

ANALISIS JURIDICO SOBRE LA PERTINENCIA DE DESPENALIZACIÓN

DE FIGURAS DELICTIVAS IRRELEVANTES

INTRODUCCION

1.1 ANTECEDENTES DEL TEMA

La pena consiste en un mal que se traduce en la afectación de un bien jurídico del condenado. En este caso el bien jurídico es la libertad ambulatoria.

En la antigüedad el encierro no se utilizaba como pena, sino para impedir la huida del procesado durante la tramitación de la causa, lo que en la actualidad aun subsiste como la Detención Preventiva. Como antecedentes de las modernas prisiones se citan establecimientos ingleses, Holandeses y Alemanes. Especialmente conocidas, son las CASAS DE TRABAJO que se habilitaron en Ámsterdam hacia 1595, en las que se utilizó la labor de los condenados como herramienta para la corrección y se comenzó a retribuir ese trabajo penitenciario. En otro sentido, no tan humanitario, los Estados fueron tomando conciencia de que podían aprovechar utilitariamente a los penados, sobre todo en servicios y obras públicas. Con el advenimiento del industrialismo la cárcel asume las características de una fábrica y hasta compite con la producción libre, originándose conflictos y enfrentamientos.

Pero lo cierto es que la prisión nunca satisfizo las aspiraciones de justicia ni tampoco logró, en la mayoría de los casos, la resocialización de los penados.

Las restricciones a esa libertad, paulatinamente se van haciendo menos rígidas a medida que se advierten los problemas que la misma existencia de la pena acarrea y la necesidad de usar formas eficaces para lograr la reinserción del condenado al

medio social, aunque todo sigue girando entorno al hecho de la prisión, sinónimo de encierro. Pero la prisión entendido en un sentido moderno, es aquella donde queda excluida toda forma de violencia física o moral sobre las personas sometidas a privación o restricción de su libertad corporal y donde las cárceles serán sanas, limpias y adecuadas para readaptación social de los internados en ellas.

Siendo que las penas privativas de libertad se encuentran cuestionadas desde hace mas de un siglo. Hoy se habla directamente de “crisis de prisión”, pero hasta ahora siguen siendo el eje en torno del cual gira la represión de todo el mundo. Lo que si se ha impuesto es el criterio de evitar las de corta duración, porque en ellas no es posible el tratamiento resocializador y aparece, en cambio como probable contagio penitenciario.

La moderna penología procura fundamentalmente obtener con la ejecución, la readaptación social del condenado, mas aun existen convenciones Internacionales en las que los diversos países del mundo ya se han comprometido a introducir en su legislación penas alternativas a la privación de libertad, además de esto los principios que limitan el ius puniendo, como el principio de resocializacion apuntan a ese objetivo.

En noviembre de 2001, se llevó a cabo la Primera Jornada de Evaluación de la Legislación Penal Sustantiva de Bolivia la que contó con la presencia de las instituciones más significativas de la administración de justicia, nacionales e internacionales, en la y en la que en uno de sus puntos centrales recomienda que en la próxima reforma al Código Penal se introduzcan las penas alternativas a las privativas de libertad, en el entendido de que el Código Penal boliviano contempla una variedad de tipos penales que tienen conminadas penas de reclusión de corta duración, que oscilan entre un mes y dos años.

1.2. Planteamiento del problema

Desde finales del último tercio del siglo pasado la pena privativa de libertad de corta duración se considera ineficaz, perturbadora. No permiten llevar a cabo una labor eficaz en cuanto a la reeducación y reinserción social del delincuente (prevención especial).

Teniendo en cuenta la realidad de nuestro sistema penitenciario, en el que la ejecución de penas privativas de libertad de corta duración en lugar de contribuir al objetivo de reintegración social del condenado, por el contrario se convierte en un factor que condiciona o por lo menos estimula la reincidencia del delito, por lo que resulta conveniente preguntarse, analizar acerca de la utilidad y eficacia de la conminación de penas cortas privativas de libertad que va de un mes hasta los dos años.

Una valoración crítica de estos antecedentes y de todos los que ocasiona la cárcel debe analizarse, pues la institucionalización de los delincuentes es contraproducente. La sociedad oficiosa que forman los reclusos de la institución en última instancia, conforma la reacción del recluso al encarcelamiento, y son inútiles los esfuerzos del personal del establecimiento para contrarrestar esta influencia, como consecuencia de ello la institución no solo sirve para deshumanizar al delincuente, sino que también refuerza los valores negativos, en vez de modificarlos en una dirección positiva.

El estigma de la cárcel es imborrable y tiende a retrasar la reintegración del delincuente en la sociedad. Por otro lado, es dable advertir que las prisiones no sólo constituyen un perjuicio para los reclusos, sino, también, para sus familias, especialmente cuando el internamiento representa la pérdida de ingresos económicos del cabeza de familia.

Pues debe advertirse que el recargado número de delitos en nuestro código penal, complica la actividad de los fiscales y tribunales por la celebración de un mayor número de investigaciones y juicios, que pudieran responder por sus actos a través de otras vías

Por consiguiente para la investigación planteamos el problema siguiente:

¿Existe utilidad y eficacia en la conminación de ciertas penas privativas de libertad que van desde un mes a dos años, en el Sistema Penal Boliviano?

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo General

- Demostrar la necesidad de introducir en el Código Penal, penas alternativas a la privación de libertad, para algunos delitos que en su máximo legal no excedan de dos años.

1.3.2. Objetivos Específicos

- Demostrar que las penas cortas privativas de libertad no son útiles ni eficaces como fin resocializador del delincuente.
- Demostrar que la moderna Doctrina del Derecho Penal y las últimas Convenciones Internacionales están orientadas a introducir penas alternativas para los delitos conminados con penas cortas privativas de libertad.

- Identificar las figuras delictivas que no son portadoras de peligrosidad social y que puedan ser despenalizadas. Describir las distintas penas alternativas que se pueden emplear para estos casos.
- Demostrar las deficiencias del Penal de Morros Blancos de Tarija en cuanto a la resocialización de los delincuentes.

la pertinencia de despenalizar algunas ciertas conductas delictivas previstas en la legislación penal boliviana.

1.4 HIPÓTESIS

La despenalización de ciertas figuras delictivas, a partir de la inexistencia de su peligrosidad social, contribuye a la descarga de la labor jurisdiccional y penitenciaria al tiempo que es un factor que protege al infractor de los efectos negativos de su sanción.

1.5 VARIABLES

a. Variables operacionales

- ♦ Despenalización
- ♦ Peligrosidad social
- ♦ Descarga de la labor jurisdiccional

- ◆ Descarga de la labor penitenciaria
 - ◆ Efectos negativos de la sanción
- b. Variable independiente: La despenalización de ciertas figuras delictivas a partir de la inexistencia de su peligrosidad social.
- c. Variables dependientes:
- ◆ La descarga de la labor jurisdiccional
 - ◆ La descarga de la labor penitenciaria
 - ◆ La protección al infractor del infractor de los efectos negativos de su sanción

CAPITULO I

MARCO CONCEPTUAL

CAPITULO I

LAS PENAS

1.1 ANTECEDENTES

El hombre es un ser coexistencial, que no puede subsistir por sí sólo, por el contrario, debido a la naturaleza de sus condiciones existenciales, todas las personas dependen del intercambio, la colaboración y confianza recíproca.

El hombre no alcanza la plenitud aisladamente y eso le obliga a un contacto con los otros. Sin embargo, el hombre es un animal insatisfecho precisamente en relación con los que conviven con él, dando lugar a inevitables roces o fricciones; es decir, conflictos.

En líneas generales, el Derecho Penal surge como un importante instrumento para el restablecimiento o el mantenimiento de la paz social, pues la misión del Derecho Penal es la protección de la convivencia humana en la comunidad. En el mismo sentido, Wessels¹ explica que la tarea del Derecho Penal es proteger los valores elementales de la vida comunitaria en el ámbito del orden social y garantizar el mantenimiento de la paz jurídica.

En este contexto, el hecho punible surge cuando falla el Derecho Penal en su finalidad de prevenir infracciones jurídicas en el futuro – la función de prevención – y adviene una conducta humana voluntaria y que persigue fines que lesionan o ponen a peligro esos bienes y valores reconocidos y protegidos por el ordenamiento, generando un juicio que desvaloriza la acción o el resultado.

^{1 1} Wessels, Johannes: Derecho Penal. Parte General. 6ª edición. Desalma. Buenos Aires. 1980

Ese juicio de desvalor, en un último análisis, se exterioriza mediante la aplicación de una pena o medida de seguridad que es la manifestación objetiva de la función represiva del Derecho Penal.

El Derecho Penal selecciona, por medio de sus específicas descripciones, los comportamientos sociales no deseados que, sistematizados normativamente y una vez que fueran desconocidos, darían por resultado una "función reparadora del equilibrio del sistema social"², que se ha visto traumatizado por la coincidencia entre la conducta desplegada y aquéllas que fueron antes recogidas para la convivencia pacífica.

Se obtiene así en función del bien común político, una serie de comportamientos deseados para la adecuada armonía social, que quedará lesionada al momento que se desconozca, mediante el incumplimiento de las expectativas generadas, cada vez que se infrinjan las normas de contenido imperativo: "No debes matar", "no debes estafar", normas que reconocen un momento previo valorativo antes de transformarse en mandatos, que se manifiesta cuando la sociedad llegó al convencimiento de que "era malo matar", que "no estaba bien estafar".

Tal circunstancia es un aspecto que debe tenerse muy en cuenta puesto que se vincula con aquellos valores fúndanles que esa misma sociedad ha considerado que deben dársele prioritaria protección y aquellos otros que no la reclaman necesariamente, al menos por esta grave categoría sancionatoria. Advuértase ya la trascendencia de que, quienes deban hacerlo, reconozcan aquellos principios legitimadores del saber penal, tengan en cuenta el sentir colectivo y sean ejecutores del bien común a la vez que respetuosos de la dignidad de la persona humana.

² Silva Sánchez, María Jesús: Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. Bosch. Buenos Aires. 1992.

De tal manera el Derecho Penal, en el orden jurídico-objetivo, es un conjunto de normas y reglamentaciones que circunscriben y delimitan los espacios que, en caso de que sufran menoscabo por aquellos comportamientos indeseables, den paso a la concreción de las amenazas que aquellas normas contienen³. Dentro del ordenamiento jurídico entonces, es importante subrayar el sentido de aquella base principista de contornos políticos, así como la gravedad de las consecuencias con que se amenaza en cada una de aquellas normas, esto es la pena la sanción más grave de todo el ordenamiento jurídico; así como la alta valoración de la infracción producida en los bienes atacados y finalmente, el disvalor creado, todo ello en desconocimiento de los que la sociedad ha querido refirmar en un momento dado.

La misión más profunda de la Ciencia Penal es también ético-social, no solo por el ataque producido con el resultado, sino por el sentido disvalioso de la acción, con lo que se logra apuntar al aseguramiento y real vigencia del valor de los actos humanos.

El examen puede limitarse al plexo normativo y que no sólo comprende la ordenada y sucesiva descripción de aquellas conductas mediante códigos, sino que incluye también otro cúmulo nada despreciable de descripciones, de específica connotación penal, pero que se hallan dispersas en ordenamientos legales cuyo principal objetivo es regular concretas y diferentes actividades comerciales, laborales, financieras, impositivas o administrativas, dificultando en mucho la subordinación de ellas a los principios generales y garantistas del derecho penal, esto es principio de legalidad, retroactividad, prescripción y otros reconocidos hoy con extensión universal.

No puede ser ajena a ese examen la cotidiana y racional aplicación jurisdiccional que de aquéllas normas se haga por los organismos legalmente instituidos para ello, esto es, las decisiones en los casos particulares que encierran aquello que en definitiva, viene a constituirse en el mayor de los intereses que juzgadores y juzgados, deben

³ Ríos Ferrer, Rolando: Cuestiones sobre Dogmática Penal. <http://www.carlosparma.com.ar>. 2001

tener cuidadosamente en cuenta y que se ha pretendido poner en orden y coherencia, a través de la labor jurisdiccional.

Es de evidente interés, el estudio y conocimiento de los principios que sustentan aquellas normas a través del desarrollo analítico de la teoría del delito, necesariamente previo a la aplicación jurisdiccional, que se juzgará adecuada o no, según sea el contenido axiológico de aquellos principios que respalden al sistema adoptado. De todos modos debe reconocerse que ambas cuestiones se entrelazan en tal medida, que las decisiones, van a desembocar en definitiva, a través de la tarea interpretativa, en una resolución sancionatoria mayor o menor, pero cuya cabal apreciación se encontrará en otras de las bases del análisis y que se refiere a la adopción de una teoría sobre la pena y su consecuente individualización.

1.2 ORIGEN Y EVOLUCION DE LA PENA

1.2.1. Periodo Primitivo

Las primeras manifestaciones fueron El Tabú y la Venganza Privada.

Tabú.- Consistía en que los primitivos crean una serie de prohibiciones basadas en creencias religiosas y mágicas, El castigo era para quien violase esas prohibiciones, el tabú tenía carácter colectivo: recaía sobre la persona que infringía las prohibiciones y sobre los demás integrantes de su tribu.

Venganza.- Era cuando se hacia victima de un delito o acto criminal a un individuo de otro grupo, la victima y sus parientes castigaban por mano propia al autor y a su grupo familiar, causando un mal mayor que el recibido. No había proporción entre la ofensa y el castigo, la magnitud era ilimitada. Esta enemistad entre grupos se llamo para los germanos Faida, esto llevó a la guerra, expulsión de la paz, similar al

destierro. El autor del delito era expulsado de su grupo y privado de la protección familiar, dejándolo a la venganza del ofendido y sus parientes.

1.2.2. Primeras limitaciones a la venganza.-

La Ley del Talión.- Los antecedentes de aplicación se dieron en el Código de Hamurabi, en las XII Tablas y en la Ley Mosaica. La ley establece la proporción entre el daño sufrido y la pena a aplicar, por el cual no podía devolverse al delincuente un mal mayor al recibido.

La pena debe ser igual al daño sufrido por la víctima, “ojo por Ojo, Diente por Diente”, Ej., un robo, la pena consistía en que se le cortara la mano.

Luego aparece como otro elemento que en algo modifica la venganza y es la Composición, **que** consiste en reemplazar la pena por el pago de una cantidad de dinero. En principio fue voluntaria y luego paso a ser legal, es decir obligatoria, no pudiendo la víctima recurrir a la venganza.

Es el antecedente de la actual indemnización civil por los daños materiales o morales causados por el delito.

1.2.3. Instauración de la justicia política.

Derecho Penal Romano.- En la primera época se aplicaron la venganza, la ley del Talién, composición, etc. Se destacó la facultad punitiva del Pater Familias.

En la Monarquía se hace la distinción entre delitos públicos CRIMINA PUBLICA que vulneraban el orden público y delitos privados DELICTA PRIVATA estos eran castigados por el Pater Familias.

En las penas públicas se aplicaba EL SUPPLICIUM: Ejecución de culpables y la pena DAMNUN: Paga de dinero.

En la Republica por el incremento de delitos públicos, aparece la PROVOCATIO AD POPULUM era un recurso procesal por el cual el condenado a muerte podría lograr que la sentencia del magistrado fuese sometida a juicio del pueblo, es decir hay las garantías para el procesado; se pasa de un sistema de Cognitio (Acusación y sentencia a cargo del Estado) al sistema de la Acusatio (acusación popular y sentencia a cargo del Estado.)

Derecho Penal Germánico.- Existió la venganza Blutrache o venganza de la sangre; tenía carácter colectivo. también existía la pérdida de la paz, conocida como “friologsigneli”, posteriormente surge la composición, es un derecho objetivo.

Con respeto al proceso penal se destacaron dos medios de prueba: el juramento y el juicio de Dios con el combate judicial y la prueba de fuego, en éste se sometía al acusado a una prueba y si salía triunfante era porque Dios lo había ayudado.

Derecho Penal Canónico.- Alcanzó su esplendor en la época de los Papas Gregorio VII, Alejandro II e Inocencio III.

Afirmó la naturaleza pública del Derecho penal sostenida por el Derecho Romano. El poder punitivo se ejercía en nombre de Dios.

Confundió lo ilícito con lo inmoral o el pecado, consideró delito actos que si bien atacaban las ideas de la Iglesia no afectaban la vida civil como la herejía.

Implantó la Tregua de Dios (especie de asilo otorgado por los templos) lo cual limitó la venganza privada porque violar la tregua era considerado Sacrilegio, tenía carácter

subjetivo ya que se aplicó los principios romanos de la imputabilidad y de la culpabilidad.

No ejecutaba las penas de muerte, ni de mutilación cuando correspondiesen se entregaba al condenado a las autoridades legislativas.

1.2.4. La ilustración y su influencia sobre de las ideas penales

Siglo XVII se destacó el absolutismo monárquico: despotismo y arbitrariedad.

Tenía como caracteres principales:

- Las penas torturas, mutilaciones y pena de muerte agravada por crueles suplicios.
- Las pruebas mas utilizadas era la confesión mediante la tortura.
- Existía desproporción entre el delito y la pena.
- Se permitía la aplicación analógica de la ley penal.
- El procesado carecía de defensa en juicio.
- Las cárceles carecían de higiene.

Esta arbitrariedad desencadenó la reacción y surgieron nuevas ideas basadas en el derecho natural y la razón, esto se concretó en el Movimiento Filosófico de la “Ilustración”, donde sobresalieron Montesquieu, Rousseau y otros; estas obras influyeron directamente sobre Beccaria quien en su Libro de Los Delitos y las Penas propugnaba un profundo cambio, basándose en la racionalidad, legalidad de las leyes, publicidad: que solo deben ser creadas y aplicadas por el Estado, igualdad y proporcionalidad de las penas y critica la pena e muerte.

1.3. CARÁCTER DEL DERECHO PENAL

La ciencia del Derecho Penal estudia el delito en la complejidad de sus elementos y consecuencias, considerándolo no como una simple relación de antagonismo entre un acto y una norma legal sino que además lo aprecia como hecho humano, individual y social. Dentro del positivismo penal, prevención y represión son términos que se excluyen, por ello, las normas jurídicas que integran al derecho penal positivo coinciden o deben coincidir con las propuestas de la ciencia penal para sistematizar la defensa contra el delito. Por ello se ha podido decir, con toda exactitud que en la definición del derecho penal deben estar comprendidas las reglas jurídicas y las doctrinas fundamentales en que aquéllas se inspiran, porque sin doctrinas no hay Derecho Penal.

De esta manera se exponen los elementos para elaborar una definición del Derecho Penal, en toda la amplitud del concepto, sin las limitaciones al campo de lo estrictamente jurídico, que resultan, por ejemplo, de lo que diera Von Liszt: “conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado que asocian al crimen como hecho, la pena como legítima consecuencia.”⁴ Posiblemente, la enumeración de esos elementos

⁴ Bacigalupo, Enrique: Lineamientos de la Teoría del Delito. 3º Ed.. Hammurabi. Buenos Aires. 1994

precise mejor que una definición, la noción de esta ciencia. La ciencia del derecho penal estudia, al delincuente, el delito, las sanciones y las reparaciones civiles que al primero sean impuestas para satisfacer exigencias de la defensa social; y como ésta, por el fin preventivo que persigue, justifica la adopción de medidas contra la peligrosidad, aún antes de que ella haya tenido exteriorización concreta en un delito determinado, tales medidas también forman parte del derecho penal, aunque a tales medidas se les atribuyan carácter administrativo, pero están insertas en el mismo código.

La consideración del delincuente en el mismo orden de las materias que forman el objeto de un tratado científico de Derecho Penal puede preceder a la del delito, como lo menciona Ferri⁵, porque allí se comprende, también el delito en sentido ético-social. En cambio, en la ley penal es necesario establecer lo que ha de entenderse por delito, en sentido jurídico y después, ocuparse del delincuente.

Múltiples cuestiones se vinculan al estudio del hombre delincuente. Es por esto que el estudio del delito debe comprenderlo en su aspecto bio-psicológico y en su aspecto jurídico, el estudiar al delito en su último aspecto, después de fijar la noción del mismo, debe señalar los elementos que lo integran, las circunstancias que lo acompañan y aquellas que constituyen sus presupuestos esenciales.

El estudio de las sanciones comprende el de su origen, el de su evolución histórica y el de su fundamento. Abarca la consideración de las funciones que están llamadas a desempeñar, por consejo de la doctrina o por el imperio de la ley y en procura de una organización que, en la medida de lo posible, permita su adaptación a las condiciones del delincuente.

⁵ Citado por : Baratta Alessandro. Criminología y Crítica del Derecho Penal. Siglo XXI. México. 1991.

Las reparaciones civiles, con las que el derecho penal contempla la situación de la víctimas del delito, deben ser estudiadas tanto en la teoría cuanto en las disposiciones legales que las prescriben.

Por último cabe decir que, la acción del Estado frente al delito sea ella represiva o defensiva, no es ejercitada sino en virtud de su poder soberano y del deber que tiene, de reaccionar contra el delito.

Hoy se acepta sin discusión al parecer que la concepción y funciones que le asignemos al Derecho Penal, dependerán de la naturaleza y fines que le atribuyamos a la pena. Durante las últimas décadas del siglo XIX y primeras del siglo XX, nadie dudaba que el objetivo de aquél era la protección de los bienes jurídicos, y cobraba vida al momento que una acción humana ponía en peligro uno de ellos. La irrupción del finalismo a mediados de siglo con Welzel a la cabeza, trajo la concepción de que si bien el fin del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos, debe concretarse más bien, "mediante la protección de valores ético-sociales elementales de acción"⁶.

Se considera entonces como misión propia de la ciencia penal, desarrollar una función ético-social, dentro de la cual ha de valorarse tanto el resultado como el sentido de la acción. A la protección de bienes esenciales mediante la conminación de una pena, debe añadirse, tal vez con un sesgo mayor de autenticidad, el aseguramiento de la real vigencia de los valores de la acción humana. "Es lo más profundo que hallamos íntimamente en su esencia, y tiene un carácter positivo"⁷.

Un pormenorizado tratamiento le merece a Roxin⁸ dentro de esta problemática, esta cuestión del bien jurídico. Partiendo de la base de que la Constitución presupone la legitimación del Estado para penar, y que el concepto material de delito es anterior al

⁶ Nuñez, Ricardo: La Cuestión de los Delitos y Contravenciones. Lerner. Buenos Aires. 1986.

⁷ Nuñez, Ricardo: La cuestión de los delitos y contravenciones. Lerner. Buenos Aires. 1986.

⁸ Roxin Claus, Política Criminal y Sistema de Derecho Penal. Hamurabbi, BuenosAires. 2000.

Código Penal, que su cometido es la "protección subsidiaria de bienes jurídicos", y que antes de aceptarla como función penal, "debe penetrarse por toda una jungla de cuestiones polémicas" para obtener de tal concepto "un significado seguro y suficientemente claro"..

Sin embargo y como el mismo Roxin lo reconoce, todo estriba en lo ha de entenderse por "bien jurídico". De tal manera, lo define como "circunstancias dadas" o "finalidades útiles"⁹ para los individuos de un estadio social global, estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para que funcione el sistema. Añade también que ese concepto abarca tanto los estadios previos al derecho, como las normas creadas por él. De esa forma excluye de esa categoría a las "conminaciones arbitrarias", las que tengan "finalidades ideológicas", las "inmoralidades".

Es notorio sin embargo, que las "circunstancias dadas" y las "finalidades útiles" de Roxin, pueden no ser verdades aceptadas universalmente. Ello nos lleva a sostener, que no hay otro remedio que admitir principios previos, fundacionales, de raigambre filosófica, sobre los cuales se estructure todo el andamiaje normativo, constitucional primero y legislativo después. Porque si bien podría coincidirse con Roxin en que, en todos los casos, las conminaciones arbitrarias y las finalidades ideológicas podrían ser materia de exclusión, no nos resulta tan seguro que podamos decir lo mismo respecto de aquellas inmoralidades que este autor también menciona, ya que su consideración, pensamos, debe ser diferente.

Es incuestionable además, que el aspecto normativo a que hemos aludido, fue durante largo tiempo enmarcado, podemos decir, en la tradicional dogmática jurídica, que se hacía fuerte en un positivismo jurídico insostenible, que no permitía la contaminación del Derecho Penal con nada que no fuera dogma, esto es, derecho vigente guardián incólume de cualquier desviación, que apuntaba así a asegurar, metodológicamente al

⁹ Idem.

sistema. Nos ha tocado intervenir en un destacado trabajo de un no menos destacado profesor de esta casa, donde se recalca la bocanada de aire fresco que la corriente finalista trajo a la discusión, "esforzándose en superar los criterios positivistas", acudiendo a la necesidad de la presencia en este ámbito de valores ético-sociales, dejando de lado las tendencias naturalistas-utilitarias en materia penal.

De tal modo que a partir de allí, se han contrapuesto a lo largo del desarrollo del pensamiento penal, conceptos como "protección de bienes jurídicos"- "acción disvaliosa"; "prescindencia de la voluntad en la acción"- "dominio de la acción"; "derecho penal de autor"- "derecho penal de acción"; "función represiva de la pena"- "función preventiva de la pena"; "teorías relativas"- "teorías absolutas"; "concepciones racionales e irracionales". Hoy en día se encuentra en pleno cuestionamiento la misma función que desempeña el Derecho Penal y aún, como se sabe, su propia legitimación. El mismo Roxin¹⁰, en forma algo contradictoria a lo que antes había afirmado, cuestiona la retribución sobre la base de que el Estado no está legitimado, considerando ineficaz a la intimidación, por el peligro de que llegara a instrumentarse como terror estatal y en segundo término, porque la resocialización coactiva "no promete resultados".

1.4 EL PROCESO PENAL Y LA PENA

La evolución del proceso penal está íntimamente relacionada con la de la pena, que a su vez, es reflejo de la estructura del Estado en un determinado período. El proceso surge en el tercer estadio de desarrollo de la pena, ahora como "pena pública", que viene marcada por una limitación jurídica del poder estatal de perseguir y punir. La pena solamente puede ser impuesta por el Estado y mediante el previo proceso penal.

¹⁰ Roxin Claus, Política Criminal y Sistema de Derecho Penal. Hamurabbi, Buenos Aires. 2000.

Según Goldschmidt, el moderno Derecho Penal ha abandonado las teorías retributivas por su inutilidad con relación a la reinserción social del condenado¹¹. Como explica Roxin la Teoría Unitaria (Mixta) es la que mejor explica la actual función de la pena. Según esa idea, se debe atribuir a la pena la combinación de los tres principios inspiradores: retribución, prevención especial y prevención general; conforme al momento en que se esté: el momento de la previsión legal, el momento de la determinación judicial y la fase de ejecución de la pena. Con eso, “los fines de la pena consistentes en la compensación de la culpabilidad, la resocialización y la prevención general deben perseguirse en el marco penal establecido por la culpabilidad personal del sujeto y en la medida más equilibrada posible, lo que no impide que puedan variarse el acento en una u otra dirección según las características del caso concreto.”¹²

En el primer momento referido a la previsión legal o tipo penal abstracto; la pena debe tener la función de proteger los bienes jurídicos, creando la idea de prevención general por medio de una intimidación en la colectividad, que inhiba a las personas de cometer delitos.

En el segundo momento, con la determinación judicial, el juez busca individualizar la pena conforme las características del delito y del autor. El juez, al imponer la pena, concreta la amenaza contenida en el tipo penal abstracto. Esta fase debe ser considerada aún como de prevención general.

Al final, la tercera fase es la del cumplimiento de la pena (ejecución) en que se busca la prevención especial para el condenado. La pena tendrá también la función de reinserción social.

¹¹ Citado por Bataglia, Alfredo: El derecho Penal y el Orden Social. Desalma. Buenos Aires. 1997.

¹² Bataglia, Alfredo: Ob.cit.

Este es el modelo legal adoptado actualmente por casi todos los estados hispanoamericanos, determinando que la pena privativa de libertad estará orientada hacia la reeducación y reinserción social del condenado, consagrando la teoría ecléctica que pretende la pena como instrumento de prevención general y especial, con lo que se considera superada la idea de pena como mera retribución. De esta forma, se establece que el proceso es el camino necesario para la pena así como para la reeducación y reinserción social del condenado, o mejor, está definida la necesidad del proceso y su instrumentalización respecto al Derecho Penal y a la pena.

En el Derecho Privado, las normas poseen una eficacia directa, inmediata, pues los particulares tienen el poder de practicar actos jurídicos y negocios jurídicos, de modo que la incidencia de las normas del derecho material, sea civil, mercantil o de otra índole, es directa. Las personas en su vida diaria, aplican el Derecho Privado sin necesidad de la intervención de los órganos jurisdiccionales. No existe el monopolio de los juzgados y tribunales en la aplicación del Derecho Privado, y “ni siquiera puede decirse que estadísticamente sean sus aplicadores más importantes.”¹³

Por otro lado, totalmente distinto es el tratamiento del Derecho Penal. Aunque los tipos penales tengan una función de prevención general y protección por medio de la tipicidad, protección no sólo de bienes jurídicos, sino también de los individuos contra los abusos del Estado, la verdadera esencia está en la pena y la pena no puede prescindir del proceso penal. Por eso existe un monopolio de la aplicación de la pena por parte de los órganos jurisdiccionales, lo que representa un enorme avance de la humanidad.

Como dice Gómez Orbaneja¹⁴, eso es lo que se denomina principio de la necesidad del proceso penal, pues no hay delito sin pena, ni pena sin delito y proceso, ni

¹³ Bataglia, Alfredo: ob.cit.

¹⁴ Citado por Roxin, Claus. Política Criminal y sistema de derecho penal. Hammurabi. Buenos Aires. 2000

proceso penal sino para determinar el delito y actuar la pena. En realidad, el principio de la necesidad apuntado por el autor no es nada más que la efectiva aplicación del adagio latino *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*. El denominado principio de la necesidad, expresa el monopolio de la jurisdicción penal por parte del Estado y también la instrumentalización del proceso penal.

Son tres los monopolios estatales: Exclusividad estatal del Derecho Penal, exclusividad de los tribunales y exclusividad procesal.

Actualmente la pena es estatal o pública, en el sentido de que el Estado sustituyó la venganza privada. La pena es la reacción del Estado contra la voluntad individual. En general está prohibida la autotutela, salvo situaciones extremas. La pena debe estar prevista en un tipo penal y cumple al Estado definir los tipos penales y sus consecuentes penas, quedando el tema completamente fuera de la disposición de los particulares.

La exclusividad de los tribunales en materia penal, entendemos que debe ser analizada en conjunto con la exclusividad procesal, pues al mismo tiempo en que el Estado prevé que sólo los tribunales pueden declarar el delito e imponer la pena, también prevé la imprescindibilidad de que esa declaración venga por medio del debido proceso penal. Es decir, cumple a los jueces y tribunales declarar el delito e imponer la pena proporcional aplicable, necesariamente a través de un proceso penal con todas las garantías al acusado. A los demás poderes del Estado, Legislativo y Ejecutivo, está vedada esa potestad. No obstante, como pone de relieve Montero Aroca, “se constata día a día que las leyes van permitiendo a los órganos administrativos imponer sanciones pecuniarias de tal magnitud, muchas veces, que ni siquiera pueden ser impuestas por los tribunales como penas.”¹⁵

¹⁵ Citado por Reyes Santana, Jorge: Derecho Penal Mínimo, Juricentro, San José, 1990.

Concluyendo este acápite, debemos destacar que el proceso penal constituye una instancia formal de control del crimen y para la Criminología, es una reacción formal al delito; también puede ser considerado como un instrumento de selección, principalmente en los sistemas jurídicos que adoptan principios como el de la oportunidad y otros mecanismos de consenso.

1.5. FINALIDAD DEL DERECHO PENAL

Algunos bienes o cosas del Estado deben ser defendidos bajo amenaza de sanción y esa defensa debe tener por finalidad custodiar el orden social y público. La defensa del orden social se debe llevar a cabo a través de la prevención y posterior represión del delito. En este punto existen dos corrientes, al menos para entender aquello que llamamos delito. La primera, todo aquello que atente contra el orden social, y la segunda, lo que vaya contra la ética.

La finalidad del Derecho penal no es únicamente la sanción, sino también la protección bajo amenaza de sanción de los bienes jurídicos, que tienen como fundamento normas morales. La función del derecho penal consiste en la protección de bienes jurídicos, tratando de prevenir la lesión de bienes jurídicos.

En primer lugar debe tenerse en cuenta solo aquellas acciones que representan por lo menos un peligro objetivo de lesión de bienes jurídicos.

En segundo lugar la protección de bienes puede comenzar donde se manifiesta una acción disvaliosa, aunque el bien jurídico no haya corrido un peligro concreto. En este caso dependería de la dirección de la voluntad del autor

Mientras la función preventiva del derecho penal no se discute, la función represiva no es aceptada tan pacíficamente, esto porque el derecho penal es la parte del ordenamiento jurídico que determina las acciones de naturaleza criminal y las vincula con una pena o medida de seguridad y porque es misión del derecho penal amparar los valores elementales de la vida de la comunidad.

Por una parte puede ser valorada según el resultado que alcanza (valor del resultado o valor material); por otra parte e independientemente del resultado que con la acción se obtenga, según el sentido de la actividad en sí misma (valor del acto)¹⁶.

En el orden negativo ocurre, el disvalor de la acción puede ser basado en que el resultado que produce es digno de desaprobación, pero también, independientemente de la obtención del resultado, una acción que tienda a un resultado reprochable es digna de desaprobación (disvalor de la acción); p. ej. la introducción de la mano del carterista en el bolsillo vacío.

El derecho penal persigue, en primer lugar, amparar determinados bienes de la vida de la comunidad, tales como la existencia del Estado, la vida, la salud, la libertad, la propiedad, etc. Esa tutela de los bienes jurídicos la obtiene prohibiendo y castigando las acciones que tienden a lesionarlos; es decir, evitando o tratando de evitar el disvalor del resultado con la punición del disvalor del acto. Con ello se asegura la vigencia de los valores positivos ético-sociales de actos.

Esos valores, que radican en el pensar jurídico permanente de un obrar conforme al derecho, constituyen el substrato ético-social de las normas del derecho penal. El Derecho Penal asegura su real observancia determinando pena para quienes se apartan de ellas a través de acciones infieles, indisciplinadas, deshonestas, desleales.

¹⁶ Silva Sánchez: Jesús María: aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. Bosch. Barcelona, 1992.

La misión central del derecho penal reside en asegurar la validez inviolable de esos valores mediante la amenaza y la aplicación de pena para las acciones que se apartan de modo realmente ostensible de esos valores fundamentales en el actuar humano. Al mismo tiempo ampara al mismo tiempo los bienes jurídicos, sancionando el disvalor del acto correlativo. Sin embargo la misión primaria del derecho penal no es el amparo actual de los bienes jurídicos; es decir, el amparo de la persona individual, de la propiedad, etc., pues es allí donde llega generalmente demasiado tarde. Por encima de los bienes jurídicos individuales concretos, esta la misión de asegurar la validez real u observancia de los valores del actuar según el pensamiento jurídico. Ellos constituyen el más sólido fundamento sobre el que se basan el Estado y la Sociedad. El amparo de bienes jurídicos solo tiene una finalidad negativo-preventiva, policial-preventiva. En cambio, el papel más profundo que juega el derecho penal es de naturaleza positivo-ético-social: proscribiendo y sancionando el apartamiento realmente manifestado de los valores fundamentales del pensamiento jurídico, el Estado exterioriza la validez inviolable de estos valores positivos de acto, forma el juicio ético-social de los ciudadanos y fortalece su sentimiento de permanente fidelidad al derecho.

Detrás de la prohibición de matar, está el pensamiento primario, que tiende a asegurar el respeto por la vida de los demás; es decir, el valor del acto; precisamente por eso, es también homicida quien mata arbitrariamente a alguien cuya vida carece socialmente de valor, como la de un criminal condenado a muerte.

Mediante la función ético-social del derecho penal, se garantiza en forma más comprensiva e intensa el amparo de los bienes jurídicos, que con la mera idea del amparo de esos bienes. Los valores del acto de fidelidad, de obediencia, de respeto por la persona, etc. son de mayor aliento y llevan una mayor amplitud de miras que el mero amparo de bienes.

Hay también un sentir legal o jurídico que consiste en la voluntad constante de cumplir los deberes jurídicos. Para este sentir jurídico, resulta indiferente que los motivos determinantes sean más bien los del interés del egoísta, o los de la conciencia del valor.

Despertar, crear y conservar ese sentir jurídico legal, constituye una de las misiones fundamentales del derecho, ante todo del derecho penal y del derecho público

De ello resulta que es misión del derecho penal la protección de los valores ético-sociales elementales del sentir y sólo después, incluido en él, el amparo de los bienes jurídicos individuales.

En este sentido, es importante señalar que el bien jurídico es un bien vital del grupo o del individuo, que en razón de su significación social, es amparado jurídicamente. Es todo estado social deseado que el derecho quiere asegurar contra lesiones. La significación de un bien jurídico no ha de ser apreciada aisladamente, sino sólo en relación conjunta con la totalidad del orden social.

Concluiremos señalando que es misión del derecho penal la protección de los bienes jurídicos mediante el amparo de los elementales valores ético-sociales de la acción. El derecho penal cumple su misión de amparo de los bienes jurídicos, prohibiendo o imponiendo acciones de determinada índole.

El derecho penal es sólo un factor de entre el sinnúmero de fuerzas que constituyen el concepto moral de una época, pero entre ellas puede ser señalado como de importancia fundamental. La seguridad del juicio ético-social de los particulares depende de la seguridad con que el Estado pronuncia e impone juicios de valor. Por cierto que a esa seguridad del juicio estatal no la determina tanto la severidad, como la certeza en la aplicación de las penas, es decir, la continuidad permanente de su

aplicación y donde la validez de los deberes sociales elementales va cediendo terreno a causa de una administración de justicia penal insegura de sí misma.

1.6. FUNDAMENTO DEL DERECHO ESTATAL DE REPRIMIR

La titularidad de la potestad de penar ejercida por el Estado se manifiesta en el momento en que se suprime la venganza privada y se implantan los criterios de justicia.¹⁷ El Estado como ente jurídico y político recaba para sí el derecho y también el deber de proteger la comunidad e incluso el propio delincuente como medio de cumplir su función de proporcionar el “bien común” que se vería afectado por la trasgresión del orden jurídico penal a causa de la conducta delictiva.

En la medida en que el Estado se fortalece, consciente de los peligros que encierra la autodefensa, asumirá el monopolio de la justicia, produciéndose no sólo la revisión de la naturaleza contractual del proceso, sino la prohibición expresa para los ciudadanos de tomarse la justicia por su mano.

Frente al ataque a un bien jurídicamente protegido, la única actividad posible es la de invocar, solicitar la tutela jurisdiccional del Estado. Por ello, en el ámbito de lo penal se impone la necesidad de utilización de la estructura preestablecida por el Estado que es el proceso judicial, en que mediante la actuación del tercero imparcial, cuya designación no corresponde a la voluntad de las partes y resulta de la imposición de la estructura institucional adoptada, será solucionado el conflicto y sancionado el autor del delito con la pena correspondiente. El proceso, como institución estatal, es la única estructura que se reconoce como legítima para imponer la pena.

¹⁷ Wessels, Johannes: Ob. Cit.

Es aceptada únicamente la clasificación de las teorías sobre el fundamento del derecho de reprimir en tres categorías: Absolutas, Relativas y Mixtas. Según Rossi¹⁸ puede dividirse en dos clases: las que van a buscar un principio moral fundamento y las que tienen por única base un hecho, un interés material.

- a. Las teorías absolutas fundan la represión en las exigencias de la justicia absoluta. El delito es un mal causado y su autor debe ser sometido a la explicación de este mal. La omisión del castigo importaría una injusticia. En síntesis, la pena carece de toda finalidad práctica y no sería posible atribuírsela, porque si el mal merece el mal y el bien merece el bien, ningún otro fundamento legítimo puede reconocer el derecho de reprimir. La pena es, entonces, la justa consecuencia del delito, que el delincuente debe sufrir como una expiación, porque delinquir.
- b. Las teorías relativas asignan una o más finalidades a la pena.
- c. Las teorías mixtas intentan una conciliación: La justicia absoluta conforme a ellas es siempre el fundamento de la pena, pero ésta debe tener una finalidad.

1.6.1 Las teorías absolutas

Las teorías absolutas son netamente retributivas. La justicia, según ellas, reclama la pena, porque el que delinquir produjo un mal y debe expiar ese mal. Un orden superior así lo impone. El delito infringe la Ley divina, o altera el orden moral o el orden jurídico. En cualquier caso, la represión es el derivado lógico de la conducta contraria a Dios, a la moral o al Derecho. La pena, aunque en sí misma, es para

¹⁸ Zaffaroni, Eugenio Raul: Crisis y legitimación de la política criminal. Advocatus. Buenos Aires. 2002.

Platón, el medio de purificar el alma de la injusticia cometida. La pena debe ser retribuida. Estas teorías identifican la moral y el derecho.

1.6.2 Las teorías relativas

Las teorías relativas presididas por un concepto utilitario, se diversifican según el fin que atribuyen a la pena.

a. Teoría de Prevención.

Entre estas teorías se encuentran la de la Prevención, que atribuye a la pena, como fin, el de prevenir el delito, aprovechando el efecto que puede producir, ya sobre la colectividad, ya sobre el individuo que es sometido a ella. Se trata, en el primer caso de prevención general, en el segundo caso, de prevención especial.

La teoría de la intimidación asigna a la pena la virtud de operar la prevención general, por el temor que despierta la amenaza de su imposición. Esta teoría parte de un error, que las comprobaciones de la psicología experimental ponen de manifiesto. El delincuente se caracteriza por su anormalidad. Es incapaz, por tanto, de formarse de la pena una representación mental idéntica a la que se forma los hombres normales. Por otra parte, si se aceptara la intimidación debe constituir un fin de la pena, serían lógicos todos los extremos a los que se llegara en el sentido de aumentar su severidad, pues cuando más cruel y dolorosa fuera, mayor sería su eficacia intimidatoria.

Las teorías de Feuerbach y Romagnosi, responden, también al criterio de que la pena puede significar una coacción o una fuerza susceptible de anular la impulsión al delito.

b. Teoría de Prevención Especial

Las teorías de la prevención especial justifican la pena por las consecuencias que de ella derivan al actuar sobre el individuo que sufre sus rigores.

- **Virtud de intimidad.-** Una de estas teorías atribuye a la pena, en su aplicación, la virtud de intimidad que no tuvo la amenaza legal. Se pretende, además, que la pena constituye el recurso mediante el cual se coloca al delincuente en la imposibilidad de dañar.
- **Fin correctivo.-** La pena se justifica, según otra teoría, por el fin correctivo o de enmienda que debe presidir a su imposición. Krause sostiene que un hecho es imputable al hombre en cuanto procede de su voluntad deliberada injusta, o por mera falta de voluntad justa. Puesto que el derecho debe ser realizado y mantenido con independencia de toda voluntad injusta del sujeto, tiene el Estado derecho para impedir cualquier manifestación injusta, hasta por medio de coacción corporal, si fuere inevitable, aunque sin la intención de dañar o atormentar. Tiene también el Estado el derecho de limitar la libertad del criminal en la esfera de su trasgresión mediante vigilancia y prisión, en caso necesario, hasta que sea manifiesta la regeneración del sentido y conducta del individuo.
- **Contrato social.-** Son también relativas las teorías que fundan el derecho de reprimir en el contrato social. Los hombres habrían transmitido a la sociedad el derecho a su propia defensa; o el de imponer una pena al agresor, que todo hombre tiene el estado de la naturaleza; o, en fin habrían celebrado el contrato social, compenetrados de la imposibilidad de vivir sin leyes, confiriendo a la sociedad el poder de dictarlas y el de reprimir a seis infractores. En cualquiera de estos aspectos de la doctrina del contrato social aparece el criterio de la

pena utilitaria, es decir, de la pena orientada hacia un fin, que es el que la justifica.

- **Fin reparatorio.-** Otra teoría asigna a la pena un fin reparatorio. Esta teoría señalaba la esencia verdadera del derecho de reprimir en la necesidad social de mantener las condiciones de la vida completa.
- **Defensa Social.-** Teoría relativa es, por fin, para no hacer referencia a otras del mismo carácter, la de la defensa social, que propugna la Escuela Positiva y que ha sido examinada al exponer los criterios básicos de esta Escuela, en otros artículos ya publicados en este Diario.
- **Teorías Mixtas.-** De todas las teorías mixtas, la más difundida y que ha tenido una mayor influencia, es la de Rossi. Este autor parte de la existencia de un orden moral, que es obligatorio para todos los seres inteligentes y libres. Es un orden eterno, inmutable que preexiste a todas las cosas. Hay asimismo, un orden social, que también es obligatorio. Corresponde a estos dos órdenes, una justicia absoluta y una justicia relativa. Esta no es más que la justicia absoluta que desarrolla toda su eficacia en la sociedad humana por medio del poder social. La justicia humana, aunque sólo se aplica cuando media una turbación del orden social, no puede proponerse un fin distinto del que se propone la justicia absoluta.

Fin de la justicia humana es el restablecimiento del orden social. La pena considerada en sí misma, no es, únicamente, la remuneración del mal, hecha con peso y medida por un Juez legítimo; pues es lícito prever y sacar partido de los efectos que pueden causar el hecho de la pena, mientras con ello no se desnaturalice y se le prive de su carácter y legitimidad.

1.7. LOS VALORES Y LOS BIENES PENALMENTE TUTELADOS

Según Bacigalupo¹⁹, la creciente problematización del bien jurídico prefiguraba el "drama del tipo penal", que significa el drama de la seguridad jurídica.

El tipo penal es una muestra de la vida y del estado de civilización de un pueblo en un momento de su historia. Los tipos penales son los portadores de valores que los caracterizan. No se puede pensar en el tipo penal sino con criterio de valor. El bien jurídico, no puede entenderse más como expresión de un derecho penal subalternado a la moral y a la política y en el marco de un determinado contexto cultural.

El delito se manifiesta en el cuerpo social y sin el concepto de bien jurídico desaparece todo contenido del delito y la tipicidad queda privada de todo asidero racional, porque el fin del tipo es la tutela del bien jurídico, que no es una abstracción sino una realidad, cuya indeterminabilidad ha venido a constituir uno de los principales riesgos contra la seguridad jurídica.

El derecho no es un mero instrumento coactivo, sino un orden referido a valores, y es la aspiración a realizar esos valores en la vida social lo que constituye la esencia misma de las normas jurídicas. El derecho quiere realizar el valor, pero no aislado sino más bien como una serie de valores polarizados en torno del valor "decisivo". Este valor "decisivo" es el bien jurídico y constituye el criterio de selección para elaborar el concepto penal individual o figura delictiva.

Los bienes jurídicos desempeñan en teoría del tipo un papel central, al dar el verdadero sentido teleológico a la ley penal. En ese sentido, no son objetos aprehensibles del mundo real, sino valores ideales del orden social, sobre ellos descansan la seguridad, el bienestar y la dignidad de la existencia de una comunidad.

¹⁹ Bacigalupo, Enrique: Lineamientos de la Teoría del Delito. Hammurabi. Buenos Aires. 1994.

Como puede observarse, toda la temática de los delitos concretos y de peligro se basa en la noción de Bien Jurídico. La categoría de Bien Jurídico nace con la codificación del Derecho Penal y esta noción es la base o centro de la teoría del tipo penal. El legislador se dedica a desarrollar las normas que tienen por objeto la protección de esos valores, y haciendo una selección, de una posible afectación.

Para una consideración estrictamente teórica, más allá del derecho penal positivo, es necesario considerar el orden moral natural que condiciona la política. Los valores seleccionados son decisivos para la elaboración de figuras penales.

Hay tres aspectos a considerar con relación al Bien Jurídico²⁰: Noción, determinación de sus límites y la forma de protección.

2.6.1 La Noción de Bien Jurídico.

Para Ihering²¹ es un interés al que se le asigna protección. Según este autor, solamente es aplicable a bienes materiales por lo que debe entenderse que es un concepto restringido; no permite elaborar los delitos de pura actividad, los límites de esta noción son insuperables. Además de los objetos materiales se trata de incorporar a la noción objetos inmateriales, es decir se busca una objetivación de la materialidad.

Para Zaffaroni²² la noción de Bien Jurídico no está referida a la cosa material o inmaterial. El legislador pretende mantener libre la relación de disponibilidad entre la cosa y el titular o poseedor de la misma.

²⁰ Jiménez de Asúa, Luis: Reflexiones preliminares sobre el concepto del delito. Depalma. Buenos Aires. 1979.

²¹ Bacigalupo, Enrique: Lineamientos de la Teoría del Delito. Hammurabi. Buenos Aires. 1994

²² Bacigalupo, Enrique: Lineamientos de la Teoría del Delito. Hammurabi. Buenos Aires. 1994

Para la Iglesia, Pío XII elabora una interpretación similar, es decir a partir de una noción de disponibilidad. Esta noción de libre albedrío, implica: Disponer del bien, o de realización o de disposición de cosas o derechos. Estas facultades implican que el que dispone del bien jurídico y no puede ser molestado en el ejercicio. Requiere como facultad la protección por parte del Estado en el ámbito en que se trate.

Existen tres conceptos para evaluar cuando un Bien Jurídico está penalmente protegido: Importancia del valor protegido, facilidades para la vulneración de los bienes y pluralidad de ataques.

El Bien Jurídico, fundamento de la teoría del tipo, cumple en criterio de Tavares²³, tres funciones trascendentales:

- **Material - Objetiva** : sólo los valores que la sociedad reconoce la necesidad insoslayable de protección.
- **Axiológica - Interpretativa** : dentro de cada tipo, se debe interpretar que es lo que se protege.
- **Garantista** : La Constitución Política del Estado, desde un prisma penal, nos da las pautas de garantía de derechos de los ciudadanos, complementándola con otras normas.

La razón de castigar nace de la necesidad de tutelar el derecho, y de aquí surge la necesidad de la autoridad social. De la diversidad de los derechos agredidos nacen las diferencias entre delito y delito; de la diversa importancia de los derechos agraviados nace la correspondiente cantidad de los delitos. Por eso, la fórmula es estrictamente jurídica.

La gravedad del daño inmediato se calcula, según Carmignani²⁴, basándose en tres datos positivos: En la mayor o menor importancia del bien arrebatado con el delito; en la mayor o menor reparabilidad del mal y en su mayor o menor posibilidad de difusión, y en el cálculo del daño inmediato este elemento agrega la consideración de su efectividad a la de su potencialidad.

Pero la fórmula genérica del daño social requiere, en su aplicación, que se considere, además del daño inmediato, también el mediato. Se tiene en cuenta tanto la ofensa a la seguridad, como la ofensa al sentimiento de seguridad. Debe funcionar como criterio accesorio, pero no como principal de la cantidad.

Para determinar la presencia o la ausencia de afectación Bien Jurídico es necesario constatar su contacto con la realidad. No hay afectación de bienes jurídicos, en principio, en algunos casos como: tentativa de delito imposible; falta de nexo causal ; atipicidad.

Bacigalupo²⁵, sostiene que la noción de Bien Jurídico está cambiando, se ha complicado. No es ya la afectación de un valor, sino la desobediencia de un mandato del Estado a una política gubernamental, por ejemplo, la ley penal tributaria.

El nuevo bien jurídico no está en la realidad preexistiendo a la norma sino que es creado por este y artificialmente impuesta a la sociedad. Son el fruto de una elección política dictada por criterios de oportunidad o necesidad, a veces guiada por criterios emocionales, episódicos, y fluctuantes según la presión de ciertos factores de poder como los medios de comunicación.

1.8 READAPTACIÓN SOCIAL

²³ Tavares Juarez, Esteban Xavier: Teorías del Delito. Hammurabi. Buenos Aires. 1983.

La sanción penal responde a un desarrollo histórico del derecho punitivo que ha logrado hacerla más humana. Las teorías de la pena generalmente encuentran su razón de ser en el fin de posibilitar la vida en comunidad luchando contra el delito. La pena se orienta a futuro y busca prevenir aquellas conductas que alteren la convivencia social para contribuir al mantenimiento de la paz en la comunidad.

El imponer una pena privativa de libertad tiende a una idea de resocialización del delincuente. Se busca mediante su reclusión el otorgar condiciones propicias de readaptación y -con un tratamiento específico- garantizar condiciones que permita su incorporación futura a la vida social sin cometer nuevas conductas antisociales. No podemos olvidar que no sólo es el bien del delincuente el que se plantea, sino la necesidad de protección social lo que justifica la intervención penal y la aplicación de sus sanciones.

La sanción penal y la prisión deben mirarse desde un enfoque sistémico; la seguridad pública no es un mero acto aislado de una sola instancia, sino que corresponde a la obligación del Estado de garantizar la paz social y la sana interacción de los habitantes. La seguridad pública se encuentra tutelada por cuatro diferentes esferas de acción que con un aspecto teleológico común, tienen como imperativo el garantizar que a cada individuo se le respete el ejercicio más libre de todos los derechos que le son propios.

Para el fin señalado se distinguen cuatro momentos e instancias de acción que se abocan a la seguridad pública y la prevención de conductas antisociales: la primera, los cuerpos policiales, vía la acción del programa de gobierno que incluye sectores económicos, culturales, laborales, sociales, etc.; la segunda, la de procuración de justicia, mediante la investigación de los delitos; en tercer lugar, tenemos la de impartición de justicia, que atañe a la judicatura en sus diversos niveles (jueces,

²⁴ Citado por Tavares Juarez, Esteban Xavier: *Teorías del Delito*. Hammurabi. Buenos Aires. 1983.

magistrados y ministros); y, por último, el de administración, a las áreas de prevención y readaptación social. Es menester que para lograr mejores resultados en la consecución de la seguridad pública de la que hablamos, tengamos la firme convicción que sólo con la coordinación interinstitucional y con la idea de un fin ulterior a la simple instancia de competencias particulares se podrá rendir mejores resultados.

El problema de la prisión es actual, no se han encontrado soluciones efectivas que lo supriman, ni se avizoran fórmulas que lo solucionen en un término inmediato. Resulta necesario abordarlo con una actitud revisionista que brinde la óptica correcta de los avances y retrocesos que se han dado en el desarrollo del fenómeno de la prisión.

1.8. EL RETRIBUCIONISMO

La concepción normativa del delito, que históricamente responde a una sociedad moderna, es la que ha aportado una visión más aceptada por la doctrina. Esta teoría, difundida por Jiménez de Asúa²⁶, fundamenta la culpabilidad y la imposición de la pena en la voluntad de libertad y en la exigibilidad. Resumidamente, se podría decir que el hombre goza de libre albedrío y como tal ha de responder de sus actos. Este juicio de culpabilidad está cargado por su pretensión justificadora o legitimadora del castigo, que llevó a afirmar que "culpabilidad es reprochabilidad". El sujeto es culpable porque podía haberse comportado de otra manera y ello se fundamenta en la capacidad individual de autodeterminación y de libre decisión. "La culpabilidad es presupuesto indispensable de la pena, entendiéndose por culpabilidad el reproche que

²⁵ Bacigalupo, Enrique: Lineamientos de la Teoría del Delito. 3º Ed.. Hammurabi. Buenos Aires. 1994

²⁶ Jiménez de Asúa, Luis: Reflexiones preliminares sobre el concepto del delito. Depalma. Buenos Aires. 1979.

se le hace al autor porque se ha decidido por el mal, pese a que disponía personalmente de la capacidad de elegir el camino del derecho"²⁷.

La línea del discurso tiene un claro componente individualista en el dualismo "estado-ciudadano" como sujetos activo y pasivo del reproche, pero al mismo tiempo, predominan los conceptos generalizadores del juicio de reproche (racionalidad de la ley moral, hombre medio, etc.). El castigo es exigible a partir de circunstancias generales, no por las basadas en la personalidad del sujeto. La culpabilidad justificadora del castigo se constituye así en su fundamento y a partir de aquí, se produce una estrecha equivalencia entre pena y culpabilidad y entre medida y peligrosidad.

Pena, culpabilidad y retribución responden a los mismos criterios. Surge así el denominado retribucionismo, basado en la teoría del contrato social, de corte laico liberal y garantista. La pena retribuye el mal causado por el delito y, por tanto, ha de ser adecuada a la gravedad de la culpabilidad reflejada en el hecho. La retribución es el fundamento de la culpabilidad y de la pena al explicar por qué se impone una pena a un autor concreto y legitima y limita el *ius puniendi* del Estado. La culpabilidad según ésta teoría sería el fundamento y medida de la pena. Esta culpabilidad se basaría en el libre albedrío, esto es, en la libertad de la persona para actuar libremente, lo que la convertiría en responsable de sus actos. Esta postura, sin embargo, ha sido objeto de fuertes críticas y quiebra en algunas de sus pretensiones fundamentales que se enuncian a continuación:

- a. El fundamento del juicio de culpabilidad es la libertad del hombre según la teoría cristiana del libre albedrío. Los descubrimientos de ciencias como la psicología o el psicoanálisis ponen de manifiesto la imposibilidad de demostrar empíricamente la existencia del libre albedrío o que "en el caso

²⁷ Idem

concreto" el sujeto actuó sin estar determinado. La descalificación del libre albedrío remueve los propios fundamentos de la culpabilidad y, como consecuencia, "nos encontramos con una, por así decir, teoría del dominó: la crisis de la idea de culpabilidad trae consigo la de la pena; y sin pena no puede haber Derecho penal, y sin éste tampoco una ciencia del Derecho penal en sentido tradicional."²⁸

El concepto de culpabilidad y, como consecuencia, un Derecho penal basado en la culpabilidad a partir del postulado "no hay pena sin culpabilidad" y todo ello fundado en el libre albedrío, reprochabilidad y retribución (fin retributivo de la pena y legitimación del Estado para castigar al infractor), puede ser entendido quizá como un intento de racionalizar y adaptar a los nuevos tiempos los argumentos sacros que en la sociedad tradicional legitimaban el dominio. De hecho, la propia teoría del libre albedrío se extrae, de la religión cristiana.

Libre albedrío es el poder o capacidad del individuo para elegir una línea de acción o tomar una decisión sin estar sujeto a limitaciones impuestas por causas antecedentes, por la necesidad, o por la predeterminación divina. Un acto libre por entero es en sí mismo una causa y no un efecto; está fuera de la secuencia causal o de la ley de la causalidad.

Representa en este sentido quizá la primera ideología legitimadora del dominio en surgir iniciando el proceso secularizador contra la cosmovisión religiosa legitimadora del domino en la sociedad tradicional. Sin embargo hoy en día el retribucionismo así entendido no se mantienen pues las certeras y severas críticas vertidas desde amplios sectores doctrinales al principio del

²⁸ Jiménez de Asúa, Luis: Reflexiones preliminares sobre el concepto del delito. Depalma. Buenos Aires. 1979.

libre albedrío (y a su indemostrabilidad, sobre todo como consecuencia de los estudios de la psicología y su método que abocaban al determinismo) han acabado por excluirlo como argumento fundamentador de la culpabilidad –y por ende del concepto de delito- pese a que recientemente Schunemann²⁹ se pronuncia por retomar el concepto de libre albedrío al que considera muy arraigado en las más elementales formas gramaticales de expresión de ideas y conceptos en nuestra sociedad. Según este autor, los defensores de este cambio de paradigma desconocen que la visión del mundo del jurista no reside en teorías esotéricas sino en la vida diaria, conformada por el lenguaje ordinario.

- b. El propio concepto retributivo ya había sido criticado certeramente por Kelsen³⁰. El principio de retribución, decía este autor, evidencia en la relación del delito y la pena que cualquier orden legal positivo responde a este principio. Pero no dice si lo que el legislador considera mal también lo es para la sociedad. Otra forma de presentar el principio de retribución es como manifestación del principio de igualdad, que representa asimismo a la idea de justicia. Pero el principio de igualdad no dice que diferencias han de tenerse en cuenta y cuales no. La pregunta decisiva es ¿qué es lo igual? Y a esta pregunta no responde el principio de igualdad. La otra posible forma de entender el principio retributivo como manifestación del principio distributivo que pretende contestar a la idea de justicia "dar a cada uno lo que le corresponde" deja sin resolver la cuestión de fondo:¿ qué es lo que le corresponde?.

Con estas afirmaciones queda de manifiesto que las supuestas garantías que en base a la idea de justicia contiene el principio retributivo, en realidad hasta

²⁹ Citado por: Tavares Juarez, Esteban Xavier: Teorías del Delito. Hammurabi. Buenos Aires. 1983.

³⁰ Citado por: Jiménez de Asúa, Luis: Reflexiones preliminares sobre el concepto del delito. Depalma. Buenos Aires. 1979.

que no se responda materialmente a las preguntas planteadas están vacías de contenido. Sin embargo, la apariencia de justicia que lo acompaña si que podría servir para legitimar cualquier sistema.

Se dice que la culpabilidad es la medida de la pena en base al principio de culpabilidad. Pero en realidad, la culpabilidad no dice nada todavía sobre la medida de la pena. De hecho, solo viene a decir que "en función de la selección y jerarquización de bienes jurídicos y de los elementos que concretan en agravantes el desvalor de acción y el desvalor de resultado, se graduará y jerarquizará la pena, respetando el principio de que una conducta considerada más grave por el legislador recibirá una pena más grave que otra conducta considerada menos grave (principio material de igualdad de trato). Esta jerarquización se realizará en atención a la posibilidad de daño social o al principio de lesividad.³¹ En definitiva, se hace depender del grado de lesión a un interés o bien jurídico penalmente jerarquizado y protegido.

En este sentido Jakobs³² afirma que el principio de culpabilidad no es más que un caso particular de la prohibición de la arbitrariedad que en relación con la medida de la pena no aporta nada. En realidad la medida de la pena viene determinada por dos elementos:

- El esquema de valores político-criminales elegidos por un Código penal. Según este criterio, el legislador castiga más unas conductas que otras, sobre la base de la lesión de bienes jurídicos. Si esto es así, inicialmente la culpabilidad no tiene que ver con la determinación del marco general de la pena que impone el Código penal.

³¹ Tavares Juarez, Esteban Xavier: Teorías del Delito. Hammurabi. Buenos Aires. 1983.

³² Jakobs, Gunther: La imputación objetiva del Derecho Penal. Ad-Hoc. Buenos Aires. 1996.

- Una vez dentro del marco penal que establece el tipo, se atenderá a la culpabilidad que actúa como fundamento de la imposición de la pena y genera la responsabilidad penal, pero también intervienen incidiendo en el quantum de la pena otros criterios de política criminal recogidos por su lesividad o su peligrosidad en las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.
- c. El retribucionismo pretende explicar y limitar el Derecho penal en relación con su principal consecuencia jurídica: La pena. Pero le resulta imposible explicar la existencia de medidas de seguridad. Más aún, la propia existencia de medidas de seguridad son contrarias a un Derecho penal retribucionista.

Como consecuencia de la insuficiencia del tradicional principio retributivo, la doctrina intenta hallar otra fundamentación al Derecho penal a partir de los fines que supuestamente ha de cumplir la pena. Son las teorías relativas de los fines de la pena, entre las que se distinguen teorías de la prevención general y teorías de la prevención especial.

1.9 LA FUNCIÓN PREVENTIVA DE LA PENA

La pena, como sanción impuesta a aquel que ha infringido el Derecho Penal Objetivo a través de sus acciones u omisiones y que es la manifestación del derecho que tiene el Estado a castigar o sancionar, cumple con funciones que se enmarcan dentro del contenido del Derecho Penal ya que gira en torno a la función de la pena aunque corrientes modernas apuntan a desplazarlas cuando resultan innecesarias, siempre y cuando se haga uso de acciones ético políticas que coadyuven a concientizar y crear una cultura preventiva para evitar hechos ilícitos que configuren tipos penales. Así pues, existen teorías que tratan de explicar la función de la pena siendo una de ellas la Teoría Relativa, la misma que asigna a la pena el objetivo de prevenir delitos como

un medio para proteger determinados intereses sociales; se centra entonces en una función utilitaria ya que sirve como un medio para evitar la comisión de delitos que lesionen y pongan en peligro bienes jurídicos.

La prevención de la que trata esta teoría puede verse desde dos corrientes principales, una de ellas es la Prevención General, iniciada por Anselm Von Fewerbach, quien manifiesta que es una intimidación o coacción psicológica respecto de todos los ciudadanos, quienes al observar la aplicación de la pena a sus semejantes que han delinquido tendrán temor de cometer acciones antijurídicas, pues su accionar traerá como consecuencia una acción más grave o seguirá un mal a su hecho, como sostiene Fewerbach³³; quien además entendía que a la coerción física del Estado, era necesaria una coacción psicológica en el momento de la incriminación legal, para impedir las lesiones jurídicas.

Sin embargo se sostiene actualmente que la intimidación no es el único camino de la prevención general, por lo que la doctrina moderna diferencia entre prevención general negativa, prevención intimidatoria y la prevención general positiva. Es importante resaltar que ésta última no trata de comprobar la función que se le ha atribuido a la pena, sino cuál debe ser su función.

Para implantar una prevención general efectiva a través de las penas, éstas no deben ser prolongadas como establece la doctrina de los límites del derecho penal, la cual señala además que la pena se justifica sólo si sus intervenciones se reducen al mínimo necesario, puesto que si la política criminal está orientada a sancionar con penas severas como la pena de muerte, los procedimientos antigarantistas como la tortura; no logran la prevención general que persiguen.

³³ Citado por: Balcarce, Fabián: La relación de causalidad en la doctrina penal argentina. Ferreira Editores. Córdoba. 1998.

Tal como señala Luigi Ferrajoli “si el fin es el mínimo de sufrimiento necesario para la prevención de males futuros estarán justificados únicamente los medios mínimos, es decir, el mínimo de las penas como también de las prohibiciones, fomentando de este modo la confianza en la norma, la fidelidad al derecho y la aceptación de las consecuencias de la infracción de la norma”.³⁴

Por otro lado la prevención especial llamada también prevención individual, expresa que la finalidad de la pena está dirigida a influir sobre el agente de manera directa y por ende individual. Esta teoría es llevada a su máxima expresión por Franz Von Liszt; quien entendía la función preventiva especial de la pena en base a la intimidación dirigida a los delincuentes ocasionales que no necesitan corrección; corrección dirigida a los delincuentes habituales que la necesitan y son capaces de ella; inocuización dirigida a los no susceptibles de corrección; mientras que a los irreversibles la aplicación de la pena privativa de libertad debe ser perpetua, lo que actualmente ha sido dejado de lado; pues las modernas doctrinas y políticas criminales propugnan que una cadena perpetua no resocializa, ni mucho menos ejerce función preventiva pues en un sentido ontológico, sólo contribuye a retrasar el avance jurídico penal, deshumanizando al Derecho Penal e impidiendo la rehabilitación de aquel que ha delinquido.

Se trata de prevenir el delito resocializando o rehabilitando al delincuente y no hacer del delincuente un objeto, dado que el probar cuál será la pena a imponer, sólo contribuirá a estigmatizar la dignidad de la persona y dejará de lado la resocialización con finalidad preventiva especial, ya que incrementará la violación de los derechos humanos, por lo que tampoco legitimará la función punitiva estatal.

³⁴ Ferrajoli, Luigi: Derecho y Razón: Teoría del Galantismo Penal. Trotta, Madrid, 1997.

En este sentido, cabe resaltar la postura de Mir Puig³⁵, que sustenta que en un Estado democrático, la resocialización nunca debe ser obtenida contra la voluntad del penado.

³⁵ Mir Puig, Santiago: Significado y alcance de la imputación objetiva del derecho penal. Lerner, 2001.

CAPITULO II

CUESTIONES FUNDAMENTALES PARA LA REFORMA PENAL

2.1 PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL

El Derecho Penal contemporáneo no sólo reposa en el conjunto de normas jurídicas positivas de carácter prescriptivas anticipadas, que ordenan o prohíben determinadas conductas humanas, que se conminan con una pena o medidas de seguridad. También integran el Derecho represivo principios Jus – filosóficos y Jus–sociológico, que deben conocer los operadores jurídicos y los jurisdiccionales, para aplicarlos conjuntamente en la práctica social y forense de prevención, combate y represión de los delitos y faltas penales, como parte de la política criminal del Estado y del sistema de control social y penal, para neutralizar la delincuencia común y la criminalidad organizada, que afecta a la paz social, tranquilidad y seguridad pública y la seguridad jurídica del pueblo.

2.2 LOS PRINCIPIOS OPERACIONALES DEL DERECHO PENAL

Los principios fundamentales el Derecho Penal se derivan de todo el sistema jurídico del Estado, se infieren de la realidad social criminógena o estos se encuentran positivizados en la ley penal. Se invocan y se aplican en la prevención, combate y represión de los delitos y faltas penales, con la finalidad de control social y penal de la delincuencia; como el objeto de realizar la justicia penal: “Dar a cada cual según sus hechos ilícitos y antisociales”, dentro de los límites garantistas, democráticos de la pena justa, proporcional al hecho delictivo.

- **PRINCIPIO DE HUMANIDAD**

En el largo proceso de evolución de la sociedad, y del paso de una formación económico – social, a otra (por ejemplo de la comunidad primitiva a la sociedad esclavista, de la feudal a la burguesa y de esta a la socialista). El Derecho penal como superestructura jurídica a seguido los pasos históricos de

estos sistemas económicos – sociales y políticos; exhibiendo diversos tipos históricos de penar y formas de represión del delito. En la comunidad primitiva predominó la Ley de la vendetta o venganza: privada, religiosa y pública, con graves excesos o extralimitaciones de parte del ofendido o de sus familiares del agraviado; es la época del predominio total de la pena de muerte, fundada en la ley de la venganza. En albores de la sociedad esclavista y en la primera fase histórica de la sociedad feudal, aparece la forma de penar, fundada en la “Ley del Talión” de la proporcionalidad incipiente, de: “vida por vida”, “ojo” por “ojo”, “diente por diente”, “mano por mano”, y “pie por pie”; hasta su humanización, que comienza a finales de la sociedad feudal. Se desarrolla en la sociedad burguesa – capitalista y se perfecciona la humanización de las penas en la sociedad socialista.

El principio de humanización de la pena conduce necesariamente a manifestar respecto de la persona humana del procesado y sentenciado y procura su reducción y rehabilitación social. El principio también reposa en la “Mínima Intervención del Estado”, y en el Derecho Penal como “última ratio legis”.

“Mínima culpabilidad”, necesidad de discriminalizar, ciertos hechos punibles despenalizar los delitos de bagatela y desprisionalizar los establecimientos carcelarios.

- **FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL DEMOCRÁTICO**

La función del Derecho penal democrático, opera dentro del marco político de un Estado de Derecho burgués o socialista, donde predomina el respeto por el principio de legalidad, como presupuesto de la justicia penal preestablecida; con la finalidad de proteger a la sociedad de la delincuencia común y de la criminalidad organizada, frente a conductas intolerables;

manifiestamente lesivas; por tanto, gravemente perjudiciales para los bienes jurídicos protegidos por la ley; pero respetando los derechos constitucionales y los derechos humanos del sujeto infractor y de la víctima. Se trata entonces, de un derecho penal preventivo, represor, pero también premial del delito, y utilitario socialmente, como medio de defensa social, de la comunidad y rehabilitador o reeducador del delincuente.

- **PRINCIPIO DE CONTROL SOCIAL DE LA PENA NECESARIA**

Desde hace más de dos siglos se enfatiza que la pena debe ser necesaria para prevenir, combatir, reprimir y conminar los delitos y faltas penales; esto apunta, que el castigo como corrección jurídica no debe tramontar más allá de los fines prefijados de lo que realmente es necesario como control social y penal de la delincuencia. César de Bonesana Marqués de Beccaria, sostenía que: “Uno de los mayores frenos de los delitos, no es la crueldad de las penas, sino la infalibilidad, la eficacia de la conminación y de control social, fundado en la proporción de las penas con el daño ocasionado a las víctimas”³⁶. Este principio de la proporción de las penas en correlación con el quantum y calidad del delito, rechazan los gobiernos dictatoriales y autocráticos de extrema derecha nazi-fascistas o nazi-fascistoides, quienes apelan a criterios irracionales, anticientíficos y antitécnicos para justificar la sanción de leyes severísimas como leyes draconianas y talionales, que denominan, “Leyes de seguridad nacional”, que por supuesto sancionó varias de estas leyes, el gobierno neoliberal fujimontesinista dictatorial.

- **PRINCIPIO GARANTISTA**

³⁶ Citado por Espinoza V. Manuel: Principios Fundamentales del Derecho Penal Contemporáneo. Heliasta. Buenos Aires. 1999.

El estado de Derecho, debe asegurar a todos los ciudadanos como garantía constitucional que solo se sancionan penalmente las conductas humanas prohibidas, que se conminan con una pena o medidas de seguridad, por estar de conformes a otro principio garantista y democrático, en el que se considera que al derecho penal, sólo se debe acudir, cuando fallan las otras formas jurídicas y sectores del derecho; sólo se debe apelar al derecho punitivo como “ultima ratio legis” y no para solucionar cualquier controversia o conflictos de intereses o litis expensa, cuando existe otras vías jurídicas de solución de los actos ilícitos no punibles; como es el caso de los actos ilícitos civiles, administrativos, agravios, laborales, constitucionales, etc,. Que se resuelven dentro del marco correspondiente; en atención al principio de la “mínima intervención del estado”, cuando hace uso del “Jus imperium” y del “jus puniendi”.

- **PRINCIPIO DEL DERECHO PENAL COMO “ULTIMA RATIO LEGIS”**

La violencia estatal institucionalizada, se aplica como consecuencia del “jus imperium” y del “jus puniendi”, que a su vez reposan en el principio jus-filosófico de “estricta legalidad”, sustentada por Ferrajoli y es aquella norma jurídica meta-legal-punitiva, que se somete la validez de las leyes que autoriza la violencia estatal a una serie de requisitos que se corresponden con las garantías constitucionales y los Derechos humanos, relacionados con las garantías penales, procesal penal, que se afincan en la tipicidad y en principio “nulla poena sine culpa” y “nulla poena sine iudicio”, así como de las motivaciones de las resoluciones judiciales en todas las instancias del Poder Judicial.

El principio de la “Última ratio legis” (última razón de la ley) se operativiza en la práctica jurídica y forense, cuando han fracasado los otros sectores del Derecho en la solución de las litis, conflictos de intereses en lucha, cuando no solucionan los derechos conculcados o lesionados. Entonces se pone en movimiento la potestad punitiva del Estado, con todo su arsenal persecutorio, respectivo y conminatorio de las penas, para garantizar la seguridad jurídica, la paz social y la tranquilidad pública.

- **MINIMIZACIÓN DE LA VIOLENCIA ESTATAL**

El estado debe recurrir con mínima violencia estatal, para prevenir, combatir y reprimir los delitos y faltas penales, como una de sus principales funciones públicas en mantener el orden, la seguridad jurídica, la tranquilidad y seguridad pública; así como para cumplir y hacer cumplir la ley y el imperio de la justicia, que son sustentos de un Estado de Derecho Constitucional y Democrático, como de la pena justa y proporcional.

La mínima violencia del Estado, rechaza la aplicación de la pena de muerte, que en rezago de épocas pretéritas de la vendetta, del talión y otras formas punitivas crueles y bárbaras, de la retribución penal del salvajismo, que aniquila los fines y objetivos del Derecho penal contemporáneo, que se propone la reeducación y la rehabilitación social del hombre delincuente, mediante la corrección jurídica de la pena justa proporcional, entre el delito y la lesión del bien jurídico protegido.

- **PRINCIPIO DE MAXIMIZACIÓN DE LA LIBERTAD CIUDADANA**

Este principio jurídico significa la menor intromisión del poder estatal y del control penal, en la vida privada y social de la ciudadanía, en la medida que

los ciudadanos cumplen con el deber y obligación de observar la ley, los mandatos de autoridad competente y se desenvuelven dentro de los requerimientos de la legalidad nacional y del imperio de la justicia. El Estado sólo recurrirá al uso del poder persecutorio represor y sancionador (jus puniendi), cuando la lesión atenta contra los bienes jurídicos protegidos por la Ley. Sino concurren estos supuestos hipotéticos, la libertad ciudadana con protección constitucional, limita el poder punitivo del Estado, con la vigencia del Derecho penal garantista, democrático y proporcional de la pena justa.

- **PRINCIPIO DE LA CO-CULPABILIDAD**

El principio “jus poenali” de la “co-culpabilidad” de la sociedad y del estado en la comisión del delito, reconocido en algunas legislaciones penales como causa eficiente o condicionador de las causas sociales, materiales y culturales de la conducta criminal de los hombres; por eso, se prescribe que el juzgador deberá tener en cuenta en el momento de fundamentar el fallo y determinar la pena, las “carencias sociales que hubiere afectado al agente”.

En esta forma la sociedad y el Estado, que toleran que impere las desigualdades económicas, las injusticias sociales, políticas y culturales, estarían reconociendo que no brindan iguales posibilidades de superación a todos los hombres, para exigirles un comportamiento con adecuación a la ley el intereses generales colectivas de la comunidad regulados por el Derecho positivo; por tanto, se está aceptando una responsabilidad de la sociedad y del Estado, en lo que les respecta, en la conducta delictiva de los infractores penales, como reconocimiento oficial del Estado, de que la delincuencia se gesta en las condiciones sociales de injusticia que impera en la sociedad. En atención a lo estatuido, disminuye o desaparece la co-culpabilidad en la misma medida que el delincuente ha tenido las oportunidades materiales,

sociales y culturales para realizarse como ser humano honrado y comportarse según los mandatos o prohibiciones normativos y las normas culturales de convivencia social que requieren al hombre socialmente útil, además conducta a Derecho y a normas éticas.

- **PRINCIPIO DE MINIMA CULPABILIDAD DEL AUTOR**

La persecución del delito y faltas penales, entre otros, son fines y objetivos de la política criminal del Estado, como pretensión punitiva del estado para combatir la criminalidad, para evitar el imperio de la Ley la “vendetta” pública o privada o “hacerse justicia por propia mano”. Sin embargo, por razones de utilidad pública, por interés social o de necesidad de descongestionar la administración de justicia, de racionalizar la actividad probatoria la admisión de los órganos persecutorios y jurisdiccionales del Estado, se puede acudir al principio de “Mínima culpabilidad del autor” que sustenta el principio procesal de “oportunidad”, que comprende dos hipótesis: 1) se puede acudir a la abstención de la potestad del estado, así como de la formalización persecutoria de la denuncia penal por el fiscal provincial en lo penal, 2) y expedirse el auto de sobreseimiento de la denuncia penal, por parte del juez penal, para que no comience el proceso penal o para extinguir la sustanciación procesal.

Opera el principio de “mínima culpabilidad del autor” y de “oportunidad”, en atención a los siguientes objetivos: a) para que no se inicie la persecución penal del evento criminoso o b) para poner término al proceso penal, en los siguientes casos hipotéticos:

1. En delitos de bagatela, denominados así por dogmática penal alemana, en aquellas infracciones penales de poca monta o en delitos de mínima

cuantía y de lesividad de bienes jurídicos protegidos, que no conculcan de modo apreciable el interés jurídico del agraviado, como ocurre en delitos patrimoniales de mínima significación, según la relación víctima – victimario y en delito de lesiones personales que no causan incapacidad relevante al agraviado.

2. Debe producirse transacciones entre autor y el sujeto pasivo o agraviado perjudicado, que concluya en satisfacción del agraviado, por el arreglo del principio de oportunidad, que le favorece.
3. Ahorro de tiempo y de inversión monetaria del gasto /público/ y racionalización de función de los órganos persecutorios y jurisdiccionales del Estado; así como de desprisionalización, cuando se trata de penas cortas de privación de libertad y evitar de este modo el aprendizaje de la subcultura carcelaria que distorsiona y pervierte la personalidad moral y espiritual del interno.

- **PRINCIPIO DEL DERECHO A SER INFORMADO DE LA INCRIMINACIÓN**

La imputación punitiva con detención preventiva o con citación en la fase pre-procesal o en la etapa del proceso penal, requieren por mandato constitucional,. Que se informe al denunciado o imputado, la pretensión punitiva del Estado (jus puniendi), sobre los hechos de la incriminación penal para que ejerza su derecho irrestricto de defensa, pero dentro del marco de la Constitución del Estado de los Derechos Humanos y de las leyes y refuerce su derecho de presunción de inocente.

2.3.DERECHO PENAL MÍNIMO

Luigi Ferrajoli³⁷ señala que: “Al coste de la justicia, que depende de las opciones penales del legislador -las prohibiciones de los comportamientos que ha considerado delictivos, las penas y los procesos contra sus transgresores-, se añade por tanto un altísimo coste de las injusticias, que depende del funcionamiento concreto de cualquier sistema penal.

A lo que llaman los sociólogos la “cifra negra” de la criminalidad- formada por el número de inocentes condenados por sentencia firme y ulteriormente absueltos a resultas de un procedimiento de revisión y las víctimas, cuyo número quedará siempre sin calcular-verdadera cifra negra de la injusticia-de los errores judiciales no reparados”.

Si nos detenemos a reflexionar sobre lo oneroso de estos costes, se habrá de comprender el lugar central que ocupa el derecho penal en la caracterización de un ordenamiento jurídico y del sistema político del que es expresión. En el tratamiento penal se manifiesta la relación entre Estado y ciudadano, entre el poder público y la libertad privada, entre defensa social y derechos individuales.

El problema de la legitimación o justificación del derecho penal, va aparejado con el de la legitimidad del Estado, de cuya soberanía es precisamente el poder de castigar que incluso puede llegar a la manifestación más seriamente lesiva de los intereses fundamentales del ciudadano, con la consiguiente susceptibilidad de degenerar en arbitrariedad.

Cuando se afronta el problema de la función o de las razones del derecho penal, no siempre se distinguen con claridad ambos puntos de vista. La palabra razón, no menos que la palabra función es en efecto equívoca, pudiendo ser entendida y siendo a veces utilizada bien en sentido prescriptivo, bien en sentido descriptivo.

³⁷ Ferrajoli: Luigi: Derecho y Razón: Teoría del Galantismo Penal. Trotta. Madrid. 1997.

En el primero de los sentidos designa las finalidades que deben ser perseguidas por la pena para que el derecho penal resulte justificado; en el segundo, designa las que de hecho son perseguidas por las penas y los efectos concretamente conseguidos por ellas.

Sin embargo, para que puedan prohibirse y castigarse conductas, resulta exigible además como necesario que dañen de un modo concreto bienes jurídicos ajenos, cuya tutela es la única justificación de las leyes penales como técnicas de prevención de su lesión. El Estado, en suma, no debe inmiscuirse coercitivamente en la vida de los ciudadanos, ni tampoco promover coactivamente su moralidad, sino sólo tutelar su seguridad impidiendo que se dañen unos a otros respetando el valor de la libertad de conciencia de las personas, la igualdad de su tratamiento penal y la minimización de la violencia punitiva.

Se sostiene la necesidad de limitar las prohibiciones penales solo a las exigencias de tutela que definen el esquema del derecho penal mínimo, respetando la forma jurídica de la pena, como técnica institucional de minimización de la reacción violenta a la desviación socialmente no tolerada.

Para fundamentar una postura relacionada con los límites del derecho penal, es necesario recurrir a un parámetro de utilidad que radica además del máximo bienestar posible de los no desviados, también en el mínimo malestar necesario de los desviados.

En rigor, cualquier delito cometido demuestra que la pena prevista para él no ha sido suficiente para prevenirlo y que para tal fin habría sido necesaria una mayor. Es claro que este argumento exacerbaría las penas, pero sirve para demostrar que el fin de la prevención o incluso de la reducción de los delitos no es útil para fijar algún límite máximo a las penas, sino sólo el límite mínimo por debajo del cual no es realizable y

la sanción, “no es ya una pena sino una tasa totalmente carente de capacidad disuasoria”.

Las dos finalidades preventivas (la prevención de los delitos y la de las penas arbitrarias), están conectadas sobre la base de que legitiman conjuntamente la necesidad política del derecho penal como instrumento de tutela de los derechos fundamentales, definiendo éstos normativamente los ámbitos y límites de aquél en cuanto bienes que no está justificado lesionar ni con los delitos ni con los castigos.

La tutela de aquellos valores o derechos fundamentales, como ya se ha visto, es el fin justificador del derecho penal; sólo concibiendo de este modo el fin del derecho penal, es posible obtener una adecuada doctrina de justificación y al mismo tiempo una teoría garantista de los vínculos y límites, y por consiguiente, de los criterios de deslegitimación de la potestad punitiva del Estado.

De lo anterior, surgen varias interrogantes punitivas: ¿Por qué castigar?, ¿qué es justo e injusto prohibir?, ¿qué tipos de pena están justificados y cuáles por el contrario resultan inadmisibles?

Para responder a estas interrogantes ha de precisarse que el derecho penal utiliza dos caminos: el del sustancialismo jurídico y el del formalismo ético, contrarios entre sí, pero ambos ideológicos.

Conviene subrayar que la idea sustancialista de que la desviación sea atajada y prevenida mas allá de sus definiciones legales, en su identidad ontológica, favoreció primero la masiva legislación de policía producida en toda y luego en los códigos mismos, una expansión del derecho penal bastante mas allá de los rígidos límites garantistas de la determinación del hecho, de su lesividad y materialidad y de la culpabilidad de su autor; al que siguió el desvanecimiento del resto de las garantías y

una tendencia a la subjetivización de todos los momentos de la intervención penal, no sólo de la predeterminación legal de la desviación, sino también de su determinación judicial, orientada según esquemas inquisitivos, y de la ejecución de la pena, dirigida a su vez a la prevención especial a través de la enmienda o corrección del reo.

La segunda vía conduce a naturalizar el derecho positivo y a cancelar el problema filosófico-político de su justificación externa y, por consiguiente, de sus límites y de sus funciones. El resultado de ello ha sido una cultura jurídica acríticamente contemplativa, que cuando no ha llegado a teorizar el deber moral de la obediencia o directamente de la fidelidad al Estado, se expresa en formas conservadoras de legalismo ético, es decir, en la adhesión moral y política a los valores e intereses protegidos por el derecho positivo, o en el mejor de los casos, en una especie de constitucionalismo ético, consistente en la sacralización de los valores constitucionales en cuanto tales.

Se puede precisar ahora que el principio de legalidad queda satisfecho cuando se especifica que es delito sólo aquello que está prohibido y no también aquello que meramente es reprochable, y que en sentido estricto requiere además que las prohibiciones legales se formulen no ya incorporando criterios genéricos de valoración o de reprobación externa, sino denotando taxativamente los comportamientos prohibidos.

Sólo concibiendo de este modo el fin del derecho penal es posible obtener una adecuada doctrina de justificación y al mismo tiempo una teoría garantista de los vínculos y límites y, por consiguiente, de los criterios de deslegitimación, de la potestad punitiva del Estado.

En efecto, un sistema penal está justificado sólo si la suma de las violencias que está en condiciones de prevenir, esto es, los delitos, las posibles venganzas y aun las penas

arbitrarias, es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas establecidas para éstos.

Lo anterior no justifica el contenido, la cantidad y la calidad de cada una de las prohibiciones o de las penas previstas e impuestas, sino sólo ofrece un criterio de justificación que a la vez orienta la potestad prohibitiva y punitiva como instrumento de selección de los intereses a proteger y de disciplina de las reacciones a su lesión.

Al asignar al derecho penal el fin de minimizar las lesiones de los derechos de los ciudadanos de una sociedad, tal esquema excluye auto justificaciones apriorísticas de modelos de derecho penal máximo y permite solamente justificaciones a posteriori de modelos de derecho penal mínimo. Con ello se reconoce que la pena, por su carácter aflictivo y coercitivo, es en todo caso un mal, que no cabe encubrir con finalidades altruistas de tipo reeducativo o resocializador y que finalmente resultan aflictivas.

El derecho penal, en aparente paradoja, se configura como una técnica de control que, con la libertad física de infringir la ley al precio de la pena, garantiza la libertad de todos. Es evidente que la prohibición y la represión penales producen restricciones de la libertad incomparablemente menores que las que serían necesarias con la sola prevención policial y si acaso con la prevención especial.

Pero el derecho penal no garantiza solamente la libertad física u objetiva de delinquir y de no delinquir, garantiza también la libertad moral o subjetiva de la trasgresión, basado en la interiorización de la represión y en el temor, más que de las penas, de los reproches colectivos informales que pueden resultar más impeditivos que las sanciones formales.

Si se consideran tales alternativas, resulta evidente el fin justificador del derecho penal como sistema racional de minimización de la violencia y del arbitrio punitivo y de maximización de la libertad y la seguridad de los ciudadanos.

De hecho, si se observara una tendencia en los códigos penales a tipificar, y en su caso, punir, sólo aquellas conductas y comportamientos que por la magnitud del bien jurídico vulnerado o puesto en peligro, representen un verdadero atentado para la pacífica convivencia social, se justificaría el empleo de instrumentos de control extrapenales que en nada afectaría el derecho a la libertad de los ciudadanos y el arbitrio punitivo del Estado, que se reservaría para los delitos capitales.

La pena, como sanción legal en estos casos, y aún más, la pena de prisión, debe ser considerada como una técnica punitiva secundaria, no debiendo perderse de vista que el proceso, como un instrumento espectacular de estigmatización pública antes de una condena, ocupa ya el lugar de una pena como sanción primaria del delito, o más propiamente dicho, de la sospecha del delito.

Por otra parte, junto al sistema penal, ha de erigirse progresivamente un sistema punitivo especial de carácter no penal, sino sustancialmente administrativo, pudiendo pensarse en el amplio abanico de sanciones extra, ante o ultra delictum y extra, ante o ultra iudicium, representado por las medidas de seguridad, de prevención y de orden público, las medidas cautelares de policía, mediante las cuales funciones que a la fecha son esencialmente judiciales, se encomiendan discrecionalmente a órganos policiales o a instituciones administrativas.

En esas condiciones, hablar de la función de la pena, retributiva, reeducadora o preventiva (especial y general), corre el riesgo de resultar poco realista. Los sistemas punitivos modernos en nuestro país, han de encaminarse a una transformación cada vez menos penales, impidiendo que el derecho penal se vea inmerso en una crisis

derivada de sus propias imperfecciones, minimizando la violencia punitiva y maximizando la tutela de los derechos, como el fin que justifica al propio Derecho Penal.

Un derecho penal está justificado sólo si se minimiza la violencia arbitraria en la sociedad y alcanza dicho fin en la medida en que satisfaga las garantías penales y procesales del derecho penal mínimo.

Obviamente esto quiere decir que para tales fines no se justifican medios violentos alternativos al derecho penal y a sus garantías, y desde luego no que el derecho penal sea el único medio, ni tampoco el más importante, para prevenir los delitos y reducir la violencia arbitraria.

Por el contrario, el progreso de un sistema político se mide por su capacidad de tolerar algunas desviaciones que son el producto de tensiones y disfunciones sociales no resueltas, y por otro lado de prevenirla, sin medios punitivos o autoritarios, haciendo desaparecer sus causas materiales.

En una perspectiva semejante, la tendencia del Estado habrá de apuntar a la eliminación de los fenómenos de disgregación y de marginación social de los que se nutren las subculturas criminales, transparentando el actuar de los poderes públicos y propiciando el desarrollo de la democracia.

Esto no quiere decir que el derecho penal no exista, ya que tal hipótesis sólo resultaría entendible en una improbable sociedad perfecta, en la que la delincuencia no existiese o en la que no se advirtiera la necesidad de reprimirla, sino que su existencia debe hacerse presente como una reacción institucional coactiva, sólo en aquellos casos en que la gravedad de la infracción así lo amerite.

Recapitulando, como nos comenta Ferrajoli³⁸: “podemos formular dos principios teóricos que reflejan dos relaciones conectadas entre sí: un principio de proporción inversa entre incorporación limitativa e incorporación potestativa, en virtud del cual cuantos más valores incorpore un sistema punitivo en forma de límites o prohibiciones en los niveles normativos superiores, tantos menos incorpora en forma de potestades en los niveles inferiores; y un principio de proporción inversa entre legitimación externa y legitimación interna, en virtud del cual cuanto mayor es la legitimación política o externa que le viene dada a un ordenamiento por valores ético-políticos incorporados en sus niveles normativos superiores, tanto mayor es la capacidad de deslegitimación jurídica interna que ellos ejercen sobre sus niveles normativos inferiores”.

El principio de utilidad penal, tal como lo concibiera Beccaria, es idóneo para justificar la limitación de la esfera de prohibiciones penales, en coherencia con la función preventiva de la pena, sólo a las acciones reprobables por sus efectos lesivos para terceros. De ahí deriva una doble limitación a la potestad prohibitiva del Estado; la primera que se refiere a la pena mínima necesaria y la segunda a la máxima economía en la configuración de los delitos.

El Derecho Penal y por ende la pena, deben constituir la última ratio entre los instrumentos de que dispone el Estado para garantizar la pervivencia de la sociedad, debiendo implicar, como consecuencia lógica, que el derecho penal esté subordinado a la insuficiencia de los otros medios menos lesivos y restrictivos para el individuo de que dispone el Estado; luego entonces, la subsidiariedad, es una exigencia político-criminal que debe ser afrontada por el legislador.

Cualquier delito que se cometa, viene a demostrar que la pena prevista para él no ha sido suficiente para prevenirlo, presuponiendo que la solución se encuentra en el

³⁸ Ferrajoli: Luigi: Derecho y Razón: Teoría del Galantismo Penal. Trotta. Madrid. 1997.

incremento exacerbado de dicha pena, lo cual de por sí resulta inadmisibile, comprometiendo sobremanera la prevención general como fin que hipotéticamente lleva implícita la imposición de una pena, cuenta habida de su incapacidad disuasoria.

Esto no significa que el fin de la prevención general de los delitos, sea una finalidad menos esencial del derecho penal, por el contrario, es la razón de ser primordial, si no de las penas sí de las prohibiciones penales que están dirigidas a tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos; sin embargo, no debe perderse de vista que esos derechos, en cuanto bienes, no justifican su lesión ni con el delito ni con el castigo.

Es por eso que se considera que en el proceso legislativo de tipificación penal de una determinada conducta o comportamiento, debe apreciarse, de inicio, la magnitud del bien jurídico que se pretende tutelar penalmente, ajustándose para ello no sólo a los presupuestos derivados de la antijuridicidad formal, sino, más específicamente, a los de la antijuridicidad material, ya que en ellos subyace el verdadero ataque a la convivencia social. De esta manera nuestra legislación penal siempre se verá distante de cualquier anarquía penal.

Iguales presupuestos habrán de observarse en la destipificación de algunos ilícitos que no se caracterizan por tutelar bienes jurídicos relevantes, que pongan en riesgo la convivencia social, o que su exclusión del Catálogo penal comprometa los fines del Derecho, identificados con la justicia, la seguridad y el bien común. En cuyos casos su potencial sanción puede ubicarse en los parámetros del derecho administrativo, civil o de otra naturaleza.

Tal postura responde a garantizar la libertad y los derechos del hombre frente a la autoridad del Estado en su calidad de custodio del orden jurídico, limitando o excluyendo lo más posible la intervención del Estado.

2.4 DESCRIMINALIZACIÓN Y DESPENALIZACIÓN

En un ambiente de conflicto social en el cual se lesiona a personas, grupos y a veces a pueblos enteros, una forma de demostrar la intención de solucionar el conflicto es atacando las causas que lo originan y enfrentando los síntomas costosos que usualmente se le asocian. Se pueden iniciar estas tareas con acciones que tiendan a sanear el ambiente por medio de intervenciones constructivas de parte de las autoridades estatales y la cooperación de los integrantes de la sociedad civil.

Existen algunas condiciones objetivas para que las autoridades tengan la posibilidad de realizar ese tipo de intervenciones:

- a. La necesidad de promover y preservar la legitimidad para lograr una influencia efectiva;
- b. La toma de decisiones tienen que identificar y satisfacer las necesidades humanas básicas en todos los niveles de interacción;
- c. La identificación y satisfacción de las necesidades requiere descentralización de decisiones y la aportación de medios para influir en las decisiones de otros niveles;
- d. Se deben proporcionar satisfactores a las necesidades básicas respecto de las cuales los individuos no pueden asumir responsabilidades, por ejemplo, educación y salud, de tal suerte que se asegure su satisfacción general;
- e. El establecimiento de instituciones para la solución de problemas en todos los niveles de interacción es un respaldo necesario en todas las sociedades y

- f. Las intervenciones extranjeras deben estar sujetas a la misma clase de obligaciones y restricciones.

La empresa tendiente a la solución de conflictos sociales requiere de análisis interdisciplinarios y transdisciplinarios pues sólo así se comprende la complejidad de la situación especial; debe ser constante y quienes se comprometen en ella han de ser conscientes de que el logro de objetivos es resultado de procesos que se desarrollan a mediano y largo plazos.

La situación a considerarse en este punto es la existencia de una legislación penal representada por un Código, el propósito es enfrentar el análisis de desregulación penal vía descriminalización y despenalización y el enfoque será principalmente filosófico y teórico, considerando la existencia de un conflicto social y la información cotidiana acerca de la comisión de delitos, persecución delictiva, procesos penales, operativos, retenes, detenciones arbitrarias, militarización en ciertas zonas y excusas, negaciones, pretextos, desatenciones y racionalizaciones de las autoridades estatales y asesores y aumento de la delincuencia e inseguridad pública, etc. Se tienen en cuenta además, los costos que produce una política eminentemente correctiva y la falta de una política preventiva en serio, costos referidos al sostenimiento de las organizaciones persecutoria de los delitos, judicial y de aplicación de las penas, la construcción de reclusorios y la inversión en programas de readaptación, así como las consecuencias costosas que producen: deshonestidad y corrupción.

Uno de los medios adecuados para lograr los objetivos de enfrentar los conflictos sociales es el proceso legislativo practicado razonablemente y con la intención indudable de iniciar el saneamiento del ambiente social.

2.3.1 Criterios utilizados en la desregulación penal

El número y la variedad de criterios para justificar la descriminalización o despenalización de ciertos tipos penales son lo que usualmente mencionan los filósofos, científicos, miembros de las comunidades sociales y de asociaciones políticas y ciudadanos de la sociedad civil cuando expresan opiniones críticas en relación con la legislación penal de los Estados en los cuales se estima existe una legislación penal deficiente por inflacionaria e hipertrófica. En dichas apreciaciones subyace el juicio de que las conductas tipificadas como delitos no merecen reproche penal.

Ante el elevado número y diversidad de criterios para justificar una actitud de descriminalizar o despenalizar consideramos necesario intentar una clasificación de ellos. Para este propósito se considerará la referencia a los siguientes universos de discurso: filosofía del derecho, teoría penal, derecho constitucional en especial la parte relativa a los derechos humanos, reclamos fundados sobre el establecimiento legal y progreso de derechos humanos y sistema de la legislación penal, recogiendo algunos criterios objetivos en cada uno de los ámbitos mencionados y utilizarlos en forma rigurosa y crítica.

- **Criterios de filosofía del derecho.** H. L. A. Hart sostiene la existencia de un "contenido mínimo de derecho natural" en las disposiciones que integran el derecho positivo; algunas de las ideas que sostienen esta afirmación las utilizaré para intentar una aproximación a la distinción entre prohibición y permiso y posteriormente apoyar el giro hacia un enfoque de política criminal.

El supuesto fundamental del cual parte Hart es que la supervivencia es una finalidad de los hombres en sociedad; este supuesto y un conjunto de verdades obvias y los hechos referidos en los enunciados verdaderos le permiten derivar un conjunto de reglas. Los enunciados son cinco:

1. **El hombre es vulnerable.** De acuerdo con esta verdad obvia y los hechos en ella referidos las prohibiciones "más importantes..., para la vida social, son las que restringen el uso de la violencia que se traduce en matar o en causar daños corporales." A este respecto procede formular la pregunta de hasta dónde es razonable, desde el punto de vista de política criminal, desagregar este enunciado con base en el supuesto normativo de la subsistencia de la sociedad y la cooperación.

Ciertamente se deriva la prohibición de matar, bajo la idea de que matar es privar de la vida en forma intencional y sin ninguna excluyente; la de lesionar con las mismas modalidades.

Existen en este sentido casos en los cuales la prohibición de matar o lesionar resultan obvias; sin embargo también surgen casos dudosos que son ocasión para buscar la justificación del derecho a la vida. Uno de estos casos es la eutanasia voluntaria, involuntaria o no voluntaria, en la cual se priva de la vida a una persona, en forma intencional y se expresan buenas razones para justificar la acción principalmente relacionadas con la carencia de calidad de vida, con el sufrimiento o con daños irreversibles en la persona a quien se le quita la vida.

Otro caso difícil de resolver es el del aborto practicado en las primeras semanas de embarazo por decisión libre y consciente de la mujer embarazada. En este caso existen variantes como la de que en principio no se toma la vida de una persona, sino de un embrión o feto que no tiene autonomía ni vida independiente. La conducta de inducir o auxiliar al suicidio a una persona es otro de los casos en los cuales se pone en riesgo el valor vida.

Mencionamos también el caso de la privación de la vida en legítima defensa teniéndolo como modelo para analizar casos similares; en este caso se exige generalmente la satisfacción de tres condiciones para justificarla: la condición de daño inminente, la de injusticia y la de culpabilidad.

Un caso que también merece análisis especial es el de privar de la vida de una persona en forma accidental, en el cual por definición no hay intención de privar de la vida, no hay actitud imprudente, no hay lo que se denomina preterintención y, sin embargo una persona es privada de la vida. Del análisis practicado se deriva que no parece sensato establecer una prohibición al respecto en virtud de que nadie está obligado a lo imposible. Los dos últimos casos integran el extremo de la desagregación y en ellos no existen prohibiciones y por ello no hay reproche penal.

Otros casos no se refieren propiamente al resultado que afecta negativamente el bien tutelado, sino de poner en peligro inminente, grave e injustamente la vida o la salud de las demás personas, o sea arriesgar los bienes mencionados; así, exponer a los demás al contagio de enfermedades graves o incurables por medio de contacto sexual y abandonar a ciertas personas que requieran atención en virtud de la situación de gravedad en la salud, por ejemplo, en un accidente vehicular. Este caso es para reflexionar si quien abandona es peligroso criminalmente.

A la política criminal le corresponde evaluar si son o no peligrosos criminalmente quienes realizan las conductas referidas y si merecen reproche penal o si por el contrario, el bien protegido penalmente se

encuentra disminuido y no procede razonablemente censura penal alguna a quien lo lesiona.

Una conjetura a este respecto es que existen diferencias en la conducta de quien priva de la vida intencionalmente a una persona con premeditación, alevosía y ventaja por el simple deseo de matar y otra que priva de la vida a un recién nacido respecto del cual se ha determinado científicamente que es anencefálico, situación que es conocida por el sujeto activo.

Las razones para reprochar el primer caso son más o menos obvias si se admite el derecho a la vida de las personas en el sentido de los indicios de la condición humana y el supuesto de la subsistencia de la sociedad, así como son más o menos obvias para no reprobar la conducta de quien realiza la segunda conducta, en consideración a las mismas referencias: condición humana y subsistencia de la sociedad.

2. **Igualdad aproximada entre las personas.** En virtud del hecho obvio de la igualdad aproximada entre las personas y en consideración al supuesto fundamental sobre la finalidad de la supervivencia de la sociedad es necesario establecer una serie de prohibiciones y concesiones mutuas; se requiere la cooperación entre los integrantes de una sociedad, pues nadie es tan poderoso que no requiera la cooperación o ayuda de los demás ni nadie es tan débil que siempre requiera tal cooperación o ayuda. Se deriva que entre las personas debe respetarse esa igualdad aproximada y por ello no se permite la agresión en ninguna de sus formas; así, no está autorizado el uso de la fuerza física o psicológica o aprovecharse de la situación especial en que se encuentra alguien para obtener beneficios en perjuicio de los demás, pues tal uso o aprovechamiento no coincide con el

enunciado verdadero ni con el hecho evidente referido en el enunciado. Aparte de la prohibición de matar o lesionar en sus diversas manifestaciones y desagregados más o menos obvios, como la violación, también está prohibido aprovecharse de las demás personas por medio de engaño, maquinaciones y trampas o del error en que se encuentren.

Como en la desagregación del criterio anterior sucede en éste que hay casos obvios y que a medida de que nos alejamos de ellos las dudas aumentan hasta llegar a casos en los cuales no existen prohibiciones; existen, por ejemplo, situaciones en la cuales las personas entran a una proceso de competencia o de concurso y en dichos juegos alguien resulta ganador en virtud de sus méritos y no hay violación del criterio de la igualdad aproximada. La otra parte del criterio es el establecimiento de concesiones mutuas; a este respecto me parece importante destacar el ámbito de intimidad de las personas en el cual no tendrían porque intervenir los demás. En principio, las prohibiciones surgirían para todos y en particular para las autoridades estatales.

3. **Altruismo limitado.** Esta verdad hace necesario y posible un sistema de abstenciones recíprocas. Se trata de un pacto de no lesionar, considerando la tendencia frecuente en el ser humano a la agresión, a la destrucción. El egoísmo y la envidia están normalmente presentes en las relaciones entre los humanos y por ello se precisa de prohibiciones para no lesionar al prójimo; aparte de los daños físicos, también se prohíbe dañar moral o psicológicamente; así no están permitidas las amenazas, las injurias, la difamación y las calumnias. También surgen prohibiciones obvias en relación con los bienes objeto de propiedad o posesión en cualquiera de sus modalidades, por ejemplo no dañarlas, no invadirlas ni despojar de ellas.

4. **Recursos limitados.** Otra verdad obvia en la vida social es la relativa a la escasez de recursos y una de sus consecuencias es el establecimiento de reglas relativas a la propiedad y sus derivaciones; usar, disfrutar y disponer de bienes materiales es una necesidad que requiere reglas y por ende en ciertos casos el establecimiento de prohibiciones que protegen el uso, disfrute y disposición. En esta proyección el apoderamiento de bienes no se permite y quien lo practicara atentaría contra la sociedad, en particular si lo hace violentamente; también se prohíbe utilizar maquinaciones o engaños para obtener lucros indebidos, así como disponer de bienes ajenos.

5. **Comprensión y fuerza de voluntad limitadas.** No todos los integrantes de una sociedad comprenden las verdades obvias y los hechos relacionados en los puntos anteriores, así como tampoco tienen la fuerza de voluntad suficiente para conducirse de la manera en que determinan las normas derivadas de los hechos, las verdades y el supuesto fundamental; por tal razón, se hace necesario establecer sanciones para quien desvía su comportamiento de la norma. Además, se requiere el monopolio de la fuerza para la resolución de las disputas y evitar que las personas se hagan justicia por propia mano. De estas explicaciones se deriva la necesidad de establecer la prohibición de ser juez y parte y la obligación de someter las controversias a la decisión de autoridades estatales. De acuerdo con el desarrollo correspondiente surgen prohibiciones tales como la de no sobornar a quienes se encargan de la persecución delictiva y administración de justicia y de dejar que la administren en los plazos y términos fijados en la Constitución y en las leyes.

En relación con cada uno de los criterios analizados, surge la pregunta acerca de cuáles son los límites que separan las conductas que merecen reproche penal de aquellas otras que ameritan consecuencias de diversa

índole, por ejemplo administrativas, civiles o laborales; es decir ¿hasta dónde se pueden desagregar enunciados prohibitivos de tal manera que el reproche sea penal? Es tarea difícil e inútil tratar de fijar límites precisos e indudables en el ámbito de la filosofía; es necesario conocer las situaciones sociales concretas para lograr un desagregado preciso y completo. En dicho mundo social habrá conductas que merecen reproche penal y otras que, aunque se separen de los hechos y las verdades obvias, no lesionan el supuesto acerca de la finalidad de la supervivencia de la sociedad.

La política legislativa en materia de política criminal debe considerar situaciones problemáticas reales en una sociedad determinada; por ahora sólo me refiero a los criterios más generales que pueden tener relación con una posible "conducta criminal" en virtud de su proximidad o lejanía de ellos.

- **Criterios contenidos en teorías penales.** Seguiremos en este apartado algunas ideas de Luigi Ferrajoli, autor que construye una teoría -sistema garantista de derecho penal- con base en diez axiomas; tres de ellos que orientan su concepción de política criminal referidas al cuándo, cómo y qué prohibir. Estos tres axiomas son el principio de lesividad o de ofensividad -nulla necessitatis sine iniuria-, el de materialidad o exteriorización de la acción -nulla iniuria sine actione-, y el de culpabilidad o de la responsabilidad personal -nulla actio sine culpa. En el desarrollo de sus ideas, Ferrajoli afirma: "Una vez excluida la posibilidad de llegar a criterios positivos y absolutos de justificación externa y de legitimación interna de los contenidos de la prohibición, se pueden, sin embargo, formular criterios negativos o limitadores, realizables sólo relativa y tendencialmente, con el valor de condiciones necesarias, aunque no suficientes, de legitimidad. Estos criterios o condiciones negativas no son, por otra parte, más que las garantía penales o sustanciales expresadas por los axiomas y son el

principio de lesividad, el de materialidad y el de responsabilidad personal, que respectivamente definen los tres elementos constitutivos del delito: el resultado, la acción y la culpabilidad."

En el cuestionamiento de política criminal y antes de entrar a la explicación específica de los tres axiomas, ofrece cuatro criterios orientados a la tutela máxima de bienes con el mínimo necesario de prohibiciones y castigos

- a). Impedir ataques concretos a bienes fundamentales. Entiende por ataque no sólo el "daño causado" sino también el peligro que han corrido los derechos fundamentales en general, el interés colectivo y una administración honesta.
- b). "Ningún bien justifica una protección penal -en lugar de civil o administrativa- si su valor no es mayor que el de los bienes de que priva la pena" sin que "la pena no se transforme en un impuesto, perdiendo con ello su eficacia disuasoria."
- c). Las prohibiciones no sólo deben estar "dirigidas" a la tutela de bienes jurídicos sino deben ser "idóneas". El principio de utilidad y la separación del derecho y la moral obligan a considerar "injustificada toda prohibición de la que previsiblemente no se derive la eficacia intimidante buscada, a causa de los profundos motivos -individuales, económicos o sociales- de su violación." Como ejemplos de esta situación expone el autor los siguientes: aborto, adulterio, concubinato, la mendicidad, la evasión de presos o la tóxico-dependencia. "Su prohibición, afirma, es inútil en la medida en que se demuestra que está abocada a no surtir efecto."; es decir, estos delitos formales se seguirán cometiendo clandestinamente y no se castigarán.

d). "Una política penal de tutela de bienes tiene justificación y fiabilidad sólo cuando es subsidiaria de una política extrapenal de protección de los mismos bienes." Un campo importante es el de los delitos culposos, los cuales se reducirían si se adoptasen medidas eficaces y severas. Ideas similares sostiene respecto de delitos dolosos, así la disminución de ataques a la integridad corporal por la disminución de la producción de armas.

- **Principio de lesividad o de daño.** Alude al principio de lesividad o de daño y la importancia legal de que se actualice en los diferentes tipos; aun cuando no esté previsto en las Constituciones lo exige la teoría del bien tutelado. La inobservancia de este principio, dice, produce al menos tres problemas inflacionarios en las leyes penales:

1. El establecimiento de delitos sin daño como cuando se castigan las "ofensas a entidades abstractas como la personalidad del estado o la moralidad pública" y el aumento del número de los denominados "delitos de bagatela", a menudo consistentes en meras desobediencias y contravenciones usualmente valoradas como administrativas.
2. Descripciones vagas, imprecisas y valorativas que "derogan la estricta legalidad de los tipos penales", como son los delitos asociativos y los de peligrosidad social.
3. Delitos de peligro y expresiones como "actos preparatorios", "dirigidos a" o "idóneos para poner en peligro", etc., y otros "como la penalización de acciones contra uno mismo -desde la embriaguez al uso inmoderado de estupefacientes- o de los delitos de opinión o contra la religión."

En esta virtud -continúa expresando el mismo autor- la navaja de Occam cumple la función restrictiva y minimizadora en tres clases de delitos cuando se tiene el propósito deflacionario en relación con la legislación penal en virtud al aumento injustificado de tipos; la primera restricción es cuantitativa respecto de los denominados "delitos de bagatela" o sea todos aquellos que son sancionados con pena pecuniaria o alternativa de una privativa de libertad; la segunda restricción es cualitativa y se da en relación a los casos en que los bienes tutelados son ciertas abstracciones -"la personalidad del estado, la administración pública, la actividad judicial, la religión del estado, la piedad para con los difuntos, el orden público, la fe y la economía pública, la industria y el comercio, la moralidad y las buenas costumbres, el pudor y el honor sexual, la integridad de la estirpe, la familia, el matrimonio, la moral y los deberes de asistencia familiar, el patrimonio...", otros como los asociativos, los atentados y desacatos que son formas de agravar otros delitos, los de ultraje y de opinión que contradicen los principios de libertad y de democracia y otros que no lesionan a terceros y que son inevitables con la pena: "... la prostitución, los delitos contra natura, la tentativa de suicidio y, en general, los actos contra uno mismo, desde la embriaguez al uso personal de estupefacientes"; la tercera restricción es estructural en relación con los delitos de peligro o de atentado, pues unos son mera tentativa de otros delitos y en otros sucede que se duplica la responsabilidad penal porque se trata de tipos ya previstos y el delito que duplica es sólo un medio especial para la realización de los otros. Por ejemplo asociación, conspiración, instigación para ciertos delitos contra la seguridad interior del Estado o sólo aparecen como delitos de "sospecha" que ocupan el lugar de otros más concretos no sometidos a juicio por la falta de pruebas."

- **Principio de materialidad.** De acuerdo con el principio de materialidad de la acción, "ningún daño, por grave que sea, puede estimarse penalmente relevante sino como efecto de una acción". Por ello no pueden ser sancionados los estados de ánimo interiores o actitudes "...sino deben concretarse en acciones humanas -materiales, físicas o externas, es decir, empíricamente observables- describibles exactamente, en cuanto tales, por la ley penal." "La materialidad exteriorizada de la acción criminal es así un presupuesto necesario de la lesividad o dañosidad del resultado, caracterizado, a su vez, como un hecho empírico externo que se distingue de la acción, como ocurre en los llamados "delitos de resultado", o que se identifica con ella, como en los delitos llamados de "mera actividad". Al mismo tiempo queda excluido del nexo causal, así considerado, toda forma de responsabilidad objetiva "por hechos de otro" o "por caso fortuito", supuestos más de ausencia de acción que de ausencia de culpa."

A las ideas anteriores se agrega la de la separación entre derecho y moral y el de la soberanía de la conciencia manifestada en el respeto al ciudadano, a su libertad interior y a su libertad exterior para realizar todo lo no prohibido. Un éxito del liberalismo moderno, ahora, -expresa- es el derecho a la inmoralidad: "observado en negativo, como límite a la intervención penal del estado, este principio marca el nacimiento de la moderna figura del ciudadano, como sujeto susceptible de vínculos en su actuar visible, pero inmune, en su ser, a límites y controles; y equivale, por lo mismo, a la tutela de su libertad interior como presupuesto no sólo de su vida moral sino también de su libertad exterior para realizar todo lo que no está prohibido. Observado en positivo se traduce en el respeto a la persona humana en cuanto tal y en la tutela de su identidad, incluso desviada, al abrigo de prácticas constrictivas, inquisitivas o correctivas dirigidas a violentarla o, lo que es peor, a transformarla; y equivale, por ello, a la legitimidad de la disidencia e incluso de la hostilidad frente al estado; a la tolerancia para con el distinto, al que se reconoce su

dignidad personal; a la igualdad de los ciudadanos, diferenciables sólo por sus actos, no por sus ideas, sus opiniones o su específica diversidad personal."

- **Principio de culpabilidad.** De acuerdo con el principio de culpabilidad se exige la relación de causalidad entre la decisión, la acción y el resultado del delito; la condición psico-física del agente de entender y de querer y la intención o culpabilidad o sea la consciencia y voluntad de cometer el delito particular. Se requieren las tres condiciones para que se realice el axioma de nulla actio sine culpa. Una serie de delitos no consideran esta condición y se relacionan más bien con la situación de la persona o con su forma de ser. En la explicación de este criterio Ferrajoli plantea la pregunta de ¿cómo prohibir? y presenta la posibilidad tradicional de hacerlo por normas penales regulativas y normas penales constitutivas. Esta clasificación esclarece y sirve para criticar la práctica de prohibir penalmente mediante el segundo tipo de normas. Las primeras regulan un comportamiento al calificarlo como permitido, prohibido u obligatorio y las segundas lo cualifican "inmediatamente, esto es, sin la mediación de comportamientos cuya comisión o omisión supongan su observancia o su infracción, calificaciones y/o efectos jurídicos."

Críticamente observa el autor que se ha sustituido en muchos casos el ser bruja por ser, por ejemplo, peligroso, prostituta, drogadicto, reincidente, sospechoso, peligroso y rehabilitado. "El infausto precepto bíblico "No permitirás vivir a las brujas" puede ser considerado como prototipo de las normas penales constitutivas." las cuales no prohíben actuar sino ser e implican desigualdad y discriminación.

- **Criterios constitucionales.** En particular los criterios constitucionales son los derechos humanos reconocidos -para efectos de análisis de la legislación penal boliviana- en la Constitución Política del Estado y tienen la función de

limitar la actividad del legislador en la tarea de tipificar delitos. Por esta razón si existen tipos penales que se opongan a los derechos humanos se cuenta con un buen argumento para sostener justificadamente la procedencia de su descriminalización o despenalización; así, la trasgresión a la libre manifestación de las ideas, a la libertad de asociación y reunión, al derecho a presentar protestas ante las autoridades estatales, a la libertad de tránsito, a la igualdad, y a otros haría inconstitucional la censura penal del legislador secundario.

Un derecho humano relevante en relación con la descriminalización es el relacionado con la intimidad de las personas en cuanto a sus manifestaciones de privacidad e intimidad; la primera relacionada con un ámbito de acción en el cual las autoridades no tienen derecho a intervenir y la segunda vinculada a la exigencia de no hacer públicas las acciones que en dicho ámbito se desarrollan. Es necesario considerar esas dos manifestaciones como guías para que determinadas conductas no se estimen peligrosas penalmente.

Es útil una clasificación de los derechos humanos en la cual se considere que ciertas conductas no son susceptibles de ser delitos y si así están tipificadas proceda su descriminalización o despenalización por transgredir uno o varios derechos humanos. La clasificación que se propone es la siguiente:

- 1). Si un derecho humano no se encuentra limitado en el texto constitucional no procede limitarlo en una ley penal secundaria.
- 2). Si está limitado en ciertas proyecciones y el tipo penal las excede, entonces existe argumento en favor de cancelar el tipo.

3). Si la limitación es por remisión a la ley secundaria y ésta tipifica un delito que se estima viola la garantía de que se trata, entonces no es legítimo sostener -porque sería una falacia de petición de principio-, que la tipificación penal está autorizada en el precepto constitucional, pues es precisamente la cuestión sometida a juicio.

- **Criterios derivados de la exigencia de sistematicidad en la ley penal.** Otros criterios se derivan de la propia legislación penal en cuanto se considera un sistema de normas. En efecto, como sistema le corresponden las características de ser consistente, completo e independiente. Si se advierte alguna trasgresión a estas características se presentaría una buena razón para proceder a la descriminalización o despenalización.

2.4.2 Análisis de las actitudes de descriminalizar y despenalizar.

Con el propósito de avanzar una actitud de descriminalizar o despenalizar el Código Penal Boliviano, así como para señalar cuales serían los regímenes a los cuales pasarían las conductas inicialmente consideradas delitos y respecto de las cuales ya no existe reproche penal, registramos los siguientes criterios:

- **Pleno reconocimiento jurídico y social de la conducta establecida como delito.** En esta actitud existen razones que legitiman social y jurídicamente la conducta que había sido establecida como delito, de tal manera que cobra pleno reconocimiento y se le protege con los medios legales adecuados.
- **Reconocimiento jurídico.** En la actitud de reconocimiento jurídico una conducta que estaba prohibida con todas las implicaciones legales, deja de estarlo y se permite expresamente; es posible que las autoridades estatales tengan además de la obligación de no intervenir en el desarrollo de la misma

la de ofrecer facilidades para su realización. En esta actitud se pasa al régimen de legalización de la conducta correspondiente, aun cuando se tenga la obligación de cumplir ciertos requisitos para realizar el acto.

- **Indiferencia jurídica.** En la actitud de indiferencia jurídica una conducta prohibida penalmente con todas las consecuencias legales, deja de estarlo por una decisión legislativa y no se adopta un régimen expreso para tal comportamiento; en virtud del principio de que no hay delito sin ley, al quitar la prohibición penal y no legislarse sobre el particular, la conducta queda permitida independientemente de las consecuencias civiles o administrativas ya reguladas.
- **Reconocimiento jurídico condicional y restrictivo.** En esta actitud la prohibición penal queda cancelada y procede regular la conducta correspondiente en reglamentos o leyes de carácter administrativo, ya sea para sancionarlas como faltas o para otorgar autorización de realizar la conducta anteriormente prohibida, si se cumplen ciertos requisitos.
- **Disuasión.** La conducta objeto de reproche penal se cancela y se pretende evitarla a través de la fiscalización; es decir, se permite legalmente pero deben cubrirse pagos elevados en concepto de contribuciones para poder realizar la conducta de que se trata, aun cuando el propósito principal es disuadir ese tipo de comportamientos.
- **Prohibición jurídica civil o administrativa.** En esta actitud de desregulación penal la conducta constitutiva de delito deja de serlo y se establecen consecuencias civiles o administrativas para los casos de incumplimiento de la acción prohibida u obligatoria en la nueva consideración jurídica.

- **Imposición de un tratamiento.** En esta actitud se quita la prohibición penal y se sustituye por medicación en términos generales o terapias psiquiátricas o psicológicas.

CAPITULO III

PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL CODIGO PENAL BOLIVIANO

3.1. FUNDAMENTOS PARA LA REFORMA PENAL

Toda sociedad humana produce conflictos entre sus miembros, la mayoría de los cuales, se resuelven sin la participación del Estado, sin embargo cuando el conflicto es de índole jurídico penal, el Estado para resolverlo se arroga el monopolio del poder punitivo.

Los alcances y límites del derecho de penar del Estado, en un tiempo y lugar determinado, responden, necesariamente a la naturaleza y esencia del sistema político imperante, si el régimen es autoritario su sistema penal también lo será, por el contrario si el sistema político es democrático sus instituciones jurídicas también lo serán o tendrán como meta serlo. En síntesis, la decisión política que defina el sistema, debe optar básicamente por dos alternativas: primar el interés público y fortalecer el poder del Estado en la persecución penal aún negando los derechos del individuo, o en otorgarle al individuo las suficientes garantías para que enfrente a ese poder punitivo, preservando su dignidad de persona en un plano en el que no se vea absolutamente desprotegido frente a las instituciones públicas de la persecución penal.

La Constitución Política del Estado de Bolivia, catalogada en términos generales como desarrollada, establece como no podía ser de otra manera, derechos y garantías de la persona y consagra principios que deben regir el proceso penal, que se constituyen en verdaderas limitantes del poder punitivo del Estado, son presupuestos básicos de la función represiva del Estado: debido proceso, juez natural e independiente, principio de legalidad, principio de presunción de inocencia, inviolabilidad de la defensa. En síntesis la Constitución formal vigente persigue la consolidación de un Estado de Derecho, entendiéndose por éste a todos aquellos “principios y procedimientos que garantizan la libertad individual y la participación en la vida política”.

Sin embargo, de los propósitos constitucionalmente planteados, el sistema procesal penal establecido por el Código de Procedimiento Penal promulgado según D.L. No. 10426 de fecha 24 de agosto de 1973, que se inscribe dentro del sistema procesal penal denominado mixto o inquisitivo reformado, no ha sido el instrumento idóneo para la realización de la primacía constitucional, el divorcio entre Constitución y proceso penal ha sido tal, que por más de 25 años el Estado boliviano “administró justicia penal”, con criterios que desconocen la presunción de inocencia y condición natural de libertad y dignidad del hombre, tal es así que por el solo hecho de una sindicación de comisión u omisión criminal el imputado es tratado, desde el primer acto de la prevención como culpable, sometido al injusto y humillante cumplimiento de graves y anticipadas penas restrictivas de sus elementales derechos (detención preventiva, arraigo, anotación de todos sus bienes), obligado a demostrar su inocencia y destruir la presunción de culpabilidad que sobre él pesa, hipótesis sobre la que actúan policías, fiscales y jueces, que reúnen en sí funciones: represivas, de investigación, de acusación y de decisión.

Se ha llegado a aplicar el Antiguo Código de Procedimiento Penal por encima de la Constitución, con la agravante de que se reproducen formas de tramitación de las causas excesivamente formalistas, casi ritualistas, sin que se dé lugar a la aplicación de los principios de celeridad, concentración e inmediación. El resultado: Un sistema que no responde al diseño constitucional, que no genera confianza, que es inaccesible, que no valora ni respeta la condición humana de las partes, que obvia por completo a la víctima y sin capacidad de responder los anhelos ciudadanos de justicia pronta y transparente.

El nuevo Código de Procedimiento Penal pretende la realización de la Constitución formal, es decir, busca instrumentar una Constitución real, a través de un sistema que diferencia claramente las funciones de acusación, defensa e investigación, generando mecanismos de control jurisdiccional de la investigación, permite una amplia

participación ciudadana, busca eficiencia en la solución del conflicto penal, pero por sobre todo, destaca la condición humana de los involucrados en el proceso penal.

El nuevo instrumento legal que regula el proceso penal establece una reforma estructural del sistema de justicia penal en Bolivia, por ello engloba muchos aspectos relevantes que de forma aislada no pueden ser adecuadamente comprendidos, las instituciones que reforma radicalmente, como las medidas cautelares, las novísimas que incorpora, como las de salidas alternativas y la conformación de Tribunales escabinos, como las que nos resultan familiares, cuando menos en la redacción de los textos legales, (publicidad, celeridad, continuidad y oralidad del plenario), se sustentan en principios que coherentemente han sido estructurados en el nuevo instrumento procesal, que consagra el sistema procesal penal acusatorio, público y contradictorio.

El eje central de las reformas es la persona humana, sea imputado o víctima, de manera tal que la autoridad que resuelva el conflicto entre esos principales actores del problema jurídico penal, vuelque sus ojos fundamental y esencialmente a ellos y las circunstancias que les rodearon, son las personas la que deben de interesar y no los expedientes que sobre su particular situación se formaron dilatoriamente, así, normalmente se pierde la perspectiva de que esa particular situación puede ser dramática y dolorosa.

Si analizamos con esa óptica la reforma que contiene el nuevo Código de Procedimiento Penal y sus instituciones, la clara división de funciones de investigación, acusación y decisión, las etapas que conforman el proceso, el régimen cautelar que se establece, las salidas alternativas que se proponen, la participación con iguales derechos y obligaciones de jueces técnicos y ciudadanos tienen una lógica razón de ser.

En un sistema social y político como el nuestro, donde el ciudadano, se siente marginado de las decisiones, donde la persona se siente excluida del sistema, se siente utilizado mediante el voto; siente ser mero elector y no partícipe en la toma de decisiones públicas, que se hable de un sistema procesal penal que le brinda al imputado todos los derechos y garantías, que se establezca obligaciones del Estado para con la víctima a quien se la dimensiona con justicia en toda su magnitud humana.

La incorporación de jueces legos en el proceso penal constituye una variante de tal impacto que el tema llama a las más acaloradas discusiones, pero es que no resultaría coherente el nuevo sistema, sin un control ciudadano claramente establecido, en el que las pruebas, que han de definir en última instancia, la veracidad o no de la acusación, se produzcan ante tribunales compuestos sólo por profesionales del derecho que cumpliendo requisitos legales ejercen de forma permanente la función jurisdiccional y por ello que la incorporación de ciudadanos ajenos a la profesión del abogado, no destaca únicamente el reconocimiento a la valía de nuestra población y el fundamental aporte que pueden brindar a la Justicia sino también “se acerca la justicia penal a la realidad social, pues al generar el tránsito del lenguaje estrictamente técnico y hermético del jurista hacia el lenguaje común, no sólo se facilita la comprensión y significación del orden jurídico, sino que se facilita y promueve también una labor educativa que debe cumplir la administración de justicia, labor que únicamente es posible, en la medida en que esa función, pueda ser comprendida por la sociedad toda”, además de que la actividad probatoria debe realizarse en audiencias públicas, abiertas a todo ciudadano que desee presenciar el juicio, se tratan de mecanismos de control social más efectivos que garantizan una participación ciudadana que responde a un Estado sustentado en principios y valores democráticos.

Sin embargo, todo el mérito de la innovación que representa el Código de Procedimiento Penal en actual vigencia, reducido por la vigencia del Código Penal

que mantiene en su conformación, figuras delictivas de escasa relevancia penal que por estar incluidas exigen que el órgano jurisdiccional no pueda apartarse de su persecución, con el consiguiente incremento de causas penales y la obvia retardación de justicia.

Por ello debe considerarse que uno de los objetivos principales de la reforma parcial del Código Penal realizada a través de ley N° 1768, de 10 marzo de 1997, consistió en la modernización de las disposiciones concernientes al hecho punible. En esta reforma, se mantuvo casi intacto el sistema de las sanciones penales, con excepción de: la actualización correspondiente a la supresión de la pena de muerte; la reconfiguración de la pena de multa a través del sistema de los días multa; y la regulación de las condiciones para hacer efectivo el cumplimiento de la pena de Prestación de Trabajo.

Surge de todo lo expuesto, la necesidad de una reforma integral del Código Penal en la parte General que debería sustentarse en la modificación del sistema de sanciones penales, procurando alcanzar un régimen penal eficaz y humano, caracterizado principalmente por:

- a) La determinación de los alcances del principio de culpabilidad como elemento de delito, fundamento de la pena y parámetro determinante de su medida legítima, a través de los institutos penales del error, la individualización de la pena y el llamado perdón judicial.
- b) La diferenciación de penas y medidas de seguridad en cuanto a sus presupuestos, fundamentos, finalidades y formas de ejecución; y la forma racional de combinarlas en determinadas situaciones en la que se puedan imponer conjuntamente.
- c) La racionalización de la pena de privación de libertad a través de: i) el establecimiento de penas alternativas a las penas cortas privativas de libertad;

y ii) la fijación de un tope legal a la pena privativa de libertad compatible con la finalidad de resocialización o readaptación social del condenado.

Con relación a la parte Especial, la reforma debe basarse en:

- a) La redefinición de la sistemática de los tipos penales, sobre la base de los delitos contra las personas y no contra el Estado; revalorizando a la persona y sus derechos fundamentales con objeto central de la protección penal.
- b) La proporcionalidad y congruencia de las escalas penales particulares, sobre la base de la gravedad de los delitos según que los mismos lesionen bienes personales, sociales o institucionales. Como la regla: bienes sociales y, estos últimos, lo propio con relación a bienes institucionales; i) la cantidad de bienes jurídicos lesionados; ii) la forma de afectación de los bienes jurídicos; y iii) las circunstancias de agravación y atenuación.
- c) La depuración de tipos penales irrazonablemente abiertos o de aquellos que pertenecen con mayor propiedad a la categoría de contravenciones o faltas y no a la de delitos, o de aquellos que ha caído en desuso o cuyo mantenimiento en el código Penal ya no se justifica según las valoraciones sociales actuales y predominantes.

Parafraseando a Enrique Bacigalupo, en cuanto a la metodología de la reforma, podemos decir que debe renunciarse a codificar una determinada interpretación dogmática del Código vigente en lo referente al hecho punible, dejando deliberadamente abiertas las cuestiones en la que el legislador no puede imponer una solución definitiva porque el estado de las discusiones lo hace aún prematuro, o bien porque no es una cuestión susceptible de solución legislativa, y en cuanto a los lineamientos filosóficos de la misma podemos decir.

- a) Que nuestro Código Penal requiere un modelo de reforma, cuyo lenguaje científico comience por desterrar expresiones que traducen una actitud irracional frente al problema del delito.
- b) Que es preciso terminar con la creencia de que el derecho penal es un “arma” y que su función es la “lucha contra la delincuencia”, en lo que se afirma la creencia científicamente falsa de que los delincuentes son un grupo determinado y preciso de enemigos de la sociedad.
- c) Que el problema pena no se define hoy en día a través de la imagen del enfrentamiento de policías y ladrones sino como una cuestión mucho más compleja de política social que debe encararse, ante todo, desde puntos de vista muy distintos si es que quiere encontrársele una solución que a la vez no sea un peso sobre nuestras conciencias.
- d) Que hace ya tiempo dijo Nietzsche: “Nuestro delito contra los delincuentes es tratarlo como canallas”.

3.2 IDENTIFICACIÓN DE TIPOS PENALES SEGÚN EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO

- DELITOS CONTRA LAS PERSONAS: Bienes Jurídicos Protegidos: la vida, la integridad psico - física de las personas.
- DELITOS CONTRA EL HONOR: El bien jurídico tutelado. El concepto amplio de honor.
- DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL: Bien jurídico protegido: la "libertad sexual".

- DELITOS CONTRA EL ESTADO CIVIL: El Estado Civil como bien jurídico protegido.
- DELITOS CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL: La libertad como bien jurídico protegido.
- DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD: Bien jurídico protegido: la propiedad privada.
- DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD COMÚN: El bien jurídico tutelado: seguridad jurídica y seguridad común. Peligro común. Peligro abstracto y peligro concreto.
- DELITOS CONTRA LA SALUD PUBLICA: El bien jurídico protegido: la salud pública.
- DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DEL ESTADO: El bien jurídico protegido: la seguridad del Estado.
- DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: La protección penal de la administración pública: función pública, administración pública y servicio público.
- DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA: El bien jurídico protegido: la fe pública en los instrumentos y documentos de valor legal.

3.3 IDENTIFICACIÓN DE TIPOS PENALES CON PENAS MENORES O IGUALES A DOS AÑOS

- Artículo 116.- (DELITO POR CULPA).- Reclusión de seis meses a dos años.
- Artículo 123.- (SEDICIÓN).- Reclusión de uno a dos años (segundo párrafo).
- Artículo 129.- (ULTRAJE A LOS SÍMBOLOS NACIONALES).- Reclusión de seis meses a dos años.
- Artículo 130.- (INSTIGACIÓN PÚBLICA DE DELINQUIR).- Reclusión de un mes a un año y reclusión de tres meses a dos años.
- Artículo 131.- (APOLOGÍA PÚBLICA DE UN DELITO).- Reclusión de un mes a un año.
- Artículo 132.- (ASOCIACIÓN DELICTUOSA).- Reclusión de seis meses a dos años.
- Artículo 136.- (VIOLACIÓN DE INMUNIDADES).- privación de libertad seis meses a dos años
- Artículo 137.- (VIOLACIÓN DE TRATADOS, TREGUAS ARMISTICIOS O SALVOCONDUCTOS).- Privación de libertad de seis meses a dos años
- Artículo 140.- (ENTREGA INDEBIDA DE PERSONA).- Privación de libertad de uno a dos años.
- Artículo 141.- (ULTRAJE A LA BANDERA, EL ESCUDO O EL HIMNO DE UN ESTADO EXTRANJERO).- Reclusión de tres meses a un año.
- Artículo 144.- (MAVERSACIÓN).- Reclusión de un mes a un año.
- Artículo 152.- (EXACCIONES).- Reclusión de un mes a dos años
- Artículo 153.- (RESOLUCIONES CONTRARIAS A LA CONSTITUCIÓN Y A LA LEYES).- Reclusión de un mes a dos años.

- Artículo 154.- (INCUMPLIMIENTO DE DEBERES).- Reclusión de un mes a un año
- Artículo 155.- (DENEGACIÓN DE AUXILIO).- Reclusión de seis meses y dos años
- Artículo 156.- (ABANDONO DE CARGO).- Reclusión de un mes a un año.
- Artículo 159.- (RESISTENCIA A LA AUTORIDAD).- Reclusión de un mes a un año.
- Artículo 161.- (IMPEDIR O ESTORBAR EL EJERCICIO DE FUNCIONES).- Reclusión de un mes a un año.
- Artículo 162.- (DESACATO).- Privación de libertad de un mes a un año.
- Artículo 164.- (EJERCICIO INDEBIDO DE PROFESIÓN).- Privación de libertad de uno a dos años.
- Artículo 170.- (SOBORNO).- Reclusión de uno a dos años.
- Artículo 171.- (ENCUBRIMIENTO).- Reclusión de seis meses a dos años.
- Artículo 172.- (RECEPTACION).- Reclusión de seis meses a dos años.
- Artículo 178.- (OMISIÓN DE DENUNCIA).- Reclusión de tres meses a un año.
- Artículo 180.- (EVASIÓN).- Reclusión de seis meses a dos años.
- Artículo 183.- (QUEBRANTAMIENTO DE SANCION).- Privación de libertad de tres meses a dos años.
- Artículo 184.- (INCUMPLIMIENTO Y PROLONGACIÓN DE SANCION).- Reclusión de un mes a un año.

- Artículo 185.- (RECEPCIÓN Y ENTREGA INDEBIDA).- Reclusión de un mes a un año.
- Artículo 194.- (FALSIFICACIÓN DE BILLETES DE EMPRESAS PÚBLICAS DE TRANSPORTE).- Reclusión de un año seis meses.
- Artículo 195.- (FALSIFICACIÓN DE ENTRADAS).- Reclusión de un y seis meses.
- Artículo 197.- (UTILES PARA FALSIFICAR).- Reclusión de seis meses a dos años.
- Artículo 201.- (FALSEDAD IDEOLÓGICA EN CERTIFICADO MÉDICO).- Reclusión de un mes a un año y reclusión de seis meses a dos años
- Artículo 210.- (CONDUCCIÓN PELIGROSA DE VEHÍCULOS).- Reclusión de seis meses a dos años.
- Artículo 218.- (EJERCICIO ILEGAL DE LA MEDICINA).- Reclusión de tres meses a dos años.
- Artículo 202.- (FORMAS CULPOSAS).- Reclusión de seis meses a dos años.
- Artículo 222 (INCUMPLIMIENTO DE CONTRATOS).- Reclusión de tres meses a dos años.
- Artículo 224.- (CONDUCTA ANTIECONÓMICA).- Reclusión de tres meses a dos años segundo párrafo.
- Artículo 247.- (INDUCCIÓN A FUGA DE UN MENOR).- privación de libertad de un mes a un año.
- Artículo 248.- (ABANDONO DE FAMILIA).- Reclusión de seis meses a dos años.

- Artículo 249.- (INCUMPLIMIENTO DE DEBERES DE ASISTENCIA).- Privación de libertad de seis meses a dos años.
- Artículo 261.- (HOMICIDIO Y LESIONES GRAVES Y GRAVÍSIMAS).- Reclusión de un año a dos años párrafo tercero.
- Artículo 271.- (LESIONES GRAVES Y LEVES).- Reclusión de seis meses a dos años párrafo segundo.
- Artículo 277.- (CONTAGIO VENÉREO).- privación de libertad de un mes a un año
- Artículo 278.- (ABANDONO DE MENORES).- Reclusión de tres meses a dos años
- Artículo 279.- (ABANDONO POR CAUSA DE HONOR).- Reclusión de un mes a un año
- Artículo 280.- (ABANDONO DE PERSONAS INCAPACES).- Reclusión de un mes a dos años.
- Artículo 281.- (DENEGACION DE AUXILIO).- Reclusión de un mes a un año.
- Artículo 292.- (PRIVACIÓN DE LIBERTAD).- Reclusión de seis meses a dos años.
- Artículo 293.- (AMENAZAS).- Reclusión de tres a dieciocho meses.
- Artículo 294.- (COACCION).- Reclusión de seis meses a dos años.
- Artículo 295.- (VEJACIONES Y TORTURAS).- privación de libertad de seis meses a dos años.

- Artículo 298.- (ALLANAMIENTO DEL DOMICILIO O SUS DEPENDENCIAS).- Privación de libertad de tres meses a dos años.
- Artículo 300.- (VIOLACIÓN DE LA CORRESPONDENCIA Y PAPELES PRIVADOS).- Reclusión de tres meses a un año. Párrafo primero.
- Artículo 301.- (VIOLACION DE SECRETOS EN CORRESPONDENCIA NO DESTINADA A LA PUBLICIDAD).- Privación de libertad de tres meses a una año.
- Artículo 302.- (CONDUCTA CULPOSA).- Privación de libertad de tres meses a un año.
- Artículo 305.- (CONDUCTA CULPOSA).- Reclusión de tres meses a dos años.
- Artículo 306.- (VIOLENCIA O AMENAZAS POR OBREROS Y EMPLEADOS).- Reclusión de tres meses a dos años.
- Artículo 311.- (SUBSTITUCIÓN DE PERSONA).- Privación de libertad de seis meses a dos años.
- Artículo 214.- (RAPTO IMPROPIO).- Reclusión de seis meses a dos años.
- Artículo 315.- (CON MIRA MATRIMONIAL).- Reclusión de tres a diez y ocho meses.
- Artículo 320.- (CORRUPCIÓN DE MAYORES).- Reclusión de tres meses a dos años
- Artículo 323.- (ACTOS OBSCENOS).- Reclusión DE tres meses a dos años.
- Artículo 324 (PUBLICACIONES Y ESPECTÁCULOS OBSCENOS).- Reclusión de tres meses a dos años

- Artículo 340.- (DEFRAUDACIÓN DE SERVICIOS O ALIMENTOS).- Reclusión de uno a dos años.
- Artículo 346.- (ABUSO DE CONFIANZA).- Reclusión de tres meses a dos años.
- Artículo 352.- (ALTERACIÓN DE LINDEROS).- Reclusión de tres meses a dos años.
- Artículo 354.- (USURPACIÓN DE AGUAS).- Reclusión de tres meses a dos años.
- Artículo 357.- (DAÑO SIMPLE).- Reclusión de un mes a un año.
- Artículo 360.- USURA).- Reclusión de tres meses a dos años.
- Artículo 362.- (DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL).- Reclusión de tres meses a dos años.
- Artículo 363.- (VIOLACIÓN DE PRIVILEGIO DE INVENCION).- Reclusión de tres meses a dos años.

Nuestro sistema de penas evidencia una desproporción manifiesta a favor de la conminación de penas privativas de libertad de presidio y reclusión, la que ascienden a un total de 214 penas; luego se ubica la pena de multa con un total de 58 penas; y, por último, la pena de prestación de trabajo con un total de 15 penas. Este panorama demuestra que es prácticamente irrelevante para el conjunto de sistemas la aplicación de penas diferentes a las privativas de libertad

En este contexto, el sometimiento de un hombre a privación de libertad hasta treinta años determina a que por lo general la resocialización carezca de sentido, pues el tiempo útil de vida que resta no permitirá seguramente que el condenado pueda obtener condiciones dignas en la vida social en libertad.

El equilibrio en esta materia consiste en fijar un máximo legal de pena privativa de libertad que, sin descuidar el objetivo de la prevención general en cuanto al aspecto de la conminación en si misma de la pena, atienda satisfactoriamente los requerimientos de resocialización en el aspecto de su imposición y ejecución.

Como elementos orientadores para este debate se pueden mencionar imposibilidad de un conocimiento evidente de la medida de la culpabilidad eliminen toda duda respecto a si en el caso se ha alcanzado el más alto grado de culpabilidad que justifique la separación definitiva del condenado de la vida social no se ha demostrado, que desde un punto de vista prevén en general, la pena perpetua de privación de libertad tenga una mayor eficacia que la pena temporal; y aún cuando se permita la libertad condicional largo tiempo que se exige de cumplimiento de la pena hace poco probable reinserción del condenado en la vida social.

3.4. DESPENALIZACIÓN EN EL CODIGO PENAL BOLIVIANO

Es necesario actualizar el Código Penal mediante la depuración de tipos penales irrazonablemente abiertos; de aquellos cuya gravedad y características responden con mayor propiedad a la figura de una contravención o falta; y de aquellos que no tienen aplicación práctica efectiva o no responden a valoraciones sociales contemporáneas y predominantes.

Con relación a la apertura irrazonable, por ejemplo, el Art. 297 del Código Penal prescribe: “el que por cualquier medio atentare contra libertad de enseñanza, será sancionado con reclusión de seis meses a tres años y multa de treinta a cien días”.

Con relación a los que no tiene aplicación práctica, por ejemplo, el art. 311 del Código Penal prescribe: “el que tuviere acceso carnal con la mujer por medio de engaño o error acerca de la persona, incurrirá, en privación de libertad de seis meses a dos años”.

Con relación a los que responde al prototipo de una contravención, por ejemplo, el art. 240 del Código Penal prescribe. “El que consumiere bebidas o alimentos en establecimientos donde se ejerza ese comercio, o se hiciere prestar o utilizare un servicio cualquiera de los de pago inmediato y no lo abonare al ser requerido, será sancionado con reclusión de una a dos años y multa de treinta a cien días”. O el art. 210 de Conducción peligrosa de vehículos.

Con relación a valoraciones sociales predominantes acerca de las conductas merecedoras de pena, por ejemplo, el Art. 240 relativo a la bigamia y el art. 263 sobre el aborto, del Código Penal, constituyen material interesante para una discusión sobre esta problemática.

Otro problema consiste en que si bien los principios y reglas de la Parte General del Código Penal son de aplicación también a estas materias, al encontrarse reguladas de manera aislada e independiente, se facilita una aplicación desnaturalizada de estas disposiciones especiales a través de excepciones al régimen general claramente no se justifican tratándose de los delitos incluidos en el Código Penal, como pueden ser, por ejemplo, las aplicaciones relativas a los institutos de la tentativa, participación criminal, condena condicional, perdón judicial, individualización de la pena, y otros.

Con relación a las contravenciones o faltas podrían discutirse la conveniencia de regular en el Código Penal una parte General relativa a estos hechos punibles de menor entidad, quedando librada a la legislación especial la configuración concreta de las mismas, particularmente por razones de interés público relativo a mortalidad, salubridad, progreso, seguridad y orden.

En resumen diremos que la pena se ha convertido en un medio tan cuestionable para la solución de conflictos sociales, que es preciso reservar las primeras instancias a la política social y dar al derecho penal el carácter de ultima ratio de esta.

3.5 APLICACIÓN DE SANCIONES ALTERNATIVAS

Con la finalidad de viabilizar la reforma penal en Bolivia es necesario que el legislador pueda expedir un régimen legal general sustitutivo de penas, basado en el criterio de proporcionalidad. La infracción es una hipótesis ideal, el acto típico está contemplado por la norma penal para el sujeto infractor en general, la pena (sanción) cede excepcionalmente ante determinados sujetos que fundamentalmente se presumen inintencionados o inconscientes del acto dañoso. Esta es la primera relación de proporcionalidad que existe entre el delito tipificado y la sanción correspondiente.

De la misma manera, debe existir una proporcionalidad entre la ejecución de la sanción con la sanción misma y con el sujeto a quien se aplica la sanción. La ejecución de una pena puede sustituirse cuando se trate de sujetos que, por situaciones especiales de vulnerabilidad puedan ser objeto de una desigualdad, y en consecuencia producir efectos negativos en su integridad física y psicológica; en la legislación penal comparada usualmente quienes son sujetos de un régimen alternativo de penas son los ancianos, mujeres embarazadas, niños, discapacitados y sujetos que presenten deficiencias mentales.

En general, del concepto negativo de la pena como una medida que la sociedad adopta para "vengarse" de aquel que altera el orden y seguridad ciudadanas, se ha pasado al concepto de pena como medida de rehabilitación y reinserción social del sujeto. En las nuevas tendencias en materia penal, a los sujetos infractores no se los denomina ya como delincuentes sino como desadaptados sociales. Esto explica porque, en aquellos casos de sujetos con vulnerabilidades específicas, la ejecución de la pena es sustituida por medidas alternativas como una forma de prevenir un efecto dañino en el sujeto infractor, que, desde luego, cercenaría la posibilidad de reinsertarlo en la sociedad civil nuevamente.

No cabría aceptar un régimen sustitutivo de penas para altos directivos vinculados a funciones públicas o para cargos de elección popular; la ley crea especialmente para

éstos un privilegio (inmunidad o fuero) durante el ejercicio de sus mandatos, porque se infiere que de la función misma que ostentan podrían verse abocados a mayor presión política o injerencia de otros poderes. Acabado el ejercicio del cargo, y acabada la única posible razón por la cual está justificada una desigualdad para éstos, es lógico que ese privilegio quede también concluido (la ley en algunos casos alarga ese fuero algunos años posteriores al término del cargo). Estos ciudadanos que ejercían un mandato popular o un alto cargo estatal, y que por ello se habían colocado en una situación desigual frente a los demás miembros de la sociedad (privilegio legal), vuelven al término de su mandato, a su posición originaria equiparada a la del ciudadano común, con el mismo goce de derechos y obligaciones. Si la ley autoriza un régimen de desigualdad para estos funcionarios, permitiendo que la ejecución de la pena sobre ellos sea sustituida por medidas alternativas (arresto domiciliario, obligación de presentarse ante un Juez o Tribunal, libertad controlada, etc.), estaría creándose una desigualdad innecesaria, pues en vez de equiparar un estado de vulnerabilidad, "leit motiv" para que el Estado actúe a favor de grupos desfavorecidos, estaría creando una descompensación entre ciudadanos y "ciudadanos" (ex-mandatarios, ex-directivos estatales) que rompería con el principio constitucional de proporcionalidad e igualdad ante la ley.

CONCLUSIONES

1. **PRIMERA.-** Uno de los temas olvidados es el problema carcelario, quizá, porque pierde magnitud frente a otros de mayor entidad, y no se ha buscado soluciones adecuadas.
2. **SEGUNDA.-** Los sistemas de Administración de Justicia aplican como regla la privación de libertad como sanción, cuando en realidad debería ser el último método previsto. A esto se le ha llamado "una cultura del encierro" que existe en la región y con la cual se pretende falsamente darle solución a una dinámica social muy compleja. Por ello, la respuesta estatal que encuentran aquellas conductas transgresoras, es la cárcel, haciendo uso y abuso de la prisión para toda conducta delictiva. Ante ello, se propone crear institutos jurídicos sustitutos de la prisión y de aplicación previa a la privación de libertad. Además se considera importante para aquellos casos que ya están dentro del sistema, fortalecer los procesos de desinstitucionalización del cumplimiento de la pena en forma distinta a la privación de libertad.
3. **TERCERA.-** La sobrepoblación penitenciaria implica violación a Derechos Humanos fundamentales de las personas privadas de libertad y graves condiciones laborales para el personal penitenciario. Por lo que se considera necesario impulsar la implementación y aplicación de sanciones alternativas a la privación de la libertad. Asimismo se requiere impulsar la despenalización de algunas figuras jurídicas que no ocasionan mayor reacción social.

Es necesario establecer como estrategia la necesidad de concientizar a políticos, medios de comunicación colectivas y otros sectores de la sociedad civil sobre las condiciones adversas de vida en las cárceles. Además se analizó

la necesidad de abrir las cárceles a la sociedad civil en general. Ante ello se vio la necesidad de propiciar una participación significativa de la sociedad en la vida cotidiana de los centros penitenciarios, judicializar la ejecución de la pena y crear criterios técnicos que determinen la capacidad máxima de las cárceles y su imposibilidad de recepción de más personas a este límite establecido.

CUARTA.- El Código Penal boliviano, contempla una variedad de tipos penales que tienen conminadas penas de reclusión de corta duración, que oscilan entre un mes y dos años. Teniendo en cuenta la realidad de nuestro sistema penitenciario en el que, la ejecución de la pena privativa de libertad no contribuye con el objetivo de la reintegración social del condenado ya que el hacinamiento, contribuye al contagio delincencial, la falta de higiene, de asistencia médica, de ocupación laboral dentro del recinto como fuera del mismo, la ausencia de un adecuado tratamiento tendente a orientar al interno a la reinserción a la comunidad, convierten a la pena privativa de libertad en el peor mecanismo para lograr los fines de la pena como es la resocialización del condenado y peor si se trata de las penas cortas privativas de libertad ya que estas por el corto tiempo de duración no resocializan y menos aún reeducan, todo lo contrario, quien sufre la pena comienza a identificarse en ese ámbito y adquirir y fomentar nuevas conductas antisociales que emergen del mundo en el cual se hallan inmersos.

PROPUESTA

Mediante el presente trabajo se persigue establecer y regular diversas variantes en la aplicación de las sanciones penales. Las penas alternativas de prisión consistentes en: MULTA, TRABAJO A FAVOR DE LA COMUNIDAD, de esta manera ofrecer oportunidades de desarrollo personal e integración social a quienes, por haber cometido ilícitos menores que no ameritan una respuesta carcelaria por parte del Estado, puedan cumplir una sanción penal sin necesidad de estar en prisión. Creando un apartado dentro del Código penal en el que se establezcan las figuras que pueden ser tratadas dentro de Un Derecho Administrativo Sancionador.

Con las alternativas de prisión se amplía el espectro de penas que la autoridad judicial pueda imponer y se facilita una mayor racionalidad e eficiencia del sistema penitenciario. Esto se traduciría en la disminución de la sobre población en los centros de reclusión, sumado a la posibilidad de proporcionar una mejor atención a los internos que permanezcan en ellos. Asimismo, se reducirá el gasto publico que significa el manteniendo de una persona privada de libertad, todo ello bajo una perspectiva que la prioridad a la función restitutoria de la pena sobre la función aflictiva, en congruencia con los criterios políticos-criminológicos y el derecho penal comparado que aprecian a dicha pena vinculada con hechos delictivos de menor gravedad.

Con la reforma propuesta, la sociedad tendrá una mejor garantía de que al tiempo que los delitos no queden impunes, los sentenciados se vean obligados a realizar actividades encaminadas al beneficio de la comunidad con lo que se evitarán las influencias nocivas que conlleva el internamiento, que en ocasiones conducen a una mayor inseguridad pública de la que se que quiso combatir con su reclusión. De esta manera, la reforma se inscribe

también en el marco de las tareas del Estado para la prevención del delito, y por lo tanto, son mas razonables y humanitarias.

La iniciativa establece que en el régimen de las penas existan las alternativas, de manera que una porción de la población penitenciaria que en las condiciones actuales cumple inevitablemente una pena de prisión, lo haga mediante cualquiera de los dos sustitutos penales propuestos como son la multa y la prestación de trabajo.

Para la procedencia de la sustitución de la pena privativa de libertad por multa se exige que el sentenciado pague la misma, además de la reparación de los daños y perjuicios, o los garantice debidamente. Sin embargo la conversión de la multa en prisión por falta de pago prevista en el Art. 30 del Código Penal boliviano, no permite hacer ninguna excepción incluso frente a quienes no pueden pagar una multa, por carecer de recursos económicos, lo cual implicaría una privación de libertad por razones de pobreza. Por esto mismo, este artículo genera un problema social en virtud de que no existen mecanismos eficaces para exigir que una persona condenada por un delito menor, pague el monto de la multa que se le llegue a imponer, por ello es necesario que también se pueda sustituir la pena de multa por Prestación de trabajo a la comunidad.

Al condicionarse el otorgamiento de sustitutivos penales al pago de la reparación del daño, se reconoce una justa dimensión del derecho que a ella tiene la víctima, pero tal protección no debe llevar al absurdo de que cuando sea materialmente imposible que el sentenciado repare o garantice el daño ocasionado, se le impida acogerse al régimen de las penas alternativas de prisión, ya que entonces la desigualdad socio-económica actuaría como variable generadora de discriminaciones en el acceso a las penas alternativas.

Por esto mismo será una gran preocupación en nuestro país de que estas conductas ilícitas sancionadas con multa queden impunes por falta de mecanismos jurídicos y prácticos para hacer cumplir la pena.

Basándose que son razones de política criminal en la proporcionalidad de la respuesta penal del Estado a la entidad del daño producido y que resultaría desproporcionado y contrario a una adecuada política criminal que los hechos delictivos de menor trascendencia reciban el mismo tratamiento penal sustantivo que los delitos más graves.

Igualmente la pena de prestación de trabajo, cuya característica consiste en que el autor es condenado a la prestación de determinados servicios, estableciéndose que este trabajo podrá llevarse a cabo en cualquier horario, mientras su duración no exceda el máximo de la jornada de trabajo ordinaria, ni sea incompatible con las actividades habituales del sujeto, con lo que se satisface el legítimo interés del sentenciado de que se le individualice la carga de trabajo comunitario; al mismo tiempo la sociedad se beneficiará con la prestación de algunos servicios que le son necesarios y útiles, siendo ineludible su consentimiento. Esta última exigencia se explica, entre otros motivos, porque la imposición de un trabajo contra la voluntad del condenado se considera poco adecuada desde el punto de vista resocializador. El mal de la pena reside en la privación del tiempo libre del delincuente. Junto a ello se llama la atención, también sobre el carácter reparador que el trabajo social representa para la comunidad. Por otra parte, se entiende que esta pena facilita la resocialización de una actividad habitual. Además, se espera que por esta vía el condenado consiga una mayor confianza en si mismo y desarrolle el sentido de la responsabilidad social.

De esta forma se establece una congruencia entre la gravedad de las penas privativas de libertad y las penas alternativas aplicables en cada caso, de

acuerdo con el principio de proporcionalidad, según el cual la respuesta penal ha de ser coherente con la acción delictiva.