

El análisis jurídico de la ley penal a propósito de la “Cuestión Hospitales Móviles en tiempos de Pandemia”

Por Félix Antonio Ávila Ortiz. Abogado. Especialista en Derecho Penal y Derechos Humanos. Maestría en Derecho Procesal Penal. Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal. Ex Juez. Autor de varios libros y artículos sobre Derecho Penal y Procesal Penal.

El día (jueves) 8 de abril de 2021, el Ministerio Público, por medio de la Fiscalía Especial para la Transparencia y lucha contra la corrupción, en el ejercicio de la acción penal, incoó ante la jurisdicción especial contra la corrupción un requerimiento fiscal contra los ciudadanos hondureños: Marco Antonio Bográn, exdirector de Inversión Estratégica de Honduras (INVEST-H), Alex Alberto Morales Girón, exadministrador de INVEST-H, y contra el ciudadano de origen guatemalteco Axel Gamaliel López. Según declaraciones del Fiscal General de la República Oscar Fernando Chinchilla, dadas a conocer por los medios de comunicación¹, a los ahora imputados se les atribuye participación en dos (2) delitos de Fraude y un (1) delito de Violación de los deberes de los funcionarios. Expresó el número uno de la Fiscalía, que dicha acción penal es el resultado del trabajo serio y responsable de un equipo de profesionales especializados del Ministerio Público. A mi entender, los delitos de violación de los deberes de los funcionarios, solamente puede incoársele a quienes desempeñan o desempeñaron una función pública, de donde se deriva que al señor Axel López solamente se le imputó los delitos de Fraude. Como ya se conoce por la sociedad hondureña, la acción penal iniciada por el Ministerio Público deviene de una serie de hechos que fueron denunciados como consecuencia de la compra de los llamados “hospitales móviles” en el marco de la pandemia de la COVID-19 que aún azota con mucha ferocidad a la población mundial.

Pues bien, dejando a un lado cualquier análisis sobre el fondo de los hechos supuestamente relevantes desde el punto de vista penal, habiéndose producido todo tipo de reacciones por parte de varios sectores de la sociedad hondureña, y dada la alta relevancia de las cuestiones jurídicas de que trata la acción penal en referencia, así como de ciertos análisis jurídicos que se han producido, más de alguno desacertado, quiero dejar constancia de mis reflexiones personales al respecto. Uno de los análisis jurídicos que se dio a conocer por los medios de comunicación y las redes sociales, respecto del requerimiento fiscal, es el de la abogada Reyna Rivera Joya, exfiscal y experta y activista de Derechos Humanos². De acuerdo con lo dicho por la colega Rivera Joya, Marco Bográn recobrará su libertad en seis (6) días. Según la opinión de la analista en cuestión, los dos delitos de fraude que se le imputan a Bográn, según el nuevo Código Penal, tienen pena de 6 meses a 2 años de prisión, el delito de abuso de autoridad o de violación de los deberes de los funcionarios está sancionado únicamente con pena de inhabilitación especial para desempeñar cargos públicos, por lo que <concluye> la pena que se pueda imponer no superaría los cuatro (4) años de prisión. Agrega que el acusado bien podría ser oído en libertad al pagar una fianza. La

¹ Declaraciones del Fiscal Oscar Fernando Chinchilla en varios medios de comunicación, entre otros la Tribunal Digital, <https://www.latribuna.hn/2021/04/08/lo-que-dijo-el-fiscal-chinchilla-tras-el-requerimiento-a-marco-bogran/>

² Declaraciones brindadas al Telenoticiero Telenoticias estelar de Televisión el día 9 de abril de 2021. <https://www.youtube.com/watch?v=j4jZKBRpwm8>,

conocida abogada Rivera Joya ve con mucho pesimismo la incoación del requerimiento fiscal, atribuyendo su pronóstico de una pena de prisión sumamente baja a la aplicación del nuevo Código Penal.

La opinión de mi colega Rivera Joya es desacertada y no contribuye con el debate público objetivo en un asunto de mucha importancia para la sociedad hondureña en estos momentos de poca tolerancia social. Para empezar, los delitos de Fraude, que según el requerimiento fiscal se les imputa a los acusados, conforme al nuevo Código Penal no pueden ser sancionados con penas de seis (6) meses a cuatro (4) años de prisión como se cuestiona. Basta dar un vistazo a la nueva normativa penal para darse cuenta de que en su artículo 482 se tipifica y sanciona el delito de fraude con pena de prisión de cinco (5) a siete (7) años, más multa por cantidad igual o hasta el triple del valor de lo defraudado e inhabilitación absoluta por el doble del tiempo de la pena de prisión. En ese sentido, no entiendo como se puede aseverar públicamente que, en este caso, si en realidad los delitos se llegan a configurar judicialmente, solamente se pueda imponer una pena de cuatro años de prisión a los acusados y que los hechos quedaran impunes. Pero si seguimos con el análisis de las verdaderas penas que se contemplan en el nuevo Código Penal para los delitos de fraude, miremos lo que dice el artículo 508 del referido orden legal. De acuerdo con dicha norma las penas previstas para los delitos contra la administración pública, desde luego para el fraude, pueden incrementarse hasta un máximo de un cuarto (1/4) cuando concurra, entre otras, la circunstancia de haber **causado con el delito un grave quebranto para un servicio público**.

Es evidente que los gravísimos hechos que se atribuyen en el requerimiento fiscal al señor Bográn y los otros, han tenido una repercusión negativa para los servicios de la salud pública en el país en tiempos de pandemia. En ese sentido, las penas del delito de Fraude, con el aumento de un cuarto (1/4) quedan establecidas en un mínimo de siete (7) y un máximo de ocho (8) años y nueve (9) meses de prisión. Aparte de lo equivocado del análisis jurídico que comento, no se puede cuestionar al nuevo Código Penal de un resultado que, en mi opinión, no se podrá producir, si se llegase a probar los hechos en un juicio oral y público, aplicando la nueva ley si fuera más favorable. En todo caso, los hechos se produjeron durante la vigencia del Código Penal de 1983, norma jurídica que contempla el delito de fraude en el artículo 376 sancionándolo con pena de reclusión de seis (6) a nueve (9) años, más inhabilitación absoluta por el doble del tiempo de la pena privativa de libertad.

En realidad, haciendo un análisis objetivo, las penas que contempla el nuevo Código Penal para este delito resultan más graves que las del Código de 1983. En primer lugar, si bien la pena máxima con la agravante dispuesta en el nuevo orden legal es apenas menor en tres meses a la contemplada en la derogada normativa, la pena mínima en este nuevo Código Penal, para estos casos en especial, puede ser superior en un (1) año a la establecida en el anterior Código pues queda establecida en siete (7) años de prisión. En segundo lugar, en el Código de 1983 el delito de fraude no se sanciona con pena de multa, ello si ocurre con el nuevo Código que, como ya lo señalé más arriba, contempla pena de multa por cantidad igual o hasta el triple del valor de lo defraudado. Viendo la realidad de las cuestiones jurídicas a las que se enfrentan los acusados, no veo posible que el nuevo Código Penal vaya a ser obstáculo para la imposición de una pena justa, legal y humana para quienes, si se les encuentra culpables, causaron un grave perjuicio para los intereses del Estado y de la sociedad hondureña. Todo lo demás, si los dos delitos de fraude que el Ministerio Público imputa a los sospechosos puedan ser apreciados por el juez en concurso real, lo

que llevaría a la imposición de una pena acumulada de más de diecisiete (17) y no menor de catorce (14) años, o en concurso de delito continuado conforme a lo que dispone el artículo 68 del nuevo Código Penal, en cuyo caso la pena máxima podría rondar los doce (12) de prisión y la mínima no podría ser inferior a los ocho (8) años y nueve (9) meses, dependerá del resultado del juicio oral y público.

Como lo he dejado dicho en más de alguna entrevista en medios de comunicación, dada la naturaleza de los hechos que se investigan por parte del Ministerio Público respecto a la cuestión Bográn, la entidad responsable del ejercicio de la acción penal ha tenido la ocasión y el tiempo suficiente para investigarlos y, en su caso, presentar un requerimiento robusto desde el punto de vista de la carga probatoria que ofrece al juez; muy profesional desde la óptica del encuadramiento de los hechos en la normativa penal correcta; objetivo, es decir, viendo los hechos con una visión absolutamente profesional, alejada de todo acto que pueda conllevar la utilización del Derecho Penal como herramienta de venganza social.

Es que la sociedad hondureña debe ser orientada en el sentido de que el Derecho Penal, si bien es concebido como una herramienta de control social a la cual el Estado acude para la solución de asuntos que no pueden ser resueltos mediante herramientas menos gravosas, no es menos cierto que dicha normativa debe ser vista como medio o mecanismo de hacer justicia. Pero la justicia que se busque debe ser eso precisamente no venganza. Por esta razón, cuando se dice que el nuevo Código Penal está diseñado como una herramienta para la impunidad, hay en ello toda una equivocación ya que, como lo he dejado dicho, haciendo una aplicación correcta del mismo el Estado puede ejercer el denominado “control social” de manera proporcional y humana. No debemos olvidar, además, que el Derecho Penal superó, desde hace mucho tiempo, los fines de expiación y de retribución que lo caracterizaron en el *ancien regime*. Los fines preventivo-generales y preventivo-especiales de las penas son derivación de unos postulados constitucionales que se proclaman en nuestra Constitución. Finalmente, en el caso que se comenta, la imposición de medidas cautelares distintas de la prisión preventiva dependerá de la visión que de dichas herramientas procesales tenga el juez que conoce de la causa. Imponer o no la prisión preventiva no es una cuestión que dependa del nuevo Código Penal. El respeto absoluto de los derechos fundamentales está garantizado por la Constitución a partir de lo dispuesto por el artículo 59, cuyo compromiso de garantía lo establece el artículo 1.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. El Código Procesal Penal hondureño se encuentra en vigor desde hace ya casi dos décadas, es esta la normativa que manda que a toda persona a quien se le siga un proceso penal debe garantizársele su derecho al estado de inocencia y que siempre se le respetará su libertad y dignidad.

En todo caso, el artículo 69 de la Carta Magna proclama que la libertad personal es inviolable y solo con arreglo a derecho puede ser restringida temporalmente, y el 3 de la normativa procesal penal dispone que el derecho a la privación de la libertad de una persona sometida a proceso sólo procederá en los casos señalados por la propia normativa. Pero a veces se piensa que es mejor contar con normas procesales que ordenen encarcelar a todo aquel contra quien se dirija una acusación, considerándole un enemigo de la sociedad por ser sospechoso de haber violentado el orden socialmente establecido. *El orden legal que manda encarcelar a todos sin distinción se*

muestra seguro que todas las personas son culpables por el sólo hecho de la imputación, y que por ese simple hecho han perdido el derecho de ser vistos como inocentes y, por ende, deben ser aislados del mundo exterior, ya que han sobrepasado los límites de la redención. Un orden legal que así lo disponga obedece a una visión absolutamente totalitaria y, a mi juicio, carece de toda legitimidad.

Tegucigalpa, M.D.C., 10 de abril de 2021.

BUFETE ÁVILA ORTIZ