conducir a conclusiones ajenas al verdadero planteamiento teórico: el error de hecho no debe su denominación a la ubicación del dolo en la culpabilidad, sino a la causa de ese error, sea al desconocimiento del hecho que se realiza. LONDOÑO, op.cit., p.24

20 V. BACIGALUPO, Tipo, pp.43-44

21 Este caso está analizado en DALL' ANESE RUIZ, op.cit., p.100.

22 "Artículo 111.- Quien haya dado muerte a una persona, será penado con prisión de ocho a quince años."

23 Ver nota anterior.

24 JIMENEZ DE ASUA, La ley, p.397. Se suple el subrayado.

responsabilidad civil, pero la absolución de responsabilidad penal. Sin embargo hay que destacar que si se considera que el error era vencible, es decir que antes de disparar A debió cuidarse de verificar el contenido del tonel, se excluye el dolo pero no la culpa, y podría ser condenado por homicidio culposo<sup>25</sup> así en lo civil como en lo penal.

Si hacemos el análisis desde la perspectiva de la teoría del tipo complejo ubicando el dolo en el tipo, formado éste por el conocimiento del hecho y la voluntad de realización del mismo, y desprovisto de toda referencia al conocimiento de la antijuricidad, la consecuencia es diferente. Partiendo de la consideración de que el error es invencible, el error de tipo excluye el elemento cognitivo del dolo, y con éste al dolo y al tipo<sup>26</sup>; por lo que la conducta jamás llegará a ser típica y por consiguiente el injusto no se configurará jamás. Ello implica que debe sobrevenir la absolución tanto en lo penal cuanto en lo civil.

La diferencia con la teoría del tipo simple es palmaria, pues ya había señalado que bajo esta doctrina cabe responsabilidad civil y absolución en lo penal. Véase cómo el error de tipo en ambas teorías excluye el conocimiento de los elementos objetivos del tipo, y con ello el dolo; pero por la diferente ubicación del dolo, en la teoría del tipo complejo el error de tipo excluye el tipo, y en la teoría del tipo simple excluye la culpabilidad.

De acuerdo a la teoría del tipo simple, en el Caso número 2 se llenan los elementos de la descripción típica del estupro<sup>27</sup> y no concurre causal de justificación, por lo que se configura el injusto. Ahora bien, entrando a la culpabilidad es claro que I es imputable y pudo actuar conforme a derecho; pero al ingresar al campo del dolo, si bien conocía los componentes del hecho, no conocía de su antijuricidad. Al no ser conocedor de la ilicitud del hecho, hay un error de prohibición –invencible dada la situación– que excluye el dolo y con él la culpabilidad.

Desde la óptica del tipo complejo, la acción de I llena los requisitos del tipo objetivo (descripción típica), y es dolosa en tanto hay conocimiento del hecho y voluntad de realización. No concurre causa alguna de justificación por lo que se configura el ilícito. Ya en la culpabilidad, al igual que con la doctrina anterior, están presentes la imputabilidad y el poder

actuar conforme a derecho; pero el conocimiento de la antijuricidad (extraño al dolo que está en el tipo), es excluido por un error de prohibición porque I no sabía que era ilícita la relación carnal consentida con mujer honesta mayor de doce y menor de quince años.

En este caso de error invencible de prohibición, la consecuencia para las dos teorías es la misma: el hecho es típico y antijurídico productor de responsabilidad civil, pero no culpable, lo que conlleva la absolución en lo penal.

Sin embargo, hay gran diferencia con lo que sucede en caso de error vencible de prohibición.

Para la resolución del Caso número 3, comenzaré por la aplicación de la teoría del tipo complejo, sobre la base del delito de especulación. L sabe que está ofreciendo artículos en venta al consumidor, ganando utilidades con un margen superior al treinta por ciento y además quiere y acepta hacerlo; con lo que se llena el tipo subjetivo (*dolus naturalis*). Tenga claro el lector en este momento, que, el hecho entonces es doloso. Como la conducta está descrita además, en los artículos 18.c y 19 de la Ley de Protección al Consumidor, se configura el tipo objetivo. No existe en el hecho causa de justificación alguna para la acción, por lo que concurre la antijuricidad y se ha configurado el injusto.

El sujeto es imputable y pudo haber actuado conforme a derecho. Pero su condición de extranjero le impide conocer la antijuricidad del hecho realizado, aunque de haber buscado la debida asesoría–elemental al abrir un supermercado– no habría incurrido en el error; esto es, se trata de un error de prohibición evitable, y por ser así (no invencible) es capaz de eliminar la conciencia de antijuricidad pero no el reproche, lo que hace que se imponga la pena del delito doloso atenuada<sup>28</sup>. Esto es, se configura la culpabilidad, y el agente es castigado por el delito doloso (fue definido como doloso desde el análisis de la tipicidad) pero atenuando la pena.

Por otra parte, la resolución del caso interpretando la normativa penal de acuerdo a la teoría del tipo simple conduce a un contrasentido: La conducta es típica por estar descrita en los artículos 18.c y 19 de la Ley de Protección al Consumidor, y además antijurídica por no concurrir causa de

25 "Artículo 117.- Se le impondrá prisión de seis meses a ocho años al que por culpa matare a otro. En la adecuación de la pena al responsable, el tribunal deberá tomar en cuenta el grado de culpa y el número de víctimas, así como la magnitud de los daños causados. En todo caso, al autor del homicidio culposo se le impondrá también inhabilitación de uno a cinco años para el ejercicio de la profesión, oficio, arte o actividad en que se produjo el hecho.. Al conductor reincidente se le impondrá, además, la cancelación de la licencia para conducir vehículos, por un período de cinco a diez años. Si el hecho fuere cometido bajo los efectos de bebidas alcohólicas o de drogas enervantes, la cancelación de la licencia será por un período de diez a veinte años."

26 "El error sobre un elemento del tipo excluye el dolo. Si el sujeto ignora o cree erróneamente que no concurre en su conducta un elemento del tipo, queda excluido el dolo." CERESO MIR, Curso, p.428.

27 "Artículo 159.- Se impondrá prisión de uno a cuatro años, al que tuviere acceso carnal con mujer honesta aún con su consentimiento, mayor de doce años y menor de quince."

28 Ver art. 35 in fine del C.P.

justificación alguna. Por otra parte, el encartado es imputable y pudo actuar conforme a derecho. Entonces hay que establecer si concurre el dolo (dolus malus), compuesto de un elemento cognitivo, dividido en conocimiento del hecho y conocimiento de la antijuricidad; y el ingrediente volitivo (querer y aceptar el resultado). Si el conocimiento de la ilicitud es integrante esencial del elemento cognitivo del dolo, la operatividad de la teoría del delito lleva a que, la exclusión del conocimiento de la antijuricidad por el error de prohibición excluye el elemento cognitivo y con él totalmente el dolo; sin embargo, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 35 in fine del C.P. debe aplicarse en forma atenuada la pena de un delito doloso, y, si el dolo ya había sido excluido, es imposible.

Es inconstitucional (art. 39 Cons. Pol.) castigar a alguien imponiendo la pena de un delito doloso si el dolo está excluido. Sin embargo si al interpretar la ley con la teoría del tipo complejo, la conducta desde que es típica es dolosa, y es posible atenuar la pena del hecho doloso si no hay en la culpabilidad el conocimiento de que lo que se hace es contrario a Derecho.

Esto demuestra que el dolo debe ser determinado como un dolus naturalis a nivel del tipo, y al excluir el error de prohibición evitable la conciencia de antijuricidad a nivel de culpabilidad, es posible atenuar la pena y condenar al agente como autor del delito doloso. Esto es, que nuestro C.P. sigue la teoría del tipo complejo y no la del tipo simple.

### Conclusiones

Después de un desarrollo tan corto, pareciera extraño la inclusión de un acápite de conclusiones. Sin embargo es posible hacer un esquema de las principales ideas:

1. La ubicación del dolo, ya en el tipo, ya en la culpabilidad, no es una definición que a priori pueda hacer el intérprete. En realidad la situación en el tipo o en la culpabilidad, es parte de lo que el hermeneuta debe concluir a través de la búsqueda de sentido de las normas. Es una posición de la ley.
2. El dolo de culpabilidad es un dolus malus, provisto de un elemento cognitivo integrado por el conocimiento del hecho y de la antijuricidad; y de un elemento volitivo que es el deseo y aceptación del resultado. El error de tipo y el error de prohibición, excluyen el conocimiento del hecho y el conocimiento de la antijuricidad, respectivamente; y, al excluir cualquiera de estos componentes, se excluye el elemento cognitivo y el dolo. Si el error fuera vencible se castiga la producción del resultado, si la acción está prevista a título culposo. Esto no es lo que sucede con nuestro Código Penal.
3. Por su parte el dolo de tipo es un dolus naturalis, integrado sólo por el conocimiento del hecho, excluible por el error de

tipo y por el elemento volitivo; en tal caso el conocimiento de la antijuricidad es elemento integrante de la culpabilidad, que se excluye por el error de prohibición. Ahora bien, si tal error es vencible, se sanciona el hecho doloso pero atenuado. Tal el caso de nuestro Código Penal.

4. Ergo, en el ordenamiento penal costarricense el dolo está en el tipo y es un dolus naturalis.

### Bibliografía

**BACIGALUPO, Enrique:** *Lineamientos de la teoría del delito*, Juricentro, San José, 1985.

**BACIGALUPO, Enrique:** *Manual de Derecho Penal, Parte General*; TEMIS-ILANUD; Bogotá, 1984.

**BACIGALUPO, Enrique:** *Tipo y error*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1973.

**BUSCH, Richard:** *Modernas transformaciones en la teoría del delito*, TEMIS, Bogotá, 1980.

**CASTILLO GONZALEZ, Francisco:** *Derecho Penal Centroamericano, Parte General*; Universidad de Costa Rica; San José; s.f.

**CAVALLERO, Ricardo Juan:** *El delito imposible*, Editorial Universidad, 1983.

**CEREZO MIR, José:** *El concepto de acción finalista como fundamento del sistema de Derecho penal, en Problemas Fundamentales de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 15-24.

**CEREZO MIR, José:** *La conciencia de antijuricidad en el Código Penal español, en Problemas Fundamentales de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, pp. 74-89.

**CEREZO MIR, José:** *Curso de Derecho Penal Español*, TECNOS, Madrid, 1984.

**CEREZO MIR, José:** *La doble posición del dolo en la Ciencia del Derecho penal española, en Problemas Fundamentales de Derecho Penal*, Tecnos, pp. 198-204.

**CEREZO MIR, José:** *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho Penal español, en Problemas Fundamentales de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1982, pp.25-38.

**CORDOBA RODA, Juan:** *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, BOSCH, Barcelona, 1962.

**DALL'ANESE RUIZ, Francisco:** *El delito imposible*, en *Revista Judicial* No.52, pp. 97-106, San José, 1990.

**FERNANDEZ CARRASQUILLA:** *Derecho Penal Fundamental*, TEMIS, Bogotá, 1986.

**FERREIRA DELGADO, Francisco:** *Teoría general del delito*, TEMIS, Bogotá, 1988.

**JIMENEZ DE ASUA, Luis:** *La ley y el delito*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1979.

**LONDOÑO BERRIO, Hernando:** *El error en la moderna teoría del delito*, TEMIS, Bogotá, 1982.

**MUÑOZ CONDE, Francisco:** *Teoría general del delito*, TEMIS, Bogotá, 1984.

**REYES ECHANDIA, Alfonso:** *Culpabilidad*, TEMIS, Bogotá, 1988.

**RODRIGUEZ DEVESA, José María:** *Derecho Penal Español, Parte General*, Madrid, 1979.

**RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo:** *Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1978.

**RUIZ, Servio Tulio:** *La estructura del delito*, TEMIS, Bogotá, 1979.

**SUAZO LAGOS, René:** *Lecciones de Derecho Penal 1*, Tegucigalpa, 1989.

**WELZEL, Hans:** *Derecho Penal Alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976.

**WESSELS, Johannes:** *Derecho Penal, Parte General*, Depalma, Buenos Aires, 1980.

**ZAFFARONI, Eugenio Raúl:** *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 1979.

DPC

# La imprudencia en el Derecho Penal

María Teresa Rodríguez Montañés  
Profesora de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá de Henares, España

*Sumario: I. Introducción. Concepto II. Estructura del delito imprudente III. Clases de imprudencia: Consciente e inconsciente; temeraria y simple. La regulación del CP IV. Peculiaridades del Derecho Español. El sistema de cláusulas generales V. La concurrencia de culpas (imprudencias). Bibliografía.*

## I. Introducción.

Concepto.— Nuestro CP, en su artículo 1º, afirma que "son delitos o faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la Ley". Dolo e imprudencia son las dos modalidades comisivas del tipo de injusto desde el punto de vista subjetivo y no las formas de la culpabilidad, como entendieron la doctrina y la Jurisprudencia tradicionales. Frente al dolo, que supone la manifestación de la "decisión contra el bien jurídico", la esencia de la imprudencia (o culpa) radica en el "descuido", en la actuación peligrosa con inobservancia del deber objetivo de cuidado. El concepto de imprudencia es, por tanto, un concepto normativo, consistente en la realización de una acción peligrosa con infracción del deber de cuidado impuesto por una norma (norma de cuidado) respecto del bien jurídico penalmente protegido.

## II. Estructura del delito imprudente

La idea clave en la imprudencia es, por tanto, la de "infracción del deber de cuidado", como desvalor de acción, unida a la producción de un resultado (desvalor del resultado), dándose un cierto consenso doctrinal y jurisprudencial al respecto. Pero el acuerdo acaba ahí, pues existe una absoluta falta de unanimidad en la descripción de los elementos o la estructura del delito imprudente, manejándose con frecuencia los conceptos de evitabilidad, previsibilidad, cognoscibilidad, deber de cuidado interno y externo.... Y tampoco es unánime la doctrina en cuanto a cuál sea la medida o baremo del cuidado debido. Tratando de establecer un poco de claridad en tan confuso panorama, podríamos distinguir los siguientes elementos en el delito imprudente.

1. El tipo objetivo estaría constituido por la realización de una acción peligrosa que crea un riesgo ya no permitido de lesión de un bien jurídico penalmente protegido (desvalor objetivo de la acción) y, en los delitos de resultado, la producción del resultado típico (desvalor del resultado).

a). La infracción del deber de cuidado se traduce, por tanto, en la creación de ese riesgo no permitido. La norma de cuidado se infringe por el acometimiento de la acción peligrosa que representa un nivel de riesgo intolerable para el Ordenamiento, en cuanto ya no puede ser controlado de forma mínimamente segura, o, siendo controlable, el autor no adopta las medidas mínimas de aseguramiento exigibles. Los presupuestos de la infracción del deber de cuidado son dos: cognoscibilidad y deber de conocer el peligro (deber de cuidado interno o deber de previsión). De estos presupuestos deriva el deber de evitar la actuación peligrosa si suponía un riesgo incontrolable (o no suficientemente controlable) o el deber de tomar medidas de aseguramiento y control del riesgo suficientes (deber de cuidado externo).

b). La concreción del deber de cuidado, de la creación de un riesgo ya no permitido, suele determinarse acudiendo a la figura del "hombre medio consciente y cuidadoso, del círculo al que pertenece el autor y en la concreta posición de éste". La doctrina dominante emplea una "doble medida" del deber de cuidado: una medida objetiva fundamentadora del injusto (infracción del deber de cuidado generalmente exigible en el tráfico jurídico, con el parámetro del hombre medio ideal cuidadoso y atento, del ámbito al que pertenece el autor y en la situación y con los conocimientos de éste, valorado desde una perspectiva ex ante) y una medida subjetiva, fundamentadora de la culpabilidad (infracción del deber subjetivo de cuidado, conforme a las capacidades individuales del autor). No obstante, un sector minoritario sostiene que ya el tipo de la imprudencia depende de las capacidades individuales (superiores o inferiores) del autor. La solución más correcta pasa por la adopción de una medida objetiva del deber de cuidado, matizada en cuanto a los superiores conocimientos y capacidades del autor: el deber de cuidado es la medida del cuidado exigible al "hombre medio ideal cuidadoso y atento", situado en la posición del autor en el momento de actuar —ex ante— y con los eventuales superiores conocimientos y capacidades de éste, que se suman a los del hombre medio. Sin embargo, los inferiores conocimientos o capacidades del autor no se tienen en cuenta en el injusto, no le restan los suyos al hombre medio ideal, siendo relevante tan sólo en la culpabilidad.

c). ¿Qué papel juegan las "reglas técnicas" o "normas especiales", normalmente de carácter reglamentario, que rigen en ciertos ámbitos en la determinación del deber de cuidado? La doctrina mayoritaria entiende que la existencia de normas especiales de seguridad en un determinado sector (por ejemplo, en el tráfico rodado, o en la fabricación o manipulación de ciertos productos) no modifica que el juicio sobre la infracción del deber de cuidado dependa de la concreción judicial de la medida general de cuidado, pues lo que es peligroso en abstracto puede no serlo en concreto y, por muy perfecta que sea una reglamentación sólo puede hacer referencia a los supuestos más usuales, sin tener en cuenta otras circunstancias que pueden concurrir en el caso concreto. Sin embargo, dado el alto grado de precisión y detalle de estas normas, frente a la imprecisión de la medida general de cuidado, suele afirmarse que tienen un valor indiciario del deber de cuidado. En los casos normales o típicos (aquellos para los que está prevista la norma) la infracción de la normativa especial reguladora de cierta actividad determinará normalmente la infracción del deber de cuidado y su respeto la excluirá, pero pueden plantearse situaciones excepcionales, que la norma no ha previsto, en los que el deber de cuidado exija incluso la infracción de la norma especial. Por ejemplo, el Código de la Circulación exige al conductor que se detenga ante un semáforo en rojo. Si aquél no lo hace y atropella a un peatón o arrolla a otro coche que cruzan correctamente, la infracción de esa norma de tráfico determinará la infracción de deber de cuidado. Ahora bien, si el conductor, ante ese semáforo en rojo, observa que ningún coche o peatón va a cruzarsele, pero que al coche que viene por detrás no le dará tiempo a frenar, por lo que colisionará con él de quedarse parado, lo que exige el deber de cuidado en ese caso es no detenerse ante el semáforo, infringiendo la norma especial.

d). En los delitos de resultado ha de producirse, además, un resultado desvalorado, evitable, en relación de causalidad con la acción peligrosa y objetivamente imputable a la misma: que sea objetivamente previsible ex ante, que represente la realización del riesgo inherente a la acción inicial y responda al fin de protección de la norma, criterio que adquiere especial relevancia en el delito imprudente. Junto a estos criterios generales de imputación, en los delitos imprudentes operan otros criterios excepcionales, como el principio de confianza, frecuentemente empleado por la Jurisprudencia, especialmente en el tráfico rodado, en virtud del cual, dentro de ciertos límites, el autor puede invocar la confianza en que los demás participantes en el tráfico van a comportarse correctamente. No obstante, este principio no puede invocarse cuando la confianza resulta injustificada, al ser evidente que no se puede confiar, por las características personales de los otros (niños, ancianos, débiles mentales, ...).

La no producción del resultado típico (o la falta de imputación objetiva del mismo) determina la impunidad, pues según doctrina y jurisprudencia mayoritarias el delito imprudente sólo es punible cuando se consuma. La tentativa imprudente, aunque conceptualmente posible, es impune.

En cuanto al papel del resultado en el delito imprudente no es cierto, como opina cierto sector doctrinal, que no pertenezca al injusto, constituyendo una condición objetiva de punibilidad, al ser su producción una cuestión de azar o de suerte. Si existe imputación objetiva y subjetiva, el resultado no es obra del azar, sino de la acción y la norma penal prohíbe no sólo la realización de la acción, sino también, y de forma primaria, la causación evitable del resultado en la medida en que sea obra de la acción imprudente desvalorada. Desvalor de acción y desvalor de resultado son elementos constitutivos del injusto en el delito imprudente.

e). Finalmente, el tipo objetivo del delito imprudente requiere el elemento de la autoría. La participación en el delito imprudente es impune. Pero esto no significa que cualquier contribución causal al resultado deba considerarse autoría en el delito imprudente. Sólo es autor quien "determina objetivamente el hecho", el que tiene en sus manos la determinación del curso de los acontecimientos. El mero favorecimiento de la producción del resultado es irrelevante a efectos penales.

2. En cuanto al tipo subjetivo, el primer requisito de éste sería la ausencia de dolo. A ello se añade el efectivo conocimiento del peligro concreto y actuación pese a tal conocimiento, confiando de forma mínimamente fundada en la no producción del resultado (desvalor subjetivo de la acción, propio de la imprudencia consciente) o su desconocimiento, pese a la posibilidad y deber de conocer (imprudencia inconsciente, en la que no existe el desvalor subjetivo de la acción, puesto que, pese a la posibilidad y el deber de conocer, de hecho no se da ese conocimiento, por lo que el sujeto no lo incorpora a su proceso de decisión). Sólo en los supuestos de imprudencia consciente puede hablarse, por tanto, de un auténtico tipo subjetivo.

### III. Clases de imprudencia: consciente e inconsciente; temeraria y simple. La regulación del CP.

1. Doctrinalmente suele hacerse referencia a la distinción entre imprudencia consciente e imprudencia inconsciente, en función de que el autor conozca, sea consciente de la concreta posibilidad de producción del resultado (consciencia del peligro concreto) o no lo sea, no prevea o se represente el resultado típico. En general suele afirmarse que esta distinción carece de relevancia práctica, pues el CP no le otorga trascendencia alguna, ya que no guarda relación con la gravedad de la imprudencia. Sin embargo, sí que tiene importancia en la delimitación del dolo eventual y la imprudencia: La imprudencia consciente está próxima al dolo eventual en cuanto en ambos el autor se representa la posibilidad del resultado, advierte el peligro, pero mientras en la imprudencia consciente el sujeto confía, de forma mínimamente fundada, aunque errónea, en que finalmente podrá controlar el riesgo y

evitar la producción del resultado lesivo, en el dolo eventual el sujeto no parte de esa confianza, sino que "acepta", "se conforma" o "asume" el riesgo de la eventual producción del resultado.

2. La clasificación del la imprudencia incorporada al CP atiende a la gravedad de la misma. El CP habla de imprudencia temeraria (arts. 563,2º y 565 CP) e imprudencia simple (art. 586 bis y 600 CP) y, dentro de la simple, distingue según haya o no infracción de reglamentos, considerando más grave el primer supuesto. a). La imprudencia temeraria representa la infracción grave de normas de cuidado elementales, que cualquiera percibiría. La imprudencia simple representa la infracción menos grave de una norma de cuidado menos evidente e importante. Los criterios diferenciadores son, por tanto, la importancia y evidencia de la norma infringida, la gravedad de la infracción y, fundamentalmente, la peligrosidad que revela la conducta: La imprudencia es temeraria cuando la conducta revela ex ante un alto grado de peligrosidad y de desprecio hacia la norma de cuidado. Si esa peligrosidad es escasa y el sujeto toma algún tipo de medida protectora, la imprudencia será simple. Junto a la imprudencia temeraria (grave) y a la simple (leve), podría hablarse de una imprudencia "levísima", que la Jurisprudencia, acertadamente, considera impune, aplicando tácitamente una causa de atipicidad: el principio de insignificancia.

b). La imprudencia temeraria es constitutiva de delito si se ejecuta un hecho "que, si mediar dolo, constituiría delito" (art. 565 CP), castigándose con una pena de Prisión menor (art. 565,1º), salvo que las penas previstas para el delito doloso sean iguales o inferiores, en cuyo caso se impondrá la inmediata inferior en grado (art. 565,4º). En los supuestos de impericia o negligencia profesional (esto es, que un profesional actúe en el ejercicio de su profesión sin la debida pericia o cuidado. La exigencia para el profesional es mayor por sus mayores conocimientos y cualificación) que produzcan muerte o lesiones de los arts 418, 419 ó 421,2º, la pena se impondrá en su grado máximo, pudiendo elevarse en uno o dos grados, al arbitrio del Tribunal "en casos de extrema gravedad" (art. 565,2º), esto es, de resultado catastrófico, con múltiples muertes y lesiones (por ejemplo, cuando un conductor de un autobús escolar se queda dormido por haber ingerido bebidas alcohólicas, produciéndose un accidente en el que mueren 20 niños y otros quedan gravísimamente heridos). En todos los casos, si la infracción se comete con vehículo de motor, se impondrá además la pena de privación del permiso de conducir de tres meses y un día a diez años (art. 565,3º). En cuanto a la determinación de la pena, los Tribunales actuarán según "su prudente arbitrio", no estando vinculados por las reglas del artículo 61 (art. 565,5º).

Cuando el resultado producido por la imprudencia temeraria es un delito de daños, sólo se aplicará el art. 565 si la cuantía de dichos daños excede de la del Seguro Obligatorio (se refiere a la cuantía que fija el Seguro de responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor, de

suscripción obligatoria. Así lo entiende la doctrina mayoritaria y la Fiscalía General del Estado, Circular 2/1990) y sólo será perseguible previa denuncia del agraviado, sus herederos o representantes, o del Ministerio Fiscal, si el agraviado es una persona desvalida (art 563, párrafo 2º, introducido por la LO 3/1989).

c). La imprudencia simple puede ser con o sin infracción de reglamentos (arts. 586 bis y 600 CP). El empleo del término "reglamentos" no se hace en sentido jurídico propio, sino que comprende toda norma jurídica escrita de rango reglamentario (dictada por la Administración) o superior (por ejemplo, una Ley) dictada por un poder público. Para poder apreciar la infracción de reglamentos es preciso que la misma guarde relación con el resultado, que éste sea objetivamente imputable a aquella. Si la infracción de reglamentos no tiene nada que ver la producción del hecho típico, es irrelevante a efectos penales.

La imprudencia simple constituye hoy una falta (hasta la reforma de la LO 3/1989, la imprudencia simple con infracción de reglamentos era delito), siempre que con ella se cause "un mal en las personas que, de mediar dolo, constituiría delito" (castigada con pena de arresto menor y multa de 50.000 a 100.000 pesetas si hay infracción de reglamentos y con 1 a 15 días arresto menor o multa de 50.000 a 100.000 pesetas si no la hay: art. 586 bis) o "se causen daños en las cosas cuyo importe exceda de la cuantía del Seguro Obligatorio" y haya infracción de reglamentos (art. 600 CP, que impone una pena de 25.000 a 100.000 pesetas). En ambos casos sólo es perseguible previa denuncia del ofendido o perjudicado. Los demás supuestos (la realización imprudente, con imprudencia temeraria o simple, de un hecho que de mediar dolo sería constitutivo de falta -faltas imprudentes- o de un delito que no sea contra las personas o de daños; la causación de daños por imprudencia simple de importe inferior al Seguro Obligatorio o sin infracción de reglamentos) son hoy impunes.

#### IV. Peculiaridades del Derecho español. El sistema de cláusulas generales

A diferencia de la práctica totalidad de los Ordenamientos de nuestro entorno, en los que la comisión imprudente del delito sólo es punible en los casos expresamente previstos por la Ley (sistema de incriminación cerrada o de *numerus clausus*), nuestro CP emplea un sistema de incriminación abierta del delito imprudente, a través de las cláusulas generales de los artículos 565, 586 bis y 600 CP, que, en relación con el correspondiente tipo de delito (homicidio, lesiones ...) castigan con carácter general la comisión imprudente de todos los delitos.

Este sistema de cláusulas generales no significa, como entendieron cierto sector jurisprudencial y doctrinal, que en nuestro Derecho se consagre un único "delito de

imprudencia" con resultado de muerte, de lesiones, de aborto, de daños ... (crimen culpae). El delito sigue siendo el homicidio o las lesiones, cuya modalidad comisiva no es dolosa, sino imprudente (crimina culposa). El adoptar uno u otro planteamiento no es sólo una cuestión terminológica, sino que tiene importantes consecuencias prácticas: de producirse múltiples resultados típicos (múltiples muertes o lesiones) con una sola actuación imprudente, no tendremos un único "delito de imprudencia" con resultado de varias muertes y lesiones (como ha venido entendiendo la Jurisprudencia), sino tantos homicidios o lesiones imprudentes como resultados se hayan producido, en relación de concurso ideal si derivan de una sola actuación imprudente, solución que viene exigida no sólo por la lógica jurídica, sino por el principio de justicia material.

Por lo demás, pese a la gran amplitud de esas cláusulas generales, tanto la doctrina como la Jurisprudencia admiten que las mismas no son aplicables en una serie de supuestos: 1º. En aquellos delitos cuya comisión exige dolo expresa (con expresiones como "de propósito", "maliciosamente", "a sabiendas...") o tácitamente (por deducirse normalmente de la modalidad de comisión o del verbo típico empleado por la ley, por ejemplo, en los delitos de coacciones, art. 496, o de violación violenta, art. 429,1º). 2º. Aquellos delitos en que la ley ha previsto expresamente el castigo de alguna modalidad imprudente, en cuyo caso no resultan de aplicación las cláusulas generales ni para el supuesto expresamente previsto, ni para los no previstos (en los que la voluntad de la ley es que sean impunes). Por ejemplo, en los supuestos de prevaricación judicial, art. 355, que castiga sólo los supuestos de "negligencia o ignorancia inexcusables". 3º. La doctrina y jurisprudencia dominantes suelen excluir también la comisión imprudente en los delitos con elementos subjetivos del injusto. Sin embargo, tal exclusión no puede hacerse de forma automática, sino que es una cuestión de interpretación de cada tipo. En algunos delitos, como el asesinato con móvil de precio (art. 406,2º), no será conceptualmente posible la comisión imprudente, pero sí en otros delitos con elementos subjetivos del injusto como el infanticidio (art.410) o la violación por error vencible acerca de la edad de la víctima (art. 429,3º).

Por último, es también falso que no quepa la comisión imprudente en los delitos que exigen un "presunto" "dolo duplicado" (por ejemplo, el parricidio: dolo de matar y de matar al padre) o en los delitos de mera conducta activa u omisiva. En cuanto a los primeros, la exigencia del "dolo duplicado" es falsa y no representa, por tanto, ningún obstáculo a la punición de su comisión imprudente. En cuanto a los delitos de mera conducta, la no producción del resultado en ellos no excluye su punición imprudente, pues la exigencia de producción del resultado sólo se da en los delitos de resultado. Los de mera conducta son punibles en su modalidad imprudente cuando se consuman, esto es, cuando el autor realiza en su totalidad la acción típica.

Estas discrepancias en cuanto a la punibilidad o no de la comisión imprudente de ciertos delitos lesionan la seguridad jurídica y son el principal argumento esgrimido por la doctrina para reclamar la supresión de las cláusulas generales y la adopción de un sistema de *numerus clausus*.

## V. La concurrencia de culpas (imprudencias)

Bajo esta rúbrica se tratan los supuestos en que la actuación imprudente del autor viene acompañada de la imprudencia concurrente de la víctima o de un tercero, de forma que la producción del resultado es producto de la acción concurrente de todas ellas. La Jurisprudencia más antigua negaba toda eficacia a la concurrencia de culpas, por entender que en Derecho penal no cabe la compensación de culpas como institución paralela a la compensación de deudas en Derecho civil, lo cuál es cierto, pues en Derecho penal carecería de sentido que dos conductas imprudentes que concurren en la causación de un resultado lesivo se compensaran, anulándose entre sí. Sin embargo, con posterioridad la Jurisprudencia comienza a admitir que la imprudencia concurrente de la víctima o de un tercero puede degradar la imprudencia del autor (de temeraria a simple, e incluso de simple antirreglamentaria a simple sin infracción de reglamentos, lo cuál es incorrecto) e incluso, excepcionalmente, llegar a excluir la responsabilidad del autor, fundamentándolo en la causalidad (interrupción o ruptura del nexo causal).

Aunque esta solución es justa y correcta en los resultados a los que llega, su fundamentación es incorrecta. No se trata de que la imprudencia concurrente de la víctima o de un tercero interrumpa el nexo causal (pues la imprudencia concurrente no puede afectar al dato ontológico de la causalidad), sino de examinar si la misma afecta a la imputación del hecho al autor, degradando su responsabilidad o excluyéndola. En los supuestos de concurrencia de culpas pueden darse las siguientes hipótesis:

1º. Que la imprudencia concurrente de la víctima o de un tercero sea de tal entidad que ese tercero o la propia víctima sean los autores del delito (determinando objetivamente el hecho), debiendo negarse tal cualidad al inculpado, cuya conducta es un mero favorecimiento imprudente impune. Por ejemplo, el policía que deja al alcance de su novia, que sufre una fuerte crisis depresiva con inclinaciones suicidas, su pistola cargada, que la mujer emplea para suicidarse.

2º. Que el sujeto sí sea autor (supuestos de autoría accesoria culposa), pero la imprudencia del tercero sea de tal entidad que excluya la imputación objetiva (porque tal conducta concurrente no sea previsible, o porque escape del fin de protección de la norma o del riesgo inherente a la acción inicial) de lo que deriva igualmente su impunidad. Por

ejemplo, el supuesto del conductor que circula por el carril izquierdo y ante el que se abalanza de forma inopinada un niño o un suicida, al que no puede evitar.

3º. Que la culpa del tercero o de la víctima no excluya la autoría, ni la imputación objetiva (no excluyendo, por tanto, la responsabilidad del autor), pero influya en la gravedad de la imprudencia inicial de éste, degradándola de temeraria a simple. Por ejemplo, el conductor que no se detiene ante un semáforo en ámbar, que cruza a gran velocidad, atropellando a un peatón que, a su vez, cruzaba con el semáforo aún en rojo para los peatones y de forma atolondrada. Ahora bien, la degradación puede producirse de imprudencia temeraria a simple y de simple a levísima (determinando la impunidad), pero resulta inadmisibile la degradación de imprudencia simple con infracción de reglamentos a simple sin infracción de reglamentos, propuesta por alguna Jurisprudencia.

## Bibliografía

CORCOY BIDASOLO M., *El delito imprudente*, PPU, Barcelona,1989. CUELLO CONTRERAS, *Culpabilidad e imprudencia*, Ministerio de Justicia, Madrid,1990. LUZÓN PEÑA D.M.; *Derecho penal de la Circulación 2ª*, PPU, Barcelona,1990. LUZÓN PEÑA D.M., *La nueva regulación de los delitos y faltas imprudentes desde la L.O. 3/1989*, en: *Derecho de la Circulación*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 231ss. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L., *Teoría del delito imprudente*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991. TORÍO LÓPEZ A., *Sobre los límites de la ejecución pro imprudencia*, ADPCP 1972,53ss. TORÍO LÓPEZ A., *El deber objetivo de cuidado*, ADPCP 1974,25ss.

DPC

# Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley Antidroga: en atención particular a la necesidad de distinguir entre tráfico y consumo de drogas

Elías Carranza  
Experto Científico de ILANUD

*Sumario: El adicto: un problema de salud. El traficante: un delincuente.*

Nicaragua tiene a consideración de su Asamblea Legislativa un proyecto de nueva "Ley de estupefacientes, sustancias sicotrópicas y otras sustancias controladas".

La necesidad de legislaciones eficaces para combatir los diversos delitos que se reúnen bajo la denominación genérica de "tráfico ilícito de drogas" es evidente, no sólo en Nicaragua, sino en los países de nuestra región y fuera de ella. Es conveniente, asimismo, que sean legislaciones compatibles entre sí, que favorezcan acciones de cooperación entre países. Esto en razón de la naturaleza transnacional de esta empresa delictiva, con actividades de cultivo, procesamiento y tráfico, distribución estratégica en muchos países, y extraordinaria capacidad de "traslado" de sus actividades, eludiendo la persecución de la Justicia.

Un punto de la mayor importancia al programar la política criminal en materia de drogas es distinguir claramente el consumo del tráfico ilícito. Ambos están estrechamente relacionados, sin embargo las acciones eficaces para reducir uno y otro son distintas.

Mientras el tráfico ilícito de drogas es un problema penal, la drogadicción es un problema de salud. Mientras los transgresores penales son perseguidos y traídos coactivamente a la Justicia, el único tratamiento eficaz para recuperar a los adictos consiste en lograr, por parte de ellos, el reconocimiento de su enfermedad y su consiguiente voluntariedad para someterse a la terapia.

## El adicto: un problema de salud

Este es un punto en el que consideramos que el proyecto de ley debería ser corregido. El texto no distingue con la claridad necesaria al traficante del adicto, generando en los artículos 63 y 64 una persecución encubierta de este último y de su familia, respecto de la cual prescribe que "deberá responder el cumplimiento de sus obligaciones (del drogadicto) mediante caución...".

Rápidamente enunciamos la razón terapéutica que fundamenta este criterio: el indispensable reconocimiento de su voluntariedad para someterse a tratamiento. Esto ha sido ampliamente corroborado por la investigación científica y sólo se logra cuando no existe persecución penal contra el enfermo ni abierta ni encubierta, y los terapeutas pueden, por tanto, acceder a la comunicación y al diálogo con él. Cuando, por el contrario, existe cualquier forma de persecución, el drogadicto se oculta, niega su condición y la comunicación se interrumpe.

## El traficante: un delincuente

Todo esto vale para los adictos desde el punto de vista terapéutico y de la autonomía de su voluntad. Pero también desde el punto de vista de la eficacia de la persecución penal del tráfico ilícito, es indispensable la fluida comunicación con el adicto, y que éste perciba la posibilidad de recibir por medio de los funcionarios del Estado la asistencia que necesita, y nunca la amenaza penal. El drogadicto es un eslabón —el último de la cadena— de la mayor importancia para identificar y perseguir penalmente al traficante.

Una política de persecución penal contra el adicto no sólo dificulta su cooperación con la justicia penal sino que genera también otros fenómenos incontrolables no deseados, como corrupción policial, por medio de la extorsión a los adictos, e inflación penitenciaria incontrolada: es más sencillo para la Policía —en su necesidad exhibir eficacia— encerrar quince adictos, que apresar un solo traficante. Pero también de esta manera se malgastan ingentes recursos humanos y económicos, y mientras tanto el verdadero negocio de la droga continúa extendiéndose.

Para combatir con éxito el tráfico ilícito de drogas es necesario, por tanto, orientar claramente las acciones penales necesarias—algunas de las cuales deben ser muy severas, como cuando en el negocio se involucran a menores de edad— y no confundirlas con las acciones que en ámbito de la salud deben realizarse para recuperar a los adictos.

DPC

# El Comportamiento de la Criminalidad en Nicaragua<sup>1</sup>

Aminta Granera Sacasa

Jefe Secretaría Ejecutiva

Dirección General de la Policía Nacional

*Sumario: La estructura de la actividad delictiva en Nicaragua. La expresión territorial del delito. El índice delictivo por departamento para 1993. El comportamiento de algunos delitos importantes.*

La problemática del delito es una preocupación que no sólo atañe a la Policía Nacional, sino que esta trasciende la esfera policial, ya que el delito como hecho eminentemente social afecta a todos y cada uno de los sectores de la sociedad nicaragüense, lo que nos obliga a abordar y enfrentar dicha problemática de una manera integral.

El análisis sobre el Comportamiento de la Criminalidad en Nicaragua, lo haremos tomando como marco de referencia el período comprendido entre 1980 a 1994, valorando en él, el comportamiento de cuatro variables:

1. La ocurrencia delictiva en Nicaragua durante el período en referencia.
2. La Estructura Delictiva. Proporción que corresponde a cada una de las tipificaciones delictivas.
3. La Expresión Territorial del Delito
4. El Comportamiento de algunos delitos. Estos referidos a los de mayor incremento y peligrosidad.

Antes de iniciar es necesario aclarar que las cifras estadísticas y comportamientos que vamos analizar es lo que se conoce como **Criminalidad Aparente**, es decir aquellos delitos que han sido denunciados ante la Policía y por tanto esta tiene conocimiento, pero que en ningún momento se corresponde con la magnitud real del fenómeno delictivo, ya que este es, suponemos mucho mayor que el registrado.

Cuando analizamos la Ocurrencia delictiva en Nicaragua observamos que durante el período de 1980 a 1994 se presentaron dos marcadas tendencias: La primera tendencia que va de 1980 a 1982 en donde se produjo una reducción violenta del fenómeno delictivo y la segunda tendencia de

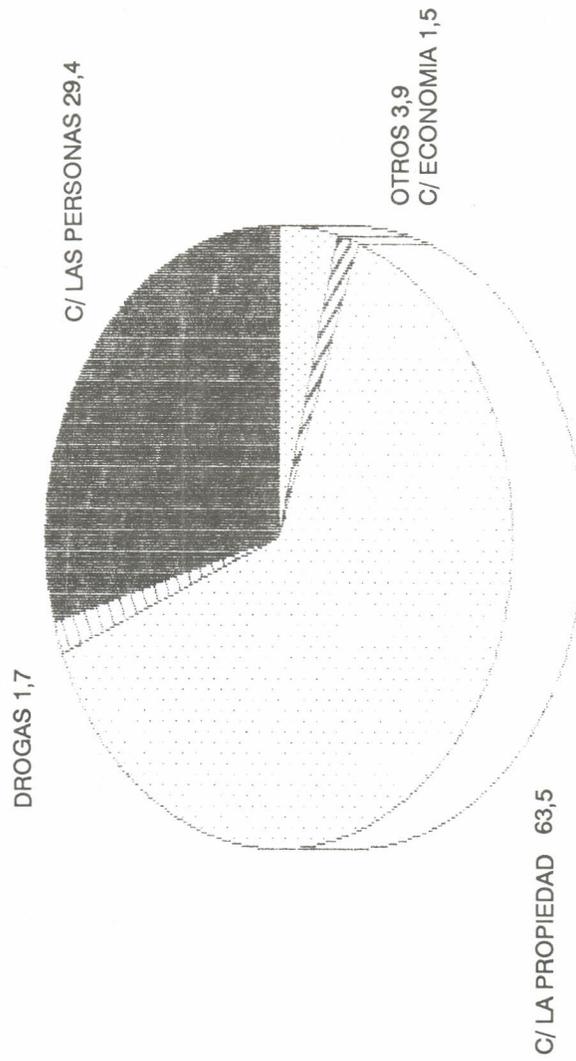
carácter ascendente que va de 1984 a 1993, la que se ha mantenido a un ritmo insostenible. El promedio diario en Nicaragua era de 106 delitos durante el año 1980, sin embargo este índice bajo drásticamente a 23 delitos por día durante el año 1982. Esto puede explicarse a partir de que durante esta etapa se desplegó todo un aparato de seguridad que frenó la actividad delictiva a su mínima expresión, pero ya para 1984 se inicia un avance progresivo de los niveles de crecimiento hasta alcanzar en 1993 un total de 118 delitos diarios. La tasa de incremento anual que se registro en 1990 fue del 7%; para 1991, 10%; 1992 el 16% y en el 93 el incremento anual del delito fue del 18%. En estos últimos 4 años, los delitos se aumentaron en un 2.6%, es decir se triplicaron. Esto nos muestra como se ha registrado un incremento no sólo en términos absolutos, sino en las tasas anuales del delito. Quisiéramos resaltar este hecho, ya que si bien es cierto el incremento delictivo no es particular de Nicaragua, sino de todos los países en desarrollo, este crecimiento se corresponde con el incremento poblacional, sin embargo, en el caso particular de Nicaragua, la población crece a un ritmo del 3.3% y la criminalidad alcanza un 18%, es decir, la Criminalidad crece 5.5 veces más que el aumento de la población.

## La Estructura de la Actividad Delictiva en Nicaragua

Esta segunda variable se ha mantenido estable durante el período que abordamos, correspondiendo el mayor porcentaje a los delitos contra la propiedad siendo del 63.5%, los delitos contra las personas alcanzaron el 29.4%; los de drogas el 1.7%; los delitos contra la Economía el 1.5 y otros delitos tuvieron el 3.9%. (Cuadro No. 1)

1 Ponencia presentada en el Curso de Vacaciones sobre "Derecho Penal", 1993, realizado en la Universidad Centroamericana, Managua, Nicaragua del 17 de enero al 25 de febrero; dirigido y organizado por Prof. Dr. Diego-Manuel Luzón Peña, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares y por Sergio Cuarezma Terán, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Centroamericana (UCA), en colaboración con el Programa de Derechos Humanos de la UCA/CCE.

# ESTRUCTURA DE LA ACTIVIDAD DELICTIVA 1981 - 1993



Las familias de delitos contra la propiedad y contra las personas han experimentado variaciones durante todo el período, lo cual corresponde con la situación social, política y económica que ha tenido el país durante los últimos 13 años. Los años donde los delitos contra las personas alcanzaron un mayor porcentaje y por el contrario los delitos contra la propiedad tuvieron los límites más bajos, coinciden con los primeros años del gobierno sandinista, en el cual los indicadores económicos alcanzaron mayores niveles. A partir de 1985 al 88 la proporción de los delitos contra las personas disminuyó en relación con la proporción de los delitos contra la propiedad. Esto no significa que los delitos contra las personas disminuyeran, sino que ambos aumentaron pero una en mayor escala que la otra.

A partir de 1989 – 90 al 92, experimentó una recuperación en la proporción de los delitos contra las personas, existiendo factores que incidieron en este fenómeno, tal es el caso de: la desmovilización de la resistencia Nicaragüense, la drástica reducción del Ejército Popular Sandinista en un 80%, la polarización política en el Norte, la lucha por la tierra en Nicaragua y todo el fenómeno de violencia que ha experimentado el país, lo que se a visto reflejado en el aumento de los indicadores de los delitos contra las personas con respecto a los delitos contra la propiedad. Para 1993, esta

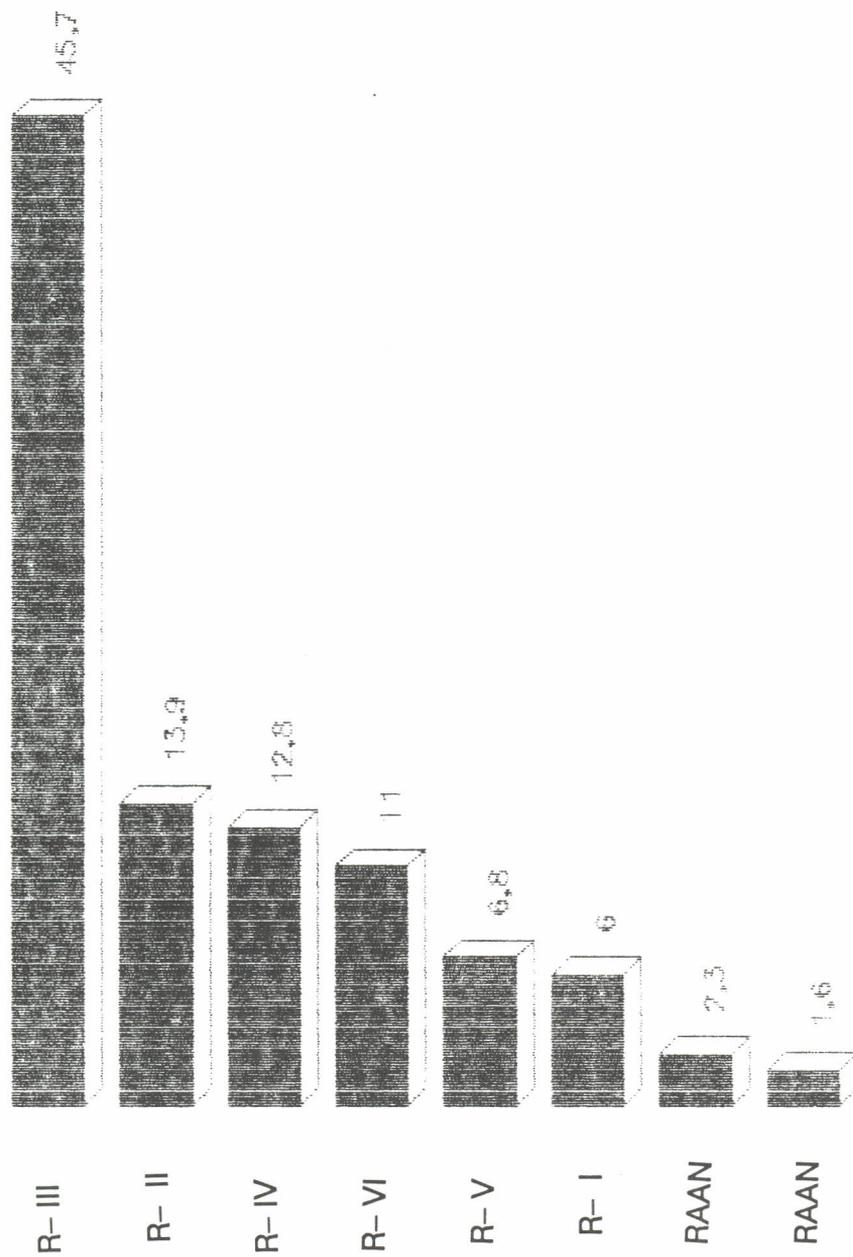
proporción varía y se incrementan los delitos contra la propiedad. Esta variación dependen, a nuestra juicio con el impacto de la crisis económica en Nicaragua, la cual repercute en la proporción que toman las dos principales tipicidades delictivas. Para efectos de ampliar lo anterior tenemos que entre 1991 y 1992 se produjeron 505 tomas de tierras (de manera violenta) y 446 encuentros armados entre Recontras y Recompas<sup>2</sup>.

### La Expresión Territorial del Delito

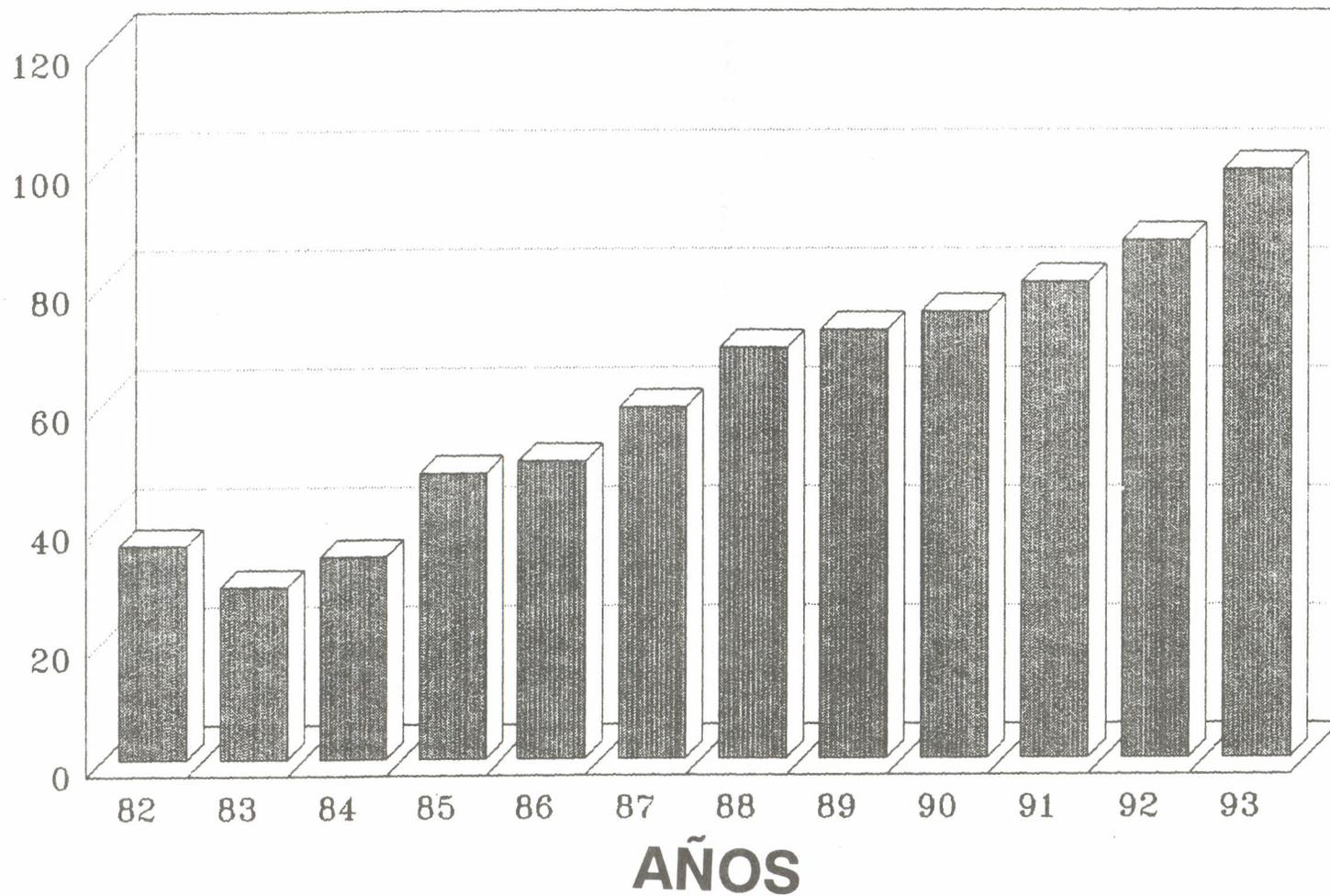
Los datos que se tienen sobre la comisión de delitos en el país, son a partir de la división política que se tuvo durante la década del gobierno sandinista, es decir, por regiones. La región de Managua concentró el 46% de los delitos ocurridos en el período, seguidamente encontramos a la Región II (León y Chinandega), la Región IV (Carazo, Masaya y Granada) y las Zonas Especiales, las cuales tienen los niveles más bajos en términos absolutos. Si relacionamos la ocurrencia con la población de cada una de las regiones, nos encontramos con que: Managua además de aglutinar el mayor número de delitos, es también la región con el índice delictivo demográfico más alto de Nicaragua (relación de delitos cometidos por cada 10.000 hab.). (Cuadros No. 2 y 3).

2 Grupos armados que tienen su origen durante el período sandinista. Los recontras son grupos pertenecientes a la ex-resistencia nicaragüense que no han depuesto sus armas y los recompas son ex-miembros del Ejército, Ministerio del Interior y Combatientes históricos del Frente Sandinista.

# INDICE DE LA OCURENCIA DELICTIVA 1983 - 1993



# INDICE DELICTIVO DEMOGRAFICO 1982 - 1993



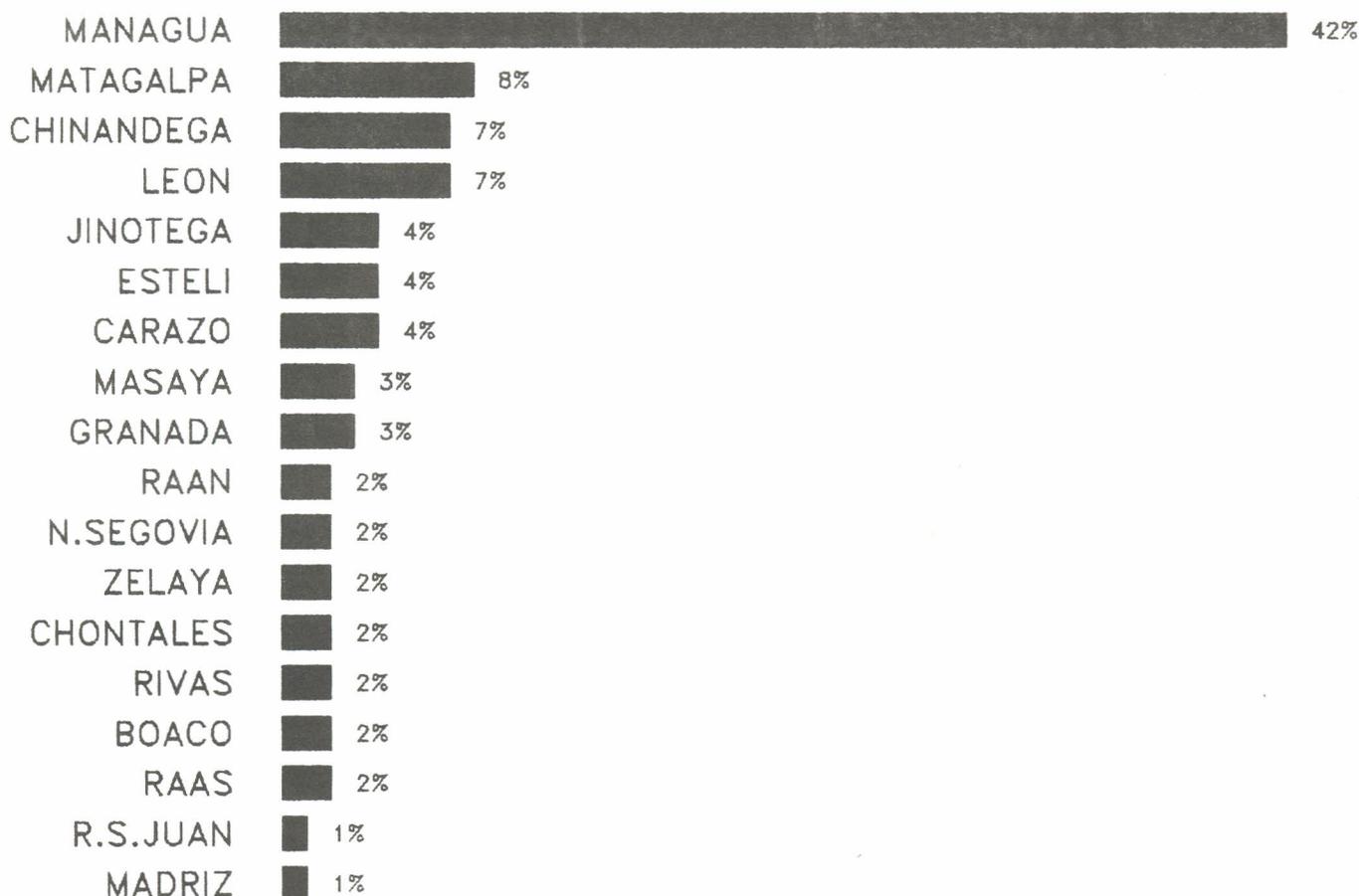
El índice delictivo por departamento para 1993 es el siguiente:

RAAS y Río San Juan están en último lugar; Carazo con un 4%, Rivas con el 2%, sin embargo, estos departamentos reflejan porcentajes pequeños con respecto al aporte global de la delincuencia. Encontramos que Carazo, en relación al índice delictivo demográfico ocupa el segundo lugar con 103 delitos por cada 10.000 habitantes, a la Región del Atlántico Sur con 103 delitos y León con un índice delictivo medio. Para fines de identificación los índices delictivos se han dividido en alto, medio y bajo. Los Departamentos que tiene un índice bajo, es decir por debajo de los 70 delitos por cada 10.000 habitantes son: Madriz, Chontales, Boaco, Granada,

Masaya y Nueva Segovia; los que tienen índice medio o sea entre 70 y 100 delitos por cada 10.000 hab: RAAN, León, Chinandega, Jinotega, Matagalpa y Rivas y los de índice alto son: Río San Juan, RAAS, Carazo y Managua.

En cuanto a los porcentajes de incremento, encontramos que para 1993, los departamentos que tuvieron un incremento delictivo bajo, menor del 10% han sido Granada, RAAS, Estelí y Masaya, los que tuvieron un incremento medio entre el 10% y 20% fueron Madriz, León, Managua, Chontales, Río San Juan, RAAN y Matagalpa. Por último encontramos los de nivel alto, que son los que sobrepasan la media del país: Nueva Segovia, Chinandega, Carazo, Rivas, Boaco y Jinotega.

## PROPORCION DE DELITOS POR DEPARTAMENTO 1993



## El Comportamiento de algunos Delitos importantes

En materia de delitos, el asesinato y el homicidio ocuparon un lugar preponderante durante el período que se analiza, teniendo un leve descenso en 1993, pero en menor medida los asesinatos en relación a los homicidios.

Las violaciones son uno de los delitos que ha experimentado un crecimiento alarmante. Durante 1993, se vio aumentado en un 35%, siendo uno de los delitos que ha mantenido un crecimiento progresivo en los últimos años a excepción de los secuestros que registró un aumento del 156% con respecto a los años anteriores, la violación es el delito que registra niveles porcentuales altos.

El asalto o robo con intimidación es otro de los delitos que se abultaron durante el período en estudio. El año 1990 fue clave para el análisis de la delincuencia en Nicaragua, encontrándonos que el robo con intimidación alcanzó el 87% con relación al período anterior.

En 1990 el crecimiento fue sensible, muy por encima del promedio global del delito en 1993. Se produjeron un total de 3.016 asaltos a nivel Nacional, siendo Managua la de mayor incidencia (1094 asaltos). El robo con fuerza y violencia cuya tendencia fue frenada durante 1991-92 sufrió un sorprendente incremento en 1993. En relación con el abigeato este se vio golpeado fuertemente durante el año 92, producto de acciones combinadas entre la Policía y los productores, sin embargo, esto no pudo continuarse debido a recortes presupuestarios, lo que incidió en que para 1993 tuviera un repunte en casi el 25%, siendo los departamentos más afectados con este delitos Matagalpa, León, Chinandega, Managua, RAAN y Boaco.

Las lesiones podemos señalar que al igual que los delitos anteriores han venido en ascenso progresivo y donde encontramos que el 52% de las víctimas de lesiones son mujeres, sin embargo los victimarios están entre el 3% y 8%.

No queremos finalizar esta valoración de la evolución del delito en Nicaragua, sin antes abordar un elemento importante a considerar que es los delincuentes.

La Policía Nacional durante 1993 capturó a un total de 25,762 supuestos comisores de delitos, (aspecto que posiblemente será investigado con mayor detenimiento a partir del apoyo que brinde el Programa de Derechos Humanos de la UCA/CCE) de 42.394 delitos, los cuales no siempre son cometido a razón de 1 a 1, sino que pueden ser cometido por 2, 3, 4 o bandas de 10 o 12 delincuentes. Sin embargo, aunque la correspondencia fuera de 1 a 1, la diferencia que encontramos entre los capturados y los delitos cometidos es casi del 40%. Actualmente existen 2.669 internos en el Sistema Penitenciario Nacional, pero de estos, no todos fueron capturados durante 1993, sino condenados de años anteriores. Entonces ¿Cuántos hay sancionados realmente? 1,356, lo que representa a penas un 6.3% en relación al total de delitos cometidos y un 3.2% con respecto a los comisores de delitos. Si graficáramos esta diferencia, nos encontraríamos que se abre una curva entre uno y otro, ya que entre mayores son las tasas de criminalidad, los delincuentes son menores. Por eso señalábamos que es importante detenernos a analizar este fenómeno, para poder hablar de la **impunidad** en Nicaragua.

En relación al índice de la criminalidad de estos detenidos, es decir los delincuentes primarios, reincidentes o multireincidentes, hallamos que existe un 87% mas o menos de reincidencia global. No obstante vemos que en los delitos contra las personas el índice de reincidencia en los comisores de delitos pasa de un 6.2% en 1990 a 8.7% en 1993, que es el mayor del período que hemos venido analizando, lo que indica que el círculo se viene reduciendo.

Finalmente, el problema del delito como señalamos al inicio no es privativo de la Policía, es un hecho que impacta a la sociedad en su conjunto y como tal nos incumbe a todos encontrarle una salida viable al fenómeno del delito, involucrando a las Cámaras de Comercio, los Bancos, las distintas organizaciones de productores, en fin, a todos los sectores para que desde su perspectiva se involucren en la prevención y control del delito.

**DPC**

# Ley, Alianza y Mandamientos en el Antiguo Testamento: notas sobre su naturaleza, sentido contextual y significación contemporánea

Armando Sánchez Bermúdez

Psicólogo clínico e Investigador científico

Escuela Católica de Teología Mater Evangelli, Nicaragua

*Sumario: Antigua Alianza o Antiguo Testamento. Fórmula de Alianza. Alianza y Matrimonio. Alianza y Ley. Alianza e Individualismo. Importancia de la Alianza. Efectos de la Alianza. Antigua Alianza y nueva Alianza. Alianza como yugo o carga. Los Fiadores de la Alianza. ¿Por qué fueron ellos los elegidos? ¿Cuál es la esencia de la ley? Las dos tablas de la Alianza. Los diez Mandamientos. Los diez Mandamientos y Moisés. Decálogo y negatividad. Los Mandamientos. Conclusión. Bibliografía.*

¿Qué significancia tienen para nosotros unos textos que –pasando por la tradición oral– se empezaron a poner por escrito hace unos tres mil años e insertos en una cultura oriental? ¿Por qué la sensación de carga, y por lo tanto de rechazo, frente a un conjunto de prohibiciones codificadas en la Biblia y asimilada, de una u otra manera, en nuestro código de valores comportamentales?

Para responder a estas interrogantes partimos de los siguientes presupuestos: por una parte, el pueblo del antiguo Israel fue el artífice y depositario de una relación especial con Dios, desde la cual Dios mismo se revela a la humanidad como un Dios liberador y salvador; y por otra parte, esta revelación es heredada por el nuevo pueblo congregado en Cristo y transmitida a través del fenómeno de la cristiandad, llegando hasta nosotros por las mediaciones propias de nuestra cultura occidentalizada, distinta a la original de la cual proceden dichos textos.

Esto nos plantea volver a las fuentes, haciendo una relectura de los textos desde la comprensión de las matrices antropológicas desde la que fueron concebidos, e igualmente importante, con una profunda reverencia ante la experiencia de fe de un pueblo que regula sus relaciones sociales y su ordenamiento jurídico, desbordado por la acción y presencia de un Dios bueno, misericordioso, tierno, a la vez que celosos, fuerte y poderoso.

No pocas personas se angustian por las prohibiciones veterotestamentarias (Antiguo Testamento), especialmente aquellas relacionadas con el comportamiento sexual, quienes, aunque espoleados por una norma asumida por la cristiandad de forma descontextualizada o mejor, desencarnada, se ven –en muchos casos, sino en la mayoría– contrastados con la práctica.

Reflexionemos, pues, a través de estas notas sobre el sentido contextualizado y la significancia de los textos de la alianza, ley y mandamientos en el Antiguo Testamento.

## Antigua Alianza o Antiguo Testamento

En una alianza los dos contratantes son iguales en derechos y ambos ponen sus condiciones. Alianza es lo que se lleva a cabo entre dos personas de igual dignidad.

En un testamento uno de los contratantes es el dueño de lo que se testa y tiene todos los derechos; es él quien pone las condiciones y el receptor del testamento solamente le queda aceptarlo como está o rechazarlo en bloque. El testamento es un trato que se da entre alguien que es dueño y alguien que no tiene aquello que se le va a heredar; normalmente se da, pues, entre personas de igual dignidad.

Lo que se da entre Dios y su pueblo no sería, en términos legales, una alianza: no se trata de seres de la misma dignidad o categoría, es Dios quien pone todas las condiciones. Por eso, la versión griega del Antiguo Testamento ya le da a la alianza el sentido de "testamento" y de allí que la "antigua alianza" vino a llamarse "antiguo testamento". Sin embargo, a la hora de analizar los detalles del asunto, nos encontramos con que el trato entre Dios e Israel es un testamento en forma legal de alianza.

## Formula de Alianza

Dios utiliza la tan conocida fórmula típica de alianza entre un Gran Rey y sus reyes vasallos. Estos pactos estaban constituidos, ya en el segundo milenio antes de Cristo, por seis elementos:

1- Se identifica el Gran rey, que es quien otorga el tratado: "Así dice X, el Gran Rey...etc". A eso alude, desde luego, pasajes típicos como "Yo soy el Señor" (Exodo 20,1-2) o "Así dice el Señor, el Dios de Israel" (Josué 24,2).

2- Se exponen, pormenorizadamente, el trasfondo histórico de las relaciones entre el Gran Rey y el vasallo. Se subrayan especialmente las benéficas intervenciones del Gran Rey. No se trata nunca de una enumeración formularia, sino de un relato histórico, y su propósito es ligar al vasallo con el rey mediante el afecto, es decir, mediante el agradecimiento. De allí viene que antes de anunciar la ley se relata toda la creación, la vida de los patriarcas y el éxodo desde Egipto. Fue el Señor quien sacó al pueblo de la esclavitud de Egipto (Exodo 20,2) y le dio una tierra para habitar (Josué 24, 2-13).

3- El relato presenta a continuación las estipulaciones de la alianza, las cláusulas enumerando las obligaciones del vasallo.

4- El tratado típico de vasalleje mandaba a continuación que el documento de alianza fuera depositado en el templo del vasallo y que se leyera públicamente a intervalos regulares (Véase Josué 24, 26; Deuteronomio 31,9-13; Exodo 25,16.21; I Reyes 8,9). 5- La quinta sección del tratado típico estaba dedicada a invocar a los dioses de las partes respectivas como testigos de la alianza. En Josué 24 dice: "Ustedes son testigos", es decir que, en el caso de Israel, los testigos no son dioses (pues Israel es un pueblo monoteísta), sino los mismos miembros del pueblo. Los profetas llaman como testigos contra el pueblo, en caso de violaciones a la alianza, a los cielos y la tierra (Ver Isaías 1,2; Oseas 2,21-22; Miqueas 6,2).

6- Finalmente, el tratado concluye con una serie de bendiciones y maldiciones que recaerán sobre quien guarde o quebrante el tratado (Exodo 23,20-33; Levítico 26; Deuteronomio 27 y 28; Josué 8,34).

Las estipulaciones de un tratado de vasallaje obligaban sólo mientras vivieran las partes contratantes, por eso las ceremonias de renovación de la alianza de Israel.

### Alianza y Matrimonio

La alianza entre Dios y su pueblo fue concebida por éste como un matrimonio entre Dios e Israel. Un matrimonio por amor. Un matrimonio en que Dios es el esposo fiel, pero celoso. Un marido que no permite que nadie ocupe su lugar que sólo a él corresponde.

Por eso, la alianza de Abrahám es significativa exteriormente con la circuncisión, que era una preparación inmediata para el matrimonio entre los pueblos de la región.

Por eso mismo, la idolatría se le llama prostitución y adulterio. Así mismo, la virginidad, en Israel, es siempre concebida como preparación para el matrimonio, para la

alianza; nunca es valorada como un estado en si misma. En Israel ea inconcebible una mujer sin alianza con Dios. (Ver Oseas 1-2;11-14; Jeremías 23; Ezequiel 16; Isaías 54 y 62).

### Alianza y Ley

Claro que la alianza tenía un aspecto jurídico, pero ese aspecto quedaba, para Israel, desbordado por todas partes, porque Dios es quien se compromete y compromete, y Dios es amor.

Para el pueblo de Israel, Dios es como un padre que guía a su hijo porque lo ama: Oseas 11,1-4.

Dios es como una madre que jamás abandona ni descuida el fruto de sus entrañas: Isaías 49,14-16.

Dios es como un pastor que se preocupa de cada una de sus ovejas y que las sirve: Ezequiel 34.

Dios es como un esposo enamorado que logra a fuerza de amor que retorne a él la esposa infiel: Oseas 2,14-20; Ezequiel 16.

Dios es como un agricultor que adora su tierra y le prodiga todos los cuidados: Isaías 5,1 ss.

### Alianza e Individualismo

La alianza no se hace con cada uno en particular, sino con el pueblo de Dios como pueblo. La mentalidad individualista, desolidarizadora, es inconcebible en Israel. Sólo formando parte del pueblo se tiene parte en la alianza y sus promesas, como sólo formando parte del cuerpo tiene vida un órgano determinado.

### Importancia de la Alianza

La alianza del Sinaí marca el punto culminante del todo el Pentateuco (los primeros cinco libros de la Biblia, atribuidos a Moisés). Las alianzas anteriores (la de Adán, Noé o Abrahám) pueden ser consideradas como etapas preparatorias y todo lo que sigue vendrá a ser considerada, en Israel, como una consecuencia. La alianza del Sinaí es tan cumbre del Antiguo Testamento que todo lo posterior es considerado como una repetición de sus hechos salvíficos, y así se hablará de una "nuevo éxodo", de una "nueva alianza" (Jeremías 31,31), de un "nuevo matrimonio" (Oseas 2,16; Jeremias 31,3; Isaías 54,2-8).

De allí nace también que toda la legislación haya sido retrotraída a Moisés. Toda la legislación posterior tendrá que inspirarse en los principios sentados por Moisés.

## Efectos de la Alianza

Gracias a la alianza:

1- En dirección vertical se establece relaciones especiales entre los israelitas y Yahvé. Yahvé se constituye en el Dios de Israel e Israel se convierte en el pueblo de Dios (Deut. 29,12; Lev. 26,12; Jer. 7,23; Ezeq. 11,20). Por la alianza, Israel queda constituido pueblo de Dios, primogénito de Yahvé, nación santa, reino de sacerdotes, propiedad peculiar de Yahvé, su herencia, su siervo.

Por la alianza Dios habita en medio de su pueblo (la tienda y el arca: Exodo 25,40). Por la alianza, Dios exige a su pueblo la santidad (libro del Levítico). Por la alianza, Dios ama a su pueblo y pide de éste la misma respuesta (libro del Deuteronomio).

2- En dirección horizontal, las relaciones especiales con Yahvé crean una solidaridad mutua entre los propios israelitas, relaciones que convierten en pueblo por primera vez a un grupo de diversos clanes. Los jefes de Israel pueden representar a Dios, pero no sustituirlos (libro de Números).

## Antigua Alianza y Nueva Alianza

La alianza no era un contrato jurídico que pudiera rescindirse, si fuera así, todo el libro de Oseas sería totalmente inútil. La alianza era una relación viva, desarrollo, creación. Sólo en este sentido se puede hablar de una "nueva" alianza.

Es verdad, sin embargo, que la antigua alianza aparece en la Biblia como una alianza condicionada, como si se dijera: Dios nos ama mientras seamos buenos o para que seamos buenos. La "nueva" alianza se manifiesta siempre como incondicionada, como si se dijera: Dios nos ama porque él es bueno. Con razón el capítulo primero de Juan (versículo 17) nos dice: si Moisés nos trajo la Ley, Jesús nos ha traído la gracia, el regalo, el don.

La antigua alianza seguía siendo demasiado exterior. La "nueva" permitirá una adhesión interior sin reservas (Jer. 31,31-34, Ezeq. 36, 25-28). La antigua era muy nacional, la nueva es absolutamente universal (Isaias 54,1.10; 55,3-5).

## Alianza como yugo carga

Nosotros los cristianos nos hemos acostumbrado a considerar la Ley, los mandamientos, el contenido legal de la alianza, como una carga dura, como un peso oneroso. No fue así nunca la mentalidad hebrea al respecto y desde la cual se consignaron estos escritos. Las palabras de la Ley fueron consideradas siempre como un honor, como un gran

privilegio concedido al pueblo de Israel, su mayor honra. Veamos los siguientes ejemplos sacados del Talmud israelita:

"Con cuatro cosas se comparan las palabras de la Ley. Con el agua, con el vino, con el aceite y con la leche. Con el agua pues da vida al mundo, viste la desnudez del mar y viene en gotas que se vuelven corrientes. Como agua va a las partes bajas y abandona las alturas, es causa de frescura y alegría. Da vida al sediento, lava al impuro, refrigera al encendido. Como vino, porque envejece en la vasija y cuando más viejo es mejor. porque es causa de regocijo al hombre y da alegría al mundo. Como miel, porque endulza a los niños y da salud a los enfermos. Como el aceite, porque es medicina y da vida. Leche con miel y con vino es la mejor figura de la ley" (Cant. R.1,Z ss).

"Con que puede compararse las palabras de la ley? Las palabras de la ley pueden compararse al fuego. Como el fuego viene del cielo y como el fuego son perdurables. Si un hombre se acerca mucho a ellas se quema, y si se aleja se hiela. Si son instrumentos para su trabajo, salvan al hombre. Si se sirve de ellas como medio de ruina, lo pierden. El fuego deja la marca en todos lo que lo usan. Eso mismo hace la ley. Cada hombre dedicado al estudio de la ley lleva impreso el sello de su fuego en sus hechos y en sus palabras" (Sifré Deut. Berakah, 343).

## Los Fiadores de la Alianza

El pueblo entero se considera fiador de la alianza y así leemos en un relato del Talmud:

"Los israelitas querían hacerse cargo de la ley, pero Dios exigió de ellos un fiador, para tener la seguridad de que siempre la cuidarían.

—Nuestros piadosos padres Abrahám, Isaacs y Jacob son nuestros fiadores— dijo el pueblo.

—No puedo aceptar tales fiadores —respondió el Señor—. pues hace mucho que han muerto.

—Toma a los profetas como responsables.

—Aún no han nacido —se negó Dios.

—Toma entonces a nuestros hijos.

Alegróse el Señor y dijo: —Sea bien venida esa fianza. Que vuestros hijos estudien mi ley y la transmitan a los hijos de sus hijos. Así mi enseñanza no caerá en el olvido."

## ¿Por qué fueron ellos los Elegidos?

Porque sí. Porque Dios es rico para con los pobres, para aquellos que no tienen en quien apoyarse sino a Dios. El talmud dice:

"Cuando Moisés llegó a las alturas, los ángeles oficiantes le preguntaron al Santo -bendito sea-: -Señor del Universo, ¿qué hace aquí, entre nosotros, un hijo de mujer? Les contestó: -ha venido para recibir la Ley. (Los ángeles insistieron): ¿cómo? este tesoro tan apreciado, que ha permanecido junto a tí durante novecientas setenta y cuatro generaciones antes de la creación del mundo, ¿lo vas a conceder a seres de carne y sangre? ¿qué es el hombre para que te acuerdes de él y el hijo del hombre para que lo cuides? (cfr. salmo 8,5)? Señor, Dios nuestro, cuán gloriosos es tu nombre en toda la tierra. Has puesto tu gloria sobre los cielos (cfr. salmo 8,2. En este versículo la "gloria" se entiende como la "ley") El Santo -bendito sea- le ordenó a Moisés: -refútalos; pero Moisés alegó: -temo que me consuman con el aliento ardiente de sus bocas. Entonces El le dijo: -agárrate al trono de la gloria... y (Moisés) le habló: -Señor del Universo, ¿qué hay escrito en la ley que tú me distes?: -Yo soy el Señor, tu Dios, que te sacó de la Tierra de Egipto (cfr. Exodo 20,2) y (a continuación) les preguntó (a los ángeles): -¿habéis estado en Egipto? ¿habéis sufrido la esclavitud de Faraón?... ¿por qué, pues, ha de ser vuestra la Ley?

Acto seguido les preguntó: -no está escrito en ella: No tendrás otros dioses? (cfr. Ex. 20,3). Acaso habéis vivido entre pueblos idólatras? -¿Y qué más hay escrito en ella? -Acuérdate del sábado para santificarlo (cfr. Ex. 20,3). ¿Acaso hacéis trabajos, para que os sea necesario descanso?... Y no está también escrito: Honra a tu padre y a tu madre? (cfr. 20,12). -¿Tenéis padres y madres?... Inmediatamente dieron (la razón) al Santo -bendito sea-, pues está escrito: Señor, Dios nuestro, cuán glorioso es tu nombre en toda la tierra..." (Shabbat 88b-89a).

## ¿Cuál es la Esencia de la Ley?

Esto fue siempre materia de discusión entre los rabinos y maestros. Oigamos cómo lo planteaban dos de los maestros más prestigiosos de Israel:

"Un pagano se presentó a Shammay, y le dijo: -me convertiré al judaísmo si eres capaz de enseñarme toda la Ley, la Ley entera, mientras pueda sostenerme sobre un pie. Shammay le rechazó con la regla de constructor que tenía en la mano. Cuando se presentó ante Hiliel (con la misma pretensión), éste le contestó (de la siguiente manera): 'lo que no quieres para tí, no lo quieras para tu prójimo'. esto es toda la Ley. lo demás sólo es comentario". (Shabbat 31a).

Jesús dirá después (Mateo 22, 35-40 que la Ley entera está pendiente del amor a Dios al prójimo.

San Pablo le resume diciendo: "Amarás a tu prójimo como a ti mismo"; "el que ama al prójimo ha cumplido la Ley" (Romanos 13, 8-10; Gálatas 3,14; Colosenses 3,14). Según Pablo, pues, ya no hay más relación con Dios ni más ley que la de la caridad. Pero la caridad es un mandamiento antiguo (Deut. 6,5; Lev. 19,18; Mateo 22, 36-40) que ha llegado a ser un mandamiento nuevo por la perfección alcanzada en Cristo (Juan 13, 34-35) y gracias al don de su espíritu (Romanos 3,5).

## Las dos tablas de la Alianza

Las dos tablas de la alianza no fueron, como siempre se nos pinta, dos tablas distintas en las que una iban tres mandamientos ("los que tocan a Dios") y en la otra otros siete ("los que tocan al prójimo").

Cuando se hacía un contrato entre dos personas se hacían tres copias exactas del mismo contrato, una para cada de los contratantes y la otra quedaba sellada en el templo de los dos contratantes. Cuando el pueblo sella su alianza o pacta con Yahvé se hacen dos copias exactas del mismo pacto, una para que el pueblo la tenga y la lea y la otra se deposita en el arca sagrada porque, en este caso, el segundo contratante es Dios y no hace falta por ello una tercera copia.

El dividir la Ley en dos tablas, una con tres mandamientos y la otra con siete, lo único que ha hecho es hacer posible la separación entre el amor a Dios y el amor al prójimo como si pudiéramos permanecer fieles a Dios mientras violamos los otros siete (los que tienen que ver con el prójimo). No es así la cosa en el Antiguo Testamento. Todos los diez mandamientos son dados por Dios y en ellos, todos, está contenida la alianza con él. El que viola un mandato que se refiere directamente al prójimo ha ofendido a Dios porque ha roto su alianza e ido en contra la voluntad expresa de Dios.

## Los Diez Mandamientos

Los diez mandamientos no reciben jamás este nombre en el Antiguo Testamento, se le llama únicamente "las diez palabras" (Exodo 34,28, Deut. 4,13; 10,4).

## Los Diez Mandamientos y Moisés

Pensemos en Moisés, antiguo escriba del nuevo imperio Egipcio, que conocía por experiencia la fuerza y debilidad del monoteísmo de Amenofis IV (Amenhotep IV) y había asimilado la política egipcia. Pueden haber influido en la formulación del decálogo las protestaciones de inocencia que los difuntos egipcios debían recitar delante del tribunal de Osiris o las preguntas que el sacerdote encargado de exorcizar a los enfermos hacía en Asiria. Veamos unos ejemplos de tales formularios:

"No he cometido injusticia, no he cometido fraude, no he robado, no he sido codicioso, no he matado a nadie, no he rebajado la medida del trigo..., no he mentido" (Protestaciones ante Osiris).

"¿Ha ofendido a algún dios o despreciado a alguna diosa?... ¿Ha despreciado a su padre o a su madre o tenido en poco a su hermana mayor?... ¿Ha dicho 'es' en lugar de 'no es'?... ¿Ha usado balanza falsa y no ha usado balanza justa?... ¿Ha penetrado en la casa de su prójimo? ¿Se ha acercado demasiado a la mujer de su prójimo? ¿Ha derramado la sangre de su prójimo?" (Interrogatorio del sacerdote asirio a los enfermos).

Se discute si el decálogo es de origen ciertamente mosaico o no. Los expertos han llegado a la conclusión de que aunque lo que ahora tenemos por tal no hubiera sido creado íntegramente por Moisés, procede de él una esencia que luego dio origen a lo que ahora tenemos.

## Decalogo y Negatividad

El carácter negativo le viene al decálogo de su condición civil además de religiosa. Un código civil no alcanza sino los actos delictivos y, por lo tanto, implica un conjunto de prohibiciones y regulaciones.

El concepto de retribución (premio o castigo) del decálogo es todavía el de retribución solidaria entre padres, hijos, nietos, etc. Sólo con el profeta Ezequiel (18 y 33) y por motivos que no tienen nada que ver con el individualismo, se da el paso de lo colectivo a lo personal.

Tal como está redactado, la lista de los diez mandamientos es una lista para ser recitada dentro del culto o por una persona particular como confesión de fe o de toda la asamblea en una fiesta de renovación de la alianza.

Se enumeran prácticas que Dios desaprueba absolutamente, es decir: el que pertenece a Yahvé no rompe con su matrimonio, no desplaza los límites territoriales, no mata, no estafa, etc.

## Los Mandamientos

El decálogo no fue en primer término mandato, sino "evangelio", Buena Noticia. El texto bíblico no muestra un Dios que pretenda aplastar con su poder, sino un Dios que se vale de su poder para liberar, como salvador, a Israel. Dios no es cualquier dios. Dios es el aquel que se revela liberando al pueblo de la servidumbre de Egipto, mostrándose más poderoso que el más poderoso de los imperios humanos.

El decálogo empieza con "*Yo soy Yahvé, tu Dios, que te hice salir de Egipto, de un lugar de esclavitud*" (Deut. 5,6).

La mutilación de esta primera y fundamental enunciación del decálogo, transforma la iluminosa y orientadora manifestación de Dios, en cuanto liberador y salvador, de una divinidad que estatuye leyes y mandatos, que se presenta tonante y fuerte como "Señor", que impone órdenes y límites a los hombres y mujeres. La autorepresentación de Yahvé como Dios liberador era el pórtico majestuoso y fascinante del decálogo, pórtico que presenta a Dios como el futuro de Israel en persona.

*"No tendrás otros dioses delante de mí".*

No se refería exclusivamente a al veneración litúrgica de Yahvé en los santuarios, sino a que Dios nos quiere enteros para él, a que él no admite la división del corazón, del tiempo o del espacio (Jer. 24,7; Deut. 6,5).

En el evangelio según Mateo (6,24) se vuelve a poner este mandamiento como fundamento para el pueblo de Dios en el Nuevo testamento: "Nadie puede servir a dos señores... No pueden servir ustedes a Dios y al dinero". **En nuestro corazón: Yahvé sólo!** Dios no quiere compartir nuestro corazón con nadie.

*"No te harás ninguna escultura y ninguna imagen de lo que hay arriba, en el cielo, o abajo, en la tierra, o abajo de la tierra, en las aguas. No te postrarás ante ellas ni le rendirás culto, porque yo soy Yahvé, tu Dios, un Dios celoso, que castiga la maldad de los padres en los hijos, en los nietos y en los bisnietos, si ellos me odian; y tengo misericordia a lo largo de mil generaciones, si me aman y cumplen mis mandamientos"* (Deut. 5, 8-10).

Dios es "trascendente", irrepresentable. Las imágenes materiales son estáticas y adheridas al lugar, con lo que, en cierto modo, "encierran" lo divino, para mantenerlo aprisionado. Y Dios no se deja asir, manejar o manipular por nadie. Porque, además, en ello hay otro peligro: que el pueblo puede creer que si manipulan la imagen manipulan a Dios. En sus relaciones con Dios, Israel no deben atenerse a una imagen, como los otros pueblos, sino sólo a la palabra de Dios (Deut. 4,9-20).

El espíritu de la prohibición de las imágenes nos lleva a no forjarnos "imágenes" de Dios fijas y fijadas. Todas nuestras expresiones teológicas no son sino aspectos del único, pleno, inaprehensible e imposible de encerrar en fórmulas: Dios.

El cristianismo aceptó en su culto las imágenes, a partir del hecho histórico de que el Dios invisible tomó forma visible en Cristo.

*"No pronunciarás indebidamente el nombre de Yahvé, tu Dios"* (Deut. 5,11)

El nombre es la esencia del ser nombrado. Si se conocía el nombre de determinada deidad se podía influir sobre ella al pronunciar su nombre. Se prohíbe, pues el nombre de Dios para fórmulas mágicas. El que manipula el nombre cree

poder manipular a Dios; Dios no se deja manipular de ninguna manera, ni en imagen ni en evocación.

*"Observa el día sábado y santificalo como Yahvé, tu Dios, te ha ordenado. Seis días trabajarás y realizarás tus tareas. Pero el séptimo es día de descanso en honor de Yahvé, tu Dios. En él no harán ningún trabajo ni tú, ni tu hijo, ni tu hija, ni tu esclavo, ni tu esclava, ni tu buey, ni tu asno, ni ningún otro de tus animales, ni tampoco el extranjero que vive en tus ciudades; así podrán descansar tu esclavo y tu esclava como lo haces tú. recuerda que fuistes esclavo en Egipto, y que Yahvé, tu Dios, te hizo salir de allí con el poder de su mano y la fuerza de su brazo. Por eso, Yahvé, tu Dios, te manda a observar el día sábado"* (Deut. 5, 12-13).

No se trata de introducir un tiempo para Yahvé, por su uso, sino de un tiempo para Yahvé en cuanto dios liberador. Por ello hay que poner en este día en libertad a hombre y animales, emancipándolos de las ataduras del trabajo. Un esclavo no puede descansar; el hombre y la mujer en Israel debe recordar una vez por semana que ha sido hecho para la libertad. La última de las ataduras, la muerte, ha sido rota con la resurrección de Cristo, por eso los cristianos recordamos el domingo, día de la resurrección de Cristo, nuestra libertad definitiva, la que nos ha conquistado Cristo.

*"Honra a tu padre y a tu madre, como Yahvé, tu Dios, te lo ha mandado, para que tengas una vida larga y seas feliz en la tierra que Yahvé, tu Dios, te dará"* (Deut. 5,16).

Se ordena "honrar", no "amar". En hebreo, honrar significa "tener en cuenta", es decir, expresarse en gestos y ademanes de respeto. Al amor corresponde necesariamente un sentimiento de respeto. En una civilización en que todo pasa de padres a hijos, este mandamiento asegura la transmisión de los conceptos y sentimientos de la alianza.

*"No matarás"* (Deut. 5,17).

El término hebreo del original no habla de "matar", sino de "asesinar". La voz hebrea que se emplea aquí se usa exclusivamente para significar la muerte privada de un hombre por otro, sea premeditada y planificada o por irreflexión. Quien, en cuanto individuo, es decir, en su propio nombre, derrama la sangre de otro, atenta contra la dignidad divina del prójimo.

Para los profetas, cualquier tipo de expoliación económica y toda opresión jurídica o social implica derramamiento de sangre (Oseas 4,2; Isafas 1, 15-17; Miqueas 3,10). Para los profetas pertenece el sentido de asesinar cualquier proceder contrario al prójimo que lo convierta en instrumento tendiente a valerse de él en beneficio propio.

*"No cometerás adulterio"* (Deut. 5,18).

La preocupación determinante de esta disposición era mantener la claridad de los hijos y las relaciones hereditarias en la comunidad. Recordemos que adulterar, acostarse con la mujer ajena, era en la antigüedad una forma de estafar al prójimo porque la mujer era considerada como uno de sus bienes. El adulterio no era visto como un pecado sexual, sino como un pecado social.

*"No hurtarás"* (Deut. 5,19).

El verbo empleado en hebreo es mucho más amplio que nuestro término "robar" o "hurtar". Incluye "secuestrar", "robar-hurtar", "engañar". La fuerza del mandamiento, en su primera intencionalidad, es dirigida contra el secuestro. El objetivo principal del mandamiento es, por lo tanto, la libertad de la persona. Este mandamiento se escribe en un ámbito en que se considera a Dios como dueño de la tierra (Lev. 25, 8-17; 23-55) y en que se condena duramente la acumulación desmedida y la avaricia (Amós 8,5; Isafas 5,8).

Actualmente, este mandamiento podría ser traducido así: "No reducirás a tu prójimo a objeto, ni lo desnaturalizarás a simple instrumento de tu afán de posesión".

*"No darás falso testimonio contra tu prójimo"* (Deut. 5,20).

Como no se contaba con la posibilidad científica de investigación, el testimonio de dos resultaba definitivo, sobre todo en un caso de vida o muerte o para la honra y bienes del acusado. Todo el campo de la verdad y la veracidad en este mandamiento se enfoca desde y para el prójimo. No se trata, en primer término, de la veracidad en el orden privado, sino en los ambientes públicos. El espíritu de este mandamiento no sólo condena la calumnia, sino también cualquier disminución de la honra ajena. Recordemos, eso sí, que sólo cuando el otro tiene derecho a saber lo que pregunta tenemos nosotros la obligación de responder la verdad.

*"No desearás la mujer de tu prójimo, no codiciarás su casa, su campo, su esclavo o su esclava, su buey o su asno: nada que sea de tu prójimo"* (Deut. 5,21).

La mujer era considerada, en esa época, como una de las posesiones del marido. El adulterio era visto como falta social, una estafa o robo al prójimo, no como una falta sexual. Se recriminan aquellos pensamientos que van en la línea de apoderarse de lo ajeno. Jesús dirá, en Mateo 5,28, que quien mira a una mujer deseándola, ya cometió con ella adulterio en su corazón. El afán de bienes que vayan más allá de la satisfacción de las necesidades reales entra en la condena de este mandamiento. El mal deseo no se refiere a lo sexual, sino a todo lo que sea desear lo que legítimamente pertenece al prójimo.

## Conclusión

Vemos, pues, como unos textos que han sido interiorizados en nuestra mentalidad, cultura y comportamiento –no en su sentido original sino desde nuestra concepción– cobran un nuevo sentido en la medida que nos acercamos a la comprensión de las matrices antropológicas desde la que fueron escritos y vivenciados por un pueblo que –desde su fe– se sabe escogido por un Dios liberador de toda atadura, eje principal alrededor del cual se establecen una relaciones sociales, sobre la base de la dignidad divina del ser, la libertad y los derechos humanos, contando –desde luego– con las limitaciones de un sociedad humanamente patriarcal, –limitaciones de las cuales nuestra sociedad no se escapa.

No obstante, la originalidad de esta visión permanece vigente en cuanto orientadoras del comportamiento social sobre la base del respeto al derecho ajeno y la asunción responsable de nuestras obligaciones, lo que, independientemente de la militancia o pertenencia religiosa, constituye un patrimonio universal.

## Bibliografía

**RHANER, Karl.** *Escritos de Teología. Tomo VI.* Madrid: Taurus, 1969. 543 pp.

**FRIES, Heinrich.** *Conceptos fundamentales de Teología. Tomos I y II.* Madrid; Cristiandad, 1979

**GALILEA, Segundo.** *Religiosidad popular y pastoral.* Madrid; Cristiandad, 1979. 327 pp.

**MALDONADO, Luis.** *Para comprender el catolicismo popular.* Navarra, España; Verbo Divino, 1990. 147 pp.

**EQUIPO SALADOC.** *Religiosidad popular.* Salamanca; Sígueme, 1976. 379 pp.

**CATECISMO DE LA IGLESIA CATOLICA.** España; Asociación de Editores del Catecismo, 1992. 702 pp.

**TASSIN, Claude.** *El judaísmo, desde el destierro hasta el tiempo de Jesús.* Cuadernos Bíblicos 55. Navarra, España; verbo Divino, 1987. 74 pp.

**GALILEA SEGUNDO, Juan Luis.** *¿Qué mundo? ¿Qué hombre? ¿Qué Dios?* España; Sal terrae, 1993. 503 pp.

**BAUER, Juan Bautista.** *La prehistoria bíblica.* España; Verbo Divino, 1969. 183 pp.

**BARTHES, Roland et al.** *Exégesis y hermenéutica.* Madrid; Cristiandad, 1976. 291 pp.

**GRABNER, Anton.** *La Biblia y nuestro lenguaje. Hermenéutica concreta.* Barcelona; Herder, 1975. 519 pp.

**ROBERT, A. et TEULLET, A.** *Introducción a la Biblia, Tomos I y II.* Barcelona; Herder, 1979. 806 pp.

**DEISSLER, A.** *Yo soy el Dios que te liberó.* Buenos Aires; Guadalupe, 1976.

**GROLLENBERG, Luc H.** *Visión nueva de la Biblia.* Barcelona; Herder, 1977. 46 pp.

**ARENHOEVEL, Diego.** *Así nació la Biblia. Problemática del Antiguo Testamento.* Madrid; Paulinas, 1980. 231 pp.

**GONZLEZ Echegaray, J., SCHOEKEL, Alonso et al.** *Introducción al estudio de la Biblia 1. La biblia en su entorno.* España; verbo Divino, 1990. 389 pp.

**ARTOLA, Antonio et Sánchez Caro, José M.** *Introducción al estudio de la Biblia 2. Biblia y Palabra de Dios.* España; verbo Divino, 1990. 450 pp.

**RAYMOND, Brown et al.** *Comentario Bíblico "San Jerónimo". Tomos I al V.* Madrid; Cristiandad, 1972. II.

**GUILLET, Jacques.** *Temas bíblicos. Estudios sobre la expresión y el desarrollo de la Revelación.* Madrid; Paulinas, 1963. 300 pp.

**CORETH, Emerich.** *Cuestiones fundamentales de Hermenéutica.* Barcelona; Herder, 1972. 263 pp.

**STENDEBACH, Franz J. et al.** *Exégesis bíblica. Textos, métodos, interpretaciones.* España; Paulinas, 1979. 199 pp.

**Schoekel, Alonso et ZURRO, Eduardo.** *La traducción bíblica: lingüística y estilística.* Madrid; Cristiandad, 1977. 454 pp.

**SCHREINER, Josef et al.** *Introducción a los métodos de la exégesis bíblica.* Barcelona; Herder, 1974. 416 pp.

**Schoekel, Luis Alonso.** *La Palabra inspirada. La Biblia a la luz de la ciencia del lenguaje.* Barcelona; Herder, 1969. 390 pp.

**WRIGHT, G.E.** *Arqueología Bíblica.* Madrid; Cristiandad, 1975. 400 pp. II.

**BRIHGT, John.** *La Historia de Israel.* Bilbao; Descleé de Brouwer, 1970. 524 pp. II.

**GARCIA Cordero, M.** *Biblia y legado del Antiguo Oriente. El entorno cultural de la historia de salvación.* Madrid; BAC, 1977. 690 pp.

GONZALEZ Lamadrid, Antonio. *Las tradiciones históricas de Israel*. Navarra; Verbo Divino, 1993. 294 pp.

FLICK, M. et ALSZEGHY, Z. *Antropología teológica*. Salamanca; Sígueme, 1971. 2a. ed. 620 pp.

HERRMANN, Segfried. *Historia de Israel en la época del Antiguo Testamento*. Salamanca; Sígueme, 1979. 463 pp. II.

PALAEZ del Rosal, Jesús. *De Abrahám a Marmonides. Tomo I. Los orígenes del pueblo hebreo*. España; El Almdro, 1992. 183 pp.

PALAEZ del Rosal, Jesús. *De abrahám a Marmonides. Tomo II. Para entender a los judíos*. España; El Almdro, 1992. 133 pp.

RENCKENS, henrique. *La religión de Israel*. Argentina; Paulinas, 1970. 440 pp.

SALAS, Antonio. *Los sabios de Israel. Conciencia y ley a debate*. Madrid; Paulinas, 1993. 157 pp.

VON RAD, Gerhard. *Teología del Antiguo Testamento. Tomos I y II*. Salamanca; Sígueme, 1972.

NOTH, matín. *El mundo del Antiguo Testamento*. Madrid; Cristiandad, 1976. 400 pp.

WOLFF, Hans Walter. *Antropología del Antiguo Testamento*. Salamanca; Sígueme, 1975. 341 pp.

EICHRODT, Walther. *Teología del Antiguo Testamento. Tomo I: Dios y Pueblo. Tomo II: Dios y mundo - Dios y Hombre*. Madrid; Cristiandad, 1975.

FROMM, Erick. *You shall be as gods. A radical interpretation of the Old Testament and its tradition*. New York; Fawcett World Library, 1969. 191 pp.

GELEN, Albert. *The key concepts of the Old Testament*. USA; Paulist, 1968. 94 pp.

LOHFINK, Norberto. *Valores actuales del Antiguo testamento*. Argentina; Paulinas, 1966. 269 pp.

Mc KINZIE, John. *Mito y realidad en el Antiguo Testamento*. Madrid; Marova, 1971. 185 pp.

Mc KINZIE, John. *Espíritu y mundo del Antiguo Testamento*. España; Vebo Divino, 1968. 448 pp.

DE SIVATTE, Rafael. *Dios camina con su pueblo. Introducción al Antiguo testamento*. El Salvador;UCA, 1983. 160 pp.

CASAS García, Victoriano. *Vosotros seréis mi pueblo. Aproximación teológica del Antiguo Testamento*. madrid; San Pío X, 1990. 286 pp. Colección Texto 4.

MESTERS, Carlos. *Paraíso terrestre ¿Nostalgia o esperanza?* Colombia; Paulinas, 1990. 155 pp.

RENSKENS, H. *Creación, paraíso y pecado original*. Madrid; Gauardarrama, 1969. 293 pp.

LAMADRID, A. G. *Manual Bíblico. Vol. I*. Madrid; Casa de la Biblia, 1980.

ABADIA BENEDICTINA de San Andrés. *Exodo y levítico*. Madrid; Morova, 1976

MICHAUD. *Los Patriarcas*. Navarra; verbo Divino, 1976

Gester, T. N. *Mito, Leyenda y costumbre en el libre del Génesis*. Barcelona; Barral, 1973

González, Angel. *La ética de la alianza*. Madrid; Escuela Bíblica, 1970.

DPC

## **Documentos Penales y Criminológicos**

Es una publicación cuatrimestral que promueve la discusión de carácter científico en las Ciencias penales y criminológicas y de otras disciplinas afines a las mismas en los variados fenómenos o conflictos sociales, sean nacionales o internacionales, creando de esta manera un espacio de reflexión, estudio, análisis y crítica en la comunidad científica.

Esta publicación no se identifica necesariamente con el contenido de los trabajos que se publican en ella.

Este número fue posible gracias a la subvención del Programa de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana (UCA) y la Comisión de Comunidades Europeas (CCE).

Para mayor información suscripción y colaboración dirigirse a:

**Prof. Sergio J. Cuarezma Terán**  
**Documentos Penales y Criminológicos,**  
**Apartado Postal N° A-113,**  
**Managua, Nicaragua.**

**D  
P  
C**