

Primera parte: Introducción

Capítulo 1

Nociones fundamentales

§ 1. Derecho penal

A. Terminología

- 1 Desde los inicios del siglo XIX, se le denomina, de manera predominante, a la materia que estudiamos, derecho penal. Mucho tiempo, fue designada con la expresión de derecho criminal. Ambas expresiones no son del todo satisfactorias, en la medida en que sólo ponen en evidencia uno de los aspectos fundamentales de la materia. La primera, se refiere a la pena (*poena*, comprendida en sus orígenes en el sentido religioso de expiación). La segunda, alude al crimen, comportamiento generador de la reacción social, la misma que se ha diversificado progresivamente.
- 2 Actualmente, se prefiere hablar de derecho penal aun cuando no refleja plenamente el contenido que se le da. Junto a la infracción (crimen, delito o contravención) y a la sanción (penas privativas de libertad, multa, trabajo comunitario, medidas de seguridad), es considerar, de manera destacada, tanto al delincuente como a la víctima. Esta última ha sido descuidada mucho tiempo en las reflexiones sobre los diversos aspectos de la reacción punitiva del Estado.

B. Derecho penal objetivo y derecho penal subjetivo

- 3 En sentido objetivo, el derecho penal es un conjunto de normas jurídicas, estatuidas por el órgano constitucionalmente competente; en las que se prevén, de un lado, los comportamientos incriminados

como delictuosos y, de otro, las sanciones en tanto consecuencias jurídicas de dichas acciones.

- 4 Originalmente, el poder punitivo del Estado (*potestas criminalis*), era considerado como un poder derivado de la soberanía del Estado (*imperium*). En virtud de este poder, el Estado dicta leyes penales, organiza el sistema judicial, condena y ejecuta las sanciones. El *ius puniendi* aparece, por tanto, como la fuente del derecho penal objetivo.
- 5 Bajo la influencia del liberalismo político y del positivismo jurídico, esta concepción fue, por tanto, abandonada. El poder del Estado se consideró como fundado en las normas legales, las mismas que justifican su pretensión para reprimir a las personas. El derecho a castigar (*ius puniendi*) sería un derecho subjetivo basado en la relación existente entre el Estado y el delincuente. Este criterio, que recuerda mucho a la noción de derechos subjetivos del derecho privado, no es satisfactorio, ya que el poder punitivo del Estado no puede ser explicado como una prerrogativa derivada del conjunto de las disposiciones penales que el mismo Estado dicta.
- 6 La noción de derecho penal subjetivo, entendida de esta manera, resulta incorrecta e inútil. No se trata de un derecho subjetivo del Estado para castigar, sino más bien de un atributo de la soberanía del Estado consistente en el poder de castigar. Poder que está limitado por sus fundamentos mismos y por la Constitución, sobre todo en las disposiciones referentes a la organización del Estado y a los derechos fundamentales. La explicación y fundamentación se encuentra en el estudio de las concepciones sobre el origen de la soberanía y de las teorías sobre la pena.

C. Derecho penal material, derecho penal formal y derecho de ejecución de penas

- 7 En sentido estricto, la expresión derecho penal (material o de fondo) comprende únicamente las reglas relativas a los delitos (tipos legales

y condiciones de punibilidad) y a las sanciones (penas y medidas de seguridad).

- 8 Si se le utiliza en sentido general, se hace referencia a todas las reglas relativas al ámbito de la materia penal. Estas reglas conciernen, además del derecho penal material, al derecho penal formal y al de ejecución de penas.
- 9 El derecho penal formal o de procedimientos penales constituye el medio de realización indispensable del derecho penal material. Comprende, de una parte, las reglas relativas a la organización judicial penal, a las competencias atribuidas a cada uno de sus órganos y, de otra parte, a las reglas que prevén los pasos que deben darse para instruir y juzgar un asunto penal (procedimiento en sentido estricto). Si el derecho penal material se caracteriza por su carácter estático, el formal se distingue por su dinamismo.
- 10 El derecho penal de ejecución de sanciones comprende las reglas relativas a la forma y al lugar donde se harán efectivas las decisiones judiciales dictadas por las autoridades penales.
- 11 La ley penal fundamental es el Código Penal, completado por una serie de leyes o disposiciones penales que constituyen el derecho penal complementario.

D. Derecho penal general y derecho penal especial

- 12 De conformidad con la manera cómo se estructuran los códigos penales modernos, se distingue el derecho penal general del derecho penal especial. El primero está limitado a los ámbitos de la aplicación de la ley penal, define los elementos esenciales del delito y determina los límites y el tipo de las sanciones penales. El derecho penal especial describe los actos delictuosos e indica la pena que debe imponerse al responsable. El estudio de la parte general está muy desarrollado y la teoría del delito constituye un ejemplo del refinamiento dogmático alcanzado. En cuanto al derecho penal especial es de lamentar la falta de análisis sistemáticos orientados a

integrar o completar los tipos legales mediante la elaboración de principios o de criterios generales.

- 13 Si bien por razones esencialmente prácticas y de técnica legislativa se justifica esta distinción, es de señalar que las disposiciones de la parte general y de la parte especial de los códigos se encuentran estrechamente relacionadas, tanto en el plan teórico como en su aplicación concreta. Este vínculo puede ser mostrado citando los arts. 10 y 11 en los que se definen los delitos dolosos y culposos, respectivamente. En la segunda disposición, se señala de manera explícita que los "casos culposos son punibles en los casos expresamente determinados por la ley". Lo que significa, *a contrario sensu*, que no es necesario que se mencione, en cada disposición de la parte especial, la intención; ya que los delitos previstos son reprimidos sólo cuando son dolosos y, excepcionalmente, a título de culpa.

§ 2. Delito

A. Delito en sentido formal y delito en sentido material

- 14 La noción de delito puede ser establecida de modo formal. En efecto, si la ley no contiene una definición general de delito, lo cual tampoco es tarea del legislador, se puede deducir una noción formal de delito basada en ciertas disposiciones. Así, se puede decir que es una acción prevista en un tipo legal (tipicidad o legalidad de la infracción, art. 1), contraria al orden jurídico (ilicitud, art. 24) y culpable (art. 25). Esta definición es denominada "definición dogmática", pues es deducida de las normas legales como si fueran dogmas.
- 15 Esta definición formal se limita a precisar cuáles son las acciones punibles de acuerdo con la ley. No constituye, sin embargo, un medio para saber por qué el Estado reprime una acción determinada; por qué debe ser considerada como delictuosa. Para colmar esta deficiencia, se ha tratado de elaborar una definición material de delito.

- 16 Los partidarios del positivismo criminológico y, en particular Garófalo, distinguieron los delitos naturales de los delitos convencionales. Los primeros constituyen violaciones a los sentimientos de piedad, honestidad y probidad que son el fundamento de nuestra sociedad; mientras que los segundos sólo violan los sentimientos variables, vinculados a las condiciones particulares de cada nación.
- 17 En criminología, el delito ha sido también definido independientemente de las normas jurídicas. En la perspectiva sociológica, la noción de "comportamiento divergente" es utilizada para designar los comportamientos que se alejan de los modelos de conducta reconocidos y no cumplen con las expectativas sociales. De modo que los delitos sólo constituyen un tipo de conductas divergentes.
- 18 Estos intentos han sido vanos. Las nociones propuestas son muy generales y vagas. Resultan, por tanto, ineficaces para orientar al legislador en su labor e insuficientes para desarrollar y sistematizar las categorías del derecho penal.
- 19 En la doctrina, los esfuerzos más eficaces han sido los realizados recurriendo al concepto de bien jurídico. Así, se define materialmente el delito diciendo que es una acción que viola o pone en peligro un bien jurídico.

B. Violación de un bien jurídico y violación de un deber de actuar según el orden jurídico

- 20 Dentro del marco de las concepciones filosóficas del Siglo de las Luces y, en especial de las referentes al Contrato Social, se consideró "la violación de un derecho subjetivo" como el elemento específico del delito: éste fue concebido entonces como una acción contraria a los derechos de otro y prohibida por la ley penal. El significado liberal de esta concepción se materializa en la afirmación de que no hay delito sin la violación de un derecho subjetivo. Sin embargo, en esto radicaba también su debilidad, pues no permitía justificar la represión de acciones que si se consideraba necesario

reprimir. Por ejemplo, en delitos contra la seguridad pública o contra el Estado no era posible identificar al titular individual del derecho subjetivo.

- 21 La elaboración de la noción de bien jurídico ha sido ardua y marcada por discusiones intensas. Una de las primeras dificultades encontradas fue la de comprender tanto los bienes jurídicos individuales (vida, salud, honor, patrimonio ...), como los bienes jurídicos colectivos (Estado, administración de justicia, medio ambiente, seguridad pública ...).
- 22 La idea de bien jurídico no fue totalmente ignorada en el Siglo de las Luces. Por ejemplo, según Beccaria, "la verdadera medida de los delitos es el daño que el delincuente causa a la sociedad". En esta perspectiva, el art. 5 de la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) prevé que "la ley no debe prohibir más que las acciones perjudiciales para la sociedad". Estas son consideradas como "el equivalente colectivo de lo que puede dañar a otro a nivel individual".
- 23 En la época moderna, los juristas alemanes han desarrollado la noción de bien jurídico. Así, para Binding el bien jurídico es todo valor que, a consideración del legislador, constituye una condición necesaria para la vida comunitaria normal. Esta definición es tautológica, pues se reduce a decir que un bien jurídico es un bien jurídicamente protegido. De esta manera, no se llega a establecer una noción material de delito, útil para la labor legislativa. Esta definición esencialmente resulta coherente con las concepciones positivistas de su autor, aun cuando suponga el reconocimiento de la importancia vital de la protección jurídica de determinados bienes.
- 24 La búsqueda de un criterio material se hizo con ayuda de los progresos alcanzados por las ciencias sociales. Franz von Liszt negó que los bienes jurídicos constituirían una creación del orden jurídico y afirmó que eran intereses vitales, personales o colectivos, que tenían su origen en hechos y circunstancias sociales anteriores a las normas

jurídicas. Esta realidad limitaría la libertad del legislador al momento de escoger los intereses que merecen protección legal.

- 25 A partir de esta base, se ha continuado buscando la manera de precisar el contenido de la noción de bien jurídico. En una perspectiva estática, los bienes jurídicos son considerados como intereses reconocidos por la sociedad o por una parte de ella, o como condiciones esenciales en las que se concretan los elementos preliminares e indispensables para la existencia de la comunidad. En una perspectiva dinámica, por el contrario, se estima que la noción de bien jurídico no debe ser determinada considerando las situaciones de hecho, sino más bien la función social que desempeñan. En otras palabras, sólo deben ser considerados bienes jurídicos los intereses idóneos para alcanzar un fin útil para la sociedad o para uno de sus sectores. Algunos autores rechazan hablar de intereses y prefieren definir los bienes jurídicos como los hechos o los proyectos favorables al individuo, a su desarrollo en el marco de un sistema social y al funcionamiento de este sistema.
- 26 A pesar de los esfuerzos realizados, la noción de bien jurídico sigue siendo oscura y discutida. Sin embargo, es de reconocer que no se ha elaborado otro criterio más eficaz para la elaboración de leyes y para su interpretación.
- 27 Las dificultades son debidas al carácter normativo de la noción, pues el bien jurídico no puede ser concebido como una entidad precedente a la legislación y formando parte de los fenómenos naturales y sociales. Su significado no puede ser buscado en la constatación de una realidad concreta, diferente de las cosas materiales, de los intereses, de las relaciones y de los estados de hecho concernientes a los comportamientos delictuosos. El bien jurídico supone, con respecto a estas realidades que son las cosas materiales, los intereses ..., un juicio de valor preliminar de parte de quien ejerce el poder punitivo. Este juicio de valor permite precisamente la individualización de los bienes jurídicos.

- 28 Como consecuencia, el bien jurídico no puede ser definido de manera rígida. Por el contrario, se debe tratar de conocer los hechos y los fines que deben ser protegidos. Los hechos y los fines, así como la manera de apreciar su importancia, son condicionados, en general, por los cambios sociales y, en particular, por el marco constitucional en el que está organizado y funciona el sistema político y jurídico. Es a partir de los casos particulares que debe plantearse la cuestión sobre el contenido de los bienes jurídicos, su importancia y la necesidad de protegerlos penalmente.
- 29 Las constituciones y las declaraciones de derechos humanos constituyen referentes significativos para determinar los bienes jurídicos que merecen ser protegidos penalmente. En este sentido, los bienes jurídicos (individuales o colectivos) constituyen valores reconocidos, expresa o implícitamente, por las normas y principios constitucionales, y necesarios para la realización de los fines útiles para el funcionamiento total o parcial del sistema social. Estos valores se concretan en circunstancias reales y constituyen los objetos de los delitos (por ejemplo, persona viva, cosa mueble ajena, documentos). Los bienes jurídicos son lesionados o puestos en peligro actuando sobre dichos objetos.
- 30 Si la idea de la protección de bienes jurídicos constituye el fundamento principal de la concepción liberal del derecho penal, es indispensable sin embargo tener en cuenta el comportamiento que daña o pone en peligro dichos bienes jurídicos. Esto se debe a que el juicio de valor por el que, mediante el cual se reconoce a ciertas cosas o intereses la condición de bien jurídico, también se refiere necesariamente al comportamiento del autor. Por su manera de actuar, éste manifiesta una voluntad contraria al respeto de los bienes jurídicos y, por tanto, un desprecio por ciertos valores sociales. Viola, así, su deber de actuar conforme al orden jurídico.
- 31 Violación de un bien jurídico e incumplimiento del deber de comportarse de acuerdo con el orden jurídico se condicionan recíprocamente. Todo acto inculminado se caracteriza tanto por el resultado perjudicial o peligroso como por la manera de obrar del

agente. Es equivocado y excesivo pensar que el derecho penal sirve, en primer lugar, a formar y orientar la conciencia de los individuos mediante la represión de los actos cuya realización no comportaría ningún daño o amenaza algún bien jurídico.

C. Infracción penal y moral

- 32 Desde sus orígenes, el derecho penal y la moral están estrechamente vinculados. En tanto conjunto de normas, son dos sistemas sociales destinados a orientar los comportamientos de las personas. Sus fuentes son en parte comunes; por ejemplo, los usos y costumbres, los tabús religiosos. El núcleo de las acciones punibles está formado por comportamientos que violan gravemente la moral, como es el caso del homicidio, la violación, las lesiones corporales.
- 33 Durante mucho tiempo, debido a la unidad de la Iglesia Católica y a su dominio sobre la sociedad civil, la moral cristiana predominó, al extremo de que pecado y delito se confundían. La elaboración y aceptación de la noción de bien jurídico es el fruto de un largo proceso de laicización del derecho penal. El objetivo de éste no es imponer una concepción moral determinada, ni tampoco el de obligar a las personas a actuar según sus convicciones morales.
- 34 En una sociedad pluralista como las sociedades modernas, utilizar el derecho penal para imponer una concepción moral en particular sólo puede culminar en la implantación de un régimen tiránico en especial sobre las minorías. Aun si la moral implica algunos principios permanentes que exigen, sin fluctuaciones posibles, ciertos egoísmos al mismo tiempo que recomiendan algunos altruismos, ella se vincula con el foro interno del sujeto y, como consecuencia, no puede ser administrada por el orden jurídico.
- 35 Además, el Estado no tiene el deber ni la competencia de impulsar a los ciudadanos a la perfección, menos aún de servirse del derecho penal con ese fin. La intervención del Estado en ámbitos muy importantes como la pornografía, la homosexualidad, la prostitución, el

empleo de medios contraceptivos, se funda en una concepción paternalista del Estado y no se justifica siempre.

- 36 Esta diferencia se encuentra igualmente entre derecho penal y moral a nivel del derecho penal positivo. Las leyes penales no reprimen todos los actos inmorales; pero, al mismo tiempo, diversos actos punibles no revelan plenamente un carácter inmoral (por ejemplo, disposiciones sobre la circulación automotriz, la construcción de inmuebles). No es del todo correcto, en este sentido, representar los ámbitos del derecho penal y de la moral como dos círculos concéntricos, sino más bien como dos círculos secantes: el sector común está conformado por el núcleo de las acciones punibles, "reglas que acumulan la calidad jurídica y el carácter moral".
- 37 Los actos inmorales calificados de delitos no lo son en razón a su carácter inmoral, sino más bien en consideración a sus efectos negativos sobre los bienes jurídicos de terceros. Sin embargo, el hecho que la primacía de la violación o puesta en peligro de bienes jurídicos, en tanto criterio decisivo para la incriminación de una acción no implica que el derecho penal sea moralmente neutro. Un derecho penal que contradiga la moral seguida, en una época determinada, por la mayor parte de los individuos concernidos estará, más o menos, condenado al fracaso. La sola amenaza penal no basta para preservar un sistema jurídico: es indispensable que cada uno sea persuadido de la legitimidad moral de las normas y de los individuos que las aplican; sin que el carácter imperativo del derecho sea neutralizado por el cuestionamiento de sus mandatos en base a criterios morales personales.
- 38 La moral se adelanta muchas veces al derecho penal. El legislador, en esos casos, no hace sino seguir la evolución de los criterios morales convencionales y los ideales de grupos sociales particulares. Pero puede suceder también lo contrario. Mediante el derecho penal, el Estado refuerza la moral y las costumbres hasta inculcar en los individuos una escala de valores particular. Además, una norma penal puede, a veces, ser una de las causas de modificación o desuso de un modelo moral o una tradición.

- 39 Las relaciones entre derecho penal y moral son bastante sutiles y su contenido no es correctamente descrito cuando se habla de *mínimum ético*, ni cuando se invoca la neutralidad moral del derecho penal. Por su génesis común y sus funciones sociales parecidas, el derecho penal y la moral se relacionan estrechamente y se complementan. La fuerza y la estabilidad del derecho en general y, en particular, del derecho penal dependen, al menos parcialmente, de su armonía con los principios morales fundamentales.

§ 3. Sanción

- 40 La sanción penal, consecuencia del delito, comporta la restricción o la privación de derechos fundamentales. La determinación de los fines de la pena (la más importante de las sanciones) y los esfuerzos por justificar el sistema represivo, suponen plantearse las cuestiones del sentido y de las finalidades del derecho penal. Esta problemática ha sido analizada, dicho de manera esquemática, en dos direcciones radicalmente diferentes. Las mismas reflejan las variadas concepciones filosóficas y sociológicas de sus expositores. Algunos perciben el derecho penal como la manifestación de un principio superior de justicia, mientras que otros consideran que es un medio al servicio del principio de utilidad. De esta manera, se oponen las teorías absolutas a las teorías relativas de la pena. Para superar esta contradicción, se ha ideado una concepción mixta que busca conciliar el fin de realizar justicia con los objetivos de prevención.

A. Teorías absolutas

- 41 Según las teorías absolutas, la pena no cumple ninguna función utilitaria específica. Sólo representa la expiación o la retribución del daño producido por la realización del comportamiento prohibido. El mal cometido mediante la infracción debe ser, de alguna manera, reparado. De allí, la necesidad de castigar al responsable para satisfacer la aspiración de justicia. La pena es, por tanto, un fin en sí

mismo. Se trataría de una exigencia fundamental de la moral, de un "imperativo categórico" que no puede ser afectado por ningún utilitarismo. La restauración del derecho objetivo violado por la voluntad particular del delincuente supone la neutralización de esta voluntad mediante la violencia de la pena: así, la negación de la negación del derecho permite la restauración de éste.

- 42 Esta idea de la pena, comprendida como pura retribución del delito cometido, da una importancia fundamental a la persona del delincuente; el mismo que no puede ser utilizado como un medio al servicio del derecho. Una supervivencia de este criterio es el principio moderno de que la pena no debe sobrepasar los límites de la culpabilidad.
- 43 Se considera, por el contrario, el derecho penal como un instrumento al servicio de la justicia. A esta concepción absoluta de la pena, se le critica que conduce al extremo de afirmar que si bien no hay pena sin culpabilidad, tampoco culpabilidad sin pena. Además, se cuestiona el fundamento metafísico de sus fundamentos. Por ejemplo, la negación del mal, causado por el delito, mediante la imposición de un mal al responsable sólo constituye una ficción, pues en realidad los efectos negativos del delito y de la pena se acumulan.

B. Teorías relativas

- 44 Las teorías relativas de la pena tienen como elemento común la idea de la utilidad social de la pena y de su justificación por el papel preventivo que juega. El derecho penal no es más concebido en una perspectiva retributiva. Por el contrario, se considera que su papel principal es el de evitar la comisión de delitos mediante la disuasión de terceros (prevención general) y evitando la reiteración o reincidencia (prevención especial). Los orígenes de estas concepciones pueden ser rastreados en numerosas corrientes de pensamiento de diversas épocas.

- 45 La prevención general ha sido comprendida, frecuentemente, en su aspecto negativo: el fin de la pena prevista en la ley tiene la función de intimidar a las personas. En este sentido, se ha hablado de una "coacción psicológica" orientada a impedir que los delincuentes potenciales pasen al acto. En una nueva perspectiva, llamada positiva, se atribuye a la amenaza penal el papel de reforzar el respeto que las personas deben tener, en particular, a las normas penales y, en general, al orden jurídico. De esta manera, el Estado da a cada uno una buena razón para comportarse conforme al derecho.
- 46 La influencia de la amenaza penal sobre las personas es innegable. Sin embargo, la prevención general no puede constituir el único justificativo de la pena. De un lado, la ejecución de las penas debería ser pública y ejemplar para que la amenaza produzca todos sus efectos. Esta situación conduce a excesos y tiene una influencia negativa en las personas de los condenados. De otro lado, el hecho de recurrir a la fuerza disuasiva del derecho penal conduce a una agravación excesiva de las penas. Los delitos más frecuentemente cometidos, no siempre los más graves, deberían ser reprimidos severamente para lograr uno de los fines perseguidos: intimidar a los delincuentes potenciales o reforzar el orden jurídico.
- 47 El punto de partida de las teorías absolutas es el postulado del libre arbitrio. El hombre es considerado así como un ser capaz de determinarse por sí mismo, susceptible de responder de sus actos y de prever las consecuencias de un delito. La escuela positivista italiana, origen de la expansión de las ideas de la prevención especial, considera, por el contrario, al criminal como "un ser anormal condicionado rígidamente por factores psíquicos, biológicos, físicos o sociales". Sus partidarios rechazan la idea de culpabilidad y fundan la responsabilidad en el simple hecho que el delincuente vive en sociedad. De esta manera, se llegará hasta proponer la substitución de la pena por las medidas de seguridad destinadas a proteger a la sociedad frente a la peligrosidad del delincuente, asegurando su neutralización o su curación. Según el criterio de la prevención especial, la pena sólo se justifica en una perspectiva utilitaria.

Mediante la pena, se busca resocializar, reeducar, a los condenados para evitar la reincidencia. Los criterios positivistas extremos, si bien no han sido recepcionados en la legislación, han marcado de manera significativa la evolución del derecho positivo y de las ideas penales.

C. Teorías mixtas

- 48 Con frecuencia, se plantean tanto las teorías absolutas como las teorías relativas de manera bastante simplista. En realidad, estas concepciones responden a preguntas diferentes que no son incompatibles: ¿cuál es el fin de la pena ? ¿cuál es el fundamento de la pena ?
- 49 Los defensores de las concepciones absolutas se preocupan, sobre todo, del problema filosófico y moral del derecho del Estado a castigar las personas mediante la pena (¿por qué castiga el Estado ?). La actitud de los partidarios de las teorías relativas es más pragmática y concierne tanto los límites del poder punitivo del Estado como del tratamiento del delincuente (¿para qué castiga el Estado).
- 50 Lejos del conflicto apasionado de estas teorías, conviene señalar que los partidarios de la prevención no dejan de tomar en cuenta la justificación de la pena y que, así mismo, los defensores de la retribución no rechazan sistemáticamente que la pena tenga algunos fines. La solución no consiste entonces en tomar partido por una u otra teoría. Debe recurrirse a ambas concepciones para responder a la cuestión del por qué y del cómo de la reacción social ante el crimen. Esto es lo que afirman los sostenedores de las teorías unitarias o mixtas. Ellos buscan superar el conflicto afirmando que a la pena, en sí retributiva, debe asignársele una finalidad de resocialización, de corrección y de reintegración del delincuente a la sociedad. En realidad, represión y prevención no son siempre compatibles: la pena justa no es necesariamente la más útil para la resocialización del delincuente y viceversa. Una política criminal eficaz exige mucha prudencia en la dosificación de la reacción social. Para lo cual debe tenerse en cuenta que la reacción social ante la

delincuencia presenta diversos niveles. En el ámbito legislativo, la amenaza penal expresada mediante la ley cumple, sobre todo, una función de prevención general. Cuando los órganos judiciales imponen sanciones penales, los fines de prevención general y especial son limitados por la toma en consideración de la culpabilidad. Por último, en el momento de la ejecución de las sanciones, en particular de las penas privativas de libertad, los objetivos de prevención especial tienen la primacía.

- 51 En el Código penal guatemalteco se prevé el sistema dualista: junto a las penas, se estatuyen medidas de seguridad. Los fines de retribución y de prevención general de las primeras se deducen de las diversas disposiciones donde están reguladas, conforme a las ideas positivistas y se les atribuyen fines de prevención especial. En la práctica, la severidad del sistema de penas, que comprende la pena de muerte, y la casi no aplicación de las medidas de seguridad por insuficiencias materiales y personales, hacen del sistema penal guatemalteco un sistema fundamentalmente retributivo. La reacción penal se reduce a un conjunto de penas cada vez más severas, agravada por el rigor y falta de garantías, en particular, en las actividades de los órganos de represión.
- 52 A nivel de la ejecución de penas privativas de libertad, la realidad y la ley están separadas por un abismo. Esta situación se evidencia, cuando se tiene en cuenta que, de acuerdo con la Constitución, art. 19, "el sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos". De esta manera, se adoptan los criterios de las concepciones relativas a las penas: junto al fin evidente de retribución, se atribuyen objetivos de prevención especial a la ejecución de las penas privativas de libertad.
- 53 En consideración de la situación en que se encuentran los locales penitenciarios y el organismo encargado de ejecutar las penas, se puede afirmar que el art. 19 de la Constitución es letra muerta. Según esta norma, el tratamiento debe hacerse respetando la condición de seres humanos de los detenidos sin discriminación alguna, sin maltratos crueles, torturas físicas o morales, trabajos incompatibles

con su estado físico y sin ser sometidos a experimentos científicos. En cuanto a los locales y al personal, se dispone que las penas deben cumplirse en los lugares destinados para el efecto, tienen carácter civil y el personal debe ser especializado.

D. Medidas de seguridad

- 54 De acuerdo con la concepción positivista italiana, el comportamiento delictuoso es percibido como el resultado de un proceso condicionado por la personalidad del agente y de las circunstancias exteriores. La culpabilidad es remplazada por la noción de "peligrosidad". La pena resulta así superflua y es remplazada por las medidas de seguridad. Estas medidas tienen por objeto neutralizar al delincuente, tratarlo médica o educativamente. Su aplicación depende de su estado personal y tiende a combatir su peligrosidad. Así, se refuerza la idea de prevención especial.
- 55 De esta manera se estableció un sistema dualista, en un principio de carácter rígido (ejecución de la pena como de la medida de seguridad impuestas) y luego más flexible. En este último se prevé la substitución de la pena por medidas de seguridad cuando el delito pone en evidencia el carácter peligroso del delincuente. Así, se niega una separación absoluta entre las penas y las medidas que impliquen privación de libertad. Este sistema dualista ha sido calificado de sistema de la doble vía en razón con su carácter flexible y con que daba la prioridad a la ejecución de las medidas de seguridad. El juez debe decidir si, luego de su ejecución, se aplicaba aún, total o parcialmente, la pena impuesta.
- 56 Merece, sin embargo, plantearse la cuestión de si es posible separar claramente ambas formas de ejecución. En la perspectiva de las teorías mixtas, tanto la ejecución de las penas como la de las medidas de seguridad tienen un fin de prevención especial. Fin que se manifiesta mediante la formación y el tratamiento educativo del condenado. Además, la evolución del derecho penal se ha caracterizado por el acercamiento de las medidas de seguridad y las

penas privativas de libertad. Los estudios modernos sobre la teoría del aprendizaje, así como las investigaciones sociológicas sobre los procesos sancionadores destinados a orientar el comportamiento de las personas, permiten afirmar el carácter complementario entre represión (*lato sensu*) y las medidas "profilácticas". Ambos aspectos del derecho penal son indispensables para la conservación del orden social. Además, en el grado en que ciertas medidas de seguridad implican graves violaciones de los derechos de las personas, su aplicación debe ser también restrictiva como en materia de penas; la medida de seguridad debe presentarse como indispensable para alcanzar el objetivo proyectado. Un pronóstico sobre la personalidad del agente involucrado es necesario para precisar si su estado peligroso exige la medida de seguridad prevista.

§ 4. Límites del derecho penal

A. Carácter fragmentario, subsidiario y accesorio del derecho penal

- 57 Cabe preguntarse, si de la afirmación de que todo delito viola o pone en peligro un bien jurídico puede deducirse que todo ataque a un bien jurídico debe ser incriminado. El derecho penal busca tanto proteger los bienes jurídicos como reforzar en las personas el respeto de los valores reconocidos por el orden jurídico. Sin embargo, su finalidad no es la de imponer una moral determinada ni realizar un ideal de justicia. La sanción penal constituye sólo la *ultima ratio* de la protección de los bienes jurídicos. Se debe reprimir únicamente los ataques dirigidos contra los bienes considerados fundamentales y sólo si esos ataques revisten cierta gravedad y la represión aparece como necesaria en consideración de las personas involucradas. Por ejemplo, en el ámbito de la protección del patrimonio, no se reprime a quien incumple un contrato, aun cuando implique un perjuicio económico importante. La represión se limita a los ataques más graves o a los más insidiosos (estafa, abuso de confianza, robo ...). Esto significa, como consecuencia, que el dominio de las infracciones

penales debe ser más restringido que el de los actos ilícitos y, como ya hemos indicado, que el de los actos inmorales.

- 58 Este carácter fragmentario del derecho penal, inicialmente reconocido como un hecho concreto debido a deficiencias de técnica legislativa, es percibido, actualmente, como un aspecto propio del derecho penal, en particular, como una nota distintiva del derecho penal liberal.
- 59 El derecho penal no es el único medio de coacción estatal destinado a proteger los bienes jurídicos; sólo completa el arsenal de medios coercitivos estatuidos por el orden jurídico. Además, existe un sistema de sanciones no estatales, como las cláusulas penales establecidas en contratos o las medidas disciplinarias. El derecho penal no tiene, por tanto, el monopolio de las sanciones.
- 60 Para evitar la hipertrofia del derecho penal, causante de situaciones que se busca evitar, y que el remedio no sea peor que el mal combatido, se debe recurrir a la represión penal sólo si y en la medida en que sea verdaderamente necesario. El derecho penal es sólo uno de los medios de la política social general y, en particular, de la política criminal. Se busca así privilegiar la utilidad práctica del derecho penal, en lugar de reforzar su capacidad de influenciar la conciencia de las personas y de desarrollar los efectos negativos de la estigmatización de los delincuentes. Es justificado recurrir al derecho penal sólo si es necesario y conforme al fin perseguido. En este sentido, el derecho penal es la *ultima ratio*; es decir un medio subsidiario en relación con los demás medios de reacción social ante la criminalidad.
- 61 De esta afirmación se deduce generalmente el carácter accesorio o únicamente sancionador del derecho penal. Esta idea parece confirmarse por el hecho de que numerosas infracciones constituyen puras violaciones del derecho privado, administrativo o constitucional. No se trata sin embargo de un hecho generalizado. Así, por ejemplo, si cuando se reprime, mediante el art. 242, la negación de asistencia económica en caso de quien está "obligado legalmente a prestar

alimentos", no se hace sino reforzar normas del derecho civil (art. 283 y 287 Código civil); en muchas otras disposiciones penales se regulan comportamientos sin tomar en consideración directamente normas de otros ámbitos del derecho (delitos contra el honor, contra la libertad, contra la salud ...).

- 62 Además, los conceptos y criterios provenientes de otras ramas del derecho son fuertemente marcados por los fines específicos de éstas y sus alcances pueden ser diferentes a los que tienen en derecho penal. El derecho penal no tiene sólo un fin sancionador, muchas veces es creador de normas propias. Para mejor comprender esta situación es de considerar su carácter subsidiario y autónomo tanto técnica como funcionalmente.

B. Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo

- 63 Si se observa la terminología utilizada en la materia, se percibirá con claridad la complejidad de las relaciones entre derecho penal y derecho administrativo. Para explicarlas se recurre a diversas distinciones sin precisar el criterio aplicado. Por ejemplo, se distingue entre derecho penal y derecho disciplinario, entre derecho penal ordinario y derecho penal administrativo, entre infracción penal e infracción administrativa o infracción disciplinaria, entre sanción penal y sanción disciplinaria. Las nociones utilizadas no se yuxtaponen necesariamente, ni han sido debidamente sistematizadas. La confusión existe, por ejemplo, cuando se plantea la cuestión de si la amenaza de una pena destinada a garantizar la efectividad del derecho administrativo, debe ser considerada como parte del derecho penal o del derecho administrativo.
- 64 Una solución coherente es difícil de hallar cuando la problemática es planteada en términos tan tajantes. Es de tener en cuenta que si bien las circunstancias de que las infracciones administrativas no implican una desaprobación moral, son generalmente de poca gravedad así como las sanciones previstas para reprimirlas, refuerzan la idea de la despenalización global de estas infracciones, también es de

considerar que el calificarlas de infracciones penales brinda ciertas garantías a los responsables tanto en el ámbito procesal como del derecho de fondo (por ejemplo, principio de legalidad y principio de culpabilidad).

- 65 Los esfuerzos realizados por elaborar una teoría general de derecho penal administrativo, distinto del derecho penal común, no ha tenido éxito. En esa perspectiva, se afirmó que el derecho administrativo defiende los intereses de la administración por oposición a los derechos de la sociedad que sanciona los delitos administrativos en oposición a los delitos comunes.
- 66 Los límites del derecho penal administrativo, así como su definición, no han sido precisados debidamente. El Código penal sigue siendo la principal ley penal, pero numerosas leyes estatuyen, accesoriamente y de modo más o menos consecuente, comportamientos reprimidos con sanciones de carácter penal. Este desarrollo cuantitativo de la legislación complementaria está acompañado de una diversificación cualitativa que, poco a poco, desemboca en la creación de "ordenes penales periféricos": por ejemplo, derecho penal económico, derecho penal administrativo, derecho penal de la circulación vial.
- 67 A esta diversificación de materias se agrega el problema relativo a la gravedad de los comportamientos incriminados. Numerosas infracciones "administrativas" son faltas y/o su represión está, al menos en primera instancia, en manos de autoridades administrativas. En Alemania, se ha separado de manera radical las infracciones penales (crímenes y delitos) de las contravenciones o infracciones a las prescripciones de orden (*Ordnungswidrigkeiten*). Estas últimas sólo son sancionadas con una sanción pecuniaria administrativa (*Geldbusse*) y no con la pena de multa (*Geldstrafe*). Esta tentativa interesante de descriminalización de las infracciones menos graves se basa, fundamentalmente, en una simple diferencia de grado de la reprobación que ellas suscitan, no en una verdadera diferencia de fondo.

- 68 La tarea de reprimir las infracciones penales menores ha sido confiada a las autoridades administrativas con la finalidad de aliviar la carga de las autoridades judiciales. La Corte Europea de derechos humanos ha admitido esta práctica sin dificultad. Pero ha estatuido que la persona perseguida debe tener la posibilidad de recurrir contra la decisión penal de la autoridad administrativa ante un órgano jurisdiccional competente para resolver litigios en base a normas jurídicas y a un proceso debido. Es decir, debe tratarse de un tribunal imparcial, independiente y capaz de controlar la determinación de los hechos y la aplicación del derecho (art. 6 § 1 Convención europea de derechos humanos).

C. Derecho penal administrativo

- 69 El Estado moderno se caracteriza por una estructura administrativa bastante compleja y desarrollada. Esto se explica por la intervención, a pesar de la actual tendencia hacia el liberalismo, importante en la vida social y económica de la comunidad. El Estado busca promover el bienestar de su población, reglamentar la actividad en diversos aspectos de la vida comunitaria, mantener el orden social (público, comercial, fiscal ...). Para alcanzar estos objetivos, establece normas particulares y refuerza su eficacia mediante sanciones para las personas que no las respeten.
- 70 La expresión derecho penal administrativo designa el conjunto de normas contenidas en las leyes administrativas que prevén sanciones penales. En razón del fin específico de estas normas, una distinción debe hacerse entre, de un lado, el derecho penal administrativo que busca garantizar sólo el funcionamiento correcto de la administración y, de otro lado, el derecho penal ordinario que tiene por misión proteger los valores y los bienes fundamentales de las personas. Sin embargo, es difícil clasificar los normas jurídicas según su pertenencia al derecho penal administrativo o al derecho penal ordinario, debido al desborde del primero en dominios propios del segundo. Este fenómeno se explica por la índole de los comporta-

mientos incriminados y la importancia de las sanciones. La doctrina acepta, cada vez más, que se trata de una diferencia de grado: gravedad del ataque, severidad de la sanción, magnitud del daño, etc. Esta concepción es criticada en la medida en que se deja en manos del legislador el poder de insertar libremente una norma jurídica en uno u otro derecho.

D. Derecho disciplinario

- 71 Las sanciones disciplinarias tienen, en general, la finalidad de garantizar el respeto de las reglas de conducta establecidas por agrupaciones particulares de la parte de sus miembros. Ellas suponen, como consecuencia, una relación jurídica específica y conciernen, por tanto, sólo a las personas implicadas en dicha relación y no a todas sin distinción como acontece con las normas jurídicas ordinarias. Las medidas disciplinarias constituyen la contrapartida de los deberes especiales a que están sometidos los miembros de las agrupaciones indicadas. Dos grandes grupos deben distinguirse en este ámbito: de una parte, el derecho disciplinario de las profesiones liberales (abogados, médicos, etc.) y el derecho disciplinario "estatal" que supone una relación de derecho administrativo especial (funcionarios, militares, partes en un proceso, etc.).
- 72 Se ha discutido mucho, en doctrina, sobre si la sanción disciplinaria constituye una medida administrativa (se habla más de medidas disciplinarias que de penas disciplinarias) o una sanción penal.
- 73 Actualmente, raro es el que niega el carácter incompleto del derecho disciplinario. Así, se admite que las infracciones disciplinarias no deben ser definidas en la ley de manera específica, sino mediante cláusulas generales y, por tanto, no estarían sometidas al principio de la legalidad. El derecho disciplinario debería apegarse a los principios tradicionales del derecho administrativo, como los de la oportunidad y de la proporcionalidad. Además, la acumulación de sanciones disciplinarias y penales estaría autorizada por no aplicación del principio *ne bis in idem*.

- 74 Estos criterios deben ser restringidos. Si bien es cierto que, en cierta medida, no debe aplicarse rígidamente la primera parte del principio de legalidad (no hay infracción sin ley expresa), debe respetarse de manera estricta su segunda parte: no hay sanción sin ley previa. También debe exigirse el respeto del principio de la culpabilidad. Como consecuencia, no debe asimilarse demasiado el derecho disciplinario al derecho administrativo.

Capítulo 2

Política criminal, criminología y dogmática penal

§ 1. Política criminal

- 75 Una de las funciones del Estado es la de coordinar, disciplinar y organizar la vida en comunidad. En la medida de lo posible, debe tratar de solucionar los conflictos y tensiones sociales o individuales para que la vida social sea estable y fecunda. Esta labor la cumple en un contexto social y político en el que tiene su origen y se desarrolla. No se trata de una actividad neutra o imparcial.
- 76 El poder coercitivo, concretado sobre todo en las sanciones, constituye uno de los medios de que dispone el Estado para alcanzar tal objetivo. En base a dicho poder, se organiza un sistema formalizado y específico, denominado sistema de justicia penal. Este sistema está compuesto, de un lado, tanto por un conjunto de normas que prevén los comportamientos delictuosos y las sanciones aplicables, como por disposiciones que regulan el procedimiento a seguir para pronunciar y aplicar dichas sanciones y, de otro lado, por una red de órganos encargados de hacer respetar y de aplicar dichas normas penales. Por ejemplo, la policía, el Ministerio Público, tribunales, servicios de ejecución de penas. El derecho penal