

Dora Nevares

From: "Santiago Mir" <smir@dret.ub.es>
To: "Dora Nevares" <dnevares@caribe.net>
Sent: Wednesday, April 02, 2003 2:09 PM
Subject: Re: Reforma Penal en Puerto Rico

Estimada Dora, perdona que haya tardado en contestar a tu último e-mail. He tenido que ocuparme en la organización y coordinación de un Seminario Internacional sobre Nuevas Tendencias en la Política Criminal de Europa, que tuvo lugar la semana pasada con participación de penalistas alemanes, españoles, italianos y un austriaco. Todos quedamos bien satisfechos. Trataremos de publicar los trabajos, aunque los debates fueron tanto o más interesantes.

He estado viendo el Proyecto de Parte General que me enviaste y me parece muy bien. Sólo tengo algunas sugerencias respecto a algún artículo.

1) En el artículo 19 incluyes una regulación general de la comisión por omisión inspirada en la del artículo 11 del nuevo Código Penal español. Pues bien, en esta fórmula hay dos partes que han merecido una valoración totalmente distinta por parte de la doctrina española. La primera, correspondiente al primer párrafo de vuestro artículo 19, ha sido bien recibida, sobre todo en cuanto exige la equivalencia de la omisión y la acción, pero la segunda parte, correspondiente a vuestro segundo párrafo, ha sido duramente criticada, a mi juicio con razón. Supone una recepción de la antigua teoría de las fuentes formales de la posición de garante (ley, contrato y actuar precedente) cuando ya hace mucho tiempo (desde la crítica que formuló Armin Kaufmann en 1959) que se considera insuficiente este punto de vista formal que considera suficiente la existencia de un deber jurídico, legal o contractual, para la imputación del resultado no evitado como si se hubiera producido activamente. Hoy se ha impuesto la idea de que deber pre-penal no es suficiente (no basta ser padres del niño, no basta un contrato formalmente válido, como no basta ser policía o funcionario de prisiones) ni siempre necesario (como sucede en los casos de asunción voluntaria del riesgo). A mi juicio, lo que permite equiparar una omisión a una acción es que el omitente haya creado o aumentado el riesgo del bien jurídico cuya lesión no evita, aunque haya sido en un momento anterior y de forma lícita. El Derecho penal trata de evitar que añadamos riesgos a los que ya existen, y por eso prohíbe bajo pena la creación activa de determinados riesgos y lesiones, pero también por eso sólo admite que creamos otros riesgos lícitos a condición de que los contremos y evitemos que se conviertan en lesión. El que se limita a no socorrer a alguien en peligro sin tener nada que ver con dicha situación no ha añadido ningún riesgo que tenga que controlar, por lo que no podemos imputarle la muerte de la persona en peligro por el hecho de que no la evite. La situación es completamente distinta si el que omite fue quien puso al otro en peligro: pensemos en el caso del cirujano que abre al paciente lícitamente y luego, al darse cuenta de que es su enemigo, no concluye la operación y deja que el paciente muera. Este caso es independiente de que el cirujano tuviera o no deber legal o contractual de intervenir al paciente: basta que haya iniciado

voluntariamente la operación y creado con ello el riesgo consiguiente.

Por todo ello, propondría la siguiente redacción para vuestro artículo 19:

"Los delitos que tipifican la producción de un resultado sólo podrán cometerse por omisión cuando la no evitación del mismo equivalga a su producción activa"

(mejor "tipifican" que "tipificados a base de", y mejor "producción activa que "consumación", porque también la comisión por omisión determinará la consumación del delito).

"Para determinar la equivalencia de la omisión a la acción se tendrá en cuenta la existencia de un deber específico de evitar el resultado y si una acción anterior del omitente hace posible imputarle la situación de riesgo en que se encontraba el bien jurídico lesionado".

En esta redacción la existencia del deber se convierte en un elemento a tener en cuenta, pero por sí solo no determinante de la equivalencia de la omisión a la acción. El segundo elemento, tampoco automáticamente conducente a la equiparación, incorpora el criterio material a mi juicio decisivo, que tiene que ver con la clásica conducta precedente, pero hablando de imputación en lugar de causación, lo que flexibiliza este criterio en lo objetivo (incluye fácilmente el haber determinado que el sujeto se hubiera puesto en peligro o que otras personas lo hubieran hecho, o que otros no hubieran podido socorrer, etc.), e incluye también la necesidad de tener en cuenta si la contribución al riesgo fue voluntaria o imprudente, como criterios subjetivos de la imputación del riesgo al omitente.

Otra opción es prescindir de la indicación de los criterios de la equivalencia, dejando únicamente el primer párrafo propuesto:

"Los delitos que tipifican la producción de un resultado sólo podrán cometerse por omisión cuando la no evitación de dicho resultado equivalga a su producción activa".

Se dejaría libertad a la doctrina y a la jurisprudencia para determinar los criterios de equivalencia.

2) El artículo 21 aplica a la cuestión de en qué momento se entiende cometido el delito el mismo criterio que se admite mayoritariamente para determinar el lugar de comisión, el de la ubicuidad. Pero mientras que no hay ninguna dificultad para admitir que sean competentes tanto las jurisdicciones en que se realice la conducta como aquéllas en que se produce el resultado, y ello evita lagunas de persecución cuando están implicados más de un Estado, en cambio no veo cómo puede ser útil para decidir qué momento del delito debe tenerse en cuenta a efectos de imputabilidad, de qué ley es aplicable, de cuándo empieza a prescribir el delito, etc., decir que vale tanto el momento de la acción como el momento del resultado. Por ej.: no tiene sentido decir que un delito prescribe tanto a partir del momento de la conducta como a partir del momento del resultado: o empieza a prescribir en un momento o empieza a prescribir en otro. Por ello, creo que asiste la razón a la doctrina dominante cuando sostiene que es el momento de la conducta el relevante para cuestiones como la aplicación de una nueva ley (si es posterior a la conducta y más desfavorable para el reo, no puede aplicarse, aunque sea anterior al resultado) o de decidir si el sujeto era imputable o no (el sujeto que cumple la mayoría de edad penal

después de la conducta delictiva no es imputable), mientras que parece en principio preferible estar al momento del resultado a los efectos de iniciar el cómputo de los plazos de prescripción.

3) Respecto al artículo 23, b), para el dolo eventual, me parece que sería preferible exigir conciencia de un "riesgo considerable" en lugar de un "riesgo suficiente". Esta última expresión puede ser adecuada para la exigencia del mínimo objetivo del delito (imputación objetiva), que se requiere en otro artículo del proyecto. Este mínimo puede ser suficiente cuando concurre dolo directo de primer grado, pero cada vez veo más claro que cada forma de dolo exige un grado distinto de peligro. Así como es evidente que el dolo directo de segundo grado requiere conciencia del peligro correspondiente a la ráctica seguridad de la lesión, el dolo eventual ha de exigir conciencia de mayor peligro que la culpa consciente. Por lo demás, el adjetivo "considerable" tiene la ventaja de ser flexible y apuntar a un aspecto que la doctrina actual considera importante: la valoración subjetiva del riesgo, que es la que importa en el dolo, aspecto subjetivo del hecho. El sujeto que tiene conciencia de que crea un "riesgo considerable" valora subjetivamente este riesgo, lo "considera", como digno de consideración, lo cual es precisamente lo contrario a la conciencia meramente imprudente, caracterizada por el hecho de que supone infravaloración del riesgo, confianza en que no es tal en el caso concreto.

4) En el artículo 27 creo que es necesaria mayor concreción de la exigencia de proporcionalidad, dejando claro que el mal causado debe ser bastante inferior al evitado y excluyendo la posibilidad de matar o privar de alguna parte del cuerpo de otro. Propongo la siguiente fórmula:

"...si el mal causado es considerablemente inferior al evitado y no supone la muerte o lesión grave y permanente de la integridad física de una persona".

No puede admitirse que esté justificado, permitido, evitar los males propios causando daño a otros salvo que exista una diferencia considerable, y creo que la dignidad humana impide que se permita matar o privar de algún órgano aunque sea para evitar la muerte de alguien (no puede ser lícito, justificado, extraer el hígado a una persona sana para salvar a otra que lo necesita para sobrevivir, ni se puede extraer un riñón a quien tiene dos para salvar la vida de quien ya no le queda ningún riñón sano, ni se puede extraer un ojo de quien tiene dos para evitar la ceguera de otro, etc.). Cuestión distinta es que en determinadas situaciones excepcionales la persona en peligro grave pueda considerarse no culpable de la agresión que, para salvarse, pueda hacer sobre otra persona: para ello existe la exculpación (no justificación) por miedo insuperable, coacción, estado de necesidad exculpante, o como prefiera llamarse). Hay otro artículo en el Proyecto que se refiere a estas otras situaciones.

5) En el artículo 35 sería aconsejable reflejar la exigencia, hoy mayoritaria en la doctrina, de que los actos de tentativa constituyan la última fase, la inmediatamente anterior a la consumación o al primero de los actos exigidos por el tipo, si son varios). Ello puede expresarse añadiendo a la fórmula del Proyecto:

"...actos inequívoca e inmediatamente dirigidos a iniciar la ejecución de un delito".

Perdona la amplitud de estas observaciones. No empecen a la valoración bien positiva que me merece el Proyecto. Ya sabes que, en comparación con el Código penal español, las penas que prevéis son a veces más graves (por ejemplo: 99 años), pero soy consciente de que en vuestro contexto ya es bastante que mantengáis con energía la exclusión de la pena de muerte. Por lo demás, el catálogo de penas y medidas me parece bien diferenciado.

Quedo a tu disposición y te agradezco la confianza que pones en mi opinión.

Un abrazo muy fuerte,
Santiago

> Apreciado Santiago.

- > Saludos! Espero que estés bien. No me había comunicado antes pues
- > he estado muy atareada trabajando la reforma del Código Penal.
- > Félix Cifredo ha estado colaborando con nosotros; te agradezco la
- > recomendación. Te estoy enviando un primer borrador de
- > anteproyecto de la Parte General (en formato word). Si no es mucho
- > abusar de la amistad, te agradecería le dieras una lectura rápida
- > y me comentaras cualquier asunto que entiendas deba atenderse, o
- > corregirse en el borrador. Notarás que incorporé ad verbatim todo
- > el trabajo que hizo el Comité de la Academia, en el que
- > participaste. Al Senador le interesa conocer tu opinión. La parte
- > especial la estamos trabajando. El anteproyecto debe estar listo
- > para finales de abril. Ya tenemos los resultados de la encuesta y
- > el estudio empírico de penas cumplidas por delito. Los resultados
- > son muy reveladores. Te envió copia de ellos con Félix o te los
- > llevo personalmente en julio. Debo estar en San Sebastián del 2 al
- > 6 de julio participando en un mini curso y si me indicas la fecha
- > en que tú participarás en el curso de UPR, podría llegarme hasta
- > Barcelona. Recibe un saludo afectuoso y el testimonio de mi
- > aprecio.
- > Un abrazo
- > Dora
- >