

LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL NUEVO CODIGO PENAL: TITULO PRELIMINAR

Luis A. Bramont Arias

1. PRESENTACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE 1991

El Código Penal de 1924 aparecía como un instrumento inadecuado que hacía necesario el dictado de uno nuevo, en vista a tres razones fundamentales de política legislativa.

En primer lugar, por razones de coherencia política, pues no era posible que habiéndose dictado la Constitución de 1979 se continuara sin un nuevo Código Penal acomodado a ella en su letra y en su espíritu. Evidentemente que existe un estrecho vínculo entre los cambios de regímenes políticos y el Código Penal. Se ha dicho que el Código Penal constituye el “termómetro de la evolución política”. Porque debe legislar sobre el marco social y político en que ha de ser aplicado; no ha de contener normas que contradigan la Constitución del Estado, sino por el contrario, incluir en su texto todas las disposiciones que desarrollen y protejan con sanciones debidas los preceptos de la Carta Magna.

En segundo lugar, por razones de agotamiento técnico del Código de 1924. El sistema fundamental del Código de 1924 no respondía a las exigencias sociales, políticas y técnico-jurídicas de hoy. Si bien es cierto que el Código derogado respondió a esa realidad jurídica, no lo fue menos que hoy aparecía bien alejado de ella y que ante las grandes innovaciones de la doctrina, la jurisprudencia y la ley penal contemporáneas, se impusiera su actualización. A partir de 1924 habían entrado en vigencia numerosos códigos penales en Europa, la doctrina de la dogmática penal había sustituido a la concepción positiva del delito y la Declaración Universal de los Derechos Humanos en años posteriores había penetrado con fuerza vinculante a nuestro acervo cultural. Tales antecedentes impedían la aceptación de la responsabilidad objetiva, o de la peligrosidad como fundamento de la pena y asentaban el delito sobre el supuesto de que es una acción típica, antijurídica y culpable.

En tercer lugar, por la necesidad de disponer de leyes penales que permitieran desarrollar la política penal que la sensibilidad social y democrática de nuestros días exige de manera perentoria, como lo es el tratamiento del error de tipo y de prohibición, o de las medidas alternativas a la internación de los inimputables, y la de mitigar las penas incompatibles con la sensibilidad humana y que producen una congestión penitenciaria de consecuencias funestas.

Para cumplir con el mandato recibido desde el año 1984, la Comisión Reformadora tenía ante sí tres caminos: hacer una reforma parcial del Código de 1924; hacer una reforma radical de todas las instituciones penales, de acuerdo con las más novedosas doctrinas científicas; o elaborar un nuevo código penal, conservando las instituciones que aún pueden seguir desempeñando una función eficaz y renovando aquellas otras que la práctica ha señalado como caducas. En consideración a que la tarea de legislar no es académica sino práctica, o sea, que el legislador no sólo debe tener presente las brillantes concepciones jurídicas de los tratadistas, sino ante todo la realidad social para la cual pretende legislar, la comisión optó por el tercero de los caminos señalados.

El Código de 1991 ha conservado, en lo posible, la estructura del Código Penal de 1924 y no se ha plegado servilmente a una escuela de derecho penal determinada.

Razones poderosas abonan esta prudente actitud de la Comisión Reformadora. Las reformas parciales de un código penal, por cuidadosas que sean, siempre introducen desarmonía en el conjunto. La reforma total, por su parte, inspirada en excelentes principios teóricos, muchas veces se tornan impracticables, requieren nuevas instituciones, jueces cuya mentalidad sea diferente a la de los anteriores y material científico de difícil manejo que expone al fracaso a toda innovación radical.

2. *ORIENTACIÓN Y SISTEMÁTICA DEL CÓDIGO*

2.1. *Tendencia Político Criminal*

El Código de 1991 se inspira en los postulados de la moderna política criminal, esto es, acepta la premisa de que el Derecho Penal no es un instru-

mento de opresión sino una verdadera garantía que hace posible en una sociedad pluralista el ejercicio de todas las libertades reconocidas en la Constitución y en las leyes. En este sentido, se dice que el Código Penal aspira a conseguir un marco mínimo de convivencia social.

En un Estado Social y Democrático de Derecho, tal como lo señala el artículo 79 de la Constitución, el Derecho Penal aparece como la última ratio, en último lugar, pues sólo entra en juego cuando es indispensable en el mantenimiento del orden jurídico y de la paz ciudadana. Se consagra así el llamado principio de intervención mínima que se entiende en un doble sentido: se han de castigar solamente aquellos hechos que necesitan ser penados, y para la sanción de tales hechos se han de preferir las penas que resulten menos onerosas.

La moderación de las penas que establece el nuevo Código Penal no supone reblandecimiento alguno del sistema punitivo. El Código ha hecho suyo el viejo principio criminal, expuesto por César de Beccaria, de que el mayor freno de los delitos no es la crueldad de las penas sino su infalibilidad, vale decir la certeza del castigo, la eficaz persecución policial del delito, rapidez en su enjuiciamiento y efectividad en el cumplimiento de la condena impuesta.

El principio de intervención mínima lo desarrolla el Código bajo un escrupuloso respeto a los principios generales previstos en el Título Preliminar, entre ellos el principio de legalidad. Es cierto que el principio de legalidad estuvo reconocido en el Código de 1924, pero solamente desde un punto de vista formal, pues no era respetado a la hora de definir los delitos en particular y establecer las sanciones correspondientes. Por eso el actual Código procura conseguir la auténtica vigencia material del principio de legalidad, suprimiendo o revisando los preceptos del Código derogado que quebrantaban las exigencias de certeza y seguridad jurídica propias de un Estado Social y Democrático de Derecho.

2.2 Sistemática

El Código Penal se reparte en tres libros. El libro primero se ocupa de la Parte General en 105 artículos distribuidos en 6 títulos: La ley penal; el hecho punible; las penas; las medidas de seguridad; extinción de la acción penal y de la pena; y reparación civil y consecuencias accesorias. El libro se-

gundo trata de la Parte Especial con referencia a los delitos en 347 artículos distribuidos en 19 títulos: delitos contra la vida, el cuerpo y la salud; delitos contra el honor; delitos contra la familia; delitos contra la libertad; delitos contra el patrimonio; delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios; delitos contra los derechos intelectuales; delitos contra el patrimonio cultural; delitos contra el orden económico; delitos contra el orden financiero y monetario; delitos tributarios; delitos contra la seguridad pública; delitos contra la ecología; delitos contra la tranquilidad pública; delitos contra el Estado y la defensa nacional; delitos contra los poderes del Estado y el orden constitucional; delitos contra la voluntad popular; delitos contra la administración pública; y delitos contra la fe pública. El libro tercero se ocupa de las faltas en 13 artículos distribuidos en 6 títulos: disposiciones fundamentales; faltas contra la persona; faltas contra el patrimonio; faltas contra las buenas costumbres; faltas contra la seguridad pública, y faltas contra la tranquilidad pública. Antecede al articulado del Código un Título Preliminar referente a los Principios Generales en 10 artículos, y termina el Código con 4 Disposiciones Finales y Transitorias.

2.3 Extensión y estilo

El poder del Código se extiende a todos los actos comprendidos bajo la denominación de delitos y faltas, con un total de 452 artículos y el lenguaje en que está escrito merece nuestro elogio, pues su castellano es claro, sencillo y comprensible, y un código que dice lo que quiere decir, y cómo debe decirse, sin que sobren ni falten palabras, evidentemente reduce en un cincuenta por ciento, cuando menos, los problemas de interpretación jurídica.

3. CONTENIDO DEL CÓDIGO

Examinaremos por ahora, brevemente, la postura del Código frente al Título Preliminar.

3.1 Título Preliminar

El Código consideró indispensable la elaboración de un Título Preliminar que recoja en disposiciones positivas los grandes principios del Derecho penal contemporáneo, no sólo para facilitar su conocimiento y aplicación sino para hacerlos de imperativo cumplimiento. Tales principios son: objeto

de la ley penal (art. I); principio de legalidad (art. II); exclusión de la analogía (art. III); antijuricidad (art. IV); juez natural (art. V); ejecución penal (art. VI); responsabilidad penal (art. VII); proporcionalidad (art. VIII); fines de la sanción penal (art. IX); y régimen de leyes especiales (art. X). De esta manera el Código señala su estructura fundamental, orientada hacia los postulados de la escuela dogmática jurídica.

3.1.1. *Objeto de la ley penal*

Artículo I.- Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad.

La misión de la ley penal consiste en proteger a la persona humana y a la sociedad, previniendo la comisión de delitos y faltas, en garantía de la paz jurídica. Como ordenamiento de protección y de paz, el Código Penal sirve a la protección de los bienes jurídicos y a la salvaguarda de la paz jurídica. Pero como esta misión protectora también corresponde a otras ramas del ordenamiento jurídico, el Código Penal guiado por el principio de *intervención mínima* sólo interviene en los casos de agresiones muy graves a bienes jurídicos importantes y cuando son insuficientes otras barreras protectoras extrapenales.

En todo caso, el Código Penal debe llevar a cabo su misión protectora teniendo siempre en cuenta el nivel cultural de la época y en forma compatible con los derechos elementales mínimos de la persona reconocidos en la Constitución, respetando, sobre todo, la libertad y la dignidad humana (art. 2 y ss. de la Constitución). Sin embargo, hay que anotar que no existe contradicción alguna entre la ambición preventiva y represiva del Código y, en consecuencia, deben concebirse como una unidad, pues con el castigo del delito se pretende, al mismo tiempo, impedir también que en el futuro se cometa el mismo por otros o por el mismo delincuente.

Para prevenir los delitos y las faltas, el Código se sirve de la pena basada en la *culpabilidad*, y de las medidas de seguridad ajustadas a la *peligrosidad* ("sistema de la doble vía"). Pero las medidas de seguridad no son ajenas a la esencia del Código, sino que encajan bien en su seno: presuponen la presencia de un hecho antijurídico; normalmente no se imponen solas sino como complemento de una pena; y se imponen a través de una sentencia ju-

dicial y en base a un proceso jurisdiccional. Los *peligros* de las medidas de seguridad (superados por el Código), como dice JESCHECK(1) residen en la desvinculación del principio de culpabilidad, en sus presupuestos muy amplios, en la aproximación de la ejecución de las medidas privativas de libertad a la de las penas de la misma clase, en la inseguridad de los juicios de pronóstico y en la indeterminación de su duración.

El Código Penal acepta que su misión consiste en la protección de bienes jurídicos (“relación social concreta”), pero también en la protección de los valores ético-sociales de la acción (distinto de los de la ética individual), por lo que el delito está constituido por el disvalor del resultado (lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos) y por el disvalor de la acción (abandono de los deberes ético-sociales de la acción). Se basa para ello en la menor gravedad de las formas imperfectas de ejecución (art. 16 C.P.) y en la impunidad del delito imposible (art. 17 C.P.). Sin embargo, a MUÑOZ CONDE (2) le parece innecesario plantear una cuestión de preeminencia entre uno y otro aspecto. Tan absurdo sería prohibir una acción sin referencia a un resultado determinado, como prohibir ese resultado sin referencia a una acción humana. La norma penal tiene ciertamente una función protectora de bienes jurídicos, pero esta función protectora sólo puede llevarse a cabo a través de una función motivadora de conductas humanas, es decir motivando a los ciudadanos para que se abstengan de lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos protegidos.

3.1.2. *Principio de legalidad*

Artículo II.- Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena ni medida de seguridad que no se encuentren establecidas por ella.

(1) JESCHECK, Hans Heinrich: “Tratado de Derecho Penal”, Parte General, traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, volumen primero, Bosch Casa Editorial, Barcelona, España, 1981, p. 9. Véase también PRADO SALDARRIAGA, Víctor: “Constitución, Derecho y Principios Penales”, en Revista Derecho Nº 42-43 de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1989-1990.

(2) MUÑOZ CONDE, Francisco: “Teoría General del Delito”, Valencia, 1989, ps. 86-87.

El texto asegura la plena observancia del *principio de legalidad*, consecuencia lógica del carácter del Estado de Derecho observado por el Código, inscrito en el art. 2, inc. 20 d) de la Constitución.

El principio de legalidad significa que la configuración de una infracción, por leve que sea, así como la represión, es materia que hace a la esencia del Poder Legislativo y escapa a la órbita de las facultades ejecutivas y judiciales, pues “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe” (art. 2 inc. 20 a) de la Constitución). O sea, sólo es infracción el acto declarado como tal por la ley. Se trata de una exigencia de *seguridad jurídica*, que permite la posibilidad de conocimiento previo de los delitos, faltas y las penas; y además de una *garantía política*, en el sentido que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo.

El significado del principio de legalidad se *concreta* en un mandato (el mandato de taxatividad) y cuatro prohibiciones: a).- Prohibición de retroactividad de las normas que fundamentan o agravan la pena; b).- Prohibición de regulación de la materia penal por normas dimanantes del Ejecutivo; c).- Prohibición de la analogía y, en general, de la creación judicial del Derecho; y d).- Prohibición de la regulación de la materia penal por normas consuetudinarias.

El principio de legalidad cumple una *función política*, de la que se derivan una serie de consecuencias de *orden técnico*.

Desde la perspectiva política, el principio de legalidad representa la materialización de los valores fundamentales del Estado de Derecho: a).- es un presupuesto de la realización de la *justicia penal*, pues la ley es emanación de la voluntad popular; b).- es un requisito indispensable de la *certeza*, pues si emana de una ley, la conducta deviene calculable para el que actúa; c).- satisface el postulado de *autonomía*, reconociendo al ciudadano la capacidad de actuar conforme a reglas y la de contribuir a crearlas; y d).- es expresión de los dos valores básicos de todo ordenamiento jurídico: la libertad y la igualdad.

La función *técnica* del principio de legalidad se concreta tanto en el proceso de formulación de la ley como en la interpretación y construcción del Derecho Penal.

Las garantías contenidas en el principio de legalidad también se exigen respecto a las medidas de seguridad y sus presupuestos. Es claro que el requisito “ley estricta” puede plantear problemas, pues es difícil delimitar con precisión el presupuesto de la *peligrosidad* o *agresividad* del sujeto y la duración de las medidas de seguridad. Por eso es que, de un lado, se exige la comisión de un delito previo que demuestre la peligrosidad o agresividad (art. 72, inc. 1, del C.P.), lo que indica la exclusión de las llamadas medidas *predelictuales*; y de otro lado, señalar límites máximos a la duración de las medidas (art. 75 del C.P.).

3.1.3. Exclusión de la analogía

Artículo III.- No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde.

Un aspecto particular del principio de legalidad que merece atención especial es la *prohibición de la analogía contra el reo*, o sea, como dice el art. 233, inc. 8, de la Constitución, “la inaplicabilidad por analogía de la ley penal”.

La analogía consiste en la decisión de un caso penal no contemplado por la ley, argumentando la semejanza del acontecimiento real legalmente imprevisto, con un tipo que la ley ha definido o enumerado en su texto.

Existe diferencia entre interpretación (siempre permitida) y analogía (prohibida). Mientras que la interpretación es la búsqueda de un sentido del texto legal, que se halle dentro de su sentido literal posible, la analogía supone la aplicación de la ley penal a un supuesto *no comprendido* en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero *análogo* a otros sí comprendidos en el texto legal.

Igualmente la analogía se diferencia de la interpretación extensiva y de la interpretación *analógica*. En la interpretación extensiva, aunque el intérprete se sirva del elemento sistemático, el caso está previsto por la ley, acaso con palabras inadecuadas; es decir, en la interpretación extensiva la voluntad de la ley, manifiesta después de usar los métodos gramaticales y teleológicos, aparece clara en cuanto a abarcar el caso en cuestión, en tanto que

en la analogía la ley no tiene voluntad alguna de comprender el hecho que se juzga. En la interpretación extensiva falta la expresión literal, pero no la voluntad de la ley; en la analogía falta la expresión literal y la voluntad de la ley.

Con la interpretación analógica es más fácil la distinción. Proscribimos la analogía, porque no está en la voluntad de la ley incriminar los actos que con ella se captan; pero la interpretación analógica es forzosa admitirla allí donde la ley contiene cláusulas que la hacen aplicable a supuestos análogos a los expresamente mencionados en ella. La distinción se fundamenta en la presencia o ausencia de un apoderamiento legal. Si hay un apoderamiento legal que permita la extensión analógica, se hablará de “interpretación analógica” (por ejemplo, el artículo 108 del C.P.). Si ese apoderamiento falta, esto es, si el juez recurre a la analogía por iniciativa propia y no por mandato de la ley, se hablará de analogía en sentido estricto.

La prohibición de aplicar por analogía la ley represiva es indispensable para hacer efectiva la garantía de la ley anterior que establece el art. II. En efecto, no basta decir que “nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión”, si al mismo tiempo no se prohíbe a los jueces aplicar por analogía la ley penal. En efecto, el magistrado que así procediese podría argüir en su defensa que él ha condenando fundándose en una ley anterior al hecho del proceso, ley que si bien no describía la conducta por él penada, la prohibía de modo implícito por su semejanza con la descrita.

Repetimos pues que sin la prohibición expresa de la aplicación por analogía, la garantía de la existencia de la ley anterior al hecho del proceso podría convertirse en letra muerta.

3.1.4. Antijuricidad

Artículo IV.- La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley.

A comienzos del presente siglo el campo jurídico era dominado por el positivismo, aunque por dos corrientes enfrentadas del mismo: por un lado el positivismo jurídico y por otro el positivismo sociológico. Con relación a la antijuricidad, el positivismo jurídico sostuvo que la antijuricidad en sentido

formal significa la relación de contradicción de un hecho con el derecho; pero no precisó qué *contenido* habría de tener un hecho para ser antijurídico. La respuesta la dio la antijuricidad *material*, propia del positivismo sociológico, al sostener que la antijuricidad de un hecho se basa en su carácter de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico de valor social (económico, cultural, social, etc.).

En efecto, se ha dicho que el primer elemento del delito es la *infracción de una norma*. Una *norma* es un mensaje prescriptivo (que prescribe actuar en un determinado sentido) que expresa una orden de la sociedad: prohibiciones o mandatos, como “no matar”, “no robar”, “socorrer al prójimo”, etc. La extensión que debe darse a este elemento del delito depende de cómo se concibe la función del Derecho Penal dentro de la sociedad: a).- Puede considerarse que al Derecho Penal sólo le importan las infracciones de una norma si con ella se lesiona o pone en peligro bienes jurídicos tutelados por la ley, es decir, si se considera que el bien jurídico como síntesis normativa concreta de una relación social determinada, en forma alguna se agota en la vinculación social, sino que además es necesario determinada perturbación de la relación social misma, o sea, determinada afección del bien jurídico mismo que se traduce en una situación de peligro o en una lesión, con lo que se pone de manifiesto que junto al disvalor del acto es necesario apreciar el disvalor del resultado; y b).- O puede considerarse que las infracciones de una norma, cuyo incumplimiento está amenazado con una pena, es ya relevante y justifica la intervención del Derecho Penal, entendiendo naturalmente que la función del Derecho Penal es la protección de los bienes jurídicos, pero que reacciona ya frente a las *acciones disvaliosas* (acciones que lesionan normas).

El Código considera que el primer punto de vista merece preferencia, o sea, sólo son relevantes para el Derecho Penal aquellas acciones que infringen una norma, si por lo menos ponen en peligro al bien jurídico protegido. Así, en el hecho doloso no se reprime la tentativa inidónea (art. 17 del C.P.) ni se equipara la tentativa acabada a la consumación (art. 16 del C.P.); y en el hecho culposo no puede someterse a pena todo comportamiento descuidado (arts. 11, 12 del C.P.).

3.1.5 Juez natural

Artículo V.- Sólo el Juez competente puede imponer penas

o medidas de seguridad, y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley.

La disposición legal manifiesta de manera expresa que sólo los jueces y tribunales ordinarios predeterminados por la ley, pueden declarar delitos e imponer penas por medio de una sentencia judicial y según un procedimiento legalmente establecido.

El art. 232 de la Constitución establece las condiciones fundamentales del Poder Judicial en un Estado de Derecho, al declarar: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo. Se ejerce por los juzgados y tribunales jerárquicamente integrados en un cuerpo unitario, con las especialidades y garantías que corresponden y de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y las leyes establecen”, lo cual implica que el principio de legalidad se aplica a la actividad judicial y en garantía del ciudadano. El art. 242 de la propia Constitución garantiza asimismo al ciudadano en cuanto declara la independencia, permanencia y remuneración de los jueces y magistrados. También es una garantía al ciudadano, la eliminación de tribunales de excepción, conforme al art. 2, inc. 20 l) de la Constitución que dice: “Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley ni sometida a procedimientos distintos de los previamente establecidos, ni juzgada por tribunales de excepción o comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación”. Igualmente el art. 233, inc. 9 declara que es garantía de la administración de justicia, “la de no ser penado sin juicio ni privado del derecho de defensa en cualquier estado del proceso. El Estado provee la defensa gratuita a las personas de escasos recursos”.

Además, toda persona sometida a proceso tiene derecho a un juicio público (art. 233 inc. 3 de la Constitución), a no ser condenada en ausencia (art. 233 inc. 10), a la invalidez de las pruebas obtenidas por coacción ilícita, amenaza o violencia en cualesquiera de sus formas (art. 233 inc. 12), a la instancia plural (art. 233 inc. 18), a ser considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad (art. 2 inc. 20 f), a no ser detenida sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en flagrante delito (art. 2 inc. 20 g), a ser informada inmediatamente y por escrito de la causa o razones de su detención, así como a comunicarse y ser asesorada con un defensor de su elección desde que es citada o detenida por la autoridad (art. 2 inc. 20 h), a no ser incomunicada sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito y en la forma y el

tiempo previstos por la ley (art. 2 inc. 20 i), y a no ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer su culpabilidad en causa penal contra sí misma, ni contra su cónyuge ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad (art. 2 inc. 20 k).

El principio del juicio legal comprende también la fase de la determinación de la pena; y puede resultar que por la estructura de los tipos (tipos con elementos normativos), por la naturaleza de la acción, por la necesidad de apreciar la importancia de los deberes infringidos, la extensión del daño o peligro causado y la personalidad del delincuente (art. 46 del C.P.), se produzcan situaciones de conflicto entre la determinación judicial de la pena y los principios de la intervención estatal. En estos casos sólo se cumplirá con las garantías jurisdiccionales si las decisiones aparecen razonables, pues de lo contrario predominaría la arbitrariedad judicial.

3.1.6. Ejecución penal

Artículo VI.- No puede ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollen. En todo caso, la ejecución de la pena será intervenida judicialmente.

El cumplimiento de las penas impuestas por los jueces, no puede ser llevado a cabo en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos. En otras palabras, la autoridad administrativa no puede convertirse ni en legislador ni en juez. En forma más amplia el art. 234 de la Constitución, desde el punto de vista material, establece: “Nadie puede ser sometido a torturas o tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede solicitar al Juez que ordene de inmediato el examen médico de la persona privada de su libertad, si cree que ésta es víctima de maltratos”.

El art. 232 de la Constitución precisa que a los juzgados y tribunales les corresponde exclusivamente juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. El precepto constitucional es claro y responde a la mejor doctrina. En un Estado Social y Democrático de Derecho no puede darse otra solución. Por lo tanto, ha llegado el momento de acatar sin reserva dicha declaración y judicializar la ejecución, sin perjuicio de mantener en su cauce lo que de por sí pertenece a la Administración (creación de establecimientos penales, capacitación penitenciaria, etc.). En otros términos, como dice el artículo, “la ejecución de la pena será intervenida judicialmente”.

3.1.7. Responsabilidad penal

Artículo VII.- La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

El bien jurídico es esencial para la configuración del injusto (el delito) y la responsabilidad es fundamental para la configuración de la teoría del sujeto responsable. Para ello es preciso: 1º.- Principio de *personalidad de las penas*, o sea, que no se haga responsable al sujeto por delitos ajenos (no se admite la responsabilidad colectiva, pero sin embargo se plantea la cuestión de si deben responder penalmente las personas jurídicas o, alternativamente, los gestores de la misma por los hechos formalmente realizados por aquéllas); 2º.- Principio de la *responsabilidad por el hecho*, que exige un “Derecho Penal del hecho”, esto es, que el hecho sea materialmente causado por el sujeto para que pueda hacerse responsable de él, no atendiendo a su carácter o modo de ser (“Derecho Penal de autor”); o sea, castigar el homicidio, el hurto, las falsedades, etc. (tipos de conducta), no al homicida, al ladrón, al falsificador, etc. (tipos de autor); 3º.- Principio de *dolo y culpa*, es decir, es preciso además que el hecho haya sido *querido* (doloso) o haya podido *preverse o evitarse* (culposo), criterio opuesto a la del Derecho primitivo (especialmente el germánico) según el cual bastaba la causación de una lesión para que fuese posible la responsabilidad penal, *aunque el autor no hubiese querido ni podido prever y evitar dicha lesión*; 4º.- Principio de *atribuibilidad o de responsabilidad en sentido estricto*, o sea, el hecho doloso o culposo ha de ser atribuido normalmente al sujeto, como producto de una motivación racional normal, pues no se puede castigar con una pena al autor de un hecho antijurídico que no está dotado de determinadas *condiciones psíquicas* que permitan su acceso normal a la prohibición infringida, como es el caso de los inimputables (enfermedad mental, idiotez, grave alteración de la conciencia) cuyos hechos punibles en verdad “no pertenecen” a su autor no sólo material y subjetivamente, sino también como producto de una “racionalidad normal”, que permita verlo como *obra de un ser responsable*, supuesto en el que, en términos de HEGEL, la pena no honraría al hombre como ser racional (3).

(3) MIR PUIG, Santiago: “Derecho Penal”, Parte General, PPU, Barcelona, 1985, ps. 81 y ss.

La prohibición de la responsabilidad objetiva (parte final de la norma), representa la positiva exigencia de responsabilidad subjetiva en todos los casos. Porque se entiende por responsabilidad objetiva en el Derecho Penal, la responsabilidad sin culpabilidad, es decir, la afirmación de la responsabilidad penal al margen de la existencia de la culpabilidad, prescindiendo de toda indagación sobre la aptitud psíquica del sujeto respecto al resultado causado. En este aspecto, la responsabilidad comprende también, necesariamente, a los inimputables, pues de otro modo la aplicación a éstos de las medidas de seguridad representaría una oprobiosa y primitiva responsabilidad por la mera causación material del resultado. Esto implica el reconocimiento de la capacidad de los inimputables para actuar con dolo y culpa *naturales*, es decir, desprovistos de la relevancia de la conciencia de la antijuricidad, y la extensión a ellos de las causas de inculpabilidad. De no ser así, responderían aun frente al caso fortuito y la insuperable coacción ajena.

3.1.8. *Proporcionalidad*

Artículo VIII.- La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes.

No sólo es preciso que pueda “responsabilizarse” al autor de un delito, sino que también la pena no puede sobrepasar “la responsabilidad por el hecho”, y las medidas de seguridad solamente pueden ser ordenadas por “intereses públicos predominantes”, es decir, hay que conformar las sanciones de tal manera que cuando es necesario y posible actúen en la reintegración del sancionado en la libre comunidad jurídica, o por lo menos promuevan el menor daño posible. Es el principio que se conoce con el nombre de *prohibición de exceso*, o de *proporcionalidad*.

El principio rige el establecimiento y aplicación de toda especie de pena. Se induce de concretos preceptos constitucionales: el art. 234 prohíbe ser sometido a torturas o tratos inhumanos o humillantes; el art. 2 inc. 20 a) señala el principio de respeto a la autodeterminación de las personas.

El principio se ajusta a las siguientes exigencias: a).- *adecuación a fin*, o sea que la sanción que se adopte ha de ser apta para alzar los fines que la justifiquen, y conforme a ellos; b).- *necesidad*, esto es, que la pena y su gravedad se justifiquen teniendo en cuenta la “menor ingerencia posible” o de

“intervención mínima del Derecho Penal”; y c).- *proporcionalidad* en sentido estricto o ponderación entre la “carga coactiva” de la sanción y el fin perseguido por la conminación penal. La ponderación ha de efectuarse desde la perspectiva del daño ocasionado.

La doctrina emplea el principio de proporcionalidad en el sentido de límite de las medidas de seguridad y como contrapartida del principio de culpabilidad que limita las penas. Sin embargo, la idea de proporcionalidad es necesaria para limitar las medidas y para graduar las penas, por lo que se ha constituido en un principio general del Derecho Penal.

Dos aspectos o exigencias hay que distinguir en el principio de proporcionalidad de las penas, dice MIR PUIG (4). Por una parte, la necesidad misma de que la pena sea proporcionada al delito. Por otra parte, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho (“nocividad social”). BUSTOS (5), asimismo expresa que el principio de proporcionalidad en materia de penas presupone que éstas deben estar en una determinada relación con el bien jurídico afectado, esto es, no toda afección a un bien jurídico ha de suponer una pena privativa de libertad (pues no habría proporción entre el bien jurídico afectado o la gravedad de su afección y la significación de la pena para el sujeto).

El Estado democrático exige además que la importancia de las normas apoyadas por penas proporcionadas no se determine a espaldas de la trascendencia social efectiva de dichas normas, por lo que debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de la “nocividad social” del ataque al bien jurídico. Esto explica que el Código haya tendido a una morigeración de las penas privativas de libertad.

La medida de seguridad, por su parte, a diferencia de la pena, no debe imponerse en todo caso. De ahí que el art. VIII declare que “sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes”. La sociedad produce anomalías psíquicas, graves alteraciones de la conciencia, perturbación de la per-

(4) MIR PUIG, Santiago, op. cit., p. 84.

(5) BUSTOS RAMÍREZ, Juan: “Manual de Derecho Penal - Parte General”, 3ra. edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1989, p. 385.

cepción y, por lo tanto, tiene que soportarlas, salvo que en situaciones excepcionales de evidente peligro de auto o heteroagresión (“intereses públicos predominantes”) se vea precisada a imponerle una medida de seguridad. El funcionamiento de la medida de seguridad tiene que ser limitado a casos en que las conductas típicas realizadas revistan cierta gravedad, y a casos en donde el trastorno mental permanente o transitorio conlleve de acuerdo a sus particulares características un serio riesgo de auto o heteroagresión.

3.1.9. *Fines de la sanción penal*

Artículo IX.- La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación.

Gran importancia teórica y práctica ha de reconocerse al art. IX, que asigna las funciones que deben cumplir penas y medidas de seguridad. No se trata de una declaración de principios, sino de una norma rectora destinada a poner de manifiesto el sentido de la teoría del delito y a transformar las instituciones de ejecución penal.

De las teorías sobre la legitimidad de la pena (retributiva, de prevención general y de prevención especial), el Código ha adoptado, para las penas, una concepción mixta o de la unión, que no es una simple yuxtaposición de fines. Si el art. IX se aprecia en sus relaciones con los arts. 45 y 46 del C.P. (criterios para la aplicación de la pena) y se tiene en mente la técnica de la Parte Especial, de conminar las penas dentro de los límites mínimos y máximos, con variaciones cualitativas y cuantitativas en atención a la importancia del bien jurídico lesionado, la forma del ataque y la magnitud del daño o del peligro, se aceptará que el Código concibe la pena fundada en la retribución (la pena es legítima porque es la retribución de una lesión cometida culpablemente), seguida de las funciones “preventiva, protectora y resocializadora”.

El Código acepta pues, la retribución como fundamento de la pena (art. IX) y la responsabilidad como su límite (arts. 45 y 46), pero entiende que funcionalmente la pena no se agota en el castigo, sino que también ha de *prevenir* la comisión de otros delitos por parte de los demás asociados (prevención general, intimidación disuasora), *proteger* a la sociedad de la capacidad delictiva del culpable, a la víctima del redoblamiento del ataque y al

propio delincuente de la venganza pública y privada, y, en fin, *resocializar* al penado por medio de la ejecución humanitaria de la pena, sin violentar su autonomía moral ni su dignidad humana, proporcionándole, en cambio, la oportunidad de participar voluntariamente en estudios y trabajos readaptadores y remunerados. Al interno, en todo caso, no se le puede compeler a tratamientos médico-psiquiátricos o psico-pedagógicos, ni a experimentos científicos o terapéuticos; pero éstos pueden aplicarse con su consentimiento, previa explicación de su alcance, duración y pronóstico probables.

Ahora bien, expresa FERNÁNDEZ CARRASQUILLA (6), la pena no está supeditada, para su finalización, al cumplimiento de *todas* esas funciones. Sólo la retribución es ineluctable, porque es la pena misma en ejecución, cualquiera que sea el grado de humanitarismo de que la pena se halle impregnada. En todo caso, el cumplimiento de la pena retributiva hace presumir la resocialización.

Con relación a la *función de las medidas de seguridad* hay que destacar, en primer término, que el art. 72 sólo se ocupa de las medidas de estricto carácter postdelictual y que concibe el hecho punible como irrebasable fundamento para la imposición judicial de medidas de seguridad. Este es un punto de contacto entre las penas y medidas de seguridad como reacciones penales. Al respecto MAURACH anota: "Común a los específicos medios de reacción jurídico-penales es el que descansan, en sus presupuestos y ejecución, en el llamado *principio de justicia*: exigen, como fundamento u ocasión jurídica, la comisión de un delito, pudiendo tan sólo ser impuestos, a través de un proceso penal, por jueces independientes" (7).

Pero las medidas de seguridad no son una reacción represiva contra el delito cometido, sino que, con ocasión del delito, constituyen un recurso preventivo para la evitación de futuros delitos. Por eso, están unidas a la teoría de la peligrosidad o agresividad, pues por peligroso o agresivo se entiende a quien puede volver a delinquir. Prevenir el delito es controlar la peligrosi-

(6) FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: "Derecho Penal Fundamental", Temis, Bogotá, Colombia, 1982, ps. 375-376.

(7) MAURACH, Reinhart: "Tratado de Derecho Penal", t.I, traducción Juan Córdova Roda, Ariel, Barcelona, 1962, p. 6.

dad de una persona determinada, adoptar medidas para “asegurar” que el sujeto no delinquirá. Si alguna diferencia se quisiera encontrar entre penas y medidas de seguridad, sería que las primeras son retributivas de la culpabilidad y las segundas preventivas de la peligrosidad o agresividad, es decir, de la futura comisión de delitos. “Retribución (por las penas) y prevención (por las medidas de seguridad), dice MAURACH, forman un campo de actividad judicial, erigida sobre bases distintas (culpabilidad y peligrosidad), pero unitario” (8).

Consecuentemente, el art. IX atribuye a las medidas de seguridad: *curación* (si se trata de un enfermo y es ella posible en sentido médico-psiquiátrico, pero en todo caso tratamiento correctivo de la peligrosidad delictual), *tutela* (esto es, protección del propio inimputable y de la colectividad, la que se hace necesaria porque él representa un peligro para sí y para otros) y *rehabilitación* (capacitación para la vida social productiva, adaptabilidad a las reglas ordinarias del juego social en el medio en que se desenvolverá la vida del sujeto).

3.1.10. Régimen de leyes especiales

Artículo X.- Las normas generales de este Código son aplicables a los hechos punibles previstos en leyes especiales.

En caso de existir en leyes especiales preceptos que contradigan a las disposiciones generales del Código, se estará a lo dispuesto por éstas. Este principio se deriva de la necesaria unidad lógica del ordenamiento jurídico, la cual se rompería al dar igual validez a normas contradictorias.

El art. X se refiere a disposiciones generales de este Código y no sólo a las disposiciones contenidas en la Parte General del mismo, que es cosa distinta. Hay disposiciones generales contenidas en la Parte General del Código, esto es, en el Libro Primero, pero hay también disposiciones generales contenidas en la Parte Especial, o sea, en el Libro Segundo, sobre delitos, y en el Libro Tercero, sobre faltas, tales como las de violencia sobre las cosas

(8) MAURACH, Reinhart op. cit. p.

o personas, amenazas, engaño, violación de morada, estado de guerra y otros. Las disposiciones generales que se encuentran en la Parte General o en la Parte Especial del Código Penal, prevalecerán sobre las establecidas en leyes especiales.