

Normas Rectoras del Proyecto de Código Penal Peruano de 1986

Fernando Velásquez Velásquez

SUMARIO 1. Origen del Título Preliminar. II. Concepto y fin de las normas rectoras. III. Estudio particularizado de los diversos postulados. a) El Principio de legalidad. b) El Principio de determinación. c) El Principio de lesividad. d) El Principio de culpabilidad. e) El Principio del carácter judicial de las sanciones penales. f) El Principio de la prohibición de la analogía. g) El Principio de igualdad de las sanciones penales. h) El Principio del conocimiento de la ley. i) El Principio de la aplicación extensiva. IV. Conclusiones.

I. Origen del título preliminar

El proyecto del Código Penal peruano de 1986 contiene, antes del Libro Primero o Parte General, un Título Preliminar donde sus redactores han consignado un catálogo de postulados. Elevados a la categoría de normas rectoras de todo el ordenamiento jurídico penal, dichos postulados responden a los dictados del derecho legal vigente en el conglomerado de naciones occidentales de corte capitalista. Allí aparecen consagrados, entre otros, los principios de legalidad, determinación, lesividad, culpabilidad, carácter judicial de las sanciones penales, conocimiento de la ley y aplicación extensiva.

Los principios allí consagrados son casi los mismos que los previstos en el Título Preliminar del Proyecto de 1984. En éste se preveían los siguientes postulados: los principios del carácter judicial de las sanciones penales (Art.1), de lesividad o del bien jurídico (Art. 11), de legalidad (Art. 111), de culpabilidad (Art. IV) de la analogía (Art. V), de la presunción de inocencia condena con la presencia del imputado (Art. VI), de la presunción de inocencia (Art. VII), de la duda (Art. VIII), de la indemnización por errores judiciales (Art. IX) y, finalmente, de la aplicación extensiva de1 código Penal (Art. X), algunos de los cuales de indudable raigambre procesal, mientras que otros de índole sustantiva.

Antes de ocuparnos de estos postulados nos interesa establecer de dónde han sido tomados, cuál es su origen y a qué tendencia se adscriben en el campo legislativo.

Lo primero que debe advertirse es que los postulados consagrados en este Título Preliminar, no son producto de un día sino el fruto de una larga evolución del derecho represivo y de las instituciones jurídico-penales, condicionada por hondas transformaciones sociales. Como ha dicho Soler: "son la suma de un largo proceso de historia humana y de reflexión"¹.

En segundo lugar, es de distinguir entre **antecedentes de carácter** general, y otros **particulares**. Entre los primeros deben señalarse, entre otros, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (formulada por los revolucionarios de 1789, concreción de la filosofía del Iluminismo), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (aprobada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el 10 de diciembre de 1948), el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de la Organización de las Naciones Unidas [ONU] (suscrito en New York, el 16 de diciembre de 1966) y la Convención Americana de San José de Costa Rica del 22 de noviembre de 1969.

A nivel particular, debe señalarse como antecedente principalísimo la proposición que los Profesores Sebastián Soler y Heleno Claudio Frago formularon al instalarse en Santiago de Chile, en 1963, las sesiones para la redacción de un Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica. En esta proposición, se postulaba la inclusión en dicho código, de un título preliminar que recogiera todas las garantías inspiradoras del actual derecho penal. Así se continuaba con la tradición iniciada por Declaración de los revolucionarios de 1789. **Al** mismo tiempo servía de orientación y guía a los

¹ Sebastián Soler. Fe en el Derecho, Buenos Aires, Ed. Tea, 1956, p. 278

diversos legisladores del continente. La proposición fue, sin embargo, rechazada², pero se le convirtió en una Declaración de Principios, orientadora de la reforma penal³.

Los lineamientos antes mencionados sirvieron para que algunos países, entonces empeñados en adelantar una reforma penal, o por lo menos maquillar como tal algunas transformaciones legislativas, empezaron a incluir títulos preliminares en sus proyectos de Código Penal. Justamente, el primero en hacerlo fue el **Anteproyecto de Código Penal Colombiano** de 1974. Esta iniciativa fue tomada a pedido de alguno de sus redactores, miembros de las comisiones del Código Tipo. El catálogo de postulados era parecido al del Proyecto peruano⁴. Fue repetido con algunas modificaciones y supresiones por los proyectos de 1976, 1978 y 1979, hasta ser finalmente incorporado en el Código Penal de 1980, vigente desde el 29 de enero de 1981, como "normas rectoras de la ley penal colombiana". Hasta el presente, es la única vez en que se ha elevado a rango de ley de la República una normatividad semejante⁵.

Esta tendencia es seguida también por el Proyecto de Código Penal Ecuatoriano de 1981⁶, en el que se prevén nueve principios generales similares a los del proyecto que hoy nos ocupa.

No cabe duda, pues, que los redactores de los dos proyectos peruanos han retomado las orientaciones del Código Tipo y especialmente del Código Penal Colombiano de 1980. De éstos han sido calcados los postulados ahora acogidos. La misma influencia se nota en la Parte General del Código, e incluso en la Parte Especial.

La mayoría de los principios mencionados ya tiene obviamente, en la mayoría de los casos, la categoría de normas rectoras de la ley penal peruana. No sólo porque están consagrados en la misma Constitución de 1979 (Art. 2. inc. 20) y en el Código vigente desde 1924 (consagratorio del principio de legalidad, arts. 1 a 3), sino también en diversas disposiciones legales, entre las cuales deben mencionarse las leyes aprobatorias de los convenios de derechos humanos suscritos por el Perú, que consagran casi todos los postulados del mencionado Título Preliminar en una u otra forma.

Esta tendencia de incluir títulos preliminares en las codificaciones penales latinoamericanas, pareciera inscribirse dentro de una corriente emparentada con una concepción liberal clásica del Estado, más interesada en la consagración de principios y garantías formales, que en su efectiva materialización. Se persigue construir una fachada liberal y democrática que en la mayoría de los casos es burlada por el mismo legislador al desarrollar, supuestamente, tales postulados.

II. Concepto, sentido y fin de las normas rectoras

Al abordar el estudio sistemático del Título Preliminar del Proyecto, es indispensable determinar si los postulados consignados son o no normas o reglas jurídicas. Si la respuesta es afirmativa, debemos distinguir dos conceptos involucrados en la misma problemática: principio rector y norma rectora.

Si nos atenemos, por ejemplo, a la concepción kelseniana que concibe la norma jurídica como aquella proposición que a un ilícito (hecho) asocia como consecuencia jurídica una sanción⁷, no

² Cfr. Francisco Grisolia; Código Penal Tipo para Latinoamérica, tomo II, vol. 1, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1973, p. 27 y ss.

³ Idem, tomo I, p. 55. En realidad el Proyecto constituye una codificación anticuada que, como ha dicho Enrique Bacigalupo, "no es un modelo de reformas, pues, en realidad, deja inalterado el sistema Penal": Manual de Derecho Penal. Bogotá. Ed. Temis -Ilanud, 1984, p. 45.

⁴ Carlos Luis Giraldo Marín. Actas del nuevo Código Penal Colombiano, tomo 1, Bogotá, Ediciones Pequeño Foro, 1981, p. 101 y ss.

⁵ Un estudio de las normas rectoras de la ley penal colombiana en Fernando Velásquez: "Consideraciones sobre los Principios Rectores de la ley Penal Colombiana" en Revista Nuevo Foro Penal, No. 21, Bogotá, Edit. Temis, 1983, p. 609 y ss.

⁶ Jorge Hugo Rangel. Anteproyecto de Código Penal Ecuatoriano, Quito, Editorial Ecuador, 1981, p. 9 y ss.

⁷ Ver Hans Kelsen. Teoría Pura del Derecho, traducción de Moisés Nieve, 11a. ed. Buenos Aires, Temis Eudeba, 1973, p. 18. El mismo: Teoría General del Derecho y del Estado, Traducción de Eduardo García Maynez, 3a. ed. México, 1969, p. 45.

podríamos predicar la calidad de normas jurídicas de las declaraciones formuladas por los redactores en caso de que sean convertidas en ley. En ninguna de ellas encontramos la estructura de un juicio o una proposición hipotética en la que se prevé un hecho (H) al cual se liga una consecuencia (C) de acuerdo con la fórmula: si es H, debe C.

Ahora bien, si admitimos que existen también normas jurídicas que no expresan propiamente un precepto o una prohibición y que sirven únicamente para complementar o completar normas preceptivas o prohibitivas⁸, podemos concluir que las denominadas “normas rectoras” son verdaderas normas jurídicas que irradian todo el ordenamiento jurídico que se limitan a enunciar, de manera objetiva y obligatoria, algo que debe hacerse o constituirse, sin que se tenga que pensar en términos condicionales⁹. En este caso se tratará de **normas jurídicas incompletas** sea que sirvan para determinar de manera más precisa el supuesto de hecho, un elemento del supuesto del hecho o la consecuencia jurídica de una norma jurídica completa; o para restringir una norma jurídica ampliamente concebida al exceptuar de su aplicación un determinado grupo de casos; o, porque remitan, en relación con un elemento del supuesto del hecho o con una consecuencia jurídica, u otra norma jurídica¹⁰.

Así las cosas, el Título Preliminar que nos ocupa consagra normas jurídicas. Pero tenemos que distinguir **principios rectores** y normas rectoras. Cuando se alude a los **principios** que inspiran un determinado campo del saber, hablamos de ciertos enunciados que se admiten como condición o base de validez de las de más afirmaciones que constituyen ese ámbito de conocimientos. Se les admite como tales por evidentes, por haber sido comprobados y, también, por motivos de orden práctico de carácter operacional, o sea, como presupuestos exigidos por las necesidades de investigación y de praxis¹¹.

De conformidad con lo anterior, cuando hablamos de los **principios rectores de la Ley Penal Peruana**, aludimos a las pautas generales que regulan la actividad punitiva del **Estado y que sirven** de asiento al Derecho penal; positivo y a las instituciones penales. Son propuestas por la doctrina y la jurisprudencia como guía para la interpretación y aplicación de la ley penal.

Las **normas rectoras**, en cambio, son principios reconocidos expresamente por la ley y convertidos por ésta en Derecho penal positivo¹². En otras palabras, se trata de principios elevados al rango de normas jurídicas, las cuales no sólo sirven como fundamento o razón de ser de la ley, sino que son la ley misma, con todas las consecuencias que ello comporta. A diferencia de los principios rectores son de imprescindible observancia tanto para el juez como para el intérprete, pues se trata de verdaderas normas jurídicas con carácter de obligatoriedad general y que, por tener prioridad sobre las demás, priman cuando se trata de resolver cualquier dificultad que pudiera presentarse en materia de aplicación o interpretación de la ley penal. Se trata de normas jurídicas que, por concretar los postulados inspiradores de todo el ordenamiento jurídico-penal, tienen rango superior a las demás¹³.

La problemática de la norma jurídica es sumamente densa y muy dispares las concepciones sobre la misma; para una información más detallada puede consultarse las siguientes obras: Enrique Aftalión, Fernando García Olano y José Villanova: Introducción al Derecho, 11a. ed, Buenos Aires, Diké, 1980, p 93 y ss; Armin Kaufmann, Teoría de las normas, traducción de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 47 y ss; Karl Engisch, Einführung in das juristische Denken, Stuttgart/Köln/Mainz/Berlin, Ed. Kohlhammer, 1977, p. 12 y ss; Eduardo García Maynez, introducción al Estudio del Derecho, 21a. ed. México, Edit Porrúa, 1973, p. 169 y ss; Luis Recasens Siches, Introducción al Estudio del Derecho, 4a. ed. México, Edit. Porrúa, 1977, p. 121 y ss.

⁸ Karl Larenz, Metodología de la ciencia del Derecho, Traducción de Marcelino Rodríguez Molinero, 2a. ed. Barcelona, Edit. Ariel, 1980, p. 247.

⁹ Miguel Reale, Introducción al Derecho, Sa. ed. Madrid, Edit. Pirámide, 1982, p. 74.

¹⁰ Larenz, ob. cit., p. 249.

¹¹ Reale, ob. cit., p. 139.

¹² Cfr. Juan Fernández Carrasquilla, Derecho Penal Fundamental, Bogotá, Temis, 1982, p.

¹³ La distinción propuesta equivale a la que hace Larenz entre Principios abiertos y Principios en forma de normas jurídicas. Los primeros, dice el autor, “tienen el carácter directivos, de las que no pueden obtenerse inmediatamente resoluciones para un caso particular en virtud de su concretización en la ley o por la jurisprudencia de los tribunales”; los segundos son principios “que condensados en una regla inmediatamente aplicable, no sólo son ratio legis, sino que ellos mismos son **lex**. los llamaría principios en forma de norma jurídica”. Ob. cit., p. 471.

Lo hasta aquí dicho nos está indicando que los postulados contenidos en el Título Preliminar se han de aplicar a todo el Derecho penal positivo peruano, esto es, no sólo al Código Penal sino a las leyes penales especiales complementarias: por ejemplo las que regulan los delitos de contrabando y defraudación de tributos de aduana, las relacionadas con los delitos de tráfico ilícito de drogas (mencionadas en las “disposiciones generales” del Proyecto). Tales principios se refieren a los delitos (aunque el proyecto alude de manera reiterada a “hechos punibles” como expresión comprensiva tanto de delito como de falta), así como a las consecuencias jurídicas, trátase de penas o de medidas de seguridad.

Esos postulados son directrices que, se supone, ha de respetar el legislador al redactar las normas penales, y que permitirá al juez una interpretación armónica de todo el Derecho penal positivo. Por esto, ninguna norma penal podría contrariar este catálogo de axiomas fundamentales, pues toda norma tiene allí su origen. La norma que los desconociera, sería inaplicable en cada caso concreto, y podría ser demandada ante los tribunales de justicia encargados de controlar la constitucionalidad de las leyes.

La trascendencia de este Título Preliminar reside en el papel que jugaría en la interpretación, sistematización y crítica del Derecho Penal Peruano; sería viable la construcción de una verdadera dogmática jurídico-penal o ciencia del derecho penal, que elimine, de una vez por todas, el estudio meramente exegético de los textos legales a que estamos acostumbrados en países como los nuestros, dado el elevado grado de atraso que padecen las disciplinas jurídicas.

A no dudarlo, de los principios de determinación, lesividad y culpabilidad de los arts. II, III y IV, se desprende el concepto dogmático de hecho punible, entendido como conducta típica, antijurídica y culpable. Asentados a su turno sobre el principio del acto. El Proyecto peruano se afilia así al derecho penal de acto, a pesar de que en varias de sus disposiciones se le desconozca abiertamente: por ejemplo, cuando se introducen la reincidencia, habitualidad, la punición de actos preparatorios, y algunos casos de responsabilidad objetiva.

Pero no ha de creerse que basta con la consagración a nivel legal de tales principios. Se hace indispensable que realmente dichos postulados sean observados cabalmente. De no ser así, semejante catálogo devendría letra muerta, demagogia legislativa, pieza de museo llamada a correr la misma suerte que las libertades formales que nos legó la revolución burguesa de 1789. Dicho en otras palabras, esto supone la ineludible transformación de la sociedad para que, acorde con el nuevo orden, el derecho penal sea verdaderamente garantista y democrático. No es posible una verdadera reforma penal si a la par la estructura del Estado sigue anclada sobre bases desigualitarias, si la organización estatal sigue siendo marcadamente injusta al amparar los intereses de las minorías detentadoras del poder político y económico, en desmedro de la colectividad.

Para que el Título Preliminar del Proyecto, caso de transformarse en ley, no quede sólo en el papel, es indispensable que sus postulados se desarrollen en la legislación positiva, de manera coherente, y que, al mismo tiempo, se introduzcan profundas reformas políticas y sociales que permitan una verdadera transformación en el ámbito penal.

Se equivocan, pues, quienes creen que el derecho, en general y, en particular, el penal, pueden ser abordados sólo desde una perspectiva formal y lógico-abstracta, olvidando que se estudia y manipula una disciplina eminentemente política, en cuya base aparecen las estructuras que inspiran la organización estatal. Por ello, a una sociedad injusta, sólo puede corresponder un derecho desigual y arbitrario.

III. Estudio paricularizado de los diversos principio

a) *El Principio de Legalidad*

Este postulado aparece consagrado en el Art. I del Proyecto: “Nadie puede ser procesado por hecho que no esté previamente declarado punible por la ley, ni condenado a pena o medida de seguridad no establecidas en ella”.

1) Concepto y formulación actual. El principio de legalidad, se ha dicho reiteradamente, es el llamado a controlar el poder punitivo del Estado y a confinar su aplicación dentro de límites que excluyan toda

arbitrariedad y exceso por parte de quienes lo detentan¹⁴. Semejante directriz no nació de manera repentina y su historia se remonta a través de los tiempos, compadeciéndose con la evolución del derecho escrito, hasta el Código de Hamurabi (año 1700 A.C.), pasando por diversas consagraciones en el Derecho Romano y sus diversas manifestaciones en la edad media, hasta llegar a la época del Iluminismo, donde echó raíces la consagración actual en las diversas codificaciones.¹⁵

Son básicamente tres las denominaciones que se le han dado al postulado en examen: en primer lugar se le denomina como de legalidad, pues establece que la intervención punitiva del Estado, tanto al configurar los hechos punibles (delitos y faltas) como al determinar las consecuencias jurídicas (penas y medidas de seguridad), debe regirse por el imperio de la ley de la voluntad general, acorde con las directrices demoliberales que lo inspiran.

En segundo lugar, se le denomina principio de reserva, puesto que desde un punto de vista técnico-formal equivale a una reserva de la ley en materia de los hechos punibles, las penas y medidas de seguridad. Esto significa que el legislador posee, como se ha dicho, “un verdadero monopolio en la creación de la materia criminal”¹⁶. Finalmente se le entiende como principio de la intervención legalizada pues, como dice Muñoz Conde, toca de lleno con la intervención del poder punitivo estatal, el cual limita y controla con miras a lograr los cometidos del derecho mismo¹⁷.

Ahora bien, son diversas las tentativas de fundamentar el axioma *nullum crimen sine lege*, afirmándose hoy que posee un doble basamento: uno político, como manifestación de la idea de libertad y del Estado de Derecho, de donde se derivan las exigencias de la ley formal y de la seguridad jurídica; y, otro jurídico, como manifestación de la esencia o función social de la norma penal¹⁸. Interesa, sin embargo, para los efectos aquí propuestos hacer hincapié en la formulación actual del principio¹⁹.

La fundamentación jurídica de apotegma (*nulla poena sine lege*, *nulla poena sine crimen*, *nullum crimen sine poena legal*) debida a P.J.A. Feuerbach²⁰, ha sido complementada en el marco de la evolución del derecho penal y de la lucha por las garantías ciudadanas. Hoy, suele hablarse de tres tipos de garantías: penales, procesales y de ejecución penal²¹, aplicables tanto a los hechos punibles (delitos y faltas según el Proyecto) como a las consecuencias jurídicas (penas y medidas de seguridad). Pese a lo anterior, se presentan grandes dificultades para extender a las medidas de seguridad las garantías anotadas y hablar del **principio de la legalidad de medida de seguridad**.

Se trata, como se sabe, de consecuencias jurídicas nacidas a la luz de la concepción defensista de la sociedad propia del Estado Liberal intervencionista (muy cara a la filosofía positivista), y cimentadas en un fundamento tan peligroso políticamente (dado que va unido a regímenes de corte totalitario) como en la “peligrosidad del agente”. De ahí, su carácter indeterminado y en contradicción con la dignidad humana que siempre las ha caracterizado.

Semejante manera de concebir dichas consecuencias jurídicas pugna abiertamente con un derecho penal humanitario, concebido desde el punto de vista del Estado Social y Democrático de Derecho. Por esto, si queremos construir un derecho penal garantista y verdaderamente liberal, debemos pensar en su erradicación definitiva, postulando un sistema monista de reacciones penales o

¹⁴ Así Francisco Muñoz Conde. Introducción al derecho penal, Barcelona, Edit. Bosch, 1975, p. 79.

¹⁵ La historia del principio de legalidad puede consultarse en Hans Ludwig Schreiber. *Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*, Frankfurt, Metzner, 1976, p. 18 y ss. También José Hurtado Pozo, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Lima, Sesator, 1978, p. 55 y ss.

¹⁶ Roger Merio/André Vitu, *Traité de droit criminel*, tomo 1, París, Cuyas, 1981, p. 218. En el mismo sentido Giuseppe Bettiol. *Insituzioni di Diritto e Precedura Penale*, Padova, CEDAM, 1980, p. 67.

¹⁷ Muñoz Conde, cit. p. 80.

¹⁸ Consúltese Luis Arroyo Zapatero, “Principio de legalidad y reserva de ley en materia Penal”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 8, mayo-agosto de 1983. Madrid, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado. 1983, p. 12. De un triple fundamento: político, jurídico y filosófico habla Hurtado Pozo, ob. cit., p. 58.

¹⁹ Fernando Velásquez. El principio de legalidad juridico-penal, en *Revista Nuevo Foro Penal*, No. 32. Bogotá. Edit. Temis, 1986, p. 259 ss.

²⁰ Paul Johann Feuerbach. *Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, Giessen, p. 20.

²¹ Es común en la doctrina hablar de cuatro garantías: criminal, penal, procesal y ejecutiva, Cfr., por todos Luis Jiménez de Asúa: *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, 4a. ed. Buenos Aires, Edit., Losada, 1964 403.

limitando su alcance al máximo, eliminando las medidas de carácter pre y postdelictual aplicables a imputables, restringiéndolas sólo a los inimputables que las requieran (criterio de necesidad) y siempre y cuando se respeten en toda su extensión las garantías emanadas del postulado²².

Hecha la anterior anotación, podemos formular como sigue el axioma nullum crimen, nulla poena.

En cuanto a las GARANTIAS PENALES, tenemos: nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege scripta, stricta, certa et praeria, lo cual significa que no hay hecho punible, no hay pena ni medida de seguridad, sin ley escrita, estricta cierta y previa. Lo cuál comporta a su turno.

- **No hay hecho punible**, no hay pena ni medida de seguridad, **sin ley escrita**, Esto porque está prohibido el derecho consuetudinario, en materia Penal, como medio para crear hechos punibles, penas o medidas de seguridad.

- No hay hecho punible, no hay pena ni medida de seguridad sin ley escrita. Esta prohibido acudir a la analogía (salvo el **Favor Rei**) para fundamentar hechos punibles, penas o medidas de seguridad.

- **No hay hecho punible, no hay pena ni medida de seguridad sin ley cierta**. Como exigencia directa del apotema de legalidad, rige el postulado de certeza o determinación, también llamado de taxatividad. De conformidad con este postulado tanto los hechos punibles como las consecuencias jurídicas deben estar consagrados de manera clara, precisa y determinada en la ley. A ello se opone, como es de suponerse, la consagración de medidas de seguridad indeterminadas.

- **No hay hecho punible, no hay pena ni medida de seguridad sin ley previa**. Ello porque está prohibida la aplicación retroactiva de la ley en materia de hechos punibles y de consecuencias jurídicas; salvo, claro está, el Favor Rei Esto es de trascendencia en materia de medidas de seguridad, pues estas deben regirse siempre por la ley previa o, excepcionalmente, por las más favorables, lo cual parece desconocer la doctrina positiva.

En lo relativo a las GARANTIAS PROCESALES éstas se concentran en el brocardo nemo iudex sine lege, nemo damnetur nisi per legale iudicium, según el cual la Ley Penal sólo puede ser aplicada por los "órganos instituidos por la ley para esa función y nadie puede ser castigado sino en virtud de un juicio legal. Estas garantías concentran, de un lado, el postulado del Debido Proceso Legal, y de otro del Juez Natural (consagrador de la garantía jurisdiccional por excelencias. De aquí se desprende el carácter judicial de las medidas de seguridad que sólo pueden ser aplicadas por el órgano judicial y siguiendo el debido proceso legal.

En lo atinente a las GARANTIAS DE EJECUCION PENAL se dice: nulla poena sine regimine legale, nulla poena sine humanitae, nulla poena sine resocializatione, nulla mensura sine humanitae, según lo cual no hay pena sin régimen legal, sin tratamiento, sin resocialización, no hay medida de seguridad sin tratamiento humanitario. Desglozado lo anterior, tenemos:

- **No hay pena sin adecuado tratamiento penitenciario**. La ejecución de la pena debe estar rodeada de máximas garantías, con miras a asegurar al reo la debida asistencia por parte del Estado, evitando su despersonalización. No se justifica la imposición de una pena cuando el sistema penitenciario esté en incapacidad de tratado, cuando sólo se posibilita que el delincuente se hunda más en el mundo del crimen y afiance su carrera delictiva.

- **No hay pena ni medida de seguridad sin tratamiento humanitario**. El moderno derecho penal está guiado por el principio de humanidad. Al condenado debe tratársele como a un ser humano, se le debe respetar su calidad de persona, los derechos humanos de que está investido.

Obviamente, la calidad de condenado comporta la limitación y restricción de determinados bienes jurídicos, pero ello no significa que el reo pierde sus derechos inalienables. De un lado, se habla del principio de humanidad de la pena y, del otro, del principio de humanidad de la medida de seguridad. La ejecución de la medida de seguridad debe estar presidida, aún más que la de la pena, por el respeto a la dignidad humana del condenado, pues este es el más desprotegido, sobre todo si se piensa que tal consecuencia jurídica se impone como norma general a los inimputables.

- **No hay pena sin resocialización**. Todo el tratamiento debe estar encaminado a lograr la rehabilitación del penado, su reincorporación a la sociedad, su resocialización. Por eso se habla del principio de la resocialización.

²² Así lo hemos propuesto en "El principio de la legalidad", cit., p. 269.

2. Análisis del Artículo I y sus desarrollos. La norma citada consagra el postulado de legalidad de manera incompleta, si es que partimos de la formulación que acabamos de darle al mismo. En efecto, sólo se consagran algunas de las garantías penales, desechando las procesales y las de ejecución penal. Esto no impide, como luego se verá, que se hayan intentado desarrollarlas en otras normas. Sin embargo se ha estipulado con toda nitidez el **Principio de legalidad de la medida de seguridad**. De donde se podrían inferir interesantes desarrollos; sobre todo, si se piensa que en el Estado de Derecho actual ya no es posible mantener consecuencias jurídicas asentadas sobre bases tan irracionales como la supuesta “peligrosidad criminal” de agente.

En cuanto al aforismo no hay hecho punible, no hay pena ni medida de seguridad **sin ley estricta**, podríamos afirmar que se infiere del texto legal cuando se dice que el hecho debe estar previamente **"declarado"** punible por la ley, **y** que las penas y medida de seguridad deben estar **"establecidas"** “en ella. De donde se desprende la prohibición de la analogía (Art. VI)

También del texto legal se deduce que **no hay hecho punible, no hay pena ni medida de seguridad sin ley escrita**, cuando se dice que el hecho debe estar **“previamente declarado punible por la ley”** que nadie puede ser condenado a sanciones jurídicas **"no establecidas en ella"**. Esto significa que para que haya hecho punible, pena o medida de seguridad, se requiere la existencia de una ley escrita, excluyéndose así el derecho consuetudinario.

La tercera garantía penal: **no hay hecho punible, no hay pena, no hay medida de seguridad sin ley cierta**, difícilmente se desprende de las expresiones que dan pie para la consagración de las dos garantías anteriores, sobre todo si aludimos al hecho punible “declarado” ya las sanciones “establecidas”. lo que no suscita duda alguna es que, en lo relacionado con el supuesto de hecho de la norma penal (tipo penal, precepto, hecho punible: delito **y** falta), el Art. 11 ha consagrado claramente la determinación, tal como se verá luego (infra II, B, 2). Incluso, si se tiene en cuenta que el Proyecto maneja la expresión **“Hecho punible”**, podríamos afirmar que esta locución también comprende la punibilidad²³, con lo cual ese carácter de certeza, que se traduce en el principio de determinación o de taxatividad cobijaría no sólo el supuesto de hecho de la norma sino las consecuencias jurídicas. A este respecto es bueno anotar que ya el Art. 79 al consagrar medidas de seguridad indeterminadas, le da la primera estocada al postulado. Vale la pena señalar que la referencia al hecho punible se hace de manera no uniforme **y** equívoca, como que a veces es sinónimo de **conducta típica, antijurídica y culpable** (Arts. 10, IV, 22, Título 11 intitulado “hecho punible”, entre otros), o de **conducta típica y antijurídica** (Arts. 17, 30, 41 42 y 43), o sencillamente como **conducta típica** (como acontece en el Art. 23 si Entendemos el dolo ubicado en el tipo **y** construimos un esquema que recoja los desarrollos finalistas **y** postfinalistas; en los Arts. 24, 25 y 35 entre otros), o, finalmente, como **tipo penal** (Arts. 36, 45, 83, etc. O siguiendo perfectamente algunas orientaciones doctrinarias.

Por último, en cuanto a que **no hay hecho punible, pena o medida de seguridad sin ley previa** (prohibición de- la retroactividad, salvo la favorabilidad) se deriva, sin lugar a dudas, del tenor literal de la ley, que estatuye como exigencia que el hecho haya sido declarado punible “previamente”. Lo mismo debe colegirse para las penas **y** las medidas de seguridad.

Una manifestación, a manera de desarrollo, del postulado en examen es la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley (y aún la ultraactiva) cuando la ley nueva es más favorable como lo prevén los Arts. 5, 6 y 432 y que, absurdamente, está prohibición el Art. 5 inc. 40: “A las medidas ejecución se les aplica la ley vigente al momento de su ejecución”.

Las garantías procesales emanadas del principio de legalidad no consagradas expresamente por el Proyecto de ley sustantiva; pareciera, sin embargo, desprenderse del Art. V. Su reglamentación amplía debe hacerse en la ley procesal. Una reforma de la codificación, mediante la expedición de una nueva que a su turno contenga un título preliminar se impone²⁴.

En cuanto a las garantías de ejecución penal nos parece que dimanen del Art. VIII, que a su turno es norma rectora del Proyecto.

²³ Francisco Muñoz Conde, Teoría General del Delito, Bogotá Ed. Temis, 1984, p.5.

²⁴ Así, por ejemplo, se intentó poner en vigencia en Colombia en 1981, el Proyecto de 1986, y el Código expedido en 1987.

b) El Principio de Determinación

Se desprende del Artículo II: "La ley penal debe describir el hecho punible de manera expresa e inequívoca, sin dejar duda sobre los elementos constitutivos que lo integran. De donde se deriva la tipicidad como elemento del concepto dogmático de hecho punible".

1) Concepto. Esta exigencia, consecuencia del postulado de legalidad, reviste una importancia tal que sin ella no es posible la realización efectiva de las consecuencias que se derivan del mismo (nos referimos a la prohibición de la analogía in malam partem, la aplicación retroactiva de la ley penal en desfavor del reo, y el derecho consuetudinario)²⁵. Es de tal trascendencia el axioma de determinación en el derecho penal actual que, con razón, Welzel ha proclamado: "¡El verdadero peligro que amenaza al principio nulla poena sine lege no es de parte de la analogía, sino de las leyes penales indeterminadas"²⁶.

Al principio en examen se le denomina también como de certeza, de taxatividad o de tipicidad inequívoca. Preferimos la denominación con la que hemos intitulado el acápite no sólo por ser la más completa: cobija no sólo al supuesto de hecho, sino también a las consecuencias jurídicas. Con mayor propiedad podría hablarse del principio de determinación de la Norma Penal. Por esto decíamos más arriba: nullum crimen, nulla poena nulla mensura in lege certa, pues tanto las conductas mandadas o prohibidas por la ley penal, como las consecuencias que consagra el ordenamiento para ser impuestas a quien transgrede sus disposiciones, sea que se trate de penas o medidas de seguridad, deben estar claramente consignadas en ella²⁷.

Por todo esto el legislador, a la hora de redactar los tipos penales, debe usar un lenguaje claro, preciso, asequible al nivel cultural medio de los ciudadanos. Con este fin debe valerse preferentemente de los llamados **elementos descriptivos**. Es decir, de referencia a aquellos estados o procesos del mundo real, corporal o anímico, que cualquiera puede conocer sin ningún esfuerzo. De este tipo son los que utiliza el Proyecto, a título de ejemplo, en algunas de sus disposiciones: como "cosa" (Art. 190), "muerte" (Art. 113), "daño" (Art. 123), "muere", "lesión" (Art.119), etc.

Se deben descartar así, en la medida de lo posible, o ser muy pocos en su uso, los denominados **elementos normativos**, o, aquellos procesos que sólo pueden determinarse mediante una valoración de la situación de hecho, como sucede con los términos: mueble, "ajeno" (Art 187), comerciante" (Art 210), "en quiebra" (Art. 210), "acreedores" (Art. 21 I), etc. Este tipo de elementos al requerir del juez una valoración, comporta un notable margen de indeterminación y de subjetivismo, que no pueden ser siempre eliminados de los tipos penales²⁸.

La efectiva vigencia del postulado de determinación así concebido, es una verdadera exigencia ética, como lo ha planteado con suficiencia Rodríguez Mourullo: "Piedra de toque para comprobar si en el plano penal se respetan o no las exigencias del Estado de Derecho no es ya, según esto el formal reconocimiento y consagración - incluso a nivel constitucional - del principio de legalidad, sino el de si las concretas disposiciones legales responden, al enunciar tanto el pres supuesto como la consecuencia penal, al postulado de una precisa determinación, que constituya la insustituible garantía de seguridad política para los derechos fundamentales de la persona cuyo logro representa para el Estado de Derecho una exigencia ética"²⁹.

²⁵ Soler, op. cit. p. 283.

²⁶ Hans Welzel, Derecho Penal Alemán, traducción de Juan Bustos y Sergio Yañez, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1976, p. 40.

²⁷ Fernando Velásquez, El principio de determinación del hecho punible, en Revista Derecho Penal y Criminología, Nos. 27y 28. Bogotá, ediciones Librería del Profesional, 1985-1986, p. 136 y ss. También, con claridad, Hurtado Pozo, ob.cit. p. 68 y ss.

²⁸ La distinción en Hans -Heinrich Jescheck, Tratado de Derecho Penal, Traducción de Francisco Muñoz Conde y Santiago Mir Puig, Barcelona, Edit. Bosch, 1981, p. 365 ss.

²⁹ Gonzalo Rodríguez Muñoz, "El principio de Legalidad" en Nueva Enciclopedia Jurídica, tomo, XIV, Barcelona. Edit. Seix, 1971, p. 888.

Siguiendo con la estructura lógica de la norma penal, encontramos que se pueden presentar diversas hipótesis de indeterminación sea que atendamos al supuesto de hecho o a las consecuencias jurídicas, al precepto o a la sanción³⁰.

En cuanto al supuesto **de hecho**, se presenta indeterminación bien cuando no existe tipo penal que delimite claramente la "prohibición o el mandato, bien cuando el tipo penal emplea en exceso elementos normativos del tipo.

La primera hipótesis se presenta, básicamente, en los llamados tipos abiertos o aquellos en los que falta una guía objetiva para complementar el tipo, de modo que en la práctica resultaría imposible la diferenciación del comportamiento prohibido y del permitido con la sola ayuda del texto legal³¹. Un ejemplo sería el siguiente: "El que infrinja las disposiciones del Gobierno revolucionario del Perú, será sancionado con pena de la libertad de hasta diez años y multa de renta de hasta setecientos veinte días". Allí no existe tipo penal, se trata de una cláusula general en la cual cabe cualquier contenido.

También estamos en presencia de indeterminación del supuesto de hecho en las llamadas leves penales en blanco, o, mejor **tipos en blanco** que son aquellos, como muy bien se ha precisado, en los cuales está determinada la sanción, pero el precepto al que se asocia esa consecuencia no está formulado más que como prohibición genérica que deberá ser definido por una ley presente o futura, por un reglamento, e incluso por una orden de autoridad³². Un buen ejemplo de tipo penal en blanco es el Art. 259 del Proyecto: "El que viola las medidas impuestas por la ley o por la autoridad para impedir la introducción o propagación de una enfermedad o epidemia...".

La segunda hipótesis de indeterminación del supuesto de hecho, se presenta cuando sólo en apariencia se consagra el supuesto de hecho de la norma, dejando en realidad al juez la determinación del mismo. Un caso de notable indeterminación por el excesivo empleo de elementos normativos, es el Art. 276 del Proyecto: "El que con el fin de crear o mantener un estado de alarma o de perturbar el orden público, emplee contra personas o bienes medios de destrucción colectiva, será reprimido..."

En torno a las **consecuencias jurídicas** se presenta también la indeterminación cuando no se precisa su duración, la clase, o se omite consagrar la consecuencia jurídica (pena o medida de seguridad) dejándola librada a la voluntad del juzgador.

En lo relativo a la **duración**, se presenta cuando el legislador no señala el límite temporal que debe cobijar la imposición de la sanción, como sucedería si en el caso del Artículo 117 del Proyecto, se dijese: "la mujer que causa su aborto sufrirá pena privativa de libertad"; otro caso de violación, este sí real es el del Art. 79 del Proyecto: "la duración de las medidas de seguridad es indeterminada".

En lo atinente a la **clase** de la consecuencia jurídica, la encontramos cuando el legislador no determina el tipo de sanción a imponer. Por ejemplo, si en el caso del Art. 117, se dijese: "La mujer que causa su aborto sufrirá pena no mayor de tres años", sin distinguir si es privativa de libertad, restrictiva de libertad, restrictiva de derechos, de arresto domiciliario, etc.

Finalmente, la **indeterminación** puede ser **absoluta**, si no se señala ninguna consecuencia jurídica, como si en el caso del Art. 117 los redactores hubiesen dicho: "la mujer que causa su abono será sometido a la consecuencia jurídica que determine el juez".

2) Análisis del Artículo II y sus desarrollos. Es indudable la decidida intención de los redactores del Proyecto peruano de consagrar el principio de determinación en el Artículo II. Por lo menos, en lo relacionado con el supuesto de hecho, tipo o precepto, o hecho punible (entendido como tipo), tal como lo hace el Art. 3 del Código vigente (inspirado en el Art. 10 del Código Penal italiano de 1889). Este propósito se percibe, con mayor facilidad, si se repara en el hecho de que la norma había de "describir" el hecho punible. Así parece inobjetable que alude a la consagración, hasta donde sea posible, de elementos descriptivos en los tipos penales. Es tajante la disposición al hablar de una descripción "expresa e inequívoca", esto es, que no genere ningún tipo de dudas sobre el

³⁰ Así, Günther Warda, *Dogmatische Grundlagen des Richterlichen Ermessens im Strafrecht*, München., Heyman Verlag 1962, p. 13 y ss. 81 y ss. También Albin Eser en Schönke/Schröder. *Strafgesetzbuch Kommentar*, 22a ed. München, C. H. Beck Verlag, 1985, p. 20 a 23.

³¹ Así Jescheck cit p. 336.

³² Carlos Fontán Balestra. *Tratado de Derecho Penal*, tomo 1, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970, p. 229.

comportamiento que se quiere incriminar, evitando consagraciones gaseosas, vaporosas, cláusulas abiertas que potencian la arbitrariedad.

Para acabar de rematar, los redactores han insistido en que la descripción no debe “dejar duda” sobre los elementos constitutivos que la integran; pero por ninguna parte se ha hecho alusión expresa a la determinación de las consecuencias jurídicas a no ser que, como ya dijimos (II, A, 2), se entendiera la expresión “hecho punible” del Art. II como comprensiva también de la punibilidad. Esta interpretación ayudaría tal vez a morigerar la indeterminación que se observa, generalmente, a lo largo del Proyecto en esta materia.

Asimismo, a pesar del carácter terminante del Art. II, observamos diversos tipos penales que no respetan el postulado. Señalemos, entre otros, Con el Art. 116 (genocidio) que reprime al que con intención de destruir, total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso,” ... “comete por cualquier medio...” “delitos contra la vida de los miembros, o” ... impida los nacimientos en el seno del grupo...”, lo mismo que atenten contra la salud de los miembros “ ... con idéntico propósito...”, o cuando a los miembros del grupo “...se les somete a condiciones de existencia capaces de ocasionar su destrucción física, total o parcial...”. Supuesto de hecho que por demasiados elementos normativos permite que se incrimine como “genocidio” cualquier comportamiento.

De carácter similar es el tipo del Art. 148 que reprime a quien “...seduce...” y practica el acto sexual con “una joven de conducta irreprochable...”. Observación también válida para los tipos penales de la Sección Tercera (Art 143 y ss), abiertos a más no poder, especialmente el Art. 156; el Art. 171 que sanciona a quien “mediante amenaza o violencia obliga a otro a hacer o tolerar algo...”.

Son también indeterminados los Arts. 238, 239, 248 (que sanciona al que “ejecuta cualquier acto” que atente contra un medio de comunicación), 276 (que castiga al que “ ... con el fin de crear o mantener un estado de alarma...” o de “...perturbar el orden público...” emplee “medios de destrucción colectiva”), 280, 309, 316, 339, 359, 383,416 (que castiga como falta alarmar a otro “ ... mediante amenazas leves...”), o, finalmente, los arts 427 inc. 10 (sanciona al que “...en lugar público realiza exhibiciones, gestos, tocamientos o cualquier otra conducta de índole obscena o inmoral”), inc. 20 (al que hace a un tercero “proposiciones inmorales o deshonestas”), inc. 3o (“Trafica con objetos de índole deshonesto o inmoral”), inc. 40 (realiza “...gestos notoriamente deshonestos...”), inc. 90, Art. 429 incs. 10, 30 y 90.

En cuanto a las consecuencias jurídicas, se percibe la indeterminación en relación con la pena de inhabilitación que “... puede ser indeterminada (Art. 59); de la misma manera hallamos una indeterminación relativa de las penas debido a que los “límites dejados por la ley en la mayoría de los casos muy amplios, permitiendo al juez acudir a criterios gaseosos como los que consagra el Proyecto, aunque sin sobrepasar los 25 años cuando se trata de una pena privativa de libertad (Art. 50), partiendo de en diversos eventos del mínimo general de seis meses (Art. 50). Esto es reafirmado por el Art. 53, cuando haciendo gala de indeterminación de la pena, postula que en caso de no señalarse el máximo o el mínimo de la pena privativa de libertad para el hecho punible de que se trate, se entenderá que dichos extremos son los indicados por la pena” Una buena manera de evitar esta indeterminación en la duración sería no consagrar marcos punitivos tan amplios e introducir grados en la aplicación de la pena.

A pesar de la falencia anterior, es bueno anotarlo, el Proyecto comporta una relativa evolución con respecto al Código actualmente vigente, caracterizado por la más absoluta indeterminación de las consecuencias jurídicas, como se desprende del Título IV Libro Primero: “Penas, medidas de seguridad y otras medidas (Art. 10 y ss), incompatible con un derecho penal liberal y por ende con el Estado de Derecho.

En cuanto a las medidas de seguridad ya hemos señalado que son indeterminadas (Art. 79) trátase de inimputable absoluto o relativo* (Ad, 81), no así de imputables sometidos sólo a penas (Art. 77 idem), lo cual comporta una importante transgresión del postulado en examen, atentatoria contra la seguridad jurídica, la racionalidad, y los derechos humanos de estos sujetos Penales, que por ser los más desprotegidos deberían ser objeto de mayor asistencia por parte del Estado.

c) El Principio de Lesividad

Se deriva del Artículo III: “Para que una conducta sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el bien jurídico tutelado”. De aquí emana, también, la antijuricidad como categoría del concepto dogmático de hecho punible.

1) Concepto: El principio de lesividad, también denominado del bien jurídico o de la objetividad jurídica del delito³³ e, incluso, de la antijuricidad material, se puede sintetizar en el tradicional aforismo liberal “no hay delito sin daño”, que hoy equivale a afirmar que no hay hecho punible sin bien jurídico vulnerado o puesto en peligro. Se trata, en realidad, de otro límite al poder punitivo del Estado, de otra barrera al jus puniendi, dado que no se pueden establecer hechos punibles (delitos o faltas), penas y medidas de seguridad que no tengan su fundamento en la existencia de un bien jurídico protegido. En consecuencia, deben descriminalizarse todos aquellos hechos que no estén en relación con la defensa de un bien jurídico³⁴.

Lo anterior significa que el Estado no puede intervenir para defender determinadas concepciones éticas o políticas, una determinada organización de las actividades sociales, a no ser que estén en peligro real los fundamentos del Estado de Derecho, esto es los bienes jurídicos³⁵. La función del Derecho Penal es tutelar bienes o intereses humanos que, por su importancia, el legislador ha erigido en bienes jurídicos merecedores de especial protección.

Por bienes jurídicos, desde esta perspectiva, se entienden “aquellos presupuestos que el hombre requiere para su autorealización en la vida social”, sean de carácter individual como la vida, el cuerpo y la salud (Sección Primera del Libro Segundo), o colectivo como el orden económico (Sección Novena del Proyecto)³⁶.

De la afirmación que hasta ahora hemos hecho, según la cual el delito consiste esencialmente en la violación de bienes jurídicos (desvalor de resultado), no se sigue que sólo se lesione bienes jurídicos; el delito también comporta la transgresión de determinados valores ético-sociales que predominan en una comunidad dada, en un momento histórico determinado (desvalor de acción), las llamadas normas de convivencia social. El injusto penal comporta, pues, un doble desvalor: primero, el referente a la violación de los bienes jurídicos; segundo, el consistente en la violación de las normas que aseguran la convivencia.

Hacer hincapié en uno u otro extremo del injusto penal, puede llevar a derechos penales de corte totalitario o de índole liberal. Bien en la tentativa de individualizar el delito en una actitud voluntaria, puramente interna o en el modo de ser de la persona (**derecho penal de autor**), o bien que se traduzca en una imputación objetiva que comporte una lesión jurídica. Por esto, Bettiol ha dicho que los regímenes totalitarios escudriñan en lo (íntimo) del hombre e indagan -con el fin de su examen- el más liviano pensamiento. Los regímenes de carácter liberal, por el contrario, exigen que el delito se tenga que manifestar en un dato objetivo, para no remitir el juicio sobre la existencia del delito a la fijación, a menudo difícil si no imposible, de momentos puramente internos a la psique del sujeto³⁷.

De todas maneras es indudable que en el actual derecho penal, el bien jurídico juega papel preponderante, aunque incluyendo los valores ético-sociales³⁸.

Si queremos precisar mejor el postulado en estudio, debemos explicar qué entendemos por la “lesión de bienes jurídicos”. Hablar de lesión del bien jurídico no comporta aludir al concepto naturalista de causación de un daño a determinado objeto de la acción sino que se entiende como un concepto de carácter valorativo, como la contradicción en los intereses que la norma jurídica penal protege.

Ahora bien, en el actual derecho penal, el bien jurídico se entiende en dos sentidos: político-criminal, como todo aquello que merece ser protegido por el derecho pena (de lege ferenda); y, dogmático, como el objeto efectivamente protegido por las normas penales vulneradas en concreto, o como dice el proyecto por el “el bien jurídico tutelado” por la ley (de lege data). Ambos conceptos están íntimamente conectados, pues el derecho positivo está inspirado en determinados ideales político-

³³ Giuseppe Bettiol. Instituciones de Derecho Penal y Procesal, Traducción de Faustino Gutiérrez Barceña, Besch, 1977, p. 104 y ss.

³⁴ Juan Bustos Ramírez, Manual de Derecho Penal Español, Barcelona, Ariel, 1984, p. 50.

³⁵ Idem.

³⁶ Sobre ello Michael Marx. Zur Definition des Begriffs “Rechtsgut”, Köln/Berlin/Bonn., München, Heymanns Verlag, 1972, p. 62, 79 y ss.

³⁷ Bettiol. cit. nota 33, p. 110.

³⁸ Parece, pues, inaceptable la afirmación de Hans Welzel en el sentido de que “la misión del Derecho Penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares”; cfr. Derecho penal alemán. cit. p. 15.

criminales; es por ello que, recientemente, se ha dicho con propiedad: "El concepto político-criminal del bien jurídico tenderá a tener un contenido muy cercano al del concepto dogmático, a la vez que en la misma concepción político-criminal que inspira el derecho penal vigente, y al contrario. Todo Código penal supone la realización, más o menos feliz, de un determinado programa político-criminal, que cuente entre sus puntos básicos con la determinación de aquellos que deben ser protegidos"³⁹.

El Principio de lesividad es, hoy, de indiscutible vigencia máxima si se tiene en cuenta que la teoría del bien jurídico ha alcanzado un desarrollo extraordinario, asignándosele diversas funciones⁴⁰: **sistematizadora**, pues los códigos penales (también el Proyecto) al consagrar diversos hechos punibles, los van describiendo y clasificando atendiendo a determinado bien jurídico, cumpliendo éste una innegable función de sistematización del derecho penal vigente. **De orientación para la interpretación de la Ley**, puesto que cuando se logra precisar cual es el bien jurídico protegido con la impresión de determinado delito, la interpretación teleológica o finalista (que atiende al **telos** de la norma, a su fin) nos permite excluir del tipo penal ya sea las conductas que no lesionan o no ponen en peligro el interés jurídico tutelado por la ley, o ya sea aquellas que a pesar de ser típicas comportan la exclusión de la antijuricidad por ser sólo contrarias al orden jurídico en apariencia (según la sistemática del delito que se adopte). Se excluyen así, gracias al predicamento de la antijuricidad material, las **conductas inocuas** y las **socialmente adecuadas**.

Finalmente, **delimitadora**, tanto para el legislador como para el juez. Para el primero porque demarca su órbita de intervención. Para el segundo, pues debe tener el bien jurídico como fundamento para la medición de la pena, dentro de los marcos y según los principios que señale la ley, atendiendo al peligro o lesión sufrida.

2) Análisis del Artículo III y sus desarrollos. La consagración legal nos sitúa ante la exigencia de lo que doctrinariamente se ha denominado como antijuricidad material, en los términos en que fue concebida por Bimbaum (1834), Schütze (1869) y von Liszt⁴¹, verdadera concreción del principio más general de "lesividad. Semejante estipulación posibilita, entonces, que a partir de la vigencia del Proyecto (caso de que ello suceda), ya no será suficiente con la mera contradicción formal entre el hecho y el ordenamiento jurídico en su conjunto (antijuricidad formal), sino que para poder predicar la antijuricidad de un comportamiento, a más de su tipicidad, será indispensable que se presente la lesión o la puesta en peligro concreta de un determinado bien jurídico.

Evidentemente, si la lesión o puesta en peligro se produce, pero el agente obra dentro de las causas de justificación consagradas en el texto (Ans. 12 a 14 del Proyecto), tampoco la conducta será antijurídica; el Art. III dice: "sin justa causa". Al respecto, es bueno observar que conforme a exigencias de estricta técnica jurídica se trata, la norma está mal redactada en cuanto exige como requisito para la punibilidad la antijuricidad, como si no fuese además indispensable la culpabilidad del autor; debió, pues, decir: "Para que una conducta sea culpable se requiere ...". Se incurre así en la misma equivocación del Art. 40 del Código colombiano de 1980 del cual es una copia textual el artículo en comento.

La importancia del bien jurídico se revela en el hecho que el Proyecto ha construido su libro II, dedicado a los delitos, y el III, dedicado a las faltas, señalando en las diversas secciones los bienes jurídicos que se quieren tutelar, con lo cual el bien jurídico cumple una innegable función de sistematización.

No está demás advertir también que la consagración está llamada a cumplir un importante cometido en la interpretación de la codificación, la cual ha de ser teleológica, desentrañando el telos de la norma. Por ello, no tiene sentido que se consagren hechos punibles de tan poca o ninguna lesividad para el bien jurídico como la alarma de otros (Art. 416); o conductas que antes que comportar transgresión de bienes jurídicos, invaden el campo de la ética y la moral, como sucede en la ofensa al "decoro" de un funcionario público (Art. 339), o "cualquiera otra conducta de índole obscena o inmoral" (Art. 427 hipótesis primera), o la formulación de "proposiciones inmorales o deshonestas" (Art. 427-2 idem), y todas las regulaciones de índole estrictamente moral que hacen los redactores en

³⁹ Santiago Mir Puig. Derecho Penal, Parte General, Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias, 1985, p. 103.

⁴⁰ Así Hans Joachim Rudolphi, "Diferentes aspectos del concepto de bien jurídico", en Revista Nuevo Pensamiento Penal, 1975, p. 329 y ss.

⁴¹ Franz Von Liszt. Tratado de Derecho Penal, vol.2; traducción de Luis Jiménez de Asúa, Madrid, Reus, 1927, p. 324, especialmente nota 2, p. 325.

otros incisos de ésta norma, amén de las consignadas en los “delitos contra las buenas costumbres . (Sección Tercera, Art. 143 y ss), donde el carácter eticizante del Proyecto alcanza límites insospechados, amén de las puniciones exageradas, en las cuales se diluyen peligrosamente las tradicionales fronteras entre derecho y *moral*, a espaldas del postulado del bien jurídico que se supone inspira toda la codificación⁴².

Debe añadirse, igualmente, que para efectos dosimétricos de la pena el criterio del bien jurídico juega papel preponderante, como que la mayor o menor gravedad del injusto ha sido incluída por los redactores como directriz a observar (Arts. 62 y 70), lo que es apenas lógico si en el título preliminar se parte de semejante postulado. Finalmente, debemos anotar que tenemos fundadas dudas sobre la compatibilidad de algunas conductas de peligro abstracto (Ans. 238 y ss. 132 entre otros) con el principio abordado. Bien valdría la pena un replanteamiento a fondo de la cuestión si se busca ser coherente con los postulados de los cuales se dice partir.

d) El principio de culpabilidad

Vertido claramente en el Artículo IV cuando establece: "No hay hecho punible sin culpabilidad. La ley proscribire toda forma de responsabilidad objetiva". Esta norma da pie para deducir también la culpabilidad como elemento del concepto dogmático de hecho punible,

1) Concepto. El postulado en examen se concreta en el aforismo “nulla poena sine culpa”, lo cual significa que no hay pena sin culpabilidad, o que la pena criminal sólo debe fundarse en la seguridad de que el hecho puede ser reprochado al autor. Implica básicamente dos cosas: en primer lugar, no puede ser castigado quien actúa sin culpabilidad, toda pena supone culpabilidad, con lo cual se excluye la responsabilidad “objetiva o responsabilidad por el mero resultado; y, en segundo lugar, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad, lo que comporta la no responsabilidad del autor por un defecto de carácter, adquirido (derecho penal de autor) sino por su hacer (derecho penal de acto)⁴³.

Son incompatibles según la doctrina actual, con el postulado nulla poena sine culpa:

- a) la fundamentación o agravación de la pena por el mero resultado, esto es la exclusión de la responsabilidad objetiva;
- b) el versar in re ilícita, forma de responsabilidad objetiva, según la cual el reo debe responder a todas las consecuencias de su hacer, aún las no queridas, siempre y cuando provengan de un obrar ilícito;
- c) no reconocerle relevancia al error de tipo;
- d) no reconocerle relevancia al error de prohibición;
- e) no reconocerle relevancia al error sobre la culpabilidad;
- f) aplicarle penas a quien no haya podido comprender las exigencias del derecho comportarse de acuerdo con ellas;
- g) aplicarle medidas de seguridad a quien si ha podido comprender las exigencias del derecho y comportarse de acuerdo con ellas;
- h) no observar el principio de proporcionalidad de las penas;
- i) aplicarle pena a quien haya obrado en situación de inculpabilidad;
- j) imponer responsabilidad penal por el hecho de otro;

⁴² Un buen ejemplo de una moral maniquea, llamada a convertir los tribunales en confesionarios, es el citado Art. 156, del Proyecto que reprime toda una gama de comportamientos con respecto a libros, escritos, imágenes, espectáculos de teatro, cine o televisión, considerado como de “carácter obsceno y que con respecto a menores de catorce años, así no sean obscenos, “puedan afectar gravemente el pudor” o “excitar o pervertir su instinto sexual. Lógicamente si se estuviera legislando para una sociedad medieval sería entendible, aunque no compartible, semejante regulación; pero si se piensa en un país como el Perú a las puertas del año 2000, tal consagración sólo puede asombrar. ¡Adiós al principio de lesividad!

⁴³ Jescheck, cit p. 30.

k) extender formas de responsabilidad penal a grupos sociales en conjunto o imponer penas a personas no individuales.

En el actual derecho penal no se discute sobre la vigencia del principio de culpabilidad y sobre sus consecuencias, sin embargo es objeto de ardua polémica el concepto de culpabilidad mismo. lo que no es, ni mucho menos, nuevo; pues desde que el hombre filosofa se han planteado estos problemas, tanto por los que creen en el determinismo del actuar humano como por los que profesan el indeterminismo. Pese a ello, el concepto de culpabilidad que maneja el derecho penal presupone la libertad de decisión del hombre⁴⁴, el libre albedrío, la capacidad de autodeterminación del hombre.

Este concepto, como señala Roxin, ha cumplido en la práctica una doble función: de un lado, ha servido para darle una justificación al fin de retribución de la pena, traduciéndose en una desventaja para el acusado; del otro, limita la pena, "pone una barrera a la facultad de intervención estatal, en cuanto a la medida de la culpabilidad señala el límite superior de la pena. Esta segunda función del concepto no grava al delincuente sino que lo protege, impide una injerencia severa en su libertad⁴⁵. O sea, el concepto de culpabilidad ha cumplido una función garantista, ha permitido erradicar la responsabilidad objetiva del primigenio derecho penal oponiendo una responsabilidad subjetiva; es más ha prestado su concurso al Estado de Derecho liberal, para la salvaguardia de las libertades fundamentales, ha posibilitado la seguridad jurídica.

El concepto de culpabilidad, pues, se debate en una profunda crisis, frente a la cual se han formulado varias alternativas:

Primera. Mantener el concepto como hasta ahora sin darse cuenta de lo que sucede y, entonces, profesar un verdadero dogma de fe⁴⁶, pues como dice Gimbernat Ordeig: "La fundamentación culpabilista, al situar el libre albedrío en el centro de gravedad del derecho penal, ha construido éste sobre una ficción indemostrable, ha cerrado la posibilidad al diálogo con las ciencias naturales y ha hecho depender el derecho de una verdad de fe: como en religión, el derecho penal culpabilista sólo es accesible a los que tienen la "suerte" de creer en lo que no se ve (la libertad de la persona)⁴⁷.

Segunda. Prescindir del concepto de culpabilidad porque "ha dejado de constituir una categoría fundamental del derecho penal"⁴⁸, para ser reemplazado por un concepto distinto como la "necesidad de la pena"⁴⁹, o "buscando otros principios que sustenten el comportamiento desviado"⁵⁰, o sencillamente planteando "un concepto material de culpabilidad que se compadezca con la realidad socio política del estado contemporáneo y con la ciencia actual"⁵¹.

Tercera. Mantenerlo como categoría fundamental del derecho penal, Pues lo que está en crisis no es la culpabilidad sino- la manera de entenderla, por lo cual "debe buscarse una nueva forma de abordarla, pues no existe un único concepto de culpabilidad"⁵². Esta tesis es en realidad mediadora y se compadece con la posición de Roxin, para quien la culpabilidad no se puede seguir entendiendo como fundamento o justificación de la pena sino como límite a la misma⁵³, aunque prefiere llamada "responsabilidad". A no dudarlo, la tercera alternativa es la correcta, pues el concepto de culpabilidad

⁴⁴ Idem, p. 562.

⁴⁵ Claus Roxin. La culpabilidad como criterio limitativo de la pena, en Revista de Ciencias Penales de Chile, Santiago. enero-abril de 1973, p. 17.

⁴⁶ En tal sentido la crítica de Enrique Gimbernat Ordeig en Estudios de Derecho Penal, Madrid, civiles, 2a. ed. 1981, p. 109 y ss.

⁴⁷ Gimbernat Ordeig en Revista, cit nota 45, p. 31.

⁴⁸ Francisco Muñoz Conde. El Principio de Culpabilidad, en Jornadas de Profesores de la Universidad Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1975, p. 222.

⁴⁹ Gimbernat, cit. nota 47, p. 18.

⁵⁰ Günther Stratenwerth, El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad, traducción de Enrique Bacigalupo, Madrid, Universidad Complutense. 1980, p. 89 y ss..

⁵¹ Asimismo, Muñoz Conde, aunque introduciendo variantes a su posición inicial, Teoría General, cit p. 132.

⁵² Agustín Zugaldía, Acerca de la Evolución del Principio de Culpabilidad, en Libro Homenaje al Profesor José Antón Oneca, Salamanca, 1982, p. 574.

⁵³ Roxin, en Revista de Ciencias Penales de Chile, cit. p. 16 y ss., 82 y ss.

sigue siendo pilar básico del actual derecho penal, lo cual no impide velar por su transformación y desarrollo.

2) Análisis del Artículo IV y sus desarrollos. la norma afilia el Proyecto al Derecho penal de culpabilidad cuando afirma que “no hay hecho punible sin culpabilidad” y después, como si no lo hubiese dicho ya, reitera que “no hay falta sin culpabilidad- (Art. 413), olvidando que clasifica los hechos punibles en delitos y faltas, con lo cual sobra la segunda consagración.

Sin embargo, la norma aludida sólo hace hincapié en uno de los aspectos del postulado ignorando el otro, pues proscribire toda forma de responsabilidad objetiva, pero olvida establecer que la pena se tasa atendiendo al grado de culpabilidad. Pero las inconsecuencias no paran ahí, pues ya en el mismo título preliminar encontramos una regulación que supone responsabilidad objetiva, cuando se establece el principio romano *Ignorantia iuris non excusat* (la ignorancia de la ley no sirve de excusa).

Una regulación complementaria a la del Art. IV, al parecer también copiada del Código penal colombiano, es la del artículo 22 según la cual “nadie podrá ser condenado por un hecho punible, si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención”, que comporta una reiteración de la norma rectora.

Pese a que a la hora de señalar los requisitos para tasar la pena no se señala el grado de culpabilidad (Art 70), como ya dijimos, se consagran algunas atenuantes donde la pena se disminuye atendiendo justamente al menor reproche jurídico-penal, al grado de culpabilidad, tal como sucede en el Art. 21 en una fórmula de error de prohibición vencible (Cfr. INFRA, III, I, 2). Lo mismo puede predicarse de los Arts. 32, 33 parte primera y 43, entre otros, con lo cual implícitamente se está reconociendo la vigencia de la consecuencia anotada.

Pero no sale uno del asombro, cuando se percata que un código supuestamente culpabilista, que “proscribe” la responsabilidad objetiva, le da cabida a ésta en diversas situaciones: consagra la reincidencia (Art. 46 y 47); la habitualidad (Art. 48); la *actio liberae in causa* (Art 18) (que puede algunos eventos comportar transgresiones del principio *nulla poena sine culpa*); la regulación del error de tipo invencible que conlleva responsabilidad a título de culpa cuando existe tipo culposo (Art. 28) (lo que es completamente absurdo); puede condenarse con la pena del delito consumado al que realice una tentativa de “excepcional gravedad” (Art. 33); pareciera consagrar presunciones de responsabilidad en los delitos contra el honor (Arts. 138 y 139-2); da cabida, aparentemente, a delitos cualificados por el resultado más grave en materia de omisión de asistencia familiar, cuando se castiga al que abandona a una mujer embarazada y a raíz de ello la abandonada aborta, comete infanticidio, “exposición o abandono a peligro”, o se suicida, norma que bien podría interpretarse armónicamente con el Art. 44-2 que también pareciera proscribirla responsabilidad objetiva de manera general, al igual que el Art. IV que de todas maneras prima por su carácter rector.

Se cuidó, en cambio, el Proyecto de evitar la responsabilidad objetiva en los Arts. 118, 119, 121, 126, 127, 132, 150, 168, 250, 253, 255, 257, en los cuales el segundo resultado se imputa siempre y cuando el agente “prevea el resultado”, desarrollando así el principio *nulla poena sine culpa*. Esto, es bueno destacarlo, se hace también al eliminar la tentativa inidónea (Art. 35).

Para terminar, digamos que el Proyecto no parece afiliarse decididamente a una culpabilidad por el acto, dando paso a la de autor (derecho pena; de autor). No sólo en los casos de habitualidad, reincidencia, presunción de responsabilidad, etc. ya mencionados, sino en materia de tasación de la pena al dar pie para que se confunda personalidad con peligrosidad (Arts. 1, 3, 4 y 70).

Otro síntoma de que el Proyecto posibilita una culpabilidad por la conducción de vida, es la consagración de la condena de ejecución condicional (Art. 72 y ss) institución que, pese a su conveniencia, es propia de un derecho penal de autor como que supone la no reincidencia, la valoración de los “antecedentes” y el “carácter del condenado” (!) verificabas mediante el juicio del juzgador.

e) Principio de Judicialidad de las Sanciones

Del Artículo V, se desprende este postulado: “La privación o restricción de derechos, a título de pena o medida de seguridad sólo pueden ser impuestas en virtud de sentencia condenatoria”.

1) Concepto. Según el apotegma en examen, las sanciones penales (trátese de penas o de medidas de seguridad), sólo pueden ser impuestas mediante sentencia condenatoria, y, para poder proferir tal

providencia se requiere la presencia del órgano jurisdiccional del Estado, del Juez Legal o natural, del juez que señala la Constitución.

De aquí se colige, igualmente, que la imposición de las consecuencias jurídicas comporta un juicio legal previo en el cual se observan las formalidades propias de cada juicio, el debido proceso: porque repugnaría a la seguridad jurídica y a los derechos individuales, la mera posibilidad de que un funcionario investido de la función juzgadora impusiera una sanción sin una ritualidad preestablecida.

Este postulado supone, además, que bajo ninguna circunstancia está permitido a los órganos administrativos, a la rama ejecutiva del poder público imponer sanciones penales. Erigiéndose en un verdadero dique contra la arbitrariedad estatal. Semejante postulado es de suma importancia en el estado de derecho actual, en el cual, gracias a la creciente actividad intervencionista del ente estatal en todos los frentes, se observa una peligrosa y preocupante administrativización del derecho penal dado que el órgano administrativo ha venido siendo investido de una desmesurada potestad sancionatoria⁵⁴.

El principio en examen debe verse, pues, como una concreción de las garantías procesales emanadas del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, ya aludidas (cfr. III, A, I). Otra consecuencia importante del postulado así entendido, es la afirmación, de una vez por todas, de que las medidas de seguridad no son de carácter administrativo, meros medios asistenciales, caritativos impuestos por el Estado, como lo cree un sector de la doctrina (teoría administrativa). Por el contrario, tienen un carácter penal, pertenecen al derecho penal, se trata de verdaderas sanciones impuestas por órganos jurisdiccionales. Son reacciones a una acción prohibida y no se pueden imponer discrecionalmente. Este carácter jurisdiccional tiene una indudable finalidad garantista, de la cual “no se puede prescindir en el derecho de medidas, en el que, en general, los tipos son de enorme flexibilidad⁵⁵”.

2) Análisis del Artículo V y sus desarrollos De la norma se infiere, sin lugar a dudas, que las sanciones penales han sido concebidas por los redactores del Proyecto como privación o restricción de bienes jurídicos, de los derechos individuales de los condenados. Así las cosas, penas y medidas no parecen presentar diferencias sustanciales, con lo cual pareciera avanzarse hacia un sistema monista en materia de reacciones penales. Se ve más claro, si tenemos en cuenta que el Proyecto consagra penas imponibles a sujetos imputables (Art. 49 y ss) y medidas a inimputables (Art. 77). La única excepción a este sistema monista es la posibilidad de imponer ambas consecuencias a los denominados “imputables relativos” (¿semi imputables?) (Art. 81 en armonía con el Art. 20).

Que las sanciones se imponen mediante sentencia condenatoria, se deduce de diversas disposiciones entre las cuales cabe señalar los Arts. 70 y 80.

f) El Principio de la Prohibición de la Analogía

Tal como ya habíamos apuntado más arriba está consignado en el Art. VI: “La ley penal es inaplicable por analogía”.

1) Concepto. Este postulado es consecuencia del principio de legalidad pues, como ya se indicó, no hay hecho punible, no hay pena, no hay medida de seguridad sin ley estricta. Sería incompatible con el principio de reserva la creación de hechos punibles o de consecuencias jurídicas por vía analógica, pues el juez debe atenerse al sentido exacto y objetivo de la ley⁵⁶.

Como dice Toledo y Ubieto, aunque excluyendo las medidas de seguridad, “la prohibición de la analogía, supone, pues una **lege stricta**, en virtud de la cual es imposible estimar un comportamiento como delito o un castigo como pena, cuando no habiendo sido recogidos en tales conceptos por la ley, ésta prevé en cambio, como delito o como pena, supuestos análogos a aquellos”⁵⁷.

En el Derecho Penal, a diferencia de otros sectores del orden jurídico, no le está permitido al juez llenar los vacíos de la ley, acudiendo a normas semejantes; es que, si aceptáramos la analogía, el juez podría imputarle al ciudadano todos los comportamientos imaginables, con lo cual la seguida

⁵⁴ Cfr. José Cerezo Mir. Curso de Derecho Penal Español, Madrid, Tecnos, 1981, p. 46,

⁵⁵ Juan Terradillos. Peligrosidad social y Estado de Derecho, Madrid, Ed. Akai, 1981, p. 131.

⁵⁶ Jescheck cit p. 179.

⁵⁷ Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Sobre el concepto de Derecho penal, Madrid, Universidad Complutense. 1981, p. 322

jurídica se vería notablemente disminuida y las garantías ciudadanas pisoteadas. Sería el más absoluto caos, pues se borrarían las diferencias entre la rama legislativa y jurisdiccional; no habría ciudadano que pudiese vivir tranquilo, pues dado el arbitrio judicial, se podrían crear disposiciones al antojo o amaño del juzgador.

No se puede, pues, en el derecho penal aplicar la ley penal a un caso para el cual no ha sido dada, pero que es semejante a aquel o aquellos que efectivamente estaba destinada a regir⁵⁸.

Distinta a la analogía, es la interpretación analógica que es un método sistemático de conocer la voluntad de la ley, entendiéndola como un todo coherente y armónico, para lo cual se acude a la analogía⁵⁹ pero sin rebasar el sentido literal del texto y respetando el principio de legalidad⁶⁰. A su turno, distinta a los dos anteriores fenómenos es la **Interpretación extensiva**, que se presenta cuando “el caso en examen cabe dentro de la hipótesis abstracta prevista por el legislador en la norma, aunque de su tenor literal parezca deducirse lo contrario; existe apenas una laguna aparente, que se llena dando a las palabras de la ley un significado más amplio del que aparentemente encierran”⁶¹.

En el actual derecho penal, sin embargo, la prohibición de la analogía no es tan absoluta como a primera vista parece, pues la doctrina generalizada acostumbra distinguir entre Analogía in bonam partem y Analogía in malam partem. De conformidad con la primera, está permitido el razonamiento analógico y el juez puede acudir a normas semejantes para resolver el caso que debe juzgar, siempre y cuando sea en beneficio del procesado o condenado; la segunda, es proceder pero en desfavor del reo o encausado. Por esto se acepta como procedimiento permitido la primera de ellas y se rechaza la segunda, que está prohibida.

No faltan, a pesar de ello, autores que se oponen incluso a la analogía permitida, entre quienes se encuentra el maestro Jiménez de Asúa: “Enemigos de abrir un portillo al procedimiento analógico, pues por donde entra la analogía in bonam partem penetra también la in malam partem, no la recibimos en sector alguno del territorio penal”⁶².

2) Análisis del Artículo VI y sus desarrollos. Del tenor de la norma pareciera desprenderse que ha quedado excluida toda forma de aplicación analógica de la ley penal lo cual, en apariencia, evitaría de plano las discusiones que pudieran presentarse en este campo, pues no sería posible siquiera acudir a la analogía favorable al reo, o in bonam partem, ni mucho menos a la interpretación analógica. Pero esto último no es cierto, máxime si se tiene en cuenta que el mismo Proyecto trae excepciones que son precisamente los casos de interpretación analógica, y no se compadecerla con un derecho penal liberal, así se corran los peligros que advierte algún sector de la doctrina, la exclusión de la analogía favorable.

Entre los casos que pueden dar lugar a una interpretación analógica, llevados a veces, peligrosamente a la indeterminación, tenemos: el Art. 152-2 cuando se sanciona a quien promueve la prostitución acudiendo a “...cualquier medio de intimidación”; el Art. 154-2 que sanciona al que emplee “cualquier otro medio de coerción” para realizar la conducta allí prevista”, el Art. 182 cuando se intervengan o interfieran “comunicaciones telefónicas o similares...”; si el Art. 183 cuando se alude a “cualquier otro sistema de comunicación...”; el Art. 187 inc. 20 cuando se refiere al hurto de energía, gas o agua o “...cualquier otro similar...” que tenga valor económico; en el Art. 241 cuando se causan estragos por “...cualquier otro medio poderoso de destrucción...”; en el Art. 116 cuando se comete genocidio “...por cualquier medio”; en fin, en los Arts. 143, 144, 145, 146, 147 con los que se reprime en diversas circunstancias la práctica del “acto sexual u otro análogo...”, etc.

Si es que se postula la prohibición de la interpretación analógica, acorde con el frío texto de la norma, deben verse, en los anteriores casos, excepciones a lo previsto por la norma rectora en estudio, o, su desconocimiento y por ende su inaplicabilidad.

La analogía favorable deberá admitirse en diversas hipótesis que la práctica judicial irá indicando. Nos atrevemos a señalar la del Art. 151-2, que dispone la impunidad, en los delitos contra la libertad y

⁵⁸ Luis Jiménez de Asúa, Tratado, cit. tomo 11, 1977, p. 479.

⁵⁹ Luis Cousiño Mac Iver, Derecho Penal Chileno, tomo 1, Santiago, Edit Jurídica de Chile, 1975, p. 90 y 111

⁶⁰ Muñoz Conde, cit. nota 14, pp. 153 i 1 54.

⁶¹ Alonso Reyes Echandía, Derecho Penal, 8a ed. Bogotá Universidad Externado de Colombia, 1981, p. 97.

⁶² Jiménez de Asúa, Tratado, tomo IV, 1975, p. 455.

el honor sexuales del agente que "contrae matrimonio con la ofendida" previo consentimiento de ésta siempre y cuando haya sido " ... restituida al poder de su padre o tutor o a otro lugar seguro". Al respecto, creemos que no se podrá regar la exención de pena, por analogía favorable, cuando no concurre tal condición, pero el agente ha contraído matrimonio con la ofendida".

Ahora bien, ante la formulación terminante del Proyecto, no cabe dudas, que la prohibición de la analogía cubre no sólo el supuesto de hecho sino también las consecuencias jurídicas: penas y medida! . de seguridad, sobre todo tratándose de estas últimas que son parte del Derecho Penal.

g) El Principio de Igualdad de las Sanciones Penales

Denominamos así al principio contenido en el Art. VII: "Las penas y las medidas de seguridad se aplican a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en la ley.

1) Concepto. Hablar de la igualdad en frente a las sanciones legales, es aludir al postulado más general de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley penal. Postulado que a su turno pende de otro más global, el de la igualdad jurídica en abstracto. De éste se desprende dos consecuencias fundamentales: de un lado, las normas jurídicas no s en materia de derechos fundamentales, todos gozan de las mismas oportunidades y derechos; de otro lado, supone una igualdad procesal, de conformidad con la cual todos deben ser según lo determinado por las normas jurídicas.

En realidad, el principio de igualdad permitió la transformación de la sociedad prerevolucionaria, conforme a un amplio conglomerado de diversos estamentos en un sólo pueblo compuesto de ciudadanos iguales desde un punto de vista jurídico, que se convirtió rápidamente en una verdadera cobertura formal, con la que se quería ocultar las manifiestas desigualdades que propiciaba el ascenso al poder de una clase (la burguesía) y el sometimiento de otra clase mayoritaria (el proletariado). Se llega a un formalismo igualitario que, como dice Lucas Verdu, "ignora las injusticias económico-sociales, la defectuosa distribución de las grandes propiedades agrícolas, el abuso del derecho de propiedad o de derechos reales con explotación del trabajo ajeno, la deficiente distribución de la renta nacional ... coexiste con la supervivencia de privilegios en favor de ciertos estratos sociales, con el difícil acceso a la instrucción y a la cultura de los que carecen de recursos económicos"⁶³.

Este formalismo de moda, extrañaba una evidente hipocresía, pues de un lado se proclamaba la igualdad y, del otro, se permitía la subsistencia de desigualdades y diferencias entre las clases sociales, preocupándose sólo del predominio de los criterios procesales de igualdad y justicia. Por ello, el actual estado social y democrático de derecho exige una igualdad sustancial, pues es menester no sólo reine el principio de igualdad en las relaciones intersubjetivas contempladas abstractamente, sino también que prime en las formaciones sociales donde, se desenvuelve gran parte de la vida de los sujetos⁶⁴.

Ahora bien, el postulado restringido a las sanciones penales comporta un tratamiento similar para todos los condenados, sin establecer distinciones de credo, edad, raza, sexo, etc., a la hora de imponerles la pena o la medida de seguridad. Lo que se garantiza, entre otros, con el postulado de la judicialidad de la sanción ya visto y que se encuentra íntimamente conectado con el principio en estudio. Por ello, las únicas consideraciones que puede tener en cuenta el juzgador son las que la ley penal consagra sin que esta pueda, a su turno, hacer discriminaciones de cualquier otro orden de manera general.

2) Análisis del Artículo VII y sus desarrollos. Lo primero que debe observarse es que el Proyecto empieza por hacer un distingo para efectos de la imposición de las sanciones entre ciudadanos imputables (sometidos a penas relativamente determinadas en su duración) e inimputables (sometidos a medidas de seguridad indeterminadas). Esto, a no dudarlo, comporta una notable desigualdad, pues no se ve razón para que en un caso la sanción se pueda redimir y en otro no.

Además, los reformadores de turno han establecido discriminaciones odiosas que conllevan un tratamiento legislativo diferencial para las conductas punibles. Lo que se verifica, a título de ejemplo, al compararse las puniciones exageradas, propias de un puritanismo pseudo religioso a nivel penal, que se imponen en materia de delitos contra la libertad y el honor sexual: hasta 20 años (Art. 143, 146), hasta 15 años (Art. 144), hasta 12 años (Art. 146), hasta 10 años (An. 145 147), etc., con las

⁶³ Pablo Lucas Verdú, Igualdad, en Nueva Enciclopedia Jurídica, tomo XI, Barcelona, Seix, 1962, p.295.

⁶⁴ Idem, p. 29

que se imponen a los delitos contra el orden económico-social que por afectar a todo el conglomerado social, supone conllevar mayor dañosidad social hasta 6 años (Art. 229), hasta 5 años (Arts. 228, 226, 232), hasta 3 años (Arts. 230, 231, inc. 20), hasta 2 años (Arts. 231-1, 227), excepcionalmente hasta 8 años (An. 234), y hasta 10 (Art. 236) o 15 años (Art. 233),

Como se Puede ver, la desigualdad es evidente cuando debiera ser todo lo contrario, pues muchas conductas reprimidas por atentar supuestamente contra la libertad y el honor sexuales no suponen lesión alguna al bien jurídico tutelado, sin meras transgresiones a las buenas costumbres o a la moral, bienes jurídicos que no debe tutelar el derecho penal en virtud del Principio de la Mínima Intervención desconocido por el legislador peruano. Esto para sólo mencionar un ejemplo, pues en realidad así la ley no lo quiera lo que se impone es un tratamiento desigualitario también en cuanto a lo punitivo, producto de la desigualdad y la injusticia sociales. Tampoco basta con la regulación de un postulado como el de igualdad sino se piensa en transformar la sociedad, hasta lograr la **igualdad substancial** que no posibilita una sociedad como la peruana, enmarcada en un continente condenado al atraso y la explotación por parte de las superpotencias, como Latinoamérica.

h) El Principio del carácter teológico de las sanciones penales

Ha sido regulado en el Art. VIII, cuando establece: "Las penas tienen función preventiva, protectora, retributiva y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación y rehabilitación".

1)Concepto. Este postulado supone que cuando el Estado, representado en la persona del juez , impone mediante una condena a una persona una sanción penal lo hace con un objetivo, con una finalidad. No tendría sentido que se impusieran sanciones criminales sin ningún cometido preciso, porque peligrarían las garantías ciudadanas y la seguridad jurídica se vería menoscabada.

El Estado no se puede contentar sólo con su tarea de persecución penal de los hechos punibles, sino que tiene que preocuparse por la realización de la justicia material a través de la imposición de sanciones penales equitativas, adecuadas al hecho cometido y de una ejecución penal no encaminada a causarle un mal al delincuente sino a velar por su readaptación, resocialización, reeducación, de tal manera que pueda reinsertarse al medio social en condiciones de adaptabilidad. De esta manera, se logra prevenir la comisión de futuros hechos delictivos y se protege a la sociedad de las conductas que por infringir el orden jurídico, buscan su desquiciamiento.

El estudio del postulado lleva, sin embargo a abordar los diversos sistemas que rigen la relación entre penas y medidas de seguridad, y a diferenciar ambas consecuencias. Son básicamente tres los sistemas aludidos⁶⁵, sistema de la doble vía, sistema monista y sistema vicarial.

De conformidad con el sistema de "La **doble** vía", la lucha contra el hecho punible se realiza en dos frentes: con la pena retributiva basada en la culpabilidad, de un lado, y de otro, con la medida de seguridad fundamentada en la peligrosidad acumulable a la pena que se ejecuta en primera instancia. Un sistema es dualista cuando a un sujeto imputable se le imponen penas y medidas de seguridad, sea de manera simultánea, sucesiva o alternativa.

En cambio, se habla de un sistema monista, cuando a un sujeto imputable sólo se le impone una consecuencia jurídica, sea pena o medida de seguridad.

Finalmente, a diferencia de los dos anteriores, aparece el sistema vicarial, cuando se permite aplicar en primera instancia la medida de seguridad computando la misma como parte total pudiéndose llegar a suspender ésta e inclusive a su sustitución por la medida de seguridad.

En cuanto a la distinción entre **Pena y Medida de seguridad**, se ha intentado ver en ellas diversas características que las diferenciarían, sin embargo la verdad es que en la práctica terminan confundiéndose.

Por **pena**, formalmente hablando, se entiende la consecuencia que impone el legislador a la persona que ha realizado un hecho punible. Sin embargo, no dice nada sobre la **naturaleza** de ese mal no **por qué** ni **con qué fin** se impone. Responder a esta última cuestión ha sido uno de los asuntos más debatidos en la historia del derecho penal. Supone toda una problemática propia de la filosofía, de la

⁶⁵ Jescheck, Tratado, p. 113 y ss. El mismo: Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogat im deutschen und ausländischen Recht, Baden-Baden, Nomos, 1984, D. 2062 y ss. Jorge Barreiro Augustin, Las medidas de seguridad en el Derecho Español, Madrid, Edit. Civitas, 1976, p. 166 y ss

política, de la sociología, etc.; por ello, para buscar un poco de claridad se suelen distinguir tres aspectos en la pena: su **justificación**, su **sentido** y su **fin**.

La imposición de la pena **se justifica**, según opinión generalmente aceptada, por ser un medio imprescindible para mantener las condiciones fundamentales de vida, para asegurar la convivencia en sociedad. Lo mismo en cuanto a la **naturaleza** de la pena, que es una manifestación del Estado, una expresión del poder estatal que se traduce en una injerencia directa sobre el condenado, a quien se priva de determinados bienes jurídicos, con miras a asegurar la protección eficaz de los intereses tutelados por la ley. Lo que se ha discutido con acrimonia es el **sentido y el fin** de la pena, dando lugar a la lucha de escuelas y originando las Teorías sobre la pena: absolutas, relativas y mixtas, que asignan respectivamente, a ésta bien una función retributiva, preventiva o ambas a la vez⁶⁶.

La **medida de seguridad**, de otra parte, es entendida como "la privación de bienes jurídicos, impuesta jurisdiccionalmente por el Estado, con un fin reeducador, inocuizador o curativo, a persona socialmente peligrosa, con ocasión de la comisión de un delito y mientras aquél no se cumpla"⁶⁷.

Sin embargo se discute su **naturaleza**, penal para unos, administrativa para otros (Cfr. III, E, I), aunque coincidiendo en el **fundamento**: la peligrosa e indemostrada "peligrosidad del agente" o probabilidad de delinquir en el futuro que muestra una persona que ya ha cometido un delito (peligrosidad postdelictual) o se espera que lo cometa (predelictual).

En torno a la justificación de las medidas, hay quienes creen que atentan contra el Estado de derecho (teoría negativa)⁶⁸, mientras otros opinan que están plenamente justificadas y no pugnan con él, bien por su necesidad, por razones de justicia, o de utilidad⁶⁹. En lo que si parecen coincidir los autores es en la función de prevención especial asignada a la medida⁷⁰.

Del postulado del carácter teleológico de las sanciones penales y del principio de legalidad se derivan los principios de ejecución penal como ya vimos (III, A I, c). En cuanto a la pena: principio del tratamiento penitenciario, del tratamiento humanitario de resocialización; en lo atinente a las medidas: tratamiento terapéutico, humano y resocialización.

2) Análisis del Artículo VIII y sus desarrollos. La norma Pareciera distinguir el "fin" de las "funciones", pues a las penas asigna como funciones la preventiva, protectora, retributiva y resocializadora" y a la medida fines de "curación y rehabilitación", cuando en realidad quiere señalar las funciones para una y otra consecuencia, con lo que se incurre en una confusión. Así las cosas, el artículo VIII refiriéndose a las penas, pareciera afiliarse a una concepción mixta o teorías de la unión, pues se alude a la función preventiva (prevención general y especial), protectora (prevención general y especial), retributiva (retribución) y reocializadora (prevención especial); mientras que tratándose de las medidas de seguridad al aludir a los fines de **curación y rehabilitación** se consagra la prevención especial como función.

El sistema acogido por el Proyecto es monista, pues a los sujetos imputables sólo se les impone penas, reservado las medidas para los inimputable; pese a ello, el sistema se quiebra cuando a los "imputables relativos" (Arts. 20 y 81) se les puede sustituir la pena por medida de seguridad, con lo cual pareciera entrarse a un sistema que para estos efectos podría calificarse como dualista impropio.

A no dudarlo, esta norma rectora está llamada á cumplir un importante cometido en lo que hace a la ejecución penal, posibilitando el permeamiento de la teoría del delito y la transformación de las

⁶⁶ Sobre el tema Eberhard Schmidhäuser. Vom Sinn der Strafe, Göttingen, Vandenhoeck-Ruprecht, p. 16 y ss; Claus Roxin, Sentido y Límites de la Pena Estatal, en Problemas Básicos del Derecho Penal, traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, Reus, 1976, p. 11 y SS

⁶⁷ Marino Barbero Santos. Consideraciones sobre el Estado Peligroso y las Medidas de seguridad con particular referencia al derecho italiano y alemán, en Estudios de Criminología y Derecho Penal, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1972, p. 38 y 39.

⁶⁸ José María Rodríguez Devesa. Alegato contra las Medidas de Seguridad, en Anuario de Derecho Penal, No. I, 1978, p. 11.

⁶⁹ Antonio Beristain, Medidas Penales en derecho Contemporáneo, Madrid, Reus, 1974, p. 94.

⁷⁰ Jorge Barreiro, cit p. 87.

instituciones penitenciarias peruana⁷¹. Obviamente, para lograr una verdadera resocialización del condenado, su readaptación, reinserción social e incluso su reeducación cuando ello sea posible sin atentar contra la dignidad humana, su curación y readaptación, no basta con la mera declaración legal pues es imprescindible adelantar toda una transformación de la ejecución penal en cuanto a lo material, variando radicalmente el sistema penitenciario imperante, para lo cual se requiere de medios idóneos y de recursos.

I. El Principio del Conocimiento de la Ley

Contemplado en el artículo IX: "La ignorancia de la ley no excusa, sino cuando se den las circunstancias expresamente indicadas en ella".

1) Concepto. De conformidad con este postulado se presume que todas las personas conocen las leyes, que a nadie le es permitido ignorarlas, y que la ignorancia de las leyes no sirve de excusa: **Nemo jus ignorare censetur; nimini licet ignorare jus; ignorancia legis neminem excusat**⁷².

El principio comporta dos efectos: en primer lugar, el ciudadano tiene el deber de conocer la norma jurídica a la que debe ajustar su conducta; y, en segundo lugar, como contrapartida, El Estado se halla obligado a hacer llegar la ley a conocimiento de los ciudadanos mediante su promulgación⁷³. Como el ciudadano está obligado a conocer la ley penal, no podrá alegar que la desconocía, que la ignoraba; que por su grado de incultura se encontraba no pudo conocer el derecho vigente. Esta obligación del ciudadano tiene como correlato una obligación por parte del s el Estado no sólo compete proporcionarle a los súbditos los medios indispensables para que conozcan la ley, sino sacarlos, mediante la debida instrucción, de la situación en que se encuentran.

Mucho se ha discutido la naturaleza de este postulado, yendo desde los que afirman que se trata de una presunción, pasando por quienes sostienen que es consecuencia del carácter obligatorio de la ley penal, hasta quienes ven en él una exigencia de carácter político o social, o de naturaleza procesal⁷⁴.

En realidad se trata de una absurda ficción, de naturaleza política, que con razón ha sido censurada por Costa, en memorable párrafo que aún conserva toda su vigencia: "Esta presunción se mantiene a sabiendas de que es contraria a la realidad de las cosas; a sabiendas de que es una ficción, a sabiendas de que es una falsedad, a sabiendas: **primero**, de que nadie conoce todo el derecho, de que sólo una insignificante minoría de hombres sabe una parte, y no grande, de las leyes vigentes en un momento dado; **segundo**, de que es imposible que la mayoría, y aún esa minoría misma, las conozca todas; y **tercero**, de que la presunción conforme a la verdad de los hechos, conforme, por tanto a la razón, a la justicia y a la lógica, sería cabalmente la inversa, que nadie conoce las leyes como no se pruebe lo contrario⁷⁵.

De semejante ficción se ha dicho que pugna con el principio de legalidad, con la concepción de la imputabilidad⁷⁶, con el principio de culpabilidad⁷⁷, con la concepción del dolo⁷⁸, poniendo en tela de

⁷¹ En el mismo sentido, para el Código Penal colombiano (Art. 12) de donde al parecer fue copiada la norma. Fernández Carrasquilla, cit. p. 371.

⁷² Pedro Dorado Montero, Problemas de Derecho Penal, tomo 1, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1895, p. 397.

⁷³ Alfredo Calderón, Efectos jurídicos de la ignorancia, en Revista de legislación y Jurisprudencia, tomo 66, Madrid, 1985, p. 124 y 125.

⁷⁴ Juan Córdoba Roda. El Conocimiento de la Antijuricidad en la Teoría del Delito, Barcelona, Bosch, 1962, p. 17 y ss

⁷⁵ Joaquín Costa. La Ignorancia del Derecho, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957, pp. 13 y 14.

⁷⁶ Dorado Montero, cit. pp. 415 y 436.

⁷⁷ Cerezo Mir. La conciencia de la antijuricidad en el Código Penal español, en Problemas fundamentales del Derecho Penal, Madrid, Tecnos, p. 74. También Aftalión: "Si se desea reafirmar el principio de que no hay pena sin culpa, urge prescindir del que afirma que el error de derecho excusa por ser tales principios incompatibles entre sí", en Acerca de la culpabilidad y el error iuris, en Revista Jurídica Argentina La Ley, No. 87, julio-setiembre de 1957, p. 903.

⁷⁸ Jiménez de Asúa, Tratado, cit. tomo VI, 1975, p. 456.

juicio toda la estructura del derecho penal vigente. Tradicionalmente, sin embargo, se han considerado como excepciones al postulado los casos de error jurídico-penal, también comprensivos de la ignorancia: el error de tipo y el error de prohibición.

2) Análisis del Artículo IX y sus desarrollos. Indudablemente la consagración del Art. IX pugna abiertamente con la del IV que, como ya se dijo, vincula el -Proyecto a un derecho penal de culpabilidad; así mismo es violatoria del principio de legalidad (Art. I), de la concepción del dolo asumida (Art. 23) y de la concepción de la imputabilidad (Art. 17).

A nuestro modo de ver las cosas, la regulación nos sitúa ante una ficción con razgos de presunción relativa,(legal) que admite prueba en contrario. Así, se deduce del texto, en cuanto la presunción se desvirtúa "...cuando se den las circunstancias expresamente consignadas en ella (en la ley, agregamos)". Esas "circunstancias" son los casos de error jurídico-penal regulados en el Art. 28 (error de tipo y error sobre agravantes, que excluyen el dolo pero dejan subsistente la culpa cuando existe tipo culposo, llegando a una absurda equiparación del error de tipo evitable con el inevitable que no tiene razón de ser), en el 29 (que vuelve a afirmar que "el desconocimiento de la ley es inexcusable", regulando a renglón seguido el error de prohibición tanto evitable como inevitable, excusando el primero y dejando subsistente el reproche a título de culpa, el segundo, cuando exista tipo culposo, regulación propia de la llamada Teoría del dolo); y, finalmente, el Art. 21, con una exención relativa pues apenas si disminuye la pena o permite la declaratoria de inimputabilidad del que "por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender debidamente el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión En realidad, se trata de una verdadera fórmula de error de prohibición que permite defender en el Proyecto la teoría de la culpabilidad, en relación con el error jurídico-penal.

Las excepciones, pues, se toman en regla general por lo cual debería, de una vez por todas, eliminarse del Proyecto tan absurda ficción.

j) El Principio de la Aplicación Extensiva

Hemos intitulado así lo que en realidad no es un principio elevado por los redactores del Proyecto a la categoría de norma rectora, sino una verdadera pauta interpretativa según la cual: "Las disposiciones generales de este Código se aplican supletoriamente a los hechos punibles previstos en leyes especiales, salvo que se establezca lo contrario".

Lo que el Proyecto quiere decir es que las normas de la Parte General (Libro Primero), dentro de las cuales no está contenido el Título Preliminar, se aplican a las leyes penales especiales (por ejemplo las que consagran los delitos de contrabando y tráfico ilícito de drogas, etc.) siempre que estas no dispongan otra cosa, ahí lo de "supletoriamente", pues la ley especial prima sobre la ley general.

Bien distinto a lo anterior es la aplicación extensiva del Título Preliminar a todo el Código, próximo a expedirse, así como a las leyes penales especiales, pues si algo es de suyo evidente es que todas las normas del futuro ordenamiento penal peruano relativas a los hechos punibles, deben regirse por los dictados del Título Preliminar, pues emanan y son el desarrollo de él. Por eso, hemos dicho ya, son rectoras, irradian todo el ordenamiento penal y ninguna disposición puede pugnar con ellas.

Es de tal trascendencia la inclusión de este título preliminar que los principios en él incorporados deben extenderse, siempre que no se opongan a lo dispuesto allí, a las leyes que regulan meras transgresiones administrativas de competencia de órganos administrativos, en cuanto son expresión de la potestad sancionadora del Estado en las últimas décadas, y ello es ineludible si se quiere salvaguardar la seguridad jurídica.

IV. Conclusiones

Llegando a este Punto queremos consignar algunas observaciones derivadas del estudio que hemos realizado, rogando a los lectores sepan disculpamos si nuestros juicios llegaren en algún caso a desbordar la realidad peruana. A ésta nos hemos visto enfrentados en calidad de extranjeros, pero con el ánimo de contribuir a la discusión sobre tan interesante problemática y sin el afán de entorpecer la marcha de la obra que se adelanta. Somos conscientes de las limitaciones, apenas comprensibles, que hemos tenido para la elaboración de este trabajo y sobre esto queremos llamar la atención.

A manera de conclusión sugerimos, que a más de los tópicos ya mencionados, se centre la atención en los siguientes aspectos:

1. Vemos con interés la tentativa del Proyecto de consignar un catálogo de postulados que se compadezca con lo dictados del derecho penal actual, siguiendo una tradición que viene haciendo carrera en Latinoamérica; sin embargo, debe observarse, no basta con dañar a la nueva codificación penal; una fachada liberal y democrática para lograr tal cometido. Es indispensable que cada uno de estos principios sea desarrollado debidamente a lo largo de todo el cuerpo legal y que, al mismo tiempo, se transforme el sistema penal, y por ende la sociedad peruana.

2. Si algo se colige de lo que hemos planteado es la inconsistencia entre los postulados acogidos y sus desarrollos; pareciera que el reformador de turno no hubiera tenido consciencia cabal de las implicaciones que tiene para toda la sistemática de las partes general y especial la regulación de principios como el de determinación, lesividad y culpabilidad. Se ha olvidado que consagraciones semejantes llevan a sistematizar todo el cuerpo legal, para lo cual el legislador debe dar pautas claras y precisas sin pretender meter al intérprete en camisas de fuerza que le impiden armonizar el texto legal.

3. De llevarse hasta sus últimas consecuencias los postulados acogidos, gran parte del Proyecto quedaría desvertebrado; pues muchas de sus disposiciones, por contradecir el Título Preliminar, serían inaplicables. No debe olvidarse, bajo ninguna circunstancia, el carácter constitucional de estas normas rectoras las cuales no son otra cosa que desarrollos de principios vertidos en la ley fundamental.

4. Si el legislador quiere ser coherente y verdaderamente respetuoso del derecho penal liberal, como lo insinúa, debería emprender una revisión a fondo del Proyecto acudiendo a expertos en la materia, a estudiosos que posibiliten el pulimento de las propuestas en discusión.

Afortunadamente no será necesario ir muy lejos para ello, pues el Perú posee connotados juristas reconocidos internacionalmente, profundos conocedores de su realidad, que mucho podrían contribuir al fin propuesto.

5. Valdría la pena, a nivel más particular, refundir en uno solo principios como los contenidos en los Arts. V, VII y VIII, ganando agilidad e incrementando la técnica legislativa. Del mismo modo, debería incluirse como postulado fundamental el principio del acto o del hecho, no consignado expresamente, pero que se desprende de los Arts. I, II, III, 60 y 90, entre otros, aunque luego se desconoce en diversas oportunidades, cuando por ejemplo se reprimen meros actos preparatorios (Arts. 271, 272, 273, 274, 278, 173 entre otros).

6. Secciones como la Tercera, dedicada a los "delitos contra las Buenas Costumbres" así como la regulación que se propone en materia de faltas, deben ser cuidadosamente revisadas; en nuestro sentir, son las que con mayor vehemencia ponen en tela de juicio las directrices escogidas. Otro tanto cabe decir de los "Delitos contra Orden Económico" que parecen regulados más para encubrir los delincuentes de cuello blanco, que para proteger realmente al conglomerado social.

7. Deben integrarse todas las leyes especiales en el Código penal. No tiene sentido la dispersión legislativa que se propicia dejando por fuera las normatividades que reprimen el tráfico ilícito de narcóticos y sustancias estupefacientes, delitos aduaneros, etc.; la unidad legislativa puede contribuir bastante a un mejor funcionamiento de la Administración de Justicia.

8. Finalmente, como ya se insinuó en nuestra primera observación, no basta con expedir legislaciones penales más o menos coherentes para poner en funcionamiento reformas penales. Si se pretende realizar un cambio que signifique una auténtica transformación del Derecho Penal Peruano, tiene que procederse con seriedad partiendo de la propia realidad, más allá de los anticuados bocetos, que como el Código Tipo, vienen inspirando pantomimas de reforma penal en el continente, sin mutar caducas codificaciones penales, como la peruana actualmente vigente expedida en 1924, que los reformadores parecieran empeñados en no erradicar.