

CONTENIDO

Problemas de la Transmisión y Prevención
del SIDA en el Derecho Penal Español

Diego-Manuel Luzón Peña

Política Criminal para el Presente
Momento Regional

Elias Carranza

Notas Sobre los Efectos de la Pena en el
Delito de Violación y el Artículo 204
de la Ley 150-1992

Sergio Cuarezma Terán

Los Homosexuales y la Prevención
del SIDA en Nicaragua

Alejandro Sánchez Casco

El Tratamiento del Error en la Legislación
Penal y en la Jurisprudencia Costarricense

Alfredo Chirino y Mario Houed

Sobre Algunos Problemas Dogmáticos
que Plantea la Punición de los
Delitos Contra el Medioambiente

José Paredes Castañón

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, Elías Carranza,
Mario Houed, María Tereza Rodríguez
Montafes, Atilio Ramírez Amaya, José
Manuel Paredes Castañón

Sub Directora
Roxana I. Zapata López

Consejo de Redacción
Sergio J. Cuarezma Terán, Alejandro
Sánchez Casco
Roxana Zapata López, Bonifacio
Miranda Bengoechea, María Angeles
Estrada Rivas, Manuel Arauz Ulloa.

Secretario
Alejandro Sánchez Casco

Editor
Bonifacio Miranda Bengoechea

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.

Para mayor información suscripción y colaboración dirigirse a:

Prof. Sergio Cuarezma Terán
Documentos Penales y
Criminológicos, Apartado Postal No
A-113
Managua, Nicaragua.

SUMARIO

Problemas de la Transmisión y Prevención del SIDA en el Derecho Penal Español Página 4

Diego-Manuel Luzón Peña

Política Criminal para el Presente Momento Regional Página 9

Elías Carranza

Notas Sobre los Efectos de la Pena en el Delito de Violación y el Artículo 204 de la Ley 150-1992 Página 15

Sergio Cuarezma Terán

Los Homosexuales y la Prevención del SIDA en Nicaragua Página 17

Alejandro Sánchez Casco

El Tratamiento del Error en la Legislación Penal y en la Jurisprudencia Costarricense Página 19

Alfredo Chirino y Mario Houed

Sobre Algunos Problemas Dogmáticos que Plantea la Punición de los Delitos Contra el Medioambiente Página 26

José Manuel Paredes Castañón

PRESENTACION

El Derecho Penal y la Criminología han experimentado en las últimas décadas un desarrollo cualitativo y cuantitativo notable, especialmente en el continente europeo y particularmente, en Alemania, España, Italia, Inglaterra, Portugal. Los vientos de reformas, producto de la más exquisita discusión científica, han hecho que el continente americano se adhiera y, desde sus especificidades, contribuya y establezca sus propios proyectos de discusión en un nuevo orden de criterios del Derecho Penal y la Criminología. Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Venezuela, son en América del Sur, entre otros, sus máximos exponentes. En el Norte de América, fundamentalmente en México, encontramos asimismo, esta línea de vitalidad y renovación de criterios científicos.

América Central no es la excepción. En los países Centroamericanos, los conceptos clásicos no son exclusivos, pero sí predominantes, se inicia progresivamente un cambio puntual de pensamiento como producto del estudio y la reflexión sobre la dogmática del Derecho Penal y las teorías criminológicas. Sin embargo, en Nicaragua encontramos una situación distinta. Su estado social y económico -producto de batallas bélicas, desastres naturales, antagonismos y luchas hegemónicas internas, conflictos sociales- ha obstaculizado, y obstaculiza severamente, la actualización en el estudio y discusión de las Ciencias penales y criminológicas, lo cual lleva a una involución en el conocimiento y manejo de estas disciplinas. Por otro lado, y como efecto de lo anterior, carecemos de un espacio donde desarrollar y promover la reflexión, discusión y modernización de carácter científico sobre el Derecho Penal y la Criminología.

Documentos Penales y Criminológicos desea con sus publicaciones, promover, desarrollar, establecer y crear una dimensión real y efectiva para el estudio, la reflexión, la crítica, el conocimiento actual, la armonía entre lo teórico y la realidad, en fin, insertarnos en la discusión moderna y manejar adecuadamente nuestra realidad en el marco teórico-científico tanto del Derecho Penal como de la Criminología y de otras disciplinas que se ocupan, desde perspectivas singulares, del tratamiento de los conflictos sociales.

Documentos Penales y Criminológicos expresa su agradecimiento y, a la vez, su orgullo, al Prof. Dr. Diego-Manuel Luzón Peña, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares, España, por tenerle además de director de los mismos, como nuestro Maestro y noble amigo. Asimismo, agradecer y reconocer a los expertos que contribuyen con sus colaboraciones científicas para que este trabajo sea una realidad y a todo el equipo humano que hace posible el nacimiento de **Documentos Penales y Criminológicos**, y a usted paciente lector que le dará, sin lugar a dudas, vida a esta obra.

Managua, Nicaragua
1993

Sergio Cuarezma Terán
Director

PROBLEMAS DE LA TRANSMISION Y PREVENCION DEL SIDA EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL¹

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

La aportación que el Derecho penal puede efectuar en la lucha contra la difusión del SIDA es ciertamente modesta, pero no nula. Desde luego no es adecuado para impedir que se extienda la enfermedad de modo fortuito o mediante conductas permitidas o al menos no reprobables, sino que sólo puede oponerse a aquellas formas de transmisión que supongan conductas criminales.

Aún así, hay quienes sostienen que en esta materia no debe entrometerse el Derecho penal, porque supondría inmiscuirse intolerablemente en un reducto tan íntimo como es el de la actividad sexual de los individuos, o que las amenazas de pena serían ineficaces cuando los potenciales transmisores del virus (VIH) sean precisamente personas infectadas ya enfermas o con grandes posibilidades de desarrollar una terrible enfermedad que a su vez puede desembocar fatalmente en la muerte, ya que ante la angustia y desesperación que puede generar esa perspectiva poco puede intimidar la amenaza de una pena. Sin embargo, estas posiciones desconocen varias cosas: en primer lugar, que, aunque sean los menos numerosos, puede haber casos de transmisión del virus provocada por personas que no sean portadoras, pero que manejen inadecuadamente objetos infectados, p. ej. material quirúrgico u odontológico, o plasma sanguíneo. En segundo lugar, que, ciñéndonos ya a los portadores (seropositivos), hay otras vías de transmisión que no son las sexuales: en España concretamente, a diferencia de otros países, la principal vía de contagio no es la sexual, sino el uso común de jeringuillas entre drogadictos, y además puede provocarse la transmisión en una donación o transfusión sanguínea, por agresiones clavando agujas y otros objetos infectados, por clavarse a otra persona adulta o un niño

sin querer una aguja desechable, mediante pequeñas heridas o cortes, tatuajes, por contagio en el embarazo de la madre al feto, etc. Además, incluso en la actividad sexual- hetero u homosexual- no es una cuestión meramente íntima y personal, y socialmente irrelevante la existencia de una elevada posibilidad de contagiar a otro una enfermedad peligrosísima y a su vez transmisible a terceros, prueba de ello son las medidas de control administrativo-sanitario sobre el ejercicio de la prostitución.

Y por fin, en cuanto a la eficacia intimidante frente a enfermos angustiados, aparte de que no todos los portadores están en esa situación de angustia o desesperación, y no en todo momento ni en todos los estadios, de todos modos no se debe descartar de modo general la eficacia intimidatoria o disuasoria de soportar una serie de años en prisión o en otro establecimiento privado de libertad, a más de su enfermedad, a veces incluso todos los - no muchos- años que le pueda quedar de vida al sujeto. Además la pena privativa de libertad tendría la eficacia preventivo-especial de que el sujeto no vuelva a delinquir- en este caso transmitiendo criminalmente la enfermedad- fuera del establecimiento penitenciario. Y si el enfermo llegara a estar en una situación de desesperación tal que excluyera su imputabilidad o su culpabilidad, lo injusto penal del hecho cometido fundamenta la posibilidad de imponerle precisamente medidas de seguridad, de nuevo con eficacia de prevención especial, y asimismo permite castigar la indeseable participación (inducción, auxilio material o moral) de los que sí estén en situaciones de culpabilidad. Y en cualquier caso, tanto en los supuestos en que la sanción penal pueda tener eficacia disuasoria- siempre dentro de los límites con que despliegan su capacidad

intimidatoria las sanciones penales en general-, como en los que puedan carecer de ella para un sujeto concreto, la tipificación de ciertas conductas como criminales y la consiguiente sanción penal suponen una amenaza para otros potenciales infractores en situación similar (intimidación general) y una muestra de elevada reprobación jurídica general de tales conductas con un indudable valor simbólico ante las conciencias de los ciudadanos como expresión de la intolerable dañosidad social de ese comportamiento (lo que es importante para la llamada prevención general de integración o estabilización social). Por último, la sanción criminal llevará aparejada responsabilidad civil que resultará adecuada a múltiples situaciones conflictivas.

Lo anterior no obsta en absoluto para que, si se aplica una sanción de privación de libertad a un portador o enfermo de SIDA, el cumplimiento de la pena, y con mayor razón aún si se le impone una medida de seguridad por ser drogadicto o inimputable o semiimputable, se adecue en cuanto a tratamiento y ayuda sanitaria, psicológica, etc., a su situación y a que pueda llegarse al régimen abierto, tratamiento ambulatorio o total excarcelación con adecuada asistencia en fases avanzadas de la enfermedad.

II

Como el contagio del virus produce en el infectado un periodo de incubación, para luego poder ser sólo portador (y transmisor) pero sin desarrollar el síndrome, o desarrollar la enfermedad con ulteriores infecciones por la inmunodeficiencia y una elevadísima posibilidad de muerte -pese a los avances parciales hasta ahora habidos

¹ Ponencia defendida en las Jornadas Hispano-Alemanas sobre SIDA y Derecho penal, Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona, 16 y 17 de marzo de 1989, y, con algunas modificaciones, en las Jornadas sobre Derechos de los pacientes, INSALUD, Madrid, 10-14 diciembre de 1990.

en el tratamiento de la enfermedad mediante AZT u otros procedimientos-, en caso de que haya habido dolo, directo o al menos eventual, o imprudencia en quien ha provocado la infección, en la doctrina penal se ha discutido lógicamente en primer lugar la aplicabilidad de los delitos de lesiones (no sólo en el desarrollo del síndrome, sino en caso de ser simplemente portador y transmisor del virus, como menoscabo de la salud y la integridad, física y hasta psíquica) y homicidio, dolosos o imprudentes.

1. Un primer obstáculo, sin embargo, a la aplicación de esos delitos lo constituyen la dificultad o imposibilidad que habrá en muchos casos para probar la *relación de causalidad* entre el acto -el contacto sexual, la inyección de droga con una aguja usada, etc.- y la infección y en su caso enfermedad o muerte, dado que la infección podría haberse producido en otros contactos sexuales, inyecciones, heridas, transfusiones, etc., que haya tenido el sujeto pasivo.

Si es así, ello conduce a la impunidad -dejando por ahora al margen el delito del artículo 348 bis CP- si sólo hubo imprudencia en el autor, ya que en los delitos de resultado la imprudencia sin causación de resultado no es punible. Y si hubo dolo en la actuación peligrosa (pero que no consta con seguridad que haya sido transmisora), entonces se afirma que hay tentativa en sentido amplio, concretamente tentativa acabada o frustración de homicidio o lesiones, dependiendo de si el dolo abarcaba también la muerte o sólo la infección o enfermedad. A esta solución no habrá obstáculos en los casos, no muy frecuentes, de dolo directo, v.gr. si un ladrón o un infectado desesperado y vengativo clava una aguja infectada a un transeúnte, utilizando un medio transmisor seguro o casi seguro y deseando un desenlace mortal, pero luego resulta que la víctima era una persona -homosexual o drogadicto- perteneciente a un grupo de alto riesgo y no se puede determinar cuál ha sido el origen concreto de su infección. Pero es más problemática en los supuestos más frecuentes en que sólo hay dolo eventual.

En efecto, la punición presupondrá afirmar en general que es punible la tentativa o frustración aunque únicamente haya dolo eventual, y en Derecho español además habría que soslayar la dificultad u obstáculo formal que suponen los términos de la definición legal de tentativa o

frustración en el artículo 3º CP, cuando habla de realizar actos de ejecución que *deberían* producir como resultado el delito, mientras que en caso de dolo eventual la acción puede, pero no debe necesariamente desembocar en el resultado; para salvar ese obstáculo debería entenderse el tenor legal dando por sobreentendida la precisión: "actos de ejecución (o peligrosos) que -en caso de concretarse el peligro en dirección lesiva- deberían producir como resultado el delito". Si se rechazara la compatibilidad de dolo eventual y tentativa, quedaría excluida la sanción penal en un numerosísimo grupo de casos.

Pero aun siguiendo la posición contraria, la punibilidad por lesiones u homicidio frustrados supondría a su vez que se dieran los restantes elementos del delito: tipicidad, con autoría e imputación objetiva, y ausencia de causas de justificación, cuestión que examinaremos a continuación.

De todos modos ese examen ha de ser general, es decir, también para los casos en que, por constar la relación causal, ya pudiera plantearse la consumación y no sólo formas de imperfecta ejecución. Pues pueden darse supuestos en que el juez pueda considerar probado el nexo causal entre el acto peligroso y el contagio, porque el sujeto pasivo no haya mantenido otras relaciones sexuales con potenciales transmisores, ni se inyecte droga, ni haya sufrido transfusiones sanguíneas, ni cortes o heridas, excepto precisamente el contacto, pinchazo, corte, etc., con un objeto o persona infectada; o como en la transmisión del virus por una embarazada seropositiva al feto, o después en la lactancia, etc. Entonces ya puede haber -en principio- lesiones u homicidio consumado dolosos o imprudentes.

2. Para determinar si hay o no responsabilidad penal por lesiones o muerte debe ante todo distinguirse los casos de *consentimiento del sujeto pasivo en el riesgo de los de ausencia* de tal consentimiento. Pero ello no porque pudieran operar las causas de justificación del consentimiento o de riesgo permitido, sino porque el consentimiento plenamente responsable puede excluir directamente la tipicidad (por falta de autoría).

Piénsese que como posible causa de justificación el consentimiento del sujeto pasivo - bien directamente como tal, bien operando indirectamente a través del riesgo permitido- sería irrelevante en cuanto al riesgo de muerte, pues la ley excluye toda

eficacia eximente del consentimiento en el homicidio, y sería discutible - dada la redacción del artículo 428 del CP español o la exigencia del parágrafo 226 a del StGB alemán de que no contravenga las buenas costumbres- su eficacia en cuanto consentimiento en el riesgo de lesiones.

Pero en cambio, un consentimiento plenamente consciente y libre de una persona responsable en el riesgo de infección y sus consecuencias, puede excluir, como sostiene con razón SCHÜNEMANN, la autoría de homicidio (incluso aunque se considerara consentido), consumado o intentado, o de lesiones, consumadas o intentadas. La autoría requiere dominio del hecho, control determinante del curso del acontecimiento. Pero si el sujeto pasivo, con pleno conocimiento de las circunstancias, acepta el riesgo de la infección que puede contraer con su propia actividad, entonces el otro sujeto ya no tiene el dominio o control del hecho y por ello no es autor de homicidio o lesiones, sino que limita a cooperar en la causación de sus propias lesiones o muerte por la víctima.

En Derecho español, a diferencia, p.ej., del Derecho alemán, si es punible la participación dolosa (inducción o auxilio) en el suicidio, sancionada según el artículo 409 CP con pena de prisión mayor, inferior a la del homicidio. Pero el suicidio requiere intención o "dolo" directo en el sujeto que se causa la muerte; por ello es impune la cooperación en una causación de la propia muerte con "dolo" eventual o con imprudencia aunque sea consciente. Y desde luego es impune la participación en unas autolesiones ajenas, aunque fueran un propósito o "dolo" directo, pues éstas son atípicas y tampoco hay un precepto similar al de la participación en el suicidio.

Lo dicho es clarísimo en la entrega por un drogadicto portador del virus a otro aún no infectado de la jeringuilla que acaba de usar, pues dada la sucesión temporal de actos, el único que decide y controla si se pincha o no con esa jeringa es el aún no infectado; pero también se puede llegar a la misma solución en caso de concurrencia temporal en la actividad, como puede ser en la realización de un acto sexual de una persona sana con un portador seguro o probable².

A la misma conclusión (de impunidad) llega otra parte de la doctrina negando la imputación objetiva del resultado -de muerte o lesiones- cuando el sujeto pasivo

² En ese último caso se puede sostener que no hay autoría en el sujeto infectante si, como argumenta SCHÜNEMANN, se niega que él tenga por sí solo el dominio del hecho y se añade que tampoco hay coautoría por dominio compartido con el que se deja infectar, ya que la coautoría exige realización compartida del tipo con imputación recíproca de los actos parciales, mientras que aquí la conducta de la víctima es atípica y no puede fundamentar coautoría en el otro.

actúa por su propia cuenta y riesgo, sosteniéndose que tales resultados caen fuera del fin de protección de la norma.

En cambio, sí habrá dominio del hecho y por tanto autoría de lesiones y en principio de homicidio si el sujeto pasivo consiente en el acto porque no sabe que está tratando sexualmente con una persona infectada o no sospecha que pertenece a un grupo de riesgo (y, por cierto, que esa situación de desconocimiento que puede darse en las relaciones sexuales, es en cambio casi inimaginable en el uso compartido de jeringuillas por consumidores de droga, donde, excepto en casos de gran incultura o debilidad mental, es perfectamente conocido el altísimo riesgo de contagio, aunque por diversas causas al sujeto no le importe); o si el consentimiento no es válido por ser el sujeto pasivo menor o irresponsable por otras razones, o defectuoso por insuficiente comprensión del riesgo y aquí se incluye el supuesto de que la víctima consienta en el riesgo de enfermedad, pero no sea consciente del riesgo de muerte, y también se incluye el caso de dominio del hecho por un mayor y más exacto conocimiento de la peligrosidad de la relación sexual, p.ej., aun con preservativos, por parte del ya infectado conocedor de su situación que por parte de la víctima, que, aunque sepa que tiene tal contacto con alguien perteneciente a grupos de riesgo, p.ej., un homosexual o una prostituta, ignora concretamente que es portador; por el contrario, hay que rechazar posiciones como la de BRUNS, que considera impunes, por no ser objetivamente imputable la simple cooperación en una actuación a su propio riesgo, los casos en que, aunque la víctima no conozca la infección de la pareja, debería haber sido desconfiada-; o, por último, habrá dominio del hecho en el agente transmisor si el consentimiento del sujeto pasivo ha sido forzado o prestado no libremente, o si no consiente en absoluto en la conducta que le provoca el contagio. Son supuestos de autoría mediata o, en caso de total falta de consentimiento, de autoría directa.

3. Ahora bien, aun en los supuestos en que pueda haber en principio autoría, puede resultar dudosa la tipicidad del homicidio, doloso o imprudente; menos dudas suscita, en cambio, la tipicidad por lesiones.

En efecto, en los casos en que, como consecuencia de una acción peligrosa o lesiva, surgen “daños sobrevenidos posteriormente”, muy dilatados en el tiempo y no totalmente seguros -pues en los infectados el desarrollo o no de la enfermedad y su desenlace fatal no sólo puede prolongarse por un período muy largo, de muchos años incluso, sino que

depende de infinidad de condiciones somáticas, de higiene, alimentación, cuidados y tratamiento, y hasta el carácter mortal de la enfermedad desarrollada puede depender de los actuales y futuros logros en el tratamiento médico y farmacológico-, en tales casos una parte considerable de la doctrina niega la *imputación objetiva* del resultado, si la acción inicial había sido imprudente, o incluso aunque fuera dolosa. La exclusión de la imputación se basa en considerar el resultado obra del azar y no de la acción peligrosa, o en declararlo fuera del ámbito de protección de la norma- de cuidado en los delitos imprudentes o prohibitiva en los dolosos-. A ello se suman las dificultades procesales de esperar años hasta poder condenar por homicidio doloso o imprudente, y la posible vulneración de la eficacia de la “cosa juzgada” y el principio *non bis in idem* si una vez recaía una condena por lesiones o, si el posible resultado futuro de muerte fuera imputable, por homicidio frustrado en caso de dolo, hubiera que volver a condenar más tarde ante el fallecimiento de la víctima por homicidio doloso o imprudente.

Frente a esta posición puede sostenerse que el simple hecho de que el resultado sea temporalmente distante (piénsese en casos como dejar oculta una mina o una granada, que estalla años después, o poner en marcha un cultivo bacteriológico o vírico, que infectará a terceros en el futuro), e incluso que el posterior curso causal escape en cierta medida al control del agente, no es suficiente para excluir la imputación objetiva; máxime si con el dolo directo o eventual de provocar la muerte se desencadena un riesgo que la víctima no conoce o no consiente: por eso afirman otros autores que la muerte no es producto del azar, sino precisamente obra de la acción peligrosa; y en cuanto a las dificultades procesales, se contesta que cabe el recurso de revisión por *hechos nuevos*. A mi juicio, la afirmación de la imputación objetiva por suponer la realización de un riesgo típico y relevante inherente a la acción inicial es clara en los casos de pinchazos o heridas con objetos infectados, o de transmisión por vía placentaria, en que el riesgo de contagio es elevado, mientras que es ciertamente dudosa en casos de actividad sexual, sobre todo si es ocasional y no continuada, en que el riesgo inicial es menor.

En nuestra doctrina, SILVA considera que hay siempre imputación objetiva de la muerte causada, pero que existe una disminución del injusto del hecho por menor desvalor de acción (por inferior peligrosidad y por referirse a un resultado no tan grave: el acortamiento de la vida, como la causación inmediata de la muerte), con la consiguiente atenuación de la pena,

pudiendo incluso bajarse a la inferior en grado(s) a la del homicidio doloso o imprudente. Por mi parte, considero correcta dicha atenuación en caso de que hubiera que afirmar la tipicidad de la conducta como homicidio. Pero hay que dejar planteado, al menos como cuestión dudosa, la posibilidad de que no se realice el tipo del homicidio, no por falta de imputación objetiva del resultado, sino por considerar que acortar en unos años la vida *no tiene el significado de la acción típica para matar*.

En cambio, en cuanto a las lesiones, aunque en principio también podría plantearse la exclusión de la imputación objetiva de la enfermedad, por ser daños sobrevenidos con (bastante) posterioridad, en primer lugar aquí es más clara la relación del riesgo inicial; y además ya la mera infección, aunque no se desarrolle (o aún no se desarrolle) la enfermedad, puede considerarse como incurso en el tipo del delito de lesiones por menoscabo del estado de salud y sanidad del sujeto, su incidencia también en la salud psíquica, y la necesidad de asistencia y cuidados sanitarios que genera.

4. Sin embargo, una conducta transmisora en principio típica de lesiones o incluso homicidio, que en su caso serían imprudentes o dolosos, puede estar cubierta por alguna causa de justificación.

Concretamente se plantea la posibilidad de *riesgo permitido* (o adecuación social) en conducta de menor peligrosidad transmisora, como son las relaciones sexuales, si se dan ciertas condiciones: Así, si el sujeto que realiza un contacto sexual con otro no sabe ni tiene razones para sospechar que está infectado, aquí el límite entre el riesgo permitido e imprudencia se plantea ciertamente en los casos en que, aunque el sujeto desconoce su infección, debería sospechar (por haber llevado a cabo actividades de alto riesgo) pero no quiere cerciorarse, pues para unos sigue actuando bajo el riesgo permitido, mientras que otros consideran que comienza ya la actuación imprudente. En segundo lugar, si no se aceptara la exclusión de la autoría, por falta de dominio del hecho en los casos en que el otro componente de la pareja sabe que mantiene relación, incluso sin protección, con un seropositivo, se podría apoyar la propuesta de HERZBERG de considerar tales supuestos amparados por el riesgo permitido para justificar las posibles lesiones o muerte de quien resulta infectado.

En cambio, no parece aceptable la tesis de este autor de que también hay riesgo permitido si un infectado que conoce su condición no se la comunica a su pareja,

pero usa preservativos en el acto sexual, con lo que disminuye mucho (aunque no excluya totalmente) el riesgo, añadiendo que el escaso riesgo se puede afirmar la adecuación social, como en el caso de contagio de otras enfermedades normales, p.ej., la gripe, y que les es exigible a los infectados que informen de su condición, pues entonces casi con seguridad no encontrarían quien quiera correr el riesgo aun con preservativos. A esto hay que responder que, aparte de que sí puede haber quienes, pese a saberlo, acepten el riesgo de contagio, la idea de exigibilidad lleva a otra consecuencia: a diferencia del caso de contagio de la gripe, en que riesgo de muerte es muy escaso y hay inexigibilidad de aislarse totalmente a los afectados porque el sacrificio, consistente en no tener trato con nadie durante la enfermedad, sería desproporcionado ante el bajo grado de riesgo, en la posibilidad de transmisión de SIDA por vía sexual, el riesgo, aunque disminuya cuantitativamente en cuanto al contagio con el uso de preservativos, es cualitativamente muy alto por afectar a la vida con una elevada posibilidad de muerte en caso de producirse el contagio, por tanto es un riesgo innecesario e injustificado, ya que además la exigencia de abstención no es de todo trato humano, sino mucho menor: de abstenerse de relaciones sexuales sin informar previamente al otro.

5. De todos modos, cuando el contagio no justificado se produzca partiendo de un infectado que trata de satisfacer su impulso sexual, o su necesidad psíquica de consumo compartido de droga, a veces se puede apreciar en primer lugar una *atenuación del injusto* (del delito doloso o culposo) por un estado de necesidad incompleto: la necesidad que siente de satisfacer sus necesidades sexuales o psíquicas, aunque no respete la proporcionalidad por causar males mayores. Y en otros casos, puede haber una situación de *culpabilidad disminuida* individualmente o incluso de *desesperación*. No obstante, la *atenuación* o *exención de pena* no excluirá la imposición en su caso de medidas de seguridad.

6. En cuanto a la parte subjetiva del tipo, rigen las reglas generales sobre el dolo, sobre todo el dolo eventual, y la imprudencia.

En cuanto al *dolo eventual*, concurrirá cuando el sujeto acepta la eventualidad representada de producción de lesiones o incluso muerte. Y en los casos en que el sujeto no pueda racionalmente confiar en la no producción del resultado porque, por no haber tomado precaución alguna, p.ej., practicando el sexo sin preservativos pese a conocer su infección, el riesgo sea

incontrolable, entonces -exactamente igual que en el dolo directo de segundo grado el sujeto tiene que querer el resultado necesario- aquí, le guste o no le guste, acepta el eventual resultado: *tiene que aceptarlo*, pues no puede influir en intentar descartarlo. Pero en cambio, si usa preservativos en su relación sexual, aunque no haya riesgo permitido si no informa, al menos se puede admitir (con SCHÜNEMANN) que no hay dolo eventual, ya que, al poner algo de su parte para reducir el riesgo, *puede confiar* en no producir el resultado, con lo cual sólo habrá responsabilidad por imprudencia consciente respecto de las lesiones o -en caso de que se admite- homicidio, y si no se probara la relación causal con el contagio, entonces la mera conducta imprudente sería impune (salvo que pueda haber responsabilidad en relación con el art. 348 bis).

Imprudencia, sobre todo inconsciente, puede haber en infinidad de actuaciones peligrosas por no haber desinfectado con garantías instrumental quirúrgico, no eliminar agujas o jeringuillas usadas, no analizar debidamente el plasma sanguíneo que se va a trasfundir, no utilizar precauciones los que se saben portadores en la actividad sexual, etc. Y como posibilidad de actuar con cierta eficacia en la contención de la difusión del virus, se plantea la tesis, que un sector rechaza, de que hay imprudencia punible si un sujeto perteneciente a un grupo de alto riesgo, no se cerciora de su posible infección y luego lleva a cabo actividades que pueden transmitirla, como relaciones sexuales, donación de sangre, compartir jeringuillas con otros, etc.

III

Hasta ahora hemos examinado las posibilidades de responsabilidad penal por realización dolosa o imprudente de delitos de resultado lesivo. Pero esta sola perspectiva sería demasiado individualista y dejaría de lado la *peligrosidad general para la comunidad* de la transmisión del SIDA. En nuestro ordenamiento penal existe, entre los delitos contra la salud pública, una figura, la del artículo 348 bis CP, relativa precisamente a la propagación maliciosa de enfermedades transmisibles a terceros, introducida en el Código por Ley de 24 de abril de 1958, pensando inicialmente sobre todo en el contagio consciente de enfermedades venéreas.

Pues bien, la aplicabilidad a estos casos de ese delito puede hacer que revisemos la conclusión provisional de impunidad en cuanto a la falta de autoría

(y consiguientemente de tipicidad) de lesiones u homicidio si hay consentimiento pleno en el riesgo por el sujeto pasivo: pues el hecho, plenamente irrelevante en cuanto a éste, no lo es para la salud pública, y debo apuntar que también habría que examinar si es sostenible o no la tesis del riesgo permitido respecto de ese peligro para la salud pública. Y en los casos de aplicabilidad inicial de los tipos de lesiones u homicidio, dolosos o imprudentes puede suceder que haya que acumular el desvalor de este ulterior atentado a la salud comunitaria.

Creo, con BOIX, que "propagar" es extender, dilatar o aumentar una enfermedad transmisible, sin que sea preciso que haya sido efectivamente transmitida. Por tanto, basta que pase la infección transmisible a una persona más, incluso aunque el contagiado sea mero transmisor y no desarrolle la enfermedad. Lo que ocurre es que la transmisibilidad a terceros implica siempre un peligro para la comunidad.

Por tanto, el delito es simultáneamente de lesión a un sujeto individual o, si no se quiere catalogar la infección ya como lesión, al menos de peligro concreto de lesión para otro, y además de peligro abstracto (por ulterior contagio a terceros) para la salud comunitaria, aspecto éste que no se abarca por los delitos de resultado lesivo.

La pena es de prisión menor, pero puede subirse, según la finalidad perseguida o la peligrosidad del hecho, a prisión mayor.

Frente a una posición muy extendida doctrinal y jurisprudencialmente -y que explica la escasa aplicación del precepto- según la cual propagación "maliciosa" equivale a intencional y no cabe el dolo eventual, considero que el dolo eventual, aceptando el posible resultado lesivo y el peligro, es una forma de malicia o mala voluntad. Por consiguiente, basta que el sujeto conozca la propia infección o la del objeto que maneja y no descarte (tomando alguna precaución) el posible contagio. En cambio, lo que sí excluye la exigencia expresa de malicia es la punición de la comisión imprudente.

Aunque el precepto abre más posibilidades de protección de la salud pública que los puros delitos de lesión, de todo modos serían preferible su ampliación, al modo de la figura del Código Penal austriaco, a un delito de peligro concreto abstracto (realizar una acción adecuada para propagar una grave enfermedad contagiosa) y que, junto a la modalidad dolosa, castigara con pena menor la realización imprudente.

En el artículo 348 bis, en caso de que no se pueda probar la relación causal con el contagio, es más fácil al menos calificar de tentativa o frustración con el dolo eventual que en las lesiones, pues basta que el dolo eventual se refiera al peligro concreto de contagio y no a la efectiva lesión. Y ello puede a veces colmar la laguna de punibilidad que produciría una conducta sólo imprudente en cuanto a las lesiones, pero en la que no se pudiera probar la causación de infección.

Por otra parte, si además de la realización del artículo 348 bis, se pudiera considerar realizado (total o parcialmente) un delito de resultado lesivo, resultará lo siguiente:

Si el delito es de lesiones dolosas o imprudentes sancionadas con pena inferior (o quizá también si la pena es igual) a la de prisión menor prevista inicialmente en el 348 bis, entonces se puede entender que éste consume a las lesiones.

Pero si se causan dos o más lesiones dolosas -superando la prisión menor- o lesiones graves (del art. 421.2º), o si hay una muerte imprudente, o si hubiera homicidio (o asesinato por premeditación)

doloso consumado, tales resultado no están incluidos en el delito de propagación maliciosa de enfermedad, pero a su vez los delitos de resultado no abarcan el peligro abstracto para la comunidad. Por ello debe apreciarse concurso ideal de delitos (los de lesión y el de peligro para la salud pública) y castigarse con la pena del más grave pero en su grado máximo. En cambio en caso de tentativa o frustración de homicidio, puede entenderse aplicable por más específica (o más grave) la agravación del inciso 2º del 348 bis a casos de finalidad peligrosa, sancionados con prisión mayor.

IV

Las posibilidades de contribución del Derecho penal a la prevención de la difusión del SIDA son bastante limitadas, pudiendo desplegar algo más de eficacia en la sanción de las actuaciones imprudentes (sobre todo si ampliara a la comisión gravemente imprudente el delito de propagación de enfermedades graves).

En cuanto a otras medidas que el Estado puede adoptar en la lucha contra la difusión del SIDA, pertenecen más bien al campo

del Derecho administrativo y de Policía sanitaria, planteándose fundamentalmente la intervención del Derecho penal frente a posibles excesos en esa lucha. A título indicativo mencionaré sólo que a falta de cobertura legal específica los controles (serológicos, epidemiológicos, etc.) de grandes sectores de población o de grupos de riesgo específico sólo se legitimarán por los principios generales del estado de necesidad: ponderación de intereses en conflicto, subsidiariedad e idoneidad de las medidas tomadas, estricta necesidad de las mismas, etc.

Un sector del Derecho penal, sin embargo, el Derecho penitenciario, puede aportar medidas específicas de prevención y control de uno de los ámbitos que en España presenta un mayor grado de difusión del SIDA: el de las prisiones debido a la promiscuidad tanto sexual como en el uso de drogas. Sin poder desarrollar el tema por razones de tiempo me permito remitir a la Ponencia que sobre "Derechos y deberes del funcionario de prisiones ante el SIDA", presenté en mayo de 1990 a las VII Jornadas Penitenciarias Andaluzas, de próxima publicación. DPC

POLITICA CRIMINAL PARA EL PRESENTE MOMENTO REGIONAL

Elías Carranza
Sub-director de ILANUD

1. INTRODUCCION.

POLITICA CRIMINAL EN SENTIDO ESTRICTO Y EN SENTIDO AMPLIO.

Poder judicial y legislación procesal penal son dos capítulos de la mayor importancia a considerar por la política criminal¹. También los de legislación penal material, policía, sistema penitenciario, sistema post-penitenciario, justicia de menores y, más recientemente, formas no penales de resolución de conflictos. Todo esto, si nos referimos a la política criminal en sentido estricto, o sea a la política criminal referida al ámbito de acción del sistema de justicia penal que es el concepto de política criminal implícito en el # 19 de los "Principios rectores en materia de prevención del delito y justicia penal en el contexto del desarrollo y de un nuevo orden económico internacional"².

Hay que tener también en cuenta, sin embargo, otra acepción más amplia de política criminal, referida a la totalidad del sistema de control social (no sólo al sistema penal) y que intersecta con otras áreas de la política estatal, particularmente del "sector social" (salud, vivienda, educación, trabajo), con su incidencia en la prevención primaria de la criminalidad y en la mayor o menor frecuencia de ciertas formas delictivas. Es el concepto implícito en el # 21 de los "Principios rectores" arriba citados, cuando se refieren a la prevención del delito como parte de la política social, diciendo que "el sistema de justicia penal, además de ser un instrumento de control y disuasión, debe contribuir también al objetivo de mantener la paz y el orden y de reparar las

desigualdades y proteger los derechos humanos con miras al logro de un desarrollo económico y social equitativo. A fin de relacionar la prevención del delito y la justicia penal con las metas del desarrollo nacional, hay que esforzarse por obtener los recursos humanos y materiales necesarios, incluida la asignación de fondos adecuados, y por utilizar en la mayor medida posible todas las instituciones y recursos pertinentes de la sociedad, para garantizar así la adecuada participación de la comunidad".

Este es el concepto también implícito en el # 18 de los mismos "Principios" cuando, refiriéndose a la planificación intersectorial del desarrollo, expresan que "Las actividades de planificación intersectorial deben tender a lograr la interacción y la cooperación entre los planificadores económicos, los organismos y los sectores de la justicia penal, a fin de establecer o reforzar mecanismos de coordinación adecuados y aumentar la capacidad de respuesta de la política de prevención del delito a las necesidades del desarrollo y a las condiciones cambiantes".

Finalmente, encontramos que ambos conceptos de política criminal se desprenden del objetivo principal de ILANUD, establecido en su convenio de creación, cuando dice en su artículo primero que "el objetivo principal del instituto es colaborar con los gobiernos en el desarrollo económico y social equilibrado de los países latinoamericanos mediante la formulación e incorporación en los programas nacionales de desarrollo de políticas e instrumentos de acción adecuados en el campo de la prevención del

delito y la justicia penal."

2. EVALUACION DE LAS POLITICAS CRIMINOLOGICAS EXISTENTES

Trataremos de hacer a) una primera evaluación de las políticas criminológicas actualmente existentes en la región (si bien la realidad no es homogénea); y b) proponer algunos criterios de política criminal a partir de la información sobre dicha realidad regional y de algunos documentos liminares de política criminal de Naciones Unidas.

2.1. Ausencia de políticas criminológicas integrales

Ante todo, ha sido harto señalada la no existencia de políticas criminológicas integrales para los componentes del sistema de justicia penal (la que hemos denominado política criminal en sentido estricto). Salvo intentos esporádicos que no decantan en la estructuración de una política integradora y sostenida en el tiempo, la realidad general de los países indica que los subsistemas policial, judicial, penitenciario, post-penitenciario, de menores y de legislación penal, accionan cada uno de ellos en forma muy autónoma e impulsados con frecuencia por criterios encontrados entre sí. Igualmente inexistentes han sido, como era de suponer, las que hemos denominado políticas criminológicas en sentido amplio, que deberían armonizar la actividad del sistema de justicia penal para con respecto a los restantes sectores del estado y de la sociedad.

En buena medida, es lógico que se dé tal ausencia de políticas, pues trazarlas y

¹Por política criminal, puede entenderse la política respecto del fenómeno criminal, lo que no sería un capítulo de la política general", E.R.Zaffaroni, Manual de Derecho Penal, Editorial Cárdenas, México, 1986, p.88.

²# 19: "Planificación sectorial: La planificación del delito y de la justicia penal debe llevarse a cabo con una orientación dinámica y sistémica, teniendo en cuenta la interrelación de las actividades y funciones en las esferas de la legislación, la ejecución de la ley, el procedimiento judicial, el tratamiento del delincuente y la justicia de menores, con miras a garantizar mayor coherencia, compatibilidad, responsabilidad, equidad y justicia en el amplio marco de los objetivos nacionales del desarrollo. Una consideración sistémica de los costos y beneficios sociales permitiría, en el caso de las opciones, seleccionar la que exigiera el mínimo costo material y humano y rindiera el máximo beneficio". (En "Informe del VII congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente", Milán, 26 de agosto-6 de septiembre 1985, documento A/CONF.121/22.

llevarlas adelante implica armonizar subsistemas que responden a distintos poderes del estado, que han sido inclusive históricamente estructurados en un sistema antagónico de equilibrio entre sí, para promover su control mutuo.

No se trata, como vemos, solamente de una incapacidad de nuestros países en vías de desarrollo. De hecho no conocemos programas verdaderamente integrales de política criminal que se lleven a la práctica en los países desarrollados, al menos en los países hasta hace muy poco llamados por el Banco Mundial "industriales con economía de mercado", aunque existen importantes esfuerzos en varios de ellos³.

En América Latina han existido algunos intentos frustrados de proyección de políticas criminológicas nacionales integrales, y existen en la actualidad organismos más o menos incipientes que apuntan en esa dirección, tratando de armonizar al menos determinadas acciones importantes entre algunos estamentos del sistema⁴. Aunque estos esfuerzos no implican el logro de verdaderos programas de política criminológica, los señalamos porque son esfuerzos importantes que deberían ser fortalecidos.

La ausencia de políticas criminológicas integrales (sean éstas en sentido estricto referidas sólo al sistema de justicia penal, o en sentido amplio), no significa que la acción estatal en la materia haya sido totalmente errática o sin orientación. Sí pueden señalarse líneas u orientaciones de acción legislativa, policial, judicial y penitenciaria, no siempre las más adecuadas por cierto, al menos a la luz de los criterios e instrumentos internacionales de política criminológica que en este trabajo tomamos como referencia.

2.2. Evaluación de las actuales políticas en función de la distribución de recursos del sistema penal

Consideramos importante evaluar las políticas, líneas u orientaciones actualmente existentes, en función de dos criterios: 1) De distribución de los recursos asignados dentro del sistema penal (policía, poder judicial, sistema penitenciario). Esto será sin duda un indicador de la importancia asignada a cada subsector y del peso de cada uno de ellos dentro del sistema; 2) De resultados obtenidos con dicha política.

En cuanto al primer criterio de evaluación, la información de que disponemos pone de manifiesto un notable desequilibrio entre los recursos asignados a los subsistemas policial, judicial y penitenciario, que prioriza fundamentalmente al sector policial.

De la información del "Segundo estudio de las Naciones Unidas sobre tendencias delictivas, funcionamiento de los sistemas de justicia penal y estrategias de prevención del delito" se desprende que los países llamados "en vías de desarrollo" destinan, en promedio, solamente el 1% del personal del sistema de justicia penal al poder judicial, mientras asignan el 94% al sector policial y el 5% al penitenciario.

El contraste se evidencia al comparar con la información sobre los llamados países "desarrollados", que exhibe que destinan respectivamente el 4% (poder judicial), el 77% (policía) y el 19% (sistema penitenciario).

En ambos grupos de países el subsector policial es el más voluminoso, sin embargo los países desarrollados destinan 17 puntos porcentuales menos que los en vía de

desarrollo a policía y, en cambio, destinan el cuádruple que éstos al poder judicial. Por otra parte, los puntos porcentuales que los países desarrollados tienen de menos en policía, los vemos aparecer en el subsistema penitenciario, con lo que este sector queda también con el cuádruple de lo que tiene en los países en vía de desarrollo.

Como vemos, con solamente el 1% de los recursos humanos destinados al poder judicial, el sistema de justicia penal (la justicia penal!) en los países en vía de desarrollo es esencialmente policial, no judicial. En los países desarrollados o centrales, en cambio, los poderes judiciales tienen un peso proporcionalmente mucho mayor.

Pero aportemos más información: ya en el "Primer estudio de las Naciones Unidas sobre tendencias delictivas, funcionamiento de los sistemas de justicia penal y estrategias de prevención del delito" se había hecho notar que "en los países menos desarrollados se asignan más recursos a las fuerzas policiales que a los otros organismos de la justicia penal"⁵.

En el Segundo Estudio se corroboró la anterior información, adicionándose los datos de proporciones de personal que antes vimos y señalándose también que entre 1974 y 1980 el personal de policía de los países en desarrollo aumentó de 394 a 913 por cada cien mil habitantes, mientras que en los países desarrollados su tasa se mantuvo estable⁶.

O sea que la información de los censos de Naciones Unidas respecto de nuestros países exhibe una tendencia que se agrava en el tiempo, ya que mientras las tasas de policías por cien mil habitantes de los países desarrollados se mantuvieron estables entre uno y otro censo, en el caso

³ Ver una excelente reseña de tales programas en Europa, Estados Unidos y Canadá, en "Crime Prevention Strategies in Europe and North America", heuni, # 18, Helsinki, 1990.

⁴ En Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y República Dominicana se crearon "Comisiones nacionales para el mejoramiento de la administración de justicia", a instancias de ILANUD y dentro del "Proyecto para el mejoramiento de la administración de justicia". Estas comisiones, con variaciones entre países, están integradas por un magistrado de la Corte Suprema de Justicia, el Ministro de Justicia, un representante del Congreso o Asamblea Legislativa, el Presidente del Colegio de Abogados y el Decano de la Facultad de Derecho. En Ecuador, desde 1982, existe el Consejo Nacional de Rehabilitación Social, integrado por el Ministro de Gobierno, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia o su delegado, el Ministro Fiscal General, el Ministro de Trabajo o su representante y el Director del Instituto Nacional de Criminología; aunque se ocupa en mayor medida de política penitenciaria, tiene también funciones de política criminológica general en materia de prevención, educación y promoción. En Costa Rica, nuevamente, dió excelente resultado la creación de una comisión interinstitucional encargada de armonizar acciones entre el Poder Judicial y el Ministerio de Justicia (a cargo del Sistema Penitenciario) para la resolución de problemas que afectaban y demoraban la tramitación de las causas penales y la libertad de los detenidos.

⁵ "Prevención del delito y lucha contra la delincuencia". Informe del Secretario General. Documento A/32/199, septiembre 1977. #42, p.19.

⁶ VII Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente. Tema 3 del programa provisional: Nuevas dimensiones de la criminalidad y de la prevención del delito en el contexto del desarrollo, desafíos para el futuro. Segundo estudio de las Naciones Unidas sobre tendencias delictivas, funcionamiento de los sistemas de justicia penal y estrategias de prevención del delito. Informe preparado por la Secretaría. A/CONF.121/18 #41, 42 y ss. El estudio explica que el aumento en la tasa de policías en los países en vías de desarrollo podría deberse, al menos hasta cierto punto, a los diferentes cuestionarios utilizados en los estudios, pero se hace notar que, por contraste, "en los países desarrollados el personal de policía por cada 100.000 habitantes se mantiene aproximadamente al mismo nivel en los dos estudios".

de los países en vías de desarrollo se multiplicaron por 2,3.⁷

Sin embargo, no para aquí el desproporcionado crecimiento policial. Habría que sumar a estas cifras el número de los cuerpos de policía privados, que han cobrado enorme importancia en los últimos años, y cuyo número se multiplica rápidamente. En algunos países constituyen verdaderas fuerzas armadas ajenas al control estatal, pues suelen pertenecer a compañías transnacionales.

En cuanto a lo que a política criminológica y prevención del delito se refiere, de lo anterior se desprende una definida orientación dirigida a satisfacer la función penal básicamente por medio del aumento de los efectivos policiales; no ya siquiera por medio del aumento presupuestario equilibrado de todo el sistema penal, sino esencialmente en base a más policía.

Este sobredimensionamiento de los recursos asignados a uno de los subsistemas se manifiesta, por lo demás, en las funciones que éste desarrolla, y en el peso de su actuación desde la etapa de prevención anterior al delito y a todo lo largo del sistema, con importante incidencia inclusivo en la etapa judicial. Veámoslo muy esquemáticamente:

Etapa de prevención anterior al hecho delictivo:

-La prevención anterior al delito ha venido descansando -sin mayor eficacia por cierto- casi con exclusividad en la policía, y el incremento del delito ha servido de fundamento, ante la ausencia de políticas criminológicas que den otra respuesta, para multiplicar los efectivos policiales.

-La prevención "primaria" de la criminalidad, por medio del sector de bienestar social (deportes, salud, educación, recreación, etc), es en general muy reducida -con oscilaciones entre países- y la información de CEPALC, PNUD y otras agencias indica que por razones fiscales y en particular por la deuda externa, este sector ha sufrido importantes recortes⁸.

-La prevención por medio de la organización de la comunidad (seguramente la de mayor importancia), es incipiente. Sería deseable que adquiriera un desarrollo importante en los años futuros, en la medida en que se consoliden verdaderos procesos democráticos en la región. Hasta el momento ha tenido un muy escaso desarrollo, en gran parte justamente por la existencia de gobiernos no democráticos o de democracias "de fachada", que más bien perseguían o en el mejor de los casos obstaculizaban toda forma de organización comunitaria por el peligro que éstas implican para tales regímenes.

Etapa posterior al hecho delictivo. Intervención del poder judicial:

-La policía "previene", interviniendo por sí o a raíz de denuncia, transmitiendo la "notitia criminis" a la autoridad judicial. Esto en el aproximadamente 95% de los casos. En un reducido porcentaje, toma conocimiento directamente la autoridad judicial.

-Investigación de los hechos: Es realizada, prácticamente por entero, por la policía, en forma por lo general muy "empírica"⁹ y cuando esto no es así, con especialistas y laboratorios de criminalística que pertenecen a ella.

-Justicia de instrucción: La regla general -salvo excepciones- es que las resoluciones judiciales se fundan por entero en la investigación policial antedicha, limitándose a ratificar lo actuado por la policía. Más aún, en alguna legislación, las declaraciones ante la policía tienen pleno valor judicial.

-Tribunales de sentencia y apelación: No tienen acceso directo a los hechos. Trabajan sobre el expediente actuado por los jueces inferiores, que como antes vimos ratifica la actuación policial.

Etapa de cumplimiento de la pena y de privación de la libertad durante el proceso

En el momento de la prevención policial, y

con frecuencia durante la etapa de instrucción judicial, la privación de libertad se lleva a cabo en las comisarías policiales, cuyo personal tiene a su cargo la custodia de los detenidos. Cuando éstos son alojados en el sistema penitenciario, lo que como regla sucede al dictarse auto de procesamiento y prisión preventiva o la condena, nuevamente es personal dependiente del poder ejecutivo, policial, de policía o de seguridad penitenciaria o militar según los países, el que tiene a su cargo a los presos. Hay que recordar que en América Latina el personal penitenciario es primordialmente de seguridad y administrativo, siendo la proporción del personal técnico muy reducida o en algunos casos nula.

Toda la anterior información sobre recursos humanos y distribución de funciones al interior del sistema de justicia penal es perfectamente coherente con la información histórica que explica, sobre la base de nuestro pasado colonial, el sobrepeso que los poderes ejecutivos han tenido siempre entre los poderes del Estado¹⁰.

El sobrepeso evidente que el subsistema policial tiene en nuestra región dentro del sistema de justicia penal y en especial el que tiene dentro del subsistema judicial, nos plantea interrogantes sobre temas tales cómo:

-La verdadera independencia de los poderes judiciales;

-La posibilidad de objetividad del conocimiento de los hechos que se juzgan, lo que a su vez cuestiona la Justicia de las resoluciones dictadas.

Sobre este último punto, recordemos que la justicia penal trabaja con conductas humanas y, en este sentido, el juez debe alcanzar el conocimiento de los hechos como en cualquier otra ciencia fáctica, acorde con las exigencias del método científico. En esto, la exigencia de inmediación del juez respecto de la prueba no hace más que responder a una exigencia propia del método científico en las ciencias fácticas: la verificación empírica.

⁷ Es un error, ante el incremento delictivo (o a veces ante la sola alarma social), responder mecánicamente aumentando el número de policías. La investigación más actualizada en la materia demuestra que el aumento en el número de efectivos policiales no tiene impacto en las tasas de criminalidad, salvo si el número de policías alcanza el costosísimo nivel de "patrullaje de saturación", que, por otra parte, es una medida que puede adoptarse por tiempo muy limitado, y tiene otros efectos negativos no deseados. (Sobre esto Heal K., "Situational Crime Prevention. From Theory to Practice", Home Office Research and Planning Unit, London HMSO, 1986.

⁸ CEPAL, "La dinámica del deterioro social en América Latina y el Caribe en los años ochenta, LC/G.1557, 1989. CEPAL, "Efectos sociales de la crisis económica", LC/R.522, 1986.

⁹ El término está usado en el sentido de ausencia de capacitación científica, (no en el sentido de la exigencia de verificación material o empírica propia del método científico).

¹⁰ Sobre esto, Maier J., "Situación de la justicia penal y problemas de los sistemas escritos y de la organización de los tribunales". Congreso regional sobre reforma de la justicia penal, 5-8 marzo 1991, Guatemala.

Pues bien, pocas personas más mediatizadas respecto de los hechos, y limitadas para alcanzar la verdad, que el juez forzado a un proceso escriturista y sin acceder a los hechos más que a través de la información policial.

2.3. Evaluación de las actuales políticas en función de los resultados obtenidos

2.3.1. Si tenemos en cuenta que un objetivo principal de la política criminal es reducir la criminalidad, los resultados de las políticas existentes no son exitosos, más aún, puede afirmarse que producen efectos decididamente negativos.

En efecto, la información recogida por el "III Estudio de las Naciones Unidas sobre tendencias delictivas, funcionamiento de los sistemas de justicia penal y estrategias de prevención del delito" indica un aumento en los números relativos de la criminalidad oficialmente registrada y, obviamente, en nuestra región con gran crecimiento poblacional, en los números absolutos. En algunos países donde las estadísticas regulares no acusan el aumento, la investigación criminológica verifica que lo que ocurre es que se ha elevado la cifra negra en razón del descenso en la tasa de denuncias¹¹.

De igual modo, la información disponible indica que se da un incremento en la criminalidad no-convencional (tráfico ilícito de drogas y estupefacientes, criminalidad económica, si bien en el caso de esta última, la cifra negra y nivel de impunidad son muy altos).

2.3.2. Otro resultado desastrozo de las políticas existentes ha sido multiplicar las poblaciones penitenciarias a ritmo vertiginoso, generando hacinamiento, gravísimas violaciones a los derechos

humanos de los privados de su libertad y altísimos costos al sistema (la relación de costos entre una medida de prisión y una no privativa de libertad es 5:1).

La política criminológica regional se basa, sin excepción, en todos los países, en la pena de prisión. Al respecto ILANUD llevó a cabo un estudio de los códigos penales y una dosimetría penal, de la que surge que en todos los países estudiados (Argentina, Brasil, Costa Rica, Colombia, Chile, México, Perú, Venezuela) el 75% o más de todos los delitos se sancionan con pena privativa de libertad¹².

Son numerosos los instrumentos internacionales que recomiendan utilizar la pena de prisión sólo como última ratio¹³, y es numerosa también la investigación criminológica que pone en evidencia que el encierro produce patologías y no es socializante ni resocializante¹⁴, lo que llevó a la doctrina y legislación más modernas a abandonar la denominada "teoría del tratamiento"¹⁵. No obstante estos avances en la investigación, doctrina y legislación, las políticas en la región siguen orientándose en la dirección de modificar las leyes penales elevando las penas de prisión y limitando al juez las alternativas a la pena privativa de libertad, y también, pasando por encima del principio de inocencia, limitando o a veces prohibiendo por completo la libertad durante el proceso. Esta última situación, como es sabido, alcanza en nuestra región límites impresionantes, pues las proporciones de "presos sin condena" sobre el total de las poblaciones penitenciarias, así como las tasas globales de "presos sin condena", son altísimas¹⁶.

Todo esto ha llevado a una verdadera explosión penitenciaria, que ILANUD ha podido constatar en al menos 18 países

(Antillas Holandesas, Barbados, Bolivia, Cayman, Colombia, Costa Rica, Chile, El Salvador, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Montserrat, R. Dominicana, Santa Lucía, Trinidad y Tobago, Uruguay, Venezuela)¹⁷, con sobrepoblaciones en casos de hasta el 950%, con elevadísimas tasas de homicidios y suicidios intracarcelarios, falta de condiciones mínimas de higiene y comida en los centros, y todo género de violaciones a los derechos humanos.

2.3.3. Las violaciones a los derechos humanos que se producen en el sistema penitenciario son seguramente de las más graves que ocasionan los sistemas de justicia penal, pero éstos se caracterizan por generar un sinnúmero de gravísimas violaciones a todo lo largo de su accionar, lo que ha llevado a crear capítulos especiales de la criminología, la sociología criminal y los derechos humanos¹⁸, y es un tema de especial importancia en nuestra región, donde se multiplica el accionar de estos sistemas con el errado criterio de responder con soluciones penales a todo género de conflictos interindividuales o sociales, al par que, en razón de la destrucción de las economías y de la reducción de los presupuestos de los sistemas, éstos se deterioran rápidamente, multiplicando el irrespeto a los derechos fundamentales de judiciables y víctimas.

3. DERECHOS HUMANOS EN LA JUSTICIA PENAL

Es importante poner de relieve la necesidad de cerrar la brecha entre el estatuto de derechos humanos que se encuentra establecido en la legislación internacional y nacional y que es de la esencia de la justicia penal, y la realidad de su funcionamiento, en la que estos derechos son sistemáticamente violados. La tarea es muy

¹¹ Así, v.gr., en Colombia, vid Reinaldo Bernal Izquierdo, Comportamiento de la tendencia de la criminalidad y delincuencia 1985-1989, en "Análisis sociojurídicos # 1, República de Colombia, Ministerio de Justicia, 1990.

¹² González D. y Garita A.I., "La multa en los códigos penales latinoamericanos", Depalma Editorial, Buenos Aires, 1990, p.128 y ss.

¹³ Así, para citar solamente algunos de los documentos más recientes, las "Reglas mínimas para la administración de la justicia de menores", sancionadas por el VII Congreso de Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente (Milán, 26 agosto - 6 septiembre 1985), la resolución # 16 del mismo congreso titulada "Reducción de la población penitenciaria, medidas sustitutivas del encarcelamiento e integración social de los delincuentes", la resolución # 17 del VIII Congreso de Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, titulada "Prisión preventiva" (La Habana, 27 agosto - 7 septiembre 1990), y las "Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad", sancionadas también por el VIII congreso.

¹⁴ Caballero Romero J.J. El mundo de los presos, y Clemente Díaz, M. Los efectos psicológicos del encarcelamiento, en "Psicología social y sistema penal", compilación de Jiménez Burillo F. y Clemente M., Alianza Universidad Textos, Madrid, 1986.

¹⁵ Así, v.gr. en Canadá. Ver "Correctional Philosophy: Correctional Law Review, Working Paper # 1". Solicitor General Canada, Ministry Secretariat, 1986.

¹⁶ Sobre esto, Carranza E., Houed M., Mora L.P., Liverpool N.J.O., y Rodríguez Manzanera L., "Alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe, ILANUD, 1991. También, de los tres primeros autores, "El preso sin condena en América Latina y el Caribe, ILANUD, 1988.

¹⁷ Ver "Alternativas a la prisión en América Latina y el caribe", citado en nota 12, p. 12 y ss.

¹⁸ Zaffaroni, Eugenio R., "Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Informe final)", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, DEPALMA, Buenos Aires, 1986.

difícil, y para acometerla sin caer en el desaliento ni en la hipocresía, hay que estar claros sobre la verdadera esencia del sistema de justicia penal y sobre las limitaciones estructurales que hacen que funcione de la manera en que lo hace¹⁹.

Esta distancia entre norma y realidad es una grave paradoja, que se manifiesta en forma evidente para cualquiera que como funcionario, victimario, o víctima, tenga contacto con el sistema de justicia penal, pero que por otra parte ha sido estudiada por criminólogos en muchos países de América Latina y el Caribe²⁰ y por ILANUD, comparativamente, a nivel regional²¹. La paradoja se expresa muy bien, irónicamente, en la expresión "política criminal", que Luis Rodríguez Manzanera y Enrique Castillo -antes también A. Quiróz Cuarón- sugieren sustituir por "política criminológica".

4. ALGUNOS CRITERIOS DE POLÍTICA CRIMINOLOGICA PARA UNA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL

Los siguientes son solamente algunos criterios que consideramos importantes y nos atrevemos a enunciar. Seguramente hemos omitido muchos otros, también importantes, que deberían ser tratados en un trabajo de mayor extensión.

Un programa de política criminal debería desarrollarlos y establecer una estrategia y un orden de acciones para llevarlos a la práctica teniendo en cuenta la realidad en cada caso. Son criterios generales. Pensamos que tanto en la prevención anterior al delito como en el accionar del sistema de justicia penal deberían ocupar un lugar importante, teniendo en cuenta también las distintas categorías delictivas - que presuponen formas específicas de prevención- y la realidad social, cultural, económica y jurídica de cada país.

Hemos agrupado sistemáticamente: a) criterios a tener en cuenta en la política criminológica (de prevención) anterior a los hechos delictivos y a la intervención del sistema de justicia penal; b) criterios a tener en cuenta a partir de la intervención del sistema de justicia penal.

a.1. Fortalecer la prevención primaria o social de la criminalidad, con acciones a nivel de la familia, la escuela, el trabajo, (en particular el trabajo de menores), la salud, la recreación, la planificación urbana.

a.2. Fortalecer la prevención del delito por medio de la comunidad. La policía no debe "apropiarse" del problema delictivo. Este es un problema social, en el que deben trabajar en su solución especialmente las comunidades directamente afectadas, participando conjuntamente con la policía en la elaboración de estrategias de prevención y en el establecimiento de prioridades de acción y de movilización de recursos.

a.3. Procurar reducir al máximo posible ciertas formas de prevención directa y personal del delito, tales como armas para defensa personal y policías privadas (con prohibición total de las armas y calibres de guerra), que sustituyen la acción estatal en el uso de la fuerza, multiplican la violencia social y elevan el riesgo de vida para la propia víctima.

b.1. Promover una distribución presupuestaria y de recursos humanos en el sistema de justicia penal que eleve las actuales proporciones de los subsistemas judicial y penitenciario, para garantizar la independencia del poder judicial y la judicialidad de sus resoluciones, así como para garantizar un nivel de funcionamiento del sistema penitenciario que evite las violaciones a los derechos humanos que suceden en razón de la limitación de recursos humanos y materiales elementales.

b.2. Promover, en la mayor medida posible, las formas no-penales de resolución de conflictos (Somos conscientes de que, en esta materia, un obstáculo importante es el principio de legalidad, según está establecido en nuestros sistemas jurisdiccionales. Este es uno de los temas importantes para trabajar en función de una política criminal innovadora, que tenga como objetivo principal la paz social a partir de la satisfacción de los miembros de la sociedad y no indispensablemente a partir de la sanción penal).

b.3. Orientar la acción del ministerio público hacia la persecución de los delitos más graves y que causan mayor daño social, tales como criminalidad violenta, drogas y criminalidad económica. De esta manera se obtendrá un mejor resultado en términos de Justicia y una distribución más racional y eficiente de los recursos humanos existentes, al reducirse los esfuerzos proporcionalmente destinados a la persecución de los "delitos de bagatela". Aquí, nuevamente, habría que actuar en forma innovadora frente al principio de legalidad vigente (o frente a la interpretación que se ha hecho hasta el momento de este principio, ya que en la realidad sí se produce una selección de los casos que son perseguidos por la justicia y de los que -con frecuencia por limitaciones de capacidad de trabajo- no lo son. Hay ejemplos en los que se ha logrado con éxito compatibilizar la vigencia del principio de legalidad con instrucciones de política criminológica al ministerio público para priorizar la persecución de determinados delitos de mayor gravedad²².

b.4. Revisar la situación de la víctima en el proceso, estableciendo su participación en él.

b.5. Establecer una política penológica que priorice las sanciones y medidas no privativas de libertad y proactivas, tales como trabajo en la comunidad, reparación a la víctima, reconocimiento del hecho y perdón del ofendido, y otras, y destine la pena de prisión sólo para los delitos de mayor gravedad, con el objeto de reducir en lo posible la violencia de respuesta del sistema penal y que ésta no sea un obstáculo para la inevitable y necesaria reinserción social de quien ha delinquido.

b.6. Reformar el procedimiento penal, introduciendo la oralidad y publicidad en los países en que éstas no existen, para garantizar el principio de inmediación, así como el mayor grado de participación posible de la comunidad en las decisiones judiciales.

b.7. Finalmente, pero como presupuesto de todo otro criterio de política criminal, es imperativo que los sistemas de justicia penal actúen respetando estrictamente los

¹⁹ Sobre esto, Zaffaroni, E.R., "En busca de las penas perdidas", EDIAR, Bs.As., 1989.

²⁰ Citando en forma veloz, con el riesgo consciente de importantes omisiones, han trabajado sobre este tema en América Latina y el Caribe E.R. Zaffaroni, J.Maier, Lucila Larrandart en Argentina; N.J.O. Liverpool en Barbados; J.L.Mora, M.Houed, D.González, A.I.Garita, S.Navarro, H.Isa, F.León y E.Chirino en Costa Rica; A.Colanzi Zeballos en Bolivia; A.Reyes Alvarado, E.Sandoval Huertas, E.Saavedra, A.Pérez Pinzón en Colombia; A.Donoso y A.Zambrano Pasquel en Ecuador; O.Grezzi, R.Schurmann Pacheco, J.Balbela en Uruguay; Lola Aniyar, Rosa del Olmo, E.Gómez Grillo, G.Gabaldón, T.Santos, R.Martínez Rincones y tantos otros en Venezuela. Mucho de lo producido por el "Grupo latinoamericano de criminología crítica", hace importantes aportes en esta materia.

²¹ Carranza E. y otros, "El preso sin condena en América Latina y el Caribe: estudio comparativo, estadístico y legal de treinta países y propuestas para reducir el fenómeno", ILANUD 1988.

²² Así, v.gr., en la reciente reforma judicial de la Provincia de Córdoba, Argentina. También en Costa Rica, donde el Ministerio Público determina prioridades específicas para su labor (ver "Programa de actividades del Ministerio Público 1993-1994, Costa Rica").

derechos fundamentales de judiciables y víctimas, por medio de un proceso penal transparente, expedito, oral y público. En esto cabe señalar la labor que en materia de reforma de la justicia penal se está llevando a cabo en varios países de la región (así

v. gr. en Guatemala, Perú y Ecuador), promoviendo cambios muy importantes.

El tránsito hacia una justicia penal verdaderamente justa no será sencillo, en la región, pues el dictado de la ley es sólo un

paso, aunque bien importante por cierto, cuando va acompañado por la decisión política y por la activa participación de la sociedad en el proceso de transformación.

DPC

SOBRE ALGUNOS PROBLEMAS DOGMATICOS...

Viene de la página 27

tanto en ellos cabe acudir al artículo 565 (y los correspondientes entre las faltas) del Código Penal, aplicándose las reglas de determinación de la pena allí expuestas. La otra solución, que es perfectamente acumulable a la anterior (que quedaría para los delitos de resultado), es la de establecer, en el caso de los delitos de peligro contra el medioambiente, una cláusula que explícitamente equipare en estos casos la comisión dolosa e imprudente; lo cual es algo que es discutible que el Código no haga ya en otros delitos de peligro y que tiene su lógica, pues en el caso de peligro resulta aún menos relevante el aspecto subjetivo -volitivo- frente al aspecto objetivo de la infracción de las normas de cuidado junto a la creación de un peligro para el bien jurídico.

Riesgo permitido y causas de justificación.

Poco podremos aportar aquí desde el Derecho Penal, dado que, precisamente aquí, el problema de fondo será fundamentalmente político. Pues, en efecto, en todo ordenamiento existen una serie de acciones especialmente peligrosas y, sin embargo, permitidas. La definición de las mismas, sin embargo, superan el ámbito del Derecho Penal para entrar en el campo de la política (por ejemplo, deben ser un "riesgo permitido" las centrales nucleares?). Lo cierto es que, en la medida en que determinadas acciones, pese a ser peligrosas -e incluso muy peligrosas-, estén autorizadas jurídicamente, tanto los peligros como los resultados que pueden derivarse de las mismas, siempre que se hayan realizado conforme a las especiales reglas de cuidado para ellas previstas.- estarán justificados, serán lícitos (lo cual no quiere decir que no puedan ser valorados, incluso jurídicamente, negativamente, pero esa es otra cuestión). En la medida en que dichas acciones peligrosas hayan infringido dichas

normas de cuidado, podrá haber responsabilidad (de nuevo, el ejemplo de la central nuclear).

Lógicamente, además podrán concurrir en los casos concretos las restantes causas de justificación, aplicándose las reglas generales de las mismas.

Omisión.

Desde siempre, campos como el que ahora nos ocupan han sido aquellos en los que se ha planteado más crudamente la necesidad de sancionar también las omisiones, tanto de particulares como de funcionarios. Ahora bien, habrá que hacer dos salvedades, trasladables por lo demás a toda omisión. Puede haber casos en los que el no hacer sea en realidad un hacer positivo y lesivo (por ejemplo, el que no cumple con la obligación de filtrar su humos y los arroja a la atmósfera está cometiendo un delito de acción, no solo de omisión, mereciendo por tanto una mayor pena).

Por otra parte, habrá de distinguir, como siempre, entre omisiones puras y aquellas que pueden ser calificadas como auténticas comisiones por omisión. Como delitos de omisión pura pueden configurarse en este campo determinados delitos especiales (es decir, cuyo sujeto activo reviste una cualidad especial: aquí, funcionario, director o técnico de empresa) consistentes en la pura infracción de normas -no penales- que impongan obligaciones positivas a dichas personas, siempre que ello no cause resultados lesivos para el medioambiente, sino solamente un cierto peligro (por ejemplo, el que no realice la inspección preceptiva, o el que no informe de las sustancias peligrosas o contaminantes que utiliza, siendo preceptivo hacerlo).

Por el contrario, habrá casos (pocos) en los que la omisión podrá ser equiparada a una auténtica acción. Si en este tema

acudiésemos al criterio generalmente defendido que dice que el que ostenta una "posición de garante" respecto al bien jurídico amenazado responde por su omisión como si hubiese cometido él el hecho, prácticamente todo omitente respondería así, pues aquí prácticamente todos (funcionarios, empresarios, técnicos...) podrían ser considerados garantes del bien jurídico medioambiente. Esto puede parecer excesivo, al estar hablando tan solo de omisiones. Por ello, creo que puede llevar a un resultado más medurado y satisfactorio el criterio minoritario defendido en este tema: responderán como si ellos hubieran causado activamente el resultado lesivo (es decir, responderán en comisión por omisión) quienes, con su omisión no solo no hayan evitado el resultado (lo único que bastaría para responder, según el otro criterio), sino que además hayan causado el riesgo de que el resultado se produjese. Es decir, por ejemplo, no responderá por la contaminación producida quien no evitó que su subordinado infringiera las reglas de cuidado ambiental (en todo caso, responderá por esa omisión pura, con una pena menor, pero no por el resultado, imputable a dicho subordinado); pero si responderá quien con su omisión (así, quien no filtra las aguas residuales de su empresa, teniendo la obligación de hacerlo) crea el riesgo del resultado finalmente lesivo (la contaminación del río).

Como consideración final, en materia de omisión, hay que decir que, en un terreno con legislación tan incompleta y poco clara, es importante determinar en todo momento a quien le corresponde cada deber, tanto de actuar como de no hacerlo; pues solo el deber incumplido de actuar, jurídicamente establecido, puede generar responsabilidad penal por omisión.

DPC

NOTAS SOBRE LOS EFECTOS DE LA PENA EN EL DELITO DE VIOLACION Y EL ART. 204 DE LA LEY 150/1992.

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

La impotencia que el Estado demuestra para resolver los problemas de carácter social se refleja, sin lugar a dudas, en la práctica legislativa. El legislador asume, en muchos casos, el papel -según sea la situación- de protector o de punitivo cuando el Estado es incapaz de solucionar los conflictos intersubjetivos o grupales. Un claro ejemplo, entre muchos, es la reforma que se efectuó al Código Penal (Pn) en los delitos de carácter sexual.

Una de las razones expuestas por el legislador para reformar el delito de violación parte, especialmente, de «los recientes y bochornosos casos de violación denunciados en todos los medios de comunicación» (Proyecto de Ley de Reformas al Código Penal, Exposición de Motivos, N° 2), es decir, la razón para tal reforma procede de las informaciones que desarrollan los medios de comunicaciones - a veces comprobadas, a veces no comprobadas¹, otras hechas de manera objetiva, otras de manera irresponsables, etc. - y no de previas investigaciones de carácter científico que puedan indicar al legislador -con los resultados-, cuáles serían los efectos, sea positivos o negativos, que pueda originar la creación o reforma de determinados delitos, ya que cualquier tipo de Ley, sobre todo la de naturaleza penal, puede llegar a tener resultados totalmente contrarios a los que se esperaba de ella.

Un ejemplo de lo anterior es la pena del delito de violación. La que establecía el

Código penal a la violación era de 8 a 12 años de presidio. Era una pena grave si tomamos en consideración que la pena para el homicidio es de 6 a 14 años de presidio. Sin embargo, a juicio del legislador, es una pena ínfima que debe ser aumentada en proporción a la gravedad del hecho. A nuestro parecer, es una pena lo suficientemente grave como para cumplir tanto su función preventiva general y preventiva especial. Sin embargo, la pena que determinó el legislador al delito de violación es de 15 a 20 años de prisión. A mi juicio, el legislador no previó los resultados de dicho aumento, pensó que con semejantes penas las personas se abstendrían de realizarlo -recordemos que ni la propia pena de muerte tiene efectos de inhibición para el delincuente, mucho menos las penas de prisión. Con dicho criterio el legislador pone, a mi parecer, en total desprotección a los individuos, especialmente a las mujeres: eje del delito de violación.

Con el aumento de la pena de prisión de la violación los costos personales del delincuente aumentan, es decir, no es lo mismo violar a una persona con una pena de 8 a 12 de años de prisión como la anterior a la reforma, que violar con la vigente de 15 a 20 años de prisión, lógicamente el tiempo de pasar en prisión será mayor, si sumamos que el juez -en virtud de que el delito está de moda- impondrá en la mayoría de casos la pena máxima (20 años de prisión).

La pregunta sería, pues, ¿qué puede pasar como resultado de esta situación? A mi parecer, muchas cosas, apuntemos la más importante. El delincuente ante semejantes penas podría actuar de la siguiente manera: Al nacer la expectativa real de pasar 20 años en prisión se plantea la necesidad de impunidad a través de deshacerse de su víctima, o sea, con la víctima con vida aumenta el riesgo de ser reconocido y, por tanto, ser denunciado y castigado nada menos que a 20 años de prisión. Nace entonces la violación acompañada con muerte.

Para el delincuente es preferible correr el riesgo de dar muerte a su víctima para garantizar su impunidad, que dejarla viva. Veremos por qué.

Si **X** viola a **Z**, la pena a imponerse, en el caso de la máxima, sería de 20 años de prisión. Si además da muerte a **Z** estaríamos en presencia ya sea de un homicidio (de 6 a 14 años de presidio) o de un asesinato (de 15 a 30 años de presidio), según sean las circunstancias. Supongamos que sea un asesinato, la técnica a seguir, según el Art. 89 Pn (concurso real de delitos), sería la siguiente:

1. Al culpable de dos o más delitos se impondrá todas las penas correspondientes a los diversos delitos, o sea, en este ejemplo: 20 años de violación + 30 de asesinato = 50 años de presidio. «**X** es condenado a 50 años de presidio».

¹ Véase, entre otros, La Violencia y el terror en los medios de comunicación de masas, en Estudios y Documentos de Comunicación Social, N° 102, UNESCO, 1990, p. 16. DAVIS (1957), por ejemplo, determinó de su estudio -de dos años- comparativo de periódicos de Colorado (USA) que no existía relación entre la información sobre la delincuencia y las estadísticas reales de los delitos. GAROFALO (1981) determinó la misma falta de relación. Observó que las noticias sobre los delitos ocupaban entre el 5 y 10% del tiempo dedicado a las noticias. JACKSON, KELLY Y MITCHELL (1977), llegan a conclusiones semejantes.

SHELLEY y ASKINS (1981) establecieron que, mientras los delitos violentos constituyen solamente la quinta parte de todos los cometidos, los medios de comunicaciones dan la impresión de que la proporción es mucho más elevada, y por consiguiente el público cree que la proporción es también más alta.

Sin embargo, el legislador nicaragüense apoya la necesidad de la reforma de los delitos sexuales en los "casos de violaciones denunciados en todos los medios de comunicación". En otras palabras, desarrolló la reforma de dichos delitos de la información de los medios de comunicaciones, los cuales -se ha demostrado- no presentan una realidad e imagen real y adecuada de los conflictos sociales, especialmente, del fenómeno social y humano denominado delito.

2. Sin embargo, el propio Art. 89 Pn -y la Constitución Política en el Art. 37- garantizan al condenado que «el máximo de duración de la condena **NUNCA** podrá exceder de los treinta años aunque ese tiempo exceda la suma de las penas impuestas por varios delitos». Esto significa que **X**, a pesar de haber sido condenado a 50 años de presidio, es condenado y cumplirá realmente 30 años de presidio. Por lo tanto, desde la óptica de **X**, es preferible correr el riesgo de matar a su víctima y asumir la diferencia de 10 años para llegar a 30 años de presidio (que prácticamente viene a ser lo mismo) a que le impongan 20 años de cárcel sin haber hecho nada para no ir a la prisión: garantizar su impunidad.

La situación es grave, sobre todo para las mujeres que son la víctima por excelencia del delito de violación: además de ser objeto de violación corren el riesgo real de que las maten. Por ello, en más de una ocasión he manifestado que la Ley 150/1992 es una Ley **criminógena**, es decir, creadora de conductas delictivas.

No comprendemos por qué el legislador no analizó los probables efectos que esta Ley - en materia de aumento de las penas- podría desarrollar, sobre todo, cuando él mismo reconoce en la exposición de sus razones del Proyecto de Ley de Reformas al Código Penal (No. 8) lo desafortunado de este criterio (elevar las penas). «Se amplía -dice el legislador- la duración de las penas, para dar al daño producido la importancia que reviste. Estamos consientes -continúa expresando el legislador- que con ello nos

ubicamos en una corriente conservadora que propugna por una severidad de las penas de privación de la libertad, aún estando claros que esta posición va cayendo en desuso en el Derecho Penal, pero nos inclinamos a esta posición por el clamor unánime de la población, que exige mayor severidad en el tratamiento de estos delitos».

No cabe duda que esta reforma fue realizada de forma apresurada y apasionada que ahora nos puede encaminar a situaciones inesperadas.

Otro aspecto relevante, y no menos grave que el anterior, es el Art. 204 de la Ley 150/1992: El delito de sodomía.

El Derecho penal moderno debe tutelar las relaciones sexuales a partir, y no fuera, de la libertad individual. Libertad que presupone, asimismo, la tutela de la seguridad de su realización: la seguridad personal de que se respete su intangibilidad e indemnidad². Es decir, garantizar la opción personal a establecer relaciones sexuales sin abuso ni opresión de otro, o sea, disponer de su cuerpo sin más frontera que las que fija el respeto a la libertad del semejante (Art. 24, párr. 2, de la Constitución Política de Nicaragua [Cn]).

El Derecho penal en un Estado democrático y de Derecho no es un instrumento de imposición, ni de dominio, a pesar que es susceptible a serlo, sino un mecanismo formal de prevención y tutela. Por ello, creemos desafortunado la represión de otras relaciones sexuales que no fueran las

relaciones heterosexuales.

A nuestro juicio la opción a la sexualidad es una elección en libertad, es decir, a partir de la libertad individual la mujer o el hombre determinan su preferencia sexual. Un derecho semejante descansa, no en la moral, sino en la Constitución Política de Nicaragua (Cn): «Toda persona tiene derecho: A la libertad individual [...]» (Art. 25, 1 Cn). En este caso, la Cn garantiza y defiende el Derecho al hombre o a la mujer a ser diferente a los demás. Por otra parte, el Derecho a la libertad de conciencia, de pensamiento y de profesar o no cualquier tipo de credo (Art. 29 Cn) impide que cualquier individuo o grupo social, sea o no mayoritario, menoscabe la forma de pensar mucho menos de imponerle a otro u otros su moral o su forma de ser. Lo importante aquí es el respecto exquisito de la libertad individual del otro y, por lo tanto, el rechazo de imposiciones violentas de patrones de conductas.

Es cierto que la moral fundamenta en determinados aspectos al Derecho, sin embargo, el Derecho (penal) no puede imponer represivamente (**a nadie**) la moral que lo fundamenta. En definitiva, ni el Estado ni las personas pueden controlar o reprimir opciones que nacen del marco de la libertad individual, ya que, como hemos dicho, «un uso puramente impositivo de ideas políticas o morales, originaría conflictos sociales de confrontación y consecuencias impredecibles, sentando las bases para un Estado contrario a Derecho, como el de la Alemania nacional-socialista o la Italia fascista»³. DPC

² CUAREZMA TERAN, Reflexiones para una reforma de los delitos sexuales, en especial atención al delito de violación, Cuadernos de Derecho, N° 5, 1992, p. 2.

³ CUAREZMA TERAN, El Derecho Penal y los límites del sexo. El Código Penal es anacrónico y moralista, Artículo de divulgación, GENTE, 1993, p. 9.

LOS HOMOSEXUALES Y LA PREVENCIÓN DEL SIDA EN NICARAGUA: IDEAS SOBRE LA HOMOSEXUALIDAD EN NICARAGUA¹

Lic. Alejandro Sánchez
Subdirector

Programa de Derechos Humanos
de la UCA/CCE

Las condiciones sociales creadas por el proceso revolucionario sandinista a partir de 1979 han hecho que las personas cuestionen algunas de las normas culturales que rigen la sociedad nicaragüense. Esto ha dado inicio a una discusión sobre la sexualidad en general y ha promovido el surgimiento de una identidad homosexual. El SIDA fue el principal factor que le dio impulso a la formación de una conciencia homosexual en Nicaragua.

En 1986, antes de que se conociera la existencia de la infección por VIH o del SIDA en Nicaragua, un pequeño grupo de lesbianas y de homosexuales crearon el Colectivo de Educadores Populares para la prevención del SIDA (CEP-SIDA). A través de un trabajo de captación, CEP-SIDA ha formado una red de homosexuales en Managua, les ha ayudado a aceptar su propia sexualidad y ha conducido varios talleres sobre diferentes aspectos de la sexualidad, el SIDA y su prevención. El colectivo utiliza técnicas de educación popular, que capacita a los educadores para que multipliquen el conocimiento y así llegar a un mayor número de personas. Estas técnicas fueron utilizadas de manera exitosa por los sandinistas de la Cruzada Nacional de Alfabetización y en campañas masivas de salud.

En Nicaragua, al igual que en otros países latinoamericanos, hablar abiertamente de la sexualidad es tabú. El machismo parece ser el eje central de la cultura sexual y este se refleja en las actitudes y prácticas de los nicaragüenses. El machismo, sencillamente hablando, pretende afirmar la dominación del hombre en la sociedad al establecer estereotipos de agresividad, invulnerabilidad y poder para los hombres. Estos estereotipos se expresan tanto a nivel sexual como social. Un resultado de esto es que los papeles sexuales se definen de manera rígida dentro

de las relaciones con el mismo sexo. Por lo general, términos como "heterosexual" y "bisexual" no se utilizan ni se comprenden en Nicaragua, el término "homosexual" tiene un sentido ambiguo.

Nos interesaba explorar estos conceptos de una manera más detallada puesto que revisten especial importancia para el diseño y potencial efectividad de las campañas para la prevención del SIDA. Este estudio presenta los resultados iniciales de una investigación sobre estos conceptos entre hombres que tienen relaciones sexuales con otros hombres.

DISEÑO DEL ESTUDIO.

Se diseñó una entrevista abierta que incluía preguntas sobre la terminología de las identidades sexuales, opiniones sobre la homosexualidad, los roles sexuales, el machismo, el uso del preservativo y el conocimiento sobre el SIDA. Las entrevistas se grabaron y tuvieron una duración de una a dos horas. Todas las entrevistas se transcribieron y se codificaron para fines del análisis.

Entrevistamos 25 hombres todos los cuales practican relaciones sexuales con el mismo sexo. Nueve de ellos ya habían tenido contacto previo con CEP-SIDA. En las entrevistas se mantuvo el anonimato y se garantizó la confidencialidad.

RESULTADO.

La edad de los 25 hombres oscilaba entre los 17 y los 42 años. Todos excepto uno habían terminado la secundaria. Cuatro eran casados. La edad promedio de su primera experiencia sexual eran los 14.4 años con un margen de entre 5 a 21 años y el número promedio de parejas por año era de 22.9 (margen de 1 a 300).

Cuando preguntamos sobre el machismo, los entrevistados tuvieron dificultad para conceptualizar. Una persona dijo: "es cuando un hombre piensa que es superior, es el sometimiento de la mujer." A las personas que entrevistamos les resultó más fácil describir las manifestaciones y los efectos del machismo. Por ejemplo: "me atrevería a decir que todos los nicaragüenses son machistas...Lo manifestamos a través de la represión, de la dominación del uno hacia el otro." O bien, el machismo surge porque desde la infancia, nos dicen que los hombres no lloran, que no deben planchar, ni cocinar o que deben ser fuertes." Y el machismo se manifiesta a través de demostraciones de fuerza...teniendo muchas relaciones sexuales o coleccionando amantes."

Todas las personas que entrevistamos relacionan el machismo con patrones definidos de comportamiento estereotipado y la mayoría lo consideran negativo. El 80% dijo que los hombres que tienen relaciones sexuales con el mismo sexo pueden ser machistas y el 28% asocia ese comportamiento con la adopción de roles en relaciones con el mismo sexo donde la pareja activa juega el papel de "hombre" y la pareja pasiva, el de la "mujer". Por ejemplo, "los hombres juegan el papel activo...son machistas, no expresan sus emociones y mandan en la relación."

Le pedimos a los entrevistados que explicaran lo que entendían por los términos "homosexual", "heterosexual" y "bisexual", para ver si sus ideas sobre estas identidades estaban influenciadas por el machismo.

La mitad de los entrevistados respondió que un homosexual era alguien que tenía relaciones sexuales con el mismo sexo. Una tercera parte dijo que un homosexual es un hombre que se acuesta con hombres.

¹ Investigación realizada en la fundación NIMEHUATZIN

El uso de la palabra hombre en este caso se refiere al varón que juega un papel activo en la relación sexual, tal como lo demuestra la respuesta de un entrevistado quien dijo que un homosexual es un hombre que se acuesta con hombres pero que no juegan los dos papeles...uno le hace el amor a un homosexual.

Mientras que la mayoría de los entrevistados describió los términos "heterosexual" y "bisexual" de maneras que reflejan definiciones occidentales, una quinta parte dijo que un heterosexual es alguien a quien le gustan tanto los hombre como las mujeres y una quinta parte considera que un bisexual es un hombre que puede tener relaciones sexuales tanto con hombres como con mujeres y que en sus relaciones con los hombres juega papeles activos y pasivos. Esto implica que a menudo estos términos tienen un significado distintos para los homosexuales nicaragüense.

La interpretación de estos términos incluyen una referencia implícita a los roles pasivos y activos. Comparamos los papeles que los entrevistados juegan ellos mismos con la forma como se identifican. Ocho de los once que siempre juegan un papel pasivo se consideran y se identifican como "homosexuales". Dos se consideran homosexuales pero mantienen una identidad heterosexual y el otro es abiertamente travesti. Cinco hombres dijeron que siempre tomaban el papel activo. Todos ellos se identificaron como heterosexuales y tres de ellos son casados.

Uno de los casados dijo, "me siento como un hombre al que le gustan otros hombres, pero no como un cochón. Me identifico como muy macho. Otro dijo, "tengo relaciones con mujeres y de manera privada con homosexuales. Me gusta penetrarlos." Los nueve hombres restantes dijeron que cambiaban roles y de estos, cuatro se identificaron como homosexuales y cinco como heterosexuales o bisexuales, Existían mayores probabilidades de que estas personas hubieran estado en contacto con CEP-SIDA y que por lo tanto estuvieran más dispuestas a identificarse con una comunidad de homosexuales.

LA PREVENCION DEL SIDA

El 88% de los hombres habían recibido por lo menos alguna información sobre el SIDA y casi dos tercios de ellos dijeron haber cambiado su comportamiento de alguna manera debido al SIDA principalmente reduciendo el número de parejas o utilizando el preservativo con mayor frecuencia. Dos tercios de las personas que entrevistamos dijeron que les preocupaba el SIDA y consideraban que estaban en riesgo. Esto contrasta con los resultados obtenidos cuando se hizo la misma pregunta a adultos en general en Managua. El mismo porcentaje dijo estar preocupado, pero solo un tercio pensaba que corría algún riesgo.

La propaganda que proviene de los Estados Unidos pone énfasis en el gran número de homosexuales afectados por el SIDA. Los mensajes de las campañas de

educación en salud están dirigidas a los "homosexuales" como grupo homogéneo. Sin embargo, si algunos nicaragüenses que tienen relaciones sexuales con el mismo sexo no se identifican como homosexuales y no consideran que corren riesgo alguno, los mensajes no serán efectivos.

Hasta septiembre de 1990 en Nicaragua solo han habido ocho casos SIDA. Otros 27 Nicaragüenses solo ha resultado con pruebas positivas de anticuerpos de VIH. La mitad de estos dicen no haber tenido relaciones sexuales con el mismo sexo, mientras que una quinta parte se identifica como homosexuales o bisexuales.

Es necesario organizar en Nicaragua campañas de prevención contra el SIDA que se dirijan a las personas utilizando un lenguaje y conceptos que estas puedan entender claramente. Las campañas copiadas de los Estados Unidos o de Europa que van dirigidas a los "homosexuales" como grupo no tendrán significado alguno para las personas a las que se quiere llegar. Además, la atmósfera de creciente apertura en las discusiones sobre la sexualidad debe continuar si se quiere poner fin al ambiente represivo del machismo. Desafortunadamente, el nuevo gobierno de Nicaragua quiere darle la espalda al problema del SIDA. La semana pasada el Ministerio de Salud apareció en el periódico semanal "El Semanario" diciendo "No Hay tal SIDA en Nicaragua." La lucha continúa.

DPC

EL TRATAMIENTO DEL ERROR EN LA LEGISLACION PENAL Y EN LA JURISPRUDENCIA COSTARRICENSE

Alfredo Chirino S.
Mario Houed V.
Letrado y Magistrado de la
Sala de Casación Penal,
Profesores de Derecho Penal, U.C.R.

I. Introducción.

El problema del error y sus derivaciones ha constituido desde hace mucho tiempo uno de los aspectos que mayor controversia suele generar en el área del derecho penal- parte general-, no sólo por los efectos que evidentemente repercuten en la determinación de los elementos estructurales del delito para obviar una eventual sanción, sino por la propia complejidad que el tema entraña. Con relación a lo primero cabe advertir que lo menos idóneo sería (dentro de una adecuada relación de política criminal y teoría del error) someter a privación de libertad a un sujeto que incurrió en un hecho punible a causa de ese fenómeno-sea éste por error de tipo o de prohibición, particularmente inevitables, según veremos-, pues se reconoce que aquella no es necesaria en tales casos como retribución (prevención general) ni como resocialización o reeducación (prevención especial) si es que seguimos las líneas de los falsos dilemas planteados entre "seguridad jurídica" o "defensa social" que hemos examinado en otras oportunidades¹. Ello es así porque quienes actúan motivados en el error, normalmente están integrados a la cultura de la sociedad en que conviven o por lo menos el conflicto que presentan no es del todo insuperable, además de que la intimidación a los individuos que en un futuro pudieran realizar sus actos en las mismas circunstancias, no obliga a que la amenaza consista -necesariamente- en que se les restrinja su libertad. En lo que se refiere a la naturaleza del error y sus discutida complejidad, lógicamente constituye el producto de nuestra reflexión, pues no parece que las correspondientes leyes penales y en consecuencia la jurisprudencia nacional, hayan seguido la orientación que la moderna teoría del delito ha desarrollado

en los últimos años para superar la anticuada distinción entre error de hecho y error de derecho. Ese es el motivo que nos ha impulsado a materializar este breve estudio, teniendo como soporte un reciente fallo de la Sala de Casación Penal, donde precisamente se analizó dicho cuestionamiento.

II.- Error e Ignorancia.

Ciertamente cabe admitir que el error y la ignorancia son dos fenómenos que desde un punto de vista psicológico y aún filosófico pueden ser diferenciados; pero jurídicamente, por tener los mismos efectos, esta distinción no tiene trascendencia. De tal modo, pues, reconociendo que el error es el conocimiento falso acerca de algo, y que la ignorancia es la falta de conocimiento de algo² partiremos del supuesto que no hay razón válida para darles un tratamiento diferente. Antes bien, siendo que el error es el concepto que comúnmente se emplea en la legislación y en la doctrina, con un contenido amplio que abarca la ignorancia, así debe ser comprendido.

III. Error de hecho y error de derecho:

En la Exposición del Motivos del Código Penal vigente (Ley No 4573 de 4 de mayo de 1970 que empezó a regir un año después, en el mes de noviembre), se dice con relación al tema de nuestro interés, entre otras cosas, lo siguiente: "Adoptamos el texto recomendado por el Código Penal Tipo para Latinoamérica, en cuanto al error de derecho, que sucistó un largo debate de la comisión redactora del anteproyecto. Es claro que la causa de inculpabilidad prevista tiene su precisa limitación porque el error de derecho, para que tenga valor legal, debe ser invencible porque si no lo es, trae como consecuencia una simple

atenuación de la pena. La expresión invencible debe interpretarse en el sentido de que si bien nadie puede alegar ignorancia de la ley, de acuerdo con el artículo 129 de la Constitución, ella misma expresa: "salvo en los casos en que la misma autorice" y el texto que sugerimos aplica la excepción apuntada. También es lógico que el error de derecho no pueda versar sobre conceptos esenciales y básicos que la misma Constitución ampara, como lo son la vida, la libertad o la propiedad". Con anterioridad -en la misma exposición de motivos- La Comisión redactora afirma, al referirse al error de hecho, que se trata de una auténtica causa de inculpabilidad, en la que no existe dolo alguno, aunque contempla la posibilidad de que pueda provenir de culpa. Con sustento en las razones apuntadas, fueron incluidos el error de hecho y el error de derecho (artículos 34 y 35 del Código Penal, respectivamente) como causas de inculpabilidad, receptando la discutible distinción entre "error facti" y "error iuris" que ya inclusive en la época de la aprobación del Código mencionado, estaba siendo objeto de revisión. Debe reconocerse, sin embargo, que aún no se había perfilado en todos sus contornos la delimitación conceptual del problema del error (analizado desde la óptica de las características del tipo y del contenido de la prohibición) lo que inclusive hoy día no deja de ser motivo de polémica, en especial para quienes continúan ubicando el dolo y la culpa como elementos de la culpabilidad.

A. El principio "Ignorantia iuris non excusa": su carácter relativo.

Para diferenciar el error de hecho y el error de derecho, normalmente se tomaba como punto de partida la aplicación del principio, muchas veces contenido en las diversas legislaciones, que establece que nadie puede alegar ignorancia de la ley

¹ Sobre este tema puede verse la Obra de Zaffaroni, E, Manuel, de Derecho Penal, Parte General, Sexta Edición, Ediar, Buenos Aires, Arg, 1988, ps 49 y ss.

² CORDOBA RODA, op cit, p 32.

(contemplado en nuestra Carta Magna en el artículo 129, aunque deja a salvo los casos que la misma ley autorice). Lo anterior obligó a hacer una distinción de las circunstancias que integran la ley penal, cuyo error o ignorancia podían o no conducir a una situación de inculpabilidad. Sin embargo, pese a que aún hoy día se cuestiona la naturaleza de dicho principio (si debe conceptualizarse como una presunción; si expresa el carácter obligatorio de la ley penal; o si - por el contrario - constituye una exigencia de carácter político, social o procesal)³, de él no puede más que admitirse su carácter relativo, para no incurrir en un excesivo formalismo que imponga condición de inexcusabilidad aún en casos extremos en que se olvida la más elemental realidad psicológica. En efecto, si la doctrina tradicionalmente ha señalado dos excepciones al principio de inexcusabilidad (una por razón de las personas y otra en atención al precepto violado), es porque en situaciones límite la obligación de conocer la ley no puede ir más allá de lo que es racionalmente aceptable, siendo atendible que se reconozca, además del desconocimiento sobre el hecho, el que puede producirse con relación a la norma (por ejemplo, el extranjero que ignora que en Costa Rica es ilícito fabricar licor aún para su propio consumo).

B.- Deficiencias en el contenido de la separación tradicional del error.

La moderna doctrina afirma que son básicamente dos inconvenientes en los que incurre el criterio que para resolver la cuestión relativa a la eficacia excusante del error parte del distingo entre el desconocimiento de derecho y el del hecho, señalando su poca viabilidad y su inexacta diferencia esencial. En primer término porque refiriéndose el orden jurídico a elementos fácticos (transformando las cuestiones del acto en problemas jurídicos) no es posible desarrollar una apropiada distinción entre la falta de conocimiento del hecho y el

error de derecho. Así, por ejemplo, los llamados elementos fácticos del tipo no están desprovistos de una valoración jurídica⁴, lo que ha llevado a Maggiore⁵ a afirmar que no se concibe un error de derecho que no se resuelva, en última instancia, en uno de hecho. En segundo lugar, queda claro que la indicada separación es puramente artificial desde que hemos reconocido que entre una y otra clase de error no podemos señalar diferencia esencial alguna que permita delimitar conceptualmente ambas especies: "por ejemplo se puede tener cocaína sin autorización, ya sea por ignorar que la detención de esa droga está prohibida o por desconocer que esta sustancia es cocaína... en ambos casos se ignora que la materia poseída está sometida a una determinada reglamentación jurídica"⁶. Tales cuestionamientos han originado que el criterio distintivo entre las clases de error se trasladase de la causa del desconocimiento hacia al objeto afectado por éste, siendo que cuando se trate o refiera a un defecto en la consideración de un elemento particular del tipo penal (esto es que se incurre, al realizar el hecho, en un error sobre algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción) estaremos en presencia de un error de tipo que afecta el dolo (cuando es invencible o inevitable), dando lugar a tipicidad culposa si es vencible o evitable. Pero si el error se produce porque el sujeto cree que lo que hace no es contrario al orden jurídico, dará fundamento al denominado error de prohibición que cuando es inevitable eliminará la culpabilidad, y si es evitable podrá atenuar la pena prevista para el hecho.

IV. Significado del error sobre el tipo y sobre la prohibición.

El Voto 446-F del 25 de setiembre de 1992 comienza el camino de una nueva etapa de la jurisprudencia de casación reconduciendo los esfuerzos interpretativos hacia el problema de la

acción, pero, esta vez analizándola desde una perspectiva de su relevancia típica⁷. Es por ello, que la Sala de Casación ha tratado de dibujar los contornos del problema de la acción en el Código Penal tratando de deslindar las cuestiones que pertenecen al tipo, las dificultades que forman parte del análisis de la antijuridicidad y, en última instancia, dejando las bases fundamentales para la construcción de los elementos de la reprochabilidad a partir de los requisitos de la capacidad de culpabilidad definidos en el artículo 42 del Código Penal. La Jurisprudencia de la Sala había venido intentando lograr esta integración de los diversos temas de la Parte General (al menos los más arduos) dejando algunas líneas aproximativas las que, sin embargo, han beneficiado más a la sistemática del dolo, que al planteamiento de la tipicidad culposa.⁸

Dentro de este amplio contexto de problemas jurídicos, todos ellos relacionados con la teoría estratificada del delito, resaltan en orden de importancia los problemas del error, los cuales, por sus características tan singulares han sido mantenidos en cierto olvido por la jurisprudencia, hoy vuelven a un plano de primerísima importancia.

A primera vista podría pensarse que las dificultades del tema del error no tienen que ver con la aplicación cotidiana de la Ley Penal, sino que son solo supuestos dogmáticos en los que se contienen reglas interpretativas totalmente desligadas de la letra de la Ley y, por ende, inaplicables o, al menos, intransferibles al medio costarricense. No obstante, el Voto 446-F subraya la extraordinaria cercanía de la problemática del error para el trabajo habitual de la Administración de Justicia. Para comprobar este acerto, basta echar un vistazo a la evolución jurisprudencial generada a partir de finales de los años ochenta, donde fácilmente puede encontrarse el error y sus diversos matices legislativos como fenómenos de utilidad práctica extraordinaria.

La tesis seguida por la Sala se orienta

³ Citado por: CORDOBA RODA, op cit, p 32.

⁴ CORDOBA RODA, op cit, P 32.

⁵ Citado por CORDOBA RODA, op cit, p 32.

⁶ Ibid, p 32.

⁷ Este enfoque, por supuesto, no descarta la relevancia de la acción a nivel pre-típico, esto es, como un examen anterior a la tipicidad donde se verifica la existencia de los elementos de voluntad y conocimiento en la acción que luego será confrontada con los datos de la tipicidad legal. Estaría involucrada en esta averiguación la problemática de la fuerza irresistible (que afecta la voluntad) y la ignorancia invencible (que afecta la previsibilidad y por ende el conocimiento), así como los problemas derivados de psicopatologías que descarten la acción en algunos de sus elementos conativos o cognitivos. El planteamiento de estos problemas, sin embargo, deberá quedar solamente planteado para su discusión en un trabajo futuro.

⁸ Esta ausencia de un criterio definitorio de la tipicidad culposa quizá deba esperar una oportunidad de análisis en un caso donde se deslinda la problemática del conocimiento efectivo del peligro de la acción prevista por el autor. En todo caso, y esto es lo más probable, la definición jurisprudencial que se haga de este problema jurídico terminará de estructurar el tema de la "intención" en el Código penal con los consecuentes beneficios para el trabajo judicial.

hacia la construcción del andamiaje estructural del dolo como voluntad realizadora del tipo penal; voluntad, resulta claro, que presupone un conocimiento de lo que se quiere y una representación de los efectos concomitantes de la conducta. Tal apreciación se sustenta en la redacción actual de los artículos 18,30 y 31 del Código Penal, los cuales unidos en su función definitoria del tipo subjetivo, tal y como lo dice la sentencia en comentario, .. "establecen una relación inescindible entre el hecho tipificado

(denominado en doctrina tipo objetivo) y el aspecto intencional del mismo (dolo, culpa o preterintención)".

Lo que se expone a continuación no es más que un plan inicial para la discusión de la teoría del error en el derecho penal costarricense. Y no puede ser de otro modo, ya que los problemas que acarrea dicha teoría obligarían a ocupar mucho mas espacio que el que tenemos disponible en esta Revista. Sin embargo, pretendemos caracterizar la complejidad de los aspectos básicos que se ponen de manifiesto en nuestra Ley Penal con el fin de despertar el interés de los juristas costarricenses sobre este tema.

A. El error de tipo vencible e invencible.

La doctrina costarricense ha empezado a tomar partido por una definición del dolo avalorado, es decir, sin ninguna consideración sobre la antijuridicidad. Este punto de vista ha obligado a estructurar la dinámica de la interpretación de la Ley Penal a través de una serie de consideraciones sobre los elementos volitivos y cognoscitivos de la acción. Aún cuando no se acepte que el punto de partida del análisis penal lo sea la relevancia de la acción (tesis que cada vez tiene menos adeptos en doctrina), casi todos los autores sostienen que una acción incompleta, es decir, que le falte el conocimiento o la voluntad no puede ser configurativa de un tipo penal. Trayendo esta comprobación al área de acción de la tipicidad penal, no existirá dolo⁹, ni tampoco culpa¹⁰, si no hay congruencia en los elementos objetivos y

subjetivos que forman parte de cada uno de estos tipos penales. Así, el aspecto conativo (de la voluntad) en el tipo doloso o culposo, debe guardar plena concordancia y coherencia con lo conocido por el autor (aspecto del conocimiento). Si falta alguno de estos niveles de análisis, ahora dentro del contexto de la tipicidad, la conclusión lógica es que no existirá dolo o la culpa correspondiente, y por ende no podrá concluirse que aquella acción se adecue al tipo penal.

Es así que un error que radique sobre los elementos que están establecidos para que el tipo penal exista, "según su descripción", acarree, indefectiblemente una ausencia de dolo. El autor debe actuar con un conocimiento efectivo, actual o actualizable, de los elementos del tipo objetivo; si este conocimiento falta o se encuentra afectado no puede haber dolo, que es otro requisito para que el delito exista según su descripción.

La vencibilidad o invencibilidad del error alude a la puesta en ejercicio del deber de cuidado para superar las condiciones que inducen ese error. De esta manera, entonces, si el autor tiene algún problema para comprender alguno de los elementos del tipo objetivo (la ajenidad de la cosa en el hurto, la inmediatez del cumplimiento de la orden en el delito de desobediencia a la autoridad, etc) y aún empleando todo el deber de cuidado que le es exigible dicho error aún permanece, estamos en presencia de un error invencible de tipo que acarrea, como resultado, que desaparezca el dolo y la culpa que pueda acarrear el hecho realizado. En sentido contrario, si el autor, empleando todo el deber de cuidado, hubiera podido superar el falso conocimiento o ignorancia de los elementos del tipo objetivo; entonces, si existe tipicidad culposa paralela¹¹, se aplica esta última, de no existir, el hecho quedaría atípico totalmente.¹²

A.1. El error sobre las causas de justificación.

Nuestro artículo 34, segundo párrafo, tiene el mismo inconveniente de otras

legislaciones, orientadas en postulados que ubican el dolo con un conocimiento de la antijuridicidad, ofreciendo la misma solución del error de tipo para el error sobre la concurrencia de una causa de justificación.

La mayor parte de la doctrina latinoamericana, quizá siguiendo la sistemática propuesta por Welzel, Maurach, Kaufman y Hirsh, ha optado por aceptar un error de prohibición indirecto cuando el sujeto actúa en la creencia errónea que se encuentra en una causa de justificación. Este postulado, propio de una teoría estricta de la culpabilidad, establece que el dolo no desaparece si el sujeto cree erróneamente que actuó con una causa de justificación, ya que el injusto está completo, esto es, la conducta es típica y antijurídica, pero, si el error es invencible, lo que desaparece es el reproche que ha de hacerse al sujeto. Evidentemente, y siempre dentro de esta propuesta, si el error es vencible (aplicando el deber de cuidado exigible al sujeto) se ha de imponer un reproche menor. Así la respuesta dada al problema tiene consecuencia directa en la graduación del reproche.

Nuestro Código, a diferencia de esta tendencia dogmática, insiste en plantear la solución a los problemas de justificación putativa desde el punto de vista del error de hecho (artículo 34 del Código Penal). En consecuencia, si el sujeto pudo vencer la falsa suposición de justificantes empleando un deber de cuidado exigible según las circunstancias, habría que aplicar la tipicidad culposa correlativa. Esta última propuesta proviene de la teoría limitada de la culpabilidad que pone el mayor interés en el desvalor de la acción, ya que el sujeto quiere obrar conforme a derecho pero con un falso conocimiento o ignorancia sobre el tipo permisivo¹³.

Esta solución legislativa tiene dos problemas, primero no toma como un hecho revelador que el examen de las causas de justificación siempre se realiza ex-post-facto, es decir, posteriormente al ejercicio de la causa de justificación y, en segundo lugar, que cuando un sujeto

⁹ Sobre los componentes del tipo doloso puede ser consultado DALL'ANESE RUIZ (Francisco), El dolo, San José, Investigaciones Jurídicas S.A., pp 17-21.

¹⁰ D'ALESSIO (Andrés José), Función del Error en la Culpa, en: Doctrina Penal, Buenos Aires, año 6, número 24, octubre-diciembre, 1983, pp 699-706.

¹¹ Tal y como ocurre con el homicidio culposo en relación con el doloso.

¹² Sería el caso de los daños, tipo penal que solo puede ser cometido por dolo ya que no están penalmente incriminados los daños culposos. Si existe un error de tipo en el delito de daños, y este es vencible, la conducta sería penalmente atípica ya que no existe la tipicidad culposa paralela que permitiría formar el injusto con ella.

¹³ Sobre el tema puede ser consultado BACIGALUPO (Enrique), Sistema del Error sobre la Antijuridicidad en el Código Penal, en: Nuevo Pensamiento Penal, Buenos Aires, enero-abril 1972, pp 45-72.

actúa bajo una causa de justificación efectivamente está realizando una conducta dolosa. Siendo así la respuesta legislativa de nuestro Código parece orientarse en dirección opuesta a la teoría estricta de la culpabilidad.

El Voto 446-F, tantas veces citado, plantea claramente que la falta suposición de atenuantes o causas de justificación "...no elimina el aspecto volitivo y de conocimiento de la acción del autor, ya que éste desea y conoce que realiza el hecho típico, su falso conocimiento e ignorancia consiste en suponer que tiene una causa de justificación que en realidad no existe". Concluyendo que aplicar las reglas del artículo 34 sería desaplicar para el caso concreto, las consecuencias previstas en el artículo 31 del Código Penal, ya que éste último artículo plantea y clarifica la función del dolo avalorado sin ninguna relación con la antijuricidad y sí con el tipo penal. La creencia errónea en la existencia de una causa de justificación afecta el reproche del injusto y no la constitución del injusto.

B. El error de prohibición directo e indirecto.

La definición del error de derecho que contiene el numeral 35 del Código Penal establece que el falso conocimiento o ignorancia debe recaer sobre la situación o "hecho" que se realiza no está sujeta a pena, según el Voto que comentamos esto "...quiere significar directamente que el sujeto debe creer falsamente que el hecho no está sujeto a pena, lo que puede suceder cuando: a) El sujeto actúa sin saber que lo que realiza se encuentra dentro del ámbito prohibitivo de la Norma; b) El sujeto que actúa considera que el ordenamiento Jurídico le concede un permiso para su actuación; c) El sujeto que actúa piensa que está dentro del ámbito de una causa de justificación cuando en realidad no lo está". La jurisprudencia está aceptando la existencia de los tres supuestos los cuales, dicho sea de paso, ofrecen serios problemas interpretativos en otros sistemas legislativos como el argentino, donde, por ejemplo, un sólo artículo contempla, unidos, fenómenos distintos que nada tienen que ver con el error y que obligan a difíciles ejercicios interpretativos.

Es de destacar que la jurisprudencia ha optado por la nomenclatura moderna del error sobre la prohibición indicando que "... el error directo recae sobre el conocimiento de la Norma prohibitiva (el "No quitarás el terreno a otro ciudadano", norma penal antepuesta al tipo penal de usurpación, por ejemplo), mientras que el error indirecto, viene a significar la falsa suposición de la existencia de un permiso que la ley no

otorga, y los problemas de justificación putativa...". Esta escogencia conceptual viene a resolver situaciones sumamente arduas que la estructura del Código no necesariamente está complicando sino más bien facilitando al intérprete.

C. El error de comprensión.

La Sala de Casación, incluso, abrió la puerta al error de comprensión, al cual define como un "... tipo cualificado de error que afecta la comprensión de la antijuricidad". Indudablemente este tipo de error tiene consecuencias en la reprochabilidad y obliga a una reducción del reproche cuando es vencible, y cuando es invencible a una desaparición de ese reproche.

El error de comprensión, tal y como lo postula este criterio, funciona en aquellos casos donde el sujeto que actúa le es posible conocer que su conducta está prohibida y que carece de permisos, pero, a pesar de eso, no le es exigible la internalización de ese conocimiento.

La clasificación de este error, indudablemente, acarrea la aceptación del criterio de los redactores del Código los cuales tomaron en cuenta la posibilidad de un error de derecho producto de una cultura diferente o de la "rusticidad" del autor¹⁴.

Así, el planteamiento de la Sala obliga a aceptar que el legislador quiso ubicar el error de derecho como un problema de culpabilidad, pues, la "...consecuencia sistemática es que la pena debe atenuarse de acuerdo al artículo 79. Tal redacción no deja duda sobre la intención del legislador de que los problemas del mal llamado "error de derecho" tuvieran como efecto reducciones del reproche, reducciones que resultan plenamente compatibles con la fundamentación de la culpabilidad en aspectos de comprensión del carácter ilícito del hecho y de la capacidad de determinación conforme a tal comprensión que contiene el artículo 42 del Código Penal"

D. El error de prohibición sobre las circunstancias objetivas del estado de necesidad exculpante y las otras causas de exclusión del reproche.

El tema del estado de necesidad exculpante ha empezado a figurar como estructura legislativa que ofrece singulares dificultades de interpretación, no solo por su ubicación en el Código Penal (junto con la coacción y las amenazas) sino por el grave error de utilizar el Código Argentino para explicar las consecuencias del mismo cuando tiene una regulación distinta en

aquel país.

Es así como los problemas del miedo insuperable ya han empezado a ser vistos como "circunstancias reductoras" del umbral mínimo de autodeterminación del sujeto, antes que meros problemas de vis compulsiva. El cambio no ha dejado de tener consecuencias inmediatas, ya que si el miedo insuperable (tal y como ha sido entendido por la jurisprudencia de Tribunales y jueces) tiene una tal entidad y actúa sobre el autor, no será un problema de "capacidad de autodeterminarse" sino propiamente una circunstancia a ser valorada como una fuente de error de prohibición sobre las circunstancias que hacen nacer para el caso concreto un estado de necesidad exculpante.

No deja de tener interés la discusión sobre esta tipo de error toda vez que aún no se ha entendido en nuestro medio que la naturaleza jurídica genérica para todas las causas de exclusión del reproche no es otra más que la de ser supuestos distintos de la inexigibilidad de otra conducta.

Cuando el autor no puede deslindar, por problemas de comprensión de la norma, que el hecho está sujeto a pena, o que concurre una permisión que en realidad no existe, en esencia, está actuando bajo la hipótesis de una exclusión del reproche por inexigibilidad de otra conducta.

Como hemos dicho, el reproche jurídico penal no es puramente subjetivo (en cuanto a la relación entre el autor y su acto) sino que tiene un componente objetivo que se concentra en la comprobación de que el autor debe sufrir una pena porque pudiéndose motivar en la norma para actuar distinto no lo hace.

El terreno del error de prohibición empieza a ser visualizado como una herramienta definitoria de los límites del reproche jurídico penal y, en consecuencia, como un ámbito enorme que requiere delimitación, cosa que ha comprendido bien la jurisprudencia costarricense. Sin embargo, esta actitud no descarta la posibilidad de incluir el error sobre las circunstancias objetivas que excluyen el reproche (en cualquiera de sus causales) como un error de prohibición indirecto, así acarrearía un problema de conocimiento de la desaprobación jurídico-penal del acto¹⁵ Esta solución es plenamente consecuente con los requisitos exigidos para el análisis del juicio de reproche que provienen del artículo 42 del código penal, esto es, la capacidad de comprensión del carácter ilícito del hecho y la capacidad de determinarse de acuerdo a esa comprensión. Y es consecuente desde que el error sobre las

¹⁴ Exposición de Motivos del Código Penal, artículo 35.

¹⁵ Ver en este sentido: BACIGALUPO (Enrique), Manual de Derecho Penal, parte General, Bogotá, Temis-ILANUD, 1984, p 147.

causas de exclusión del reproche indudablemente afecta el nivel de comprensión y así puede ser motivado el error tanto por circunstancias que han de medirse en cada caso particular, en el caso concreto y para el individuo que ha actuado.

Por el momento, sirva la reflexión anterior para alertar sobre la existencia de esta posibilidad legal a fin de que sea utilizada para enfocar no solo los problemas provenientes del miedo insuperable como también aquellos provenientes de psicopatologías de la más variada índole, las cuales, en nuestro medio, siguen sin ser bien comprendidas, quizá por brindar demasiada atención a los problemas de imputabilidad tal y como vienen planteados en las pericias médico-psiquiátricas¹⁶.

V.- Evolución Jurisprudencial de la Casación.

La Sala de Casación Penal ha venido estableciendo, poco a poco, los contornos definitorios de la teoría del error en el derecho penal costarricense. Esta labor ha sido verificada a partir de la interpretación de los elementos del tipo objetivo de desobediencia a la autoridad (artículo 305 del Código Penal). Este tipo penal, por sus características, ha obligado a deslindar el área de acción del error de tipo y de prohibición, pero sin postergar la discusión fundamental sobre el problema del tipo penal y de la reprochabilidad, temas añejos y que les dan sustento al marco global de la tesis que ha venido siendo mantenida por la Sala y que recientemente ha producido un planteamiento globalizante que pretende orientar la interpretación de la Ley Penal conforme a los límites del principio de legalidad constitucional. Dicha sala ha definido el problema del error de tipo como un análisis de circunstancias que pertenecen al tipo objetivo pero que requieren una cierta claridad al momento del examen judicial. Así se ha entendido que el autor no puede no puede alegar desconocimiento a de los elementos del tipo objetivo cuando hay ley que prescribe el deber de actuar (la orden legal) es clara y taxativa. El Voto No 174-F de las nueve horas treinta minutos del tres de mayo de mil novecientos noventa y uno, en la causa seguida contra O.R.F. por el delito de desobediencia en perjuicio de la Autoridad Pública, se orienta por este cauce, pero deja planteado el problema del análisis judicial de los casos de "error de hecho" como problemas referidos a los elementos del tipo

objetivo, esto es, los requisitos necesarios para que el delito exista según su descripción. En el caso del delito de desobediencia a la autoridad, que fue el tipo aplicado en la especie, la orden provenía de una Ley, misma que integraba la norma antepuesta al tipo y cuya tipicidad penal debía ser conocida a nivel de los elementos cognativos del dolo.

En esta misma línea se orienta el Voto 197-F de las nueve horas del diez de Mayo de mil novecientos noventa y uno, en la causa seguida contra Y.L.M. por el delito de desobediencia en perjuicio de la Autoridad Pública. Aquí se vuelve a retomar el problema de los elementos que integran el aspecto cognativo del dolo, concretamente de las circunstancias que componen el tipo penal y que se conocen a nivel de tipo subjetivo. En el cuadro fáctico demostrado por el Tribunal de Mérito, el falso conocimiento o ignorancia no se dan ya que la autora conocía con claridad estos componentes del ilícito de desobediencia, y actúa con pleno deseo de realizar el tipo, consciente de las consecuencias de la infracción de la norma. Un detalle que quedó sin analizar en este caso lo fue si el consejo legal del abogado puede entenderse como una apertura de las posibilidades de error sobre la necesaria ejecución y obediencia de una orden, sobre todo cuando el mismo profesional ha dicho a su cliente que no deje entrar a nadie a llevarse los objetos a ser embargados; sin embargo, este detalle quedó de lado al no probarse fehacientemente esta circunstancia del consejo legal, la cual pudo variar el problema de fondo sobre la vencibilidad del error, sobre todo si se toma en cuenta que la mujer pudo haber creído falsamente que su actuar no estaba sujeto a pena porque incluso su consejero legal le había indicado que evitara la entrada de cualquier persona. Esta última circunstancia apartaría la problemática del error de tipo (sobre las circunstancias que deben conocerse del tipo legal a nivel del tipo subjetivo) y se convertiría en un error de prohibición directo.

El tercer fallo, también de interés dentro de este contexto lo es el voto No 609-F de las once horas veinticinco minutos del siete de noviembre de mil novecientos noventa y uno, en la causa seguida contra R.M.M. por el delito de desobediencia en perjuicio de la Autoridad Pública. En este voto se observó un caso donde "lo que se incumplió no fue una orden, sino una obligación civil". El tribunal de conformidad con el cuadro fáctico contenido en el fallo, estableció que el Juzgado Penal de Osa dictó sentencia absolutoria a favor del encartado por el delito de hurto simple cometido en daño del

Banco Nacional de Costa Rica. Sin embargo, ordenó al encartado la restitución del tractor en el estado en que lo recibió, a su legítimo propietario. Ahora bien, el problema radicaba en el alcance que da el juzgador a quo, a la restitución ordenada en la sentencia del Juzgado Penal. En este caso se aprecia que no se está en presencia del delito contemplado en el numeral 305 del Código Penal, pues no obstante que se hace referencia a la entrega, se observa que se trata más bien de un aspecto eminentemente civil¹⁷ y no penal, fijado en sentencia, ya que lo que se incumplió por parte del encartado, fue su obligación de restituir el bien al Banco Nacional de Costa Rica según se dispuso de acuerdo con el artículo 398 del Código de Procedimientos Penales. Dicho pronunciamiento en consecuencia, no constituía una orden, sino más bien una disposición de carácter declarativo sobre la existencia de la obligación de restituir el tractor al legítimo propietario, circunstancia a efectuarse a través de la vía civil. Resulta evidente que aquí ni siquiera se llega al análisis de la tipicidad legal (análisis de la adecuación del tipo descrito en la Ley Penal) toda vez que la conducta resulta no prohibida por la Norma Penal, la cual deja por fuera de la problemática penal aquellos aspectos puramente civiles, es decir, cuestiones que pertenecen a supuestos de hecho de otras normas tuteladas de manera distinta en otras zonas del Ordenamiento Jurídico. Si el análisis de tipicidad legal no se realiza, entonces la problemática del error de tipo no tiene incidencia en el análisis del caso.

El voto número 11-F, de las nueve horas con veinte minutos del diez enero de mil novecientos noventa y dos, causa seguida contra J.H.M.Z., por el delito de desobediencia en perjuicio de la Autoridad Pública, la Sala vuelve a interpretar la ausencia de error de tipo cuando, a sabiendas, el autor desobedece la orden emanada de la autoridad competente para emitirla. La Sala quiso subrayar que la orden debe emanar de Autoridad Pública y que la acción debe de realizarse luego de haber sido notificada personalmente a quien debe obedecer, ya que estos son aspectos señalados por el tipo objetivo del 305 del Código Penal. En este caso queda de lado la problemática del error, concretamente del error de tipo, ya que se dan los elementos necesarios, dentro del cuadro fáctico demostrado, para tener claridad que el autor efectivamente conocía las circunstancias necesarias para que el tipo objetivo y subjetivo existiera según su descripción, cumpliéndose todos los requisitos para tener afirmada correctamente, la tipicidad penal. En cuanto a la conducta omisiva productora de una tipicidad dolosa de desobediencia a la autoridad, destaca lo planteado por el

¹⁶ Las cuales, en muy pocos casos, establecen el nivel de comprensión o de umbral mínimo que se está reprochando. ha de ponerse una valoración judicial que sea más consecuente con el sistema seguido por el Código sobre la imputabilidad penal.

voto 118-F de las ocho horas treinta y cinco minutos del cinco de abril de mil novecientos noventa y uno, en la causa seguida contra de T.V.A. por el delito de desobediencia en perjuicio de la Autoridad Pública. En la casación por el fondo, se tuvo como aspecto medular la orden impartida en sentencia recaída en juicio ordinario que se tramitó en un Juzgado Civil y que concluyó con sentencia que quedó firme el 24 de noviembre de 1986. La acusada no acató sin justificación alguna la orden clara y terminante de la autoridad competente de quitar las canoas. La Sala dijo, en esa oportunidad, que "... basta con la conducta negativa e injustificada de V.A. a cumplir la orden contenida en dicha sentencia, para que se configure el ilícito de desobediencia".

Este fallo señala entonces, en primer lugar, la omisión de cumplir la orden como el componente descriptivo de la acción contemplada en el artículo 305 (conducta negativa), agrega, el aspecto de que no haya justificación en no cumplir la orden, en otras palabras, que la antijuridicidad de la conducta puede desaparecer cuando existe un tipo permisivo (causa de justificación) que deje el injusto incompleto, análisis que debe hacerse en el estrato correspondiente de la antijuridicidad. Este último aspecto podría también estar implicando para el caso concreto la posibilidad de errores que recaigan sobre la comprensión de la antijuridicidad, errores característicos del análisis de la reprochabilidad, es decir, que queda abierta la puerta para la existencia de errores de prohibición indirecto (sobre la falsa suposición de permisos que

en realidad la Ley no concede). Por supuesto, por ser este último un análisis que pertenece a la reprochabilidad, concretamente el análisis de la comprensión del carácter ilícito del hecho (primer análisis exigido por el estudio de la reprochabilidad), ya deja por fuera cualquier problemática relacionada con la tipicidad, este análisis sobre la reprochabilidad viene a fundar el reproche del injusto al autor cuando el mismo es posible cumpliéndose los requisitos de que el autor haya podido comprender el carácter ilícito del hecho y haya podido adecuar su conducta a esa comprensión (segunda fase de análisis de la reprochabilidad).

La Sala de Casación Penal, esta vez en un caso por hurto, deslindó, producto de esta evolución jurisprudencial, y como un primer intento definitorio, los ámbitos del error de tipo y de prohibición, aprovechando, al efecto, una mala interpretación judicial de un problema de extraordinaria importancia. Este voto, el 503-F, de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del veintisiete de setiembre de mil novecientos noventa y uno, en la causa seguida contra C.P.P., por el delito de Hurto Simple, cometido en perjuicio de G.Ch.S., la Sala sostuvo que el alcance del artículo 31 del Código Penal es el que su propio texto indica: querer el hecho tipificado y que en el expediente quedó demostrado que la voluntad de la encartada se manifiesta únicamente para hacer abandono del hogar conyugal. Resulta importante subrayar que este fallo vuelve a establecer la necesidad de un análisis por estratos, fases o niveles a fin de indagar la

existencia de un injusto reprochable. Planeta claramente que el análisis del dolo debe realizarse una vez que se ha detectado que hay una acción relevante para el Derecho Penal y, luego, puede establecerse si el conocimiento de lo que se realizaba no es reprochable por cuanto no se tenía comprensión de que el hecho no estaba sujeto a pena, análisis que se realizaba en el juicio de culpabilidad. Este aporte resulta de gran utilidad ya que destierra de una vez por todas la creencia muy extendida en nuestro medio de que el dolo tiene un valor de antijuridicidad (dolo malo), para proceder a eliminarle cualquier contenido valorativo y obligar al juzgador a indagar, incluso antes del estudio del error, la existencia de la tipicidad penal con todos sus elementos¹⁷.

Es así como llegamos al Voto Número 446-F del 25 de setiembre de 1992, donde la Sala, partiendo del problema del dolo en el Código Penal, ensaya un marco interpretativo de los requisitos del conocimiento exigidos por el Derecho Penal costarricense. Este esfuerzo no solo resulta esencial para delimitar el ámbito de acción del error de tipo, sino que también explora con amplitud los problemas jurídicos intermedios de la tipicidad para concluir con los requisitos necesarios del juicio de reproche¹⁸.

El examen que se realiza en esta sentencia de los problemas del dolo, delimitando las áreas de análisis del tipo y del reproche representa un aporte esencial para el desarrollo de un punto de vista basado en la más reciente jurisprudencia de la Sala Constitucional sobre los alcances del

¹⁷ Sobre el tema de las herramientas necesarias para el análisis judicial por estratos y las consecuencias prácticas de su uso, pueden ser consultados varios textos, cada uno desde su punto de partida particular ubican los problemas en los diversos niveles de la teoría del delito y ofrecen consejos útiles para realizar el trabajo interpretativo de la Ley Penal. Además discuten y analizan las malas prácticas judiciales y proponen caminos alternativos para la solución de conflictos sociales sometidos a la Administración de Justicia Penal. Entre otros pueden ser consultados: BACIGALUPO (Enrique), la Técnica de Resolución de Casos Penales, Madrid, COLEX, 1988 e ISSA EL KHOURY JACOB (Henry) y CHIRINO SANCHEZ (Eric Alfredo), Metodología de la Resolución de Conflictos Jurídicos en Materia Penal, San José, Costa Rica, ILANUD, 1991.

¹⁸ En este Voto, la Sala procede a definir con claridad los aspectos a tomar en cuenta para dilucidar un conflicto donde se establezca la posibilidad fáctica de examinar un error de tipo, el ejercicio interpretativo que se enuncia en la sentencia resulta sumamente ejemplificativo y para esos efectos se procede a transcribir el Considerando IV del mismo, donde resultan destacables el manejo de la problemática puramente procesal civil que se encuentra como base de todo fenómeno planteado, así como el análisis de la vencibilidad del error: "...IV. El error de tipo que se produjo en la especie: Sin embargo, resulta evidente que en el Voto No 300-C-91 (folios 70 a 74 frente) del Tribunal Superior de Puntarenas se giró una orden de derribo que debía obedecerse por las razones indicadas en el mismo fallo, no siendo atendible ninguna suspensión de esa orden, ya que el Ordenamiento Jurídico (el vigente en esa época y el posterior Código Procesal Civil) no contempla, expresamente, esa posibilidad. Los acusados actuaron creyendo en un plazo de cumplimiento que su propio abogado (conocedor de la Legislación Civil y Procesal Civil) creyó que existía. De ahí que lo que se produce en la especie sea claramente que los acusados supusieron, falsamente por supuesto, que contaban con un plazo para cumplir la orden, plazo dentro del cual se tramitaría el juicio ordinario donde se discutiría el fondo del asunto, y dentro del cual no se les podría obligar a ejecutar las orden del Tribunal. Por esta misma razón, el error recae sobre las circunstancias que hacen que el delito exista según su descripción, en efecto, obsérvese que el tipo penal 305 exige un dolo de "desobediencia de una orden impartida por un funcionario". Este dolo requiere una voluntad de desobedecer conociendo que la orden es de inmediato cumplimiento (como ya lo ha dicho la jurisprudencia de esta Sala y quedó consignado en el análisis correspondiente de este fallo) y, además, conociendo que la orden emana de "funcionario público" competente ("en el ejercicio de sus funciones"). Como se puede ver, el error de tipo en el que incurrieron los acusados lo fue sobre el "inmediato" cumplimiento de la orden, creyendo falsamente que tenían un plazo para cumplir, cuando éste en realidad no existía. Por existir este error sobre una de las circunstancias que debían conocerse a nivel del dolo (tipo subjetivo) resulta que se cumplen los requisitos que se han analizado para que se dé un error de tipo. Ahora bien, cabe destacar que esta Sala considera que el error es de carácter invencible, ya que los acusados cumplieron con todo el deber de cuidado que les era exigible, esto es que tomaran consejo de un profesional del derecho que les indicara sobre los pasos a seguir en relación con las consecuencias jurídicas de la orden emanada del Tribunal Superior de Puntarenas. Siendo así no se les puede exigir que superaran un falso conocimiento o ignorancia que el mismo profesional en derecho estaba propiciando al creer, de modo erróneo, que el ordenamiento jurídico establece una posibilidad de suspensión de la orden que en realidad no existe. En consecuencia, se dan los presupuestos necesarios para la existencia de un error de tipo invencible (artículo 34 del Código Penal), y el juzgador a quo dejó de aplicar, en esta caso lo dispuesto por el artículo 34 del Código Penal, por lo que procede declarar con lugar el recurso de casación interpuesto por el fondo. Se casa la sentencia impugnada y en aplicación del derecho sustantivo, se declara atípica la conducta de V.L.M. y de J.B.S."

principio de culpabilidad¹⁹ y sobre los requisitos del análisis típico²⁰.

Resulta de obligada referencia la cada vez más fuerte presencia del artículo 39 de la Constitución Política como límite máximo de interpretación del tipo penal y de los alcances de las condiciones objetivas de punibilidad, lo que ha llevado a tomar conciencia de la necesidad de reconducir los esfuerzos del análisis judicial a un rescate del derecho penal de acto, poniendo especial énfasis en la indagación del dolo como una voluntad realizadora del tipo ajena a cualquier criterio valorativo de antijuridicidad observando, dentro de este esquema constitucional, al tipo como una herramienta de indagación del bien jurídico y de la norma antepuesta a éste. Aspecto este último que obliga, en última instancia, a entender la norma como una herramienta para entender los alcances de la protección del Bien Jurídico y no como un dispositivo amplificador de la criminalización de las conductas vía interpretación judicial, conducta esta última contradictoria con los fines del derecho penal delineados por nuestra Carta Magna.

Era necesario que se plantearan los puntos básicos de la interpretación judicial del tipo a fin de entenderlo no como un mero instrumento legal que propicia el conocimiento de la incriminación, sino como una herramienta compleja que obliga al intérprete a encontrar en su estructura los aspectos que contribuyen a desarrollar y a perfilar los fines últimos y legitimantes de la actividad jurisdiccional en esta materia.

El tema de la reprochabilidad y sus elementos constitutivos también tiene su lugar en esta resolución, planteando una discusión de lege data que había sido definida parcialmente y que en este fallo trasciende la mera problemática del error de prohibición para convertirse en el panorama genérico del tratamiento del reproche en Costa Rica.

Este fallo, indudablemente, causará un cambio trascendental en la forma de comprender el problema del conocimiento en el Código, fenómeno que manifiesta sus relaciones con un conjunto de problemas de la estructura de la acción y del injusto. La forma en que vaya a ser interpretado el elemento subjetivo del tipo penal, a partir de ahora, indicará la madurez que manifiesta la dogmática penal en nuestro medio, y, por supuesto, obligará a realizar estudios profundos sobre el acomodo de este nuevo planteamiento en las instituciones de la Parte General del Código.

Quedan otros temas sin plantear en este trabajo como lo son el análisis de los problemas del error de subsunción, el error sobre la punibilidad y los problemas de la medición de la pena que establece esta jurisprudencia, sin embargo, esperamos que las investigaciones que se motiven en la lectura de este fallo reciente hagan un aporte en este sentido y en las consecuencias prácticas de los postulados sobre los que se asienta, aportes que indefectiblemente contribuirán al desarrollo de una dogmática penal consecuente con los fines constitucionales que informan el trabajo de interpretación de la Ley Penal.

Como reflexión final habría que agregar que otros fines no dichos de esta resolución podrían estar vinculados con una redefinición de las relaciones entre el Juez Penal y la Constitución, observando a esta última como un instrumento poderoso para "racionalizar" el ejercicio del ius puniendi del Estado y para brindar "efectividad" a la sentencia como repuesta al conflicto social planteado. Sin embargo, estos fines no dichos parecen estar presentes en todo lo que se hace actualmente en materia penal, donde ya comienza a vislumbrarse una preocupación por resolver las incongruencias de una acción exagerada del Sistema de Justicia Penal en todos los ámbitos de la vida de convivencia, volviendo los ojos a la propuesta del Derecho Penal como última ratio del Estado.

Esta última consecuencia del fallo debe ser vista en el panorama de los "vientos del cambio" que empiezan a soplar en nuestro país y que parecen reconducir la reflexión penal no tanto a un minimalismo penal sino más bien hacia una "racionalización" del ejercicio del derecho a castigar en aquellos ámbitos que sean realmente prioritarios para el proyecto social costarricense. Sea esta una discusión de la criminología o de la dogmática no interesa, debe ser una pregunta de todos los costarricenses de cara a la construcción de un derecho penal realizador de los fines que informan nuestro Estado de Derecho.

DPC

¹⁹ Sala Constitucional, Voto 88-92, Acción de Inconstitucionalidad.

²⁰ Sala Constitucional, Voto 461-91, recurso de Habeas Corpus interpuesto por F.C.G. a favor de L.B.O. contra el Juez Sexto de Instrucción.

SOBRE ALGUNOS PROBLEMAS DOGMATICOS QUE PLANTEA LA PUNICION DE LOS DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE¹

*José Manuel Paredes
Castañón*

Profesor de Derecho Penal
Universidad de León
España.

Introducción.

Toda medida política (en este caso, de política jurídica, de política penal) conlleva siempre dos tipos de problemas: los problemas propiamente políticos -es decir, de definición de los fines y prioridades perseguidos- y los problemas técnicos (el problema de los medios adecuados para conseguir tales fines). En el tema que aquí nos ocupa también puede hacerse tal distinción. Pues bien, dado que ya otros intervinientes en estas Jornadas van a examinar los problemas de Derecho comparado, de antecedentes, de la pena a imponer, etc., así como las cuestiones de carácter político-social implicadas en este asunto, voy a esbozar, siquiera sea brevemente, algunas cuestiones técnicas que no parece que vayan a ser tocadas por nadie: a saber, los problemas de configuración del tipo penal, aunque irresueltos y que, al margen de los problemas políticos, constituyen el otro gran obstáculo (y, en mi opinión, muchas veces el más relevante) para una punición adecuada de los delitos contra el medioambiente.

Problemas de autoría.

Dos grandes problemas pueden plantearse en materia de autoría del delito contra el medioambiente. En primer lugar, creo que se plantea la cuestión de si el delito contra el medioambiente (o los delitos, si es que se establecen varios) debe configurarse como un delito especial (esto es, aquél cuyo autor posee alguna condición personal especial: funcionario, empresario, etc.) o si basta con que sea un delito común. En este sentido, y sin detenerme mucho en la cuestión, probablemente tendría sentido configurar algunos de los delitos contra el medioambiente como delitos especiales, derivados del especial

deber que determinadas personas, por su condición (en este caso, profesional: empresarios, técnicos, funcionarios), tienen de no dañar o poner en peligro, e incluso de evitar el daño o peligro no imputable a ellos; y este deber lo tienen precisamente porque a ellos se les autoriza a realizar conductas más peligrosas (en este caso, para el medioambiente) de las que son autorizadas al común de los ciudadanos. Lógicamente, la configuración de delitos especiales en este campo tendría un sentido claramente agravatorio: la pena podría ser mayor que la de los delitos comunes y, por otra parte, podría haber conductas sancionables solamente cuando las cometiera alguna de las personas que reúna tal condición (por ejemplo, conductas de omisión).

La otra cuestión importante en materia de autoría es la de la responsabilidad de las personas jurídicas, tan frecuente en este campo. Aunque esta cuestión va a ser tratada ya por otros de los intervinientes, apunto tan sólo una idea: dada la frecuencia, criminológicamente contrastada, de la intervención de las personas jurídicas -concretamente, de las empresas- en este ámbito, probablemente sea éste uno de los casos en los que más insuficiente resulta el actual artículo 15 bis de nuestro Código Penal. Por ello, bien por la vía de establecer otra norma que, o bien reforme en general el precepto antes citado, o bien lo sustituya en el campo de los delitos contra el medioambiente, o sea por la vía antes señalada de la creación de delitos especiales (para gerentes, para técnicos de empresa, para determinados empleados con responsabilidad en actividad real o potencialmente peligrosas para el medioambiente, etc.), pienso que se hace necesario establecer, en éste como en otros ámbitos, una responsabilidad más amplia en el campo de las actividades de las personas jurídicas.

Delitos de peligro y delitos de resultado.

El actual delito contra el medioambiente

está configurado como un delito de actividad de peligro. Creo, sin embargo, que ello no hace justicia a las verdaderas dimensiones que puede llegar a tener una actividad ecológicamente lesiva. Es decir, no puede castigarse igual la pura infracción de la normativa ambiental, aunque cuando ocasione peligro para el medio ambiente, con los actos que llegan a causar resultados ecológicamente lesivos, y en ocasiones de gran gravedad. Y no se puede decir que estos posibles resultados quedan tipificados ya como posibles daños, lesiones, homicidios, etc., pues, se trata aquí de delitos contra bienes jurídicos eminentemente individuales (propiedad, integridad, vida, etc), que podrán concurrir (en concurso de delitos), pero nunca sustituir al delito contra los valores sociales y comunitarios que es el delito contra el medioambiente.

Por lo tanto, creo que una solución adecuada, en la línea antes indicada de ampliar y completar la punición de las agresiones al medioambiente, sería la de configurar varios tipos penales, algunos de ellos de peligro (los menos, dado que este campo ha de dejarse fundamentalmente al derecho administrativo sancionador) y los demás de resultado, graduando además estos según el desvalor del resultado sea mayor o menor. Todo ello, como ya dije, sin excluir que tales delitos puedan concurrir (y, por ejemplo, en caso de una catástrofe nuclear o química en la que haya víctimas, siempre concurrirán) en concurso ideal o real con delitos contra bienes jurídicos personales.

Configuración del desvalor objetivo de la acción.

No voy a entrar en un análisis detallado de cómo se podrían o deberían configurar las acciones punibles: ello exigiría un estudio mucho más amplio del que aquí es posible, así como una base en análisis criminológicos de la que carezco. Si puedo, sin embargo, indicar lo siguiente: teniendo en cuenta la habitual abundancia, y a

¹ Ponencia presentada en las Jornadas sobre la Protección Penal del Medio Ambiente, realizadas el 20 y 21 de Octubre de 1990, en Madrid, España.

menudo confusión, de la normativa administrativa, y dado que el Derecho Penal ha de aspirar siempre a los ideales de claridad y de tipificación tan solo de las conductas más gravemente lesivas o peligrosas para los bienes jurídicos, probablemente sea un requisito necesario (no suficiente) del que carece la actual regulación penal del tema el conseguir una descripción penal autónoma (es decir, que no dependa, como en la actualidad, de la normativa administrativa al respecto, esto es, que no se configure como una normativa penal "en blanco" de las conductas. Ello permitiría una mayor claridad, en primer lugar; por otra parte, sugeriría a los jueces la posibilidad y necesidad de aplicar en esta campo los conceptos habituales de la teoría del delito, cosa muy necesaria en campos de nueva regulación, que muchas veces parecen aún dependientes del Derecho Administrativo; y permitiría, en fin, una regulación en la línea que vengo defendiendo, más rica y matizada de las conductas punibles, permitiendo el establecimiento de modalidades de acción allí donde fuese preciso, la configuración de cualificaciones y privilegios, la matización de los elementos subjetivos (a la que luego me referiré), etc.

Evidentemente, tal regulación autónoma, y por lo tanto completa, de las conductas punibles exige un mayor esfuerzo de estudio teórico y dogmático. Sin embargo, en otros campos se ha hecho, lo que demuestra que es posible. Y, por otra parte, no sólo por motivos teóricos (y no tan teóricos, pues garantizar la claridad del Derecho Penal es una forma de preservar los derechos fundamentales), sino también porque pienso que es la única manera de que los jueces y tribunales, y los estudiosos del Derecho Penal, entren realmente a analizar y a aplicar una regulación que puedan decir que es realmente penal, y no solo formalmente; por todo ello, creo necesaria tal regulación.

Problemas de imputación del resultado.

Como es sabido, en Derecho Penal no se responde de todo resultado causado. No solo el principio de responsabilidad subjetiva (la exigencia de intención o imprudencia) restringe la responsabilidad; también la idea de que solo los resultados causados de forma jurídicamente adecuada (esto es, los resultados objetivamente imputables) son atribuidos y generan responsabilidad, lleva a la misma consecuencia. El problema de la imputación objetiva del resultado a la acción inicial (dolosa o imprudente, pues si la acción inicial fuese fortuita, lícita, en ningún caso habría responsabilidad) surge de una forma especialmente problemática en los delitos contra el medioambiente. Téngase en cuenta que la acción que cuenta

es la acción individual, o la suma de ellas. Por ello, frecuentemente, resultará harto complicado demostrar que un determinado daño ecológico ha sido causado por una determinada acción o grupo de acciones; y más complejo aún será probar la adecuación o previsibilidad objetiva "ex ante" del daño efectivamente causado.

¿Cuales son las razones de ésta dificultad? En primer lugar, en muchas ocasiones los problemas son de hecho, de prueba, dado que el daño ecológico es un daño complejo, en el que intervienen múltiples factores, por lo que la prueba exige estudios y análisis no siempre posibles. Pero a lo que aquí quiero referirme es a las dificultades intrínsecamente jurídicas. Y en que sucederá en muchas ocasiones que los factores co-causantes de un resultado lesivo para el medioambiente son múltiples; e incluso, en ocasiones, que hayan concurrido varias conductas penalmente ilícitas (por ejemplo, imprudentes) para causarlo. Esto, que constituye algo habitual ante los tribunales (piénsese, por ejemplo, en la frecuente negligencia de la Administración, que permite que el particular cometa una acción lesiva, o la concurrencia de varias acciones lesivas sobre el mismo aspecto de un mismo ecosistema), puede ocasionar numerosas sentencias absolutorias (o al menos condenatorias solo por el desvalor de la acción, no por el resultado lesivo). Lo cual es aún más grave si pensamos que en materia de delitos imprudentes los tribunales sólo castigan si se produce el resultado, a no ser que exista un delito de peligro ad hoc.

Lo cierto es que este obstáculo a una eficaz punición de las agresiones contra el medioambiente no tiene una solución fácil. Una primera solución es la ya puntada, la creación de tipos de peligro concreto, en los que es preciso un resultado lesivo objetivamente imputable, pues basta con la puesta en peligro en el caso concreto. Pese a todo, seguirá sin tomarse en cuenta para imponer pena el desvalor del resultado producido. Fuera de esta salida -la más obvia-, no queda sino llamar a los jueces a una aplicación técnicamente depurada de los criterios de la imputación objetiva, lo cual no siempre se hace. Es decir, que, aunque es cierto que en ocasiones no podrá decidirse que un determinado resultado lesivo para el medioambiente ha sido realización del riesgo inherente a ninguna de las acciones ilícitas (por lo que, a pesar de haber acciones ilícitas y un resultado desvalorado, éste no será imputado a ninguna de ellas, y los sujetos solo responderán, si ello es posible, por su acción inicial), también es cierto que en otros muchos casos no todos los factores co-causantes han influido (desde el punto de vista de la valoración jurídica) de igual modo en la producción del resultado lesivo: se podrá decir, así, que determinado

empleado o director de una empresa, con su acción penalmente prohibida, realizó el riesgo inherente a su acción, y por lo tanto deberá responder también por el desvalor del resultado producido, aunque la Administración dejara de realizar las inspecciones pertinentes (puras omisiones, no causales del riesgo) y aunque otros empleados hayan, con sus acciones ilícitas, facilitado la realización, siempre que fuese objetivamente previsible, desde una perspectiva "ex ante", que ese resultado se derivaría de su acción, con independencia de las aportaciones de otras acciones ilícitas. Esta solución, obtenida sencillamente mediante la aplicación de los principios generales de la imputación objetiva de resultados en Derecho Penal, resulta satisfactoria (pues castiga cuando se ha de castigar) y justa (pues permite evitar que responda por el resultado quien solo contribuyó a causarlo de una forma poco relevante, por lo que no se puede decir que el mismo es realización del riesgo inherente a su acción ilícita, aunque el resultado se haya efectivamente producido por azar o por otras intervenciones). Sin embargo, dado el poco arraigo que la doctrina de la imputación objetiva de resultados, doctrina de por sí bastante compleja, tiene en nuestra práctica penal, hay que señalar el peligro de que se tienda a aplicar en todos estos casos el principio "in dubio pro reo", con consecuencias insatisfactorias de desprotección del medioambiente. De ahí lo interesante de establecer, siquiera sea como último recurso, un delito de peligro que no exija imputación del resultado.

Desvalor subjetivo de la acción.

Además de los problemas objetivos que ya he señalado, en los delitos contra el medioambiente se plantean también problemas de carácter subjetivo. Precisamente por las dificultades de pruebas ya referidas, la posibilidad de castigar por delitos dolosos -siquiera sea con dolo eventual- contra el medioambiente, aunque cierta, es más bien escasa. La experiencia nos dice que rara vez va a ser posible probar la voluntad del sujeto activo de lesionar dicho bien jurídico. Por ello, creo que se pueden apuntar dos soluciones, aplicables cumulativa o alternativamente, y sin perjuicio de que, por supuesto, se tipifique también el delito doloso. Por una parte, sería conveniente que junto a la modalidad de comisión dolosa del delito correspondiente (o al menos de los más importantes) se incluyese la modalidad de comisión imprudente (al modo de como se hace, por ejemplo, en la prevaricación); o bien que, al menos, se dejase claro en el texto de los preceptos que los delitos contra el medioambiente no son delitos "eminentemente dolosos", y que por lo

D
P
C