

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
DIRECCIÓN DE POST GRADO



**LOS TIPOS PENALES ADUANEROS EN LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA: SU
FORMULACIÓN COMO NORMAS PENALES EN BLANCO Y LA NECESIDAD DE
SU ADMISIÓN AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LEGALIDAD**

**TESIS EN OPCIÓN AL GRADO DE
MAGÍSTER EN DERECHO PENAL**

Javier Zuenta Fernández

La Paz - Bolivia
2002



UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



CARRERA DE DERECHO

BIBLIOTECA

PROCESO DE VIRTUALIZACIÓN DEL FONDO BIBLIOGRÁFICO DE
LA BIBLIOTECA DE DERECHO
GESTION 2017

Nota importante para el usuario:

“Todo tipo de reproducción del presente documento siempre hacer mención de la fuente del autor y del repositorio digital para evitar cuestiones legales sobre el delito de plagio y/o piratería”.

La dirección de la Biblioteca



LOS TIPOS PENALES ADUANEROS EN LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA: SU FORMULACIÓN COMO NORMAS PENALES EN BLANCO Y LA NECESIDAD DE SU ADMISIÓN AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LEGALIDAD

INDICE

FUNDAMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN.

INTRODUCCIÓN	Pag. 1
CAPÍTULO I EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS	Pag. 5
A. La Constitucionalización del Derecho Penal	Pag. 5
a. Estado de Derecho.	Pag. 6
b. Principios que caracterizan al Estado de Derecho.	Pag. 11
c. Seguridad jurídica.	Pag. 13
B. El Poder punitivo del Estado.	Pag. 16
a. La legitimidad del poder punitivo.	Pag. 22
b. Los principios limitadores del poder punitivo.	Pag. 26
C. El principio de legalidad de los delitos y de las penas.	Pag. 46
a. Fundamentos históricos, ideológicos, filosóficos y políticos del principio de legalidad de los delitos y de las penas.	Pag. 52
b. Concepción clásica del principio de legalidad de los delitos y de las penas.	Pag. 57
c. El principio de legalidad de los delitos y de las penas en su concepción moderna.	Pag. 62
d. Principios rectores como derivaciones del principio de legalidad de los delitos y de las penas, sus significados y justificación.	Pag. 64

1. La ley previa y consecuencia la prohibición de la retroactividad.	Pag. 66
2. La ley estricta y su consecuencia la prohibición de la analogía.	Pag. 70
3. La ley escrita y sus consecuencias: la prohibición del derecho consuetudinario, el principio de taxatividad y de reserva de la ley.	Pag. 70
e. Significación política y técnica del principio de legalidad.	Pag. 74
D. El principio de tipicidad.	Pag. 76
a. Estructura del tipo.	Pag. 76
b. Funciones del tipo penal.	Pag. 84
c. Clasificación de los tipos.	Pag. 87
d. Bienes jurídicos y su relevancia constitucional.	Pag. 92
e. Elementos constitutivos del tipo penal.	Pag. 96
f. Clasificación de las infracciones penales.	Pag. 104

CAPÍTULO II

LAS NORMAS PENALES EN BLANCO EN LA ESTRUCTURA PENAL DE LA LEY GENERAL DE ADUANAS.

Pag.110

A. La Ley penal en blanco.	Pag. 110
a. Clasificación de las leyes penales en blanco.	Pag. 112
b. Características de las leyes penales en blanco.	Pag. 112
c. La ley penal en blanco en relación a los principios “nulla poena sine lege praevia”, “nulla poena sine lege stricta” y “nulla poena sine lege scripta”	Pag. 113
B. Antecedentes y fundamentos de la Ley General de Aduanas.	Pag. 119
C. Justificación de un derecho penal aduanero a través de un	

- derecho penal económico. Pag. 123
- D. Los tipos penales en la Ley General de Aduanas e identificación de las normas penales en blanco. Pag. 130
- E. Justificación inicial de los tipos penales aduaneros en blanco. Pag. 150

CAPÍTULO III

LA ADMISIBILIDAD CONSTITUCIONAL DE LOS TIPOS PENALES ADUANEROS COMO NORMAS PENALES EN BLANCO.

Pag. 152

- A. Planteamiento general del problema de admisibilidad constitucional de las normas penales en blanco. Pag. 153
- B. La situación en el ordenamiento jurídico penal boliviano. Pag. 156
- C. Elementos de la dogmática penal para la consideración de los tipos penales aduaneros formulados como normas penales en blanco. Pag. 157
 - a. Consideración previa sobre la función de garantía del tipo, condicionante en la formulación de normas penales en blanco. Pag. 158
 - b. Las llamadas “circunstancias” concurrentes en la conducta como parámetros para justificar el reenvío normativo. Pag. 159
 - c. Las condiciones objetivas de punibilidad, excusas absolutorias y limitaciones en el ejercicio de la acción penal, como parámetros para justificar los reenvíos normativos. Pag. 161
 - d. Los accidentes de la acción concurrentes en la conducta como parámetros para justificar los reenvíos normativos. Pag. 162
 - e. Las consecuencias de la acción como parámetros

para justificar los reenvíos normativos.	Pag. 164
f. La consideración del tipo subjetivo como parámetro para justificar el reenvío normativo.	Pag. 165
g. Los elementos subjetivos del tipo como parámetros para justificar el reenvío normativo.	Pag. 165
h. Los requisitos del reenvío para justificar la norma penal en blanco.	Pag. 166
i. Exigencias relativas a la disposición complementaria.	Pag. 167
1. La subordinación de la norma complementaria desde el punto de vista formal.	Pag. 168
2. La subordinación de la norma complementaria desde el punto de vista material.	Pag. 169
CONCLUSIONES	Pag. 171
RECOMENDACIONES.	Pag. 174
BIBLIOGRAFÍA.	Pag. 176
ANEXO.	Pag. 183

LOS TIPOS PENALES ADUANEROS EN LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA: SU FORMULACIÓN COMO NORMAS PENALES EN BLANCO Y LA NECESIDAD DE SU ADMISIÓN AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LEGALIDAD

INTRODUCCIÓN

Bolivia, desde la experiencia democrática de 1985, ha recorrido el camino del descontento social por la falta de desarrollo económico, que al mismo tiempo le ha obligado a ser proficua en la generación de leyes y de todo género de disposiciones legales para organizar mejor su sistema legal y la solución a sus problemas económicos que día a día fue afrontando. El contexto socioeconómico, sin duda el más preocupante para todos los países, es el generador del cambio y de las innovaciones y a fuerza de tener un sistema legal adecuado para la implementación de cualquier política económica, también se han generado leyes que se acoplaron al sistema punitivo, cuya vigencia en la realidad boliviana tiene una significación singular para el Derecho Penal boliviano, al haberse facilitado su remozamiento debido a la aparición de nuevas formas de delincuencia de carácter económico, a los que había que prestar atención, en particular, dentro del ámbito aduanero, que paralelamente han dado lugar al llamado Derecho Penal Económico.

Bajo el paradigma del desarrollo económico, se han incorporado nuevas figuras delictivas en resguardo de la vigencia y cumplimiento de las normas jurídicas que componen el Derecho Aduanero, disciplina que también pretende emerger con características de autonomía y de regulación específica para un sector de la actividad económica del país.

Sin embargo, la hechura de la norma penal, nunca ha podido estar desconectada del contexto ideológico, político y filosófico de un determinado Estado, este es el

caso de Bolivia, llamado Estado “de derecho, democrático y a veces social”, que se insufla con principios y valores liberales e individualistas, racionales y humanistas, siguiendo la tradición jurídica legada por el pensamiento político de la Ilustración. En el campo del derecho, el sometimiento a las máximas de igualdad y libertad, desarrolla una estructura jurídica que pretende servir precisamente a esos valores, por tanto, generadores de seguridad jurídica que al fin y al cabo permiten que el ciudadano boliviano, se encuentre en condiciones de conocer la vigencia de esos valores, de sentirlos, de apreciarlos, de pensar existencialmente, teniendo clara la idea de cuales son las conductas que ponen en peligro esos principios y valores como sustento ideológico de un Estado de Derecho y sus posibilidades de desarrollo. Por eso es que el estudio preliminar del principio de legalidad de los delitos y de las penas es un requerimiento básico para sostener adecuadamente la concepción del Estado de Derecho y la seguridad jurídica ciudadana en el campo punitivo, al mismo tiempo, nos permitirá abordar acabadamente y con legitimidad el estudio técnico de la estructura de los tipos penales aduaneros.

En consecuencia, el principio de legalidad de los delitos y de las penas, se constituye en un presupuesto teórico indispensable para el manejo de los tipos penales y conciliado universalmente en la doctrina como la piedra angular o el punto cardinal de un Estado de derecho y su Derecho Penal, tiene una implicancia directa con la formulación del principio de tipicidad. Esta y no otra razón justifica su estudio preliminar, para ingresar en el análisis de los tipos penales aduaneros, y además porque del conocimiento y de la convicción íntima y profunda a la que lleguemos con el principio de legalidad de los delitos y de las penas, podemos guiar nuestro desenvolvimiento como autoridades, abogados o legisladores más allá de la simple instrumentalización de los elementos técnicos del tipo, que aisladamente no podrían ingresar al terreno reflexivo y axiológico sin tener presente la valoración y selección de un comportamiento humano penalmente relevante en la construcción del precepto para la formulación de un tipo penal, considerando apropiadamente valores e intereses a los que se pretende darle

tutela penal. Sin duda, su relación con la sociedad es innegable, rebasa en mucho la dirección que se le ha dado para generar no sólo seguridad jurídica, sino también una interactividad comunicacional entre el Estado y el ciudadano como destinatario de la ley penal. Sin embargo, puede generarse un contrasentido entre este principio básico de sobrevivencia de un Estado de Derecho y la búsqueda del desarrollo económico que permite la creación de los tipos penales aduaneros en blanco con el objeto de hacer más efectiva la lucha contra la delincuencia económica, utilizando la potestad punitiva que más allá de considerar la protección de bienes jurídicos, busca fortalecer la débil política económica de un gobierno definiendo conductas como delitos, pero sin fijarse en el alcance y límite de esta potestad y las reglas que se imponen para evitar la arbitrariedad y la discrecionalidad a la hora de considerar una conducta como delictiva, y en esa función avasalladora viene en sentido contrario el principio de legalidad de los delitos y de las penas.

Bajo el molde tradicional de los códigos penales antiguos, el tipo penal nos ofrece una estructura sencilla y poco compleja, sin embargo, la realidad social y económica existente en los países que se alinean con dirección a su desarrollo económico no permite la construcción y descripción de conductas delictivas claras y concretas en correspondencia con el principio de taxatividad, esto es lo que sucede en el ámbito aduanero donde al encontrarnos con particulares relaciones de comercio exterior, nos enfrentamos con un tecnicismo procedimental aduanero que regula la importación y exportación de mercancías y nos obligan a conocer operaciones de comercio exterior que son reglamentadas a veces exquisitamente en distintos niveles de disposiciones legales, desde la Ley General de Aduanas, pasando por Decretos Supremos, Resoluciones Ministeriales hasta Resoluciones Administrativas del Directorio de la Aduana Nacional como máximo órgano de política normativa y de dirección en la Administración aduanera, corriendo siempre el riesgo de vulnerar la independencia y funciones del órgano del poder legislativo, toda vez que aquellas normas reglamentarias no tienen rango de ley formal,

estableciendo en algunos casos, una regulación normativa distinta a la establecida por la misma Ley General de Aduanas o incorporando normas adicionales o complementarias a las instauradas por la misma ley, a través de Reglamentos o Manuales.

Bajo ese contexto normativo, se ha desarrollado un ámbito punitivo en la Ley General de aduanas, tendiente a consolidar la vigencia de las normas aduaneras, con un conjunto de tipos penales que en su primera descripción presentan una estructura típica donde los supuestos de hecho contienen básicamente remisiones a otro ordenamiento jurídico. Se destacan aquí los reenvíos para hablar de las normas penales en blanco y su contrariedad manifiesta desde el punto de vista teórico con el principio de legalidad de los delitos y de las penas, con la justificación de hacer posible la protección eficaz de los bienes jurídicos involucrados, pero también con la inevitable aparición de problemas de entremezclamiento de las funciones entre el poder legislativo y el poder ejecutivo, debido a que el legislador no ha podido o no desea expresar acabadamente el principio de la *lex certa*, delegando al Poder ejecutivo una potestad normativa a través de los Reglamentos, es este el problema complejo del reenvío en las normas penales en blanco y su legitimidad en un Estado de Derecho.

Puede advertirse entonces, que el motivo del presente trabajo de investigación, no tiene otra finalidad que la de sustentar y fortalecer el sistema legal punitivo, formulando y aplicando adecuadamente el principio de tipicidad en el ámbito de la legislación penal aduanera como expresión básica del principio de legalidad de los delitos y de las penas y ésta como previsión constitucional en un Estado de derecho, en consonancia con las actuales tendencias para construir tipos penales en blanco, respetando mínimamente requerimientos técnicos que hagan posible el respeto de aquellos principios constitucionales ligados a una concepción legalista y humanista del Derecho penal boliviano, que hace suya la vigencia imprescindible de la seguridad jurídica ciudadana.

CAPITULO I
EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS

A. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL

No se puede desconocer que el Derecho penal se encuentra estrechamente conectado a la Constitución Política del Estado, no sólo a partir de sus principios y garantías penales, sino también con los valores e intereses que proclama y protege, y que al final se constituyen en bienes jurídicos objeto de tutela del Derecho Penal, función extraordinariamente importante que identifica su carácter subsidiario y la trascendencia constitucional de esos valores e intereses para su incorporación en la estructura del tipo penal, en mi opinión, este es el fenómeno de la constitucionalización del Derecho Penal, porque existe una relación indisoluble entre la Constitución y el Derecho Penal a la hora de establecer reglas para que el poder normativo del que es tributario el órgano legislativo, puede definir delitos y conminarlos con una pena, como dice el Prof. Juan Carlos Carbonell, “La Constitución es la norma que define y escoge los valores. Por eso no solamente delimita el campo de acción del Derecho Penal, sino que además fundamenta y limita la actuación de los poderes públicos” (1). Demás esta decir que la Constitución también ha establecido el fenómeno de la constitucionalización del proceso penal, imbricando principios y garantías procesales, todos resumidos en lo que se conoce como “las reglas del debido proceso”. De cualquier manera, en ambas cuestiones, existe un fundamento básico de respeto a valores proclamados por la Constitución, de los cuales, los más importantes como el de la libertad e igualdad son características del Estado de Derecho, tal es así que el Art. 6 de la Constitución Política del Estado contiene una legítima formulación del Estado de Derecho, al proclamarse que corresponde al Estado, esto es, a los tres

¹ JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, Derecho Penal, Concepto y Principios Constitucionales, Valencia 1996, Edit. Tirant lo Blanch, Pag. 80.

poderes, resguardar, proteger los derechos y libertades individuales, esto significa que los poderes públicos deben promover las condiciones y remover los obstáculos para hacer efectivas la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, entonces, la Constitución contiene un sistema de valores que no puede ser contradicho, contiene referencias muy concretas al Derecho penal, como la predeterminación legal de las conductas delictivas y de las penas, el juicio previo para una condena, las reglas del “debido proceso”, la supresión de la pena de muerte, la prohibición de que la administración pública pueda imponer directa o indirectamente penas privativas de libertad, la prohibición del juzgamiento por tribunales especiales distintos a los creados previamente por ley, el principio de presunción de inocencia, el principio de independencia jurisdiccional penal, etc.

a. Estado de Derecho

La referencia inmediata al Estado de Derecho, es el contrato social sustento de la doctrina de Rousseau, pues a través de esta proposición el objeto del contrato social es crear el Estado de Derecho, es decir, organizar jurídica y políticamente a un grupo social sobre un determinado territorio, mediante un acto de voluntad del pueblo, esa voluntad es la voluntad constituyente, y el instrumento del contrato social, es sin duda la constitución escrita, fruto de aquella voluntad constituyente, convertida en voluntad jurídica y política al traducirse en normas en las cuales se halla el ordenamiento jurídico integral, en el que toma nacimiento el gobierno ordinario de la sociedad y dentro del cual se mueven tanto el gobierno como la sociedad misma.

Para hablar del Estado de Derecho y justificar su existencia, es inmediata la referencia a la clasificación de Norberto Bobbio, según este autor, se divide los conceptos de Estado de Derecho en tres: una definición débil, otra definición

fuertísima y una definición fuerte o intermedia.⁽²⁾ La definición débil es la del Kelsen cuando dice que todo Estado es un Estado de Derecho, porque todo Estado se regula por el Derecho. Por el contrario, la definición fuertísima señala que el Estado de Derecho es aquel que está fundado sobre el reconocimiento de algunos derechos, como son justamente los derechos naturales, que están por encima del Estado. Y al centro está aquella definición intermedia, según la cual el Estado de Derecho es aquel Estado en el que existe el gobierno de las leyes y no el gobierno de los hombres, es el Estado sometido al derecho, es decir el Estado cuyo poder y actividad recae sobre bienes regulados y controlados por la ley. Estado de derecho consiste fundamentalmente en el imperio de la ley, Derecho y ley entendidos en este contexto como expresión de la voluntad general. El estado de Derecho, como Estado con poder regulador y limitado por la ley, se contrapone a cualquier forma de Estado absoluto y totalitario, como Estados con poder ilimitado, en el sentido de no controlado jurídicamente o al menos insuficientemente regulado y sometido al Derecho. El profesor boliviano Pablo Dermizaki nos da un concepto de Estado de Derecho que dice: “ La idea de Estado de Derecho supone básicamente que el Estado se somete a la ley que el mismo impone, ley que es obligatoria para todos, gobernantes y gobernados, en igualdad de condiciones ⁽³⁾. Por último Norberto Bobbio, nos da una definición de lo que es el Estado de Derecho, que dice: “ El Estado de Derecho en el sentido fuerte, es decir, del Estado que no solo ejerce dentro de los límites derivados del reconocimiento constitucional de los llamados derechos inviolables del individuo. Cualquiera que sea el fundamento filosófico de estos derechos, ellos son el supuesto necesario del correcto funcionamiento de los mismos mecanismos fundamentalmente procesales que caracterizan un régimen democrático. Las normas constitucionales que atribuyen estos derechos no son propiamente reglas de juegos, son reglas preliminares que permiten el desarrollo del juego” ⁽⁴⁾

² AGUSTÍN SQUELLA, Positivismo jurídico, Democracia y Derecho Humanos, México 1998, Edit. Fontamara S.A. Pag. 77.

³ PABLO DERMIZAKI, Derecho Constitucional, Cochabamba 1991, Edit. Arol, Pag. 77.

⁴ NORBERTO BOBBIO, El futuro de la democracia. Colombia 1994, Fondo de Cultura Económica, Pag. 15.

Sin embargo, es usual hablar de un Estado liberal de Derecho, de un Estado social de Derecho y por último de un Estado democrático y social de derecho. Para entender estos conceptos, que no representan mas que un esquema de la evolución del Estado moderno, es necesario referirse a sus orígenes, que los encontramos en la crisis del Estado monárquico-absolutista. El Estado liberal surgió como resultado de un crítica al Estado Monárquico Absolutista de los siglos XVII y XVIII, es decir, la forma de Estado que existía antes de la Revolución Francesa de 1789, era la del Estado Monárquico Absolutista, que estaba caracterizado por un rey soberano, es decir que por encima de su poder no había otro poder humano, porque el origen de su poder era de derecho divino, venía de Dios y solamente Dios se lo otorgaba y solo ante Él respondía, concentraba todo el poder, el rey hacía la ley, el rey la aplicaba y el rey la interpretaba; era un Estado donde el soberano tenía concentrado todo el poder y tenía no solo derecho sobre la vida, la libertad y la propiedad de todos sus súbditos, sino que además determinaba la vida económica y el orden jurídico.

El liberalismo surge a partir de un crítica contundente al sistema monárquico feudal, que tuvo su expresión más acabada en la famosa frase acuñada por el Rey Luis XIV, "El Estado soy yo". Este liberalismo original tenía no solo una dimensión política, sino también económica y filosófica. Los pensadores o ideólogos fueron Juan Jacobo Rousseau, Montesquieu, Diderot, Voltaire, David Schmit, David Ricardo, Malthus, en su dimensión filosófica, Jhon Locke, Hobbes, etc. Todos estos filósofos y pensadores hicieron una crítica a la sociedad absolutista y monárquica, que culminó en un proceso revolucionario de carácter político social, la Revolución Francesa de 1789 y al mismo tiempo coincidió con un fenómeno de carácter científico tecnológico, la primera Revolución Industrial, que en un proceso simultaneo y convergente dieron origen a un nuevo tipo de sociedad capitalista y a un nuevo tipo de Estado, el Estado Liberal Burgués ⁽⁵⁾

⁵ LAWRENCE KRADER, La Formación del Estado, Edit. Labor SA, Nueva Colección Labor, Barcelona, 1972.

El Estado liberal tiene como principales características las siguientes: ⁽⁶⁾

El Estado y la sociedad se conciben como sistemas autónomos y claramente discernibles entre sí, dotadas ambas de su propia racionalidad, con límites claramente establecidos. La sociedad se autodetermina en una ordenación natural que obedece a sus propias leyes de funcionamiento. El Estado es creación artificial, instrumento histórico de acción humana.

En su dimensión política, el establecimiento del principio que sostiene que “la soberanía reside en el pueblo”, el derecho al voto, la democracia representativa, la división de poderes, la creación de un Estado de Derecho, es decir de un Estado no arbitrario ni absolutista que respete los derechos humanos individuales y la ley misma, son aportes significativos en el proceso histórico de que los seres humanos y los pueblos vayan tomando en sus manos su propio destino, tiene una filosofía individualista basado en la consideración de intereses individuales que el Estado liberal debe proclamar, proteger y respetar, por sobre los intereses sociales.

En su dimensión económica, la visión de un Estado Gendarme, el Estado Policía, que solo se dedica a vigilar que las leyes del mercado se cumplan y que no interviene sino en tanto se violen o se incumplan las leyes del mercado, es la posición clásica del Estado Liberal-Burgués. El ideal del Estado es el Estado que en materia económica “deja hacer” y “deja pasar”, pero que no interviene activa ni positivamente. En otros términos y como afirma Ricardo Combellas, “ El Estado liberal de Derecho construyó una concepción negativa del Estado que en la esfera económica significó que en tanto menos frecuentes fueran las intervenciones del Estado tanto mejor para el desarrollo de la sociedad económica”.

⁶ VICTOR M. DURAN, El Neoliberalismo, Antecedentes, Fundamentos Filosóficos y Proyecto Político, Universidad de los Trabajadores de América Latina, Mimeo, San Antonio de los Alto, Venezuela, 1997.

En su dimensión social, el Estado Liberal de Derecho originalmente no tiene ninguna dimensión social y consecuentemente ninguna política social y cuando llega a tenerla es solo por razones de supervivencia y ante las luchas del incipiente movimiento sindical que va forjando durante el siglo XIX. La política social del Estado Liberal de Derecho constituyó el intento más sutil y acabado de paralizar en lo posible el progreso del socialismo, La política de Bismarck en la Alemania de los 1880 es el ejemplo más patente. El Canciller de Hierro estableció las primeras leyes de seguridad social en el mundo (las primeras datan de 1883), al crear el seguro de enfermedad, el seguro de accidentes y los seguros de vejez y de invalidez.

Bajo esa concepción, el Estado de Derecho o Estado de Derecho burgués, es sinónimo de democracia liberal o clásica. Este concepto ha sido superado por las ideas renovadoras del constitucionalismo social y otras actuaciones que hacen del Estado un promotor del bienestar y de la justicia social en el marco del Derecho. Esto es lo que se ha venido en llamar Estado Social de Derecho, para indicar que no basta un Estado sometido al Derecho, como ente abstracto, si no que primordialmente ese Estado debe promover el desarrollo económico y social de la población mediante la educación, el trabajo, la previsión y la seguridad social, la cultura, el bienestar, la recreación y la justicia, de suerte que todos puedan llevar una existencia digna del ser humano.

Los excesos del individualismo que inspiraron las constituciones democráticas de los siglos XVIII y XIX provocaron las revoluciones del siglo pasado y actual, ocurrida en procura de un orden social más justo y dieron lugar a sustanciales reformas del constitucionalismo contemporáneo que se incorporaron en las Constituciones de Querétaro (México) de 1917, de Weimar (Alemania) de 1919, de España de 1931, de la U.R.S.S de 1936, etc. Muchas Constituciones vigentes hablan del Estado Social de Derecho.

Para hablar del Estado democrático de Derecho, se parte del presupuesto de que el Estado social de Derecho no es sino el Estado de Derecho burgués con algunos retoques sociales, introducidos por el neocapitalismo, que no resuelven el problema básico de la injusticia social. José Luis Aranguren en su libro “Ética Política” afirma que “ la tendencia actual al socialismo en el plano económico, cualquiera que sean el grado cuantitativo y el carácter estatificado o no de este socialismo, parece estar inscrita en la realidad misma. En cualquier caso, el motor no puede ser, no debe ser el interés capitalista determinado a dar primacía a los bienes suntuarios de consumo para conseguir así como subproducto ético, el bienestar material de todos, sino la organización, inspirada en una auténtica voluntad de justicia, de dar a cada uno lo suyo, de la democratización económico social”. Apoyando ese criterio, Elías Díaz sostiene que socialismo y democracia coinciden en nuestro tiempo para instituir el Estado democrático de Derecho y que sólo a través de ambos se hará efectivo el ejercicio de los derechos y libertades del hombre. “El Estado democrático de Derecho tiene que ser hoy un Estado de estructura económica socialista”

b. Principios que caracterizan al Estado de Derecho.

Los derechos fundamentales del hombre. Estos derechos, considerados como inalienables y anteriores al Estado, conforman una especie de barrera fortificada frente a las eventuales arbitrariedades del poder. La libertad, la propiedad y la seguridad del individuo son las ideas básicas en torno a las cuales tales derechos se construyen. La libertad, a ella pertenecen las libertades civiles, económicas y de pensamiento y las llamadas libertades de oposición que son aquellas que establecen una especie de freno y que garantizan al individuo los derechos de discusión y de participación. A ellos pertenecen los llamados derechos políticos, las libertades de prensa, de reunión y de asociación. La propiedad, “ese derecho inviolable y sagrado”, tal como la definió la Declaración Universal de los Derechos del Hombre”, es el instrumento a través del cual se realiza adecuadamente la

libertad individual. La seguridad es entendida como la protección que asegura el despliegue de la libertad y de la propiedad. La necesidad de seguridad sirve de plataforma para el desarrollo de la protección jurídica sobre la que se construye la dogmática del Estado de Derecho.

El principio de la división de poderes, este más que un principio es un dogma. Ante el poder absoluto y total del soberano, con Montesquieu como vocero, sostiene que la única forma de controlar el poder es con otro poder de igual dimensión y naturaleza (solo el poder detiene al poder) y por tanto afirma que el poder del Estado tiene que dividirse en tres poderes, el legislativo, el ejecutivo y el judicial, que además deben controlarse entre sí.

El principio de la autoridad de la ley. Este principio se constituyó como oposición al principio absolutista que establecía que los actos de rey o del soberano no están limitados por las leyes, según este principio todo acto estatal debe ser un acto jurídico que derive su fuerza de la ley aprobada por el Parlamento, que es la institución a través de la cual se manifiesta de forma más acabada la voluntad popular. La ley en la famosa expresión de Rousseau, es la expresión de la voluntad general.

Según Ricardo Combellas en su obra “Estado de Derecho, Crisis y Renovación”⁽⁷⁾, los principios derivados del Estado de Derecho son: El principio de reserva legal, afirma que toda intervención en la libertad y propiedad de los ciudadanos solo puede tener lugar en virtud de una ley general. La retroactividad de la ley, mediante la cual la ley solo cobra vigencia desde el momento de su promulgación, no debe tener ningún efecto hacia el pasado. La retroactividad es el mayor delito que puede cometer la ley. La independencia de los jueces, derivado del dogma de la división de poderes, se entiende fundamentalmente como la posibilidad por

⁷ RICARDO COMBELLAS, Estado de Derecho, Crisis y Renovación, Colección Monografías Políticas, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas 1992, Pag. 86.

parte del juez de cumplir la función jurisdiccional ajena a toda perturbación extraña. La jerarquía de las normas, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma, cuya creación a su vez ha sido determinada por otra norma. La legalidad de la administración pública, la administración pública sólo actúa en virtud de las previsiones de la ley preestablecida. La justicia constitucional, establece que los jueces (tribunales ordinarios, tribunal constitucional, tribunal ad hoc) son una suerte de guardián de la Constitución, celoso de que los poderes cumplan y no se aparten de los dictados y principios que la Constitución establece.

c. Seguridad Jurídica.

Como una consecuencia natural del Estado de Derecho, la promoción de un régimen de seguridad jurídica, es también una de sus características. Los individuos deben tener certeza de la recta y efectiva aplicación del derecho en todos los casos, es decir, que el individuo tenga la certeza de la posibilidad de poder disponer del ordenamiento jurídico cuando lo necesite y que este ordenamiento resuelva los casos de modo de reestablecer la justicia. La seguridad jurídica es un concepto complejo. El Derecho Penal no puede tener otra meta que la de proveer seguridad jurídica. El derecho es el instrumento de posibilidad de la existencia humana entendiendo por existencia, brevemente dicho, la relación de cada hombre con su ser. El aseguramiento de existencias simultaneas se cumple introduciendo un orden coactivo que impida la guerra de todos contra todos haciendo más o menos previsible la conducta ajena en el sentido de que cada cual sepa que su prójimo se abstendrá de conductas que afecten entes que se consideran necesarios para que el hombre se realice en coexistencia que es la única forma en que puede auto realizarse. Estos entes son los bienes jurídicos. La función de seguridad jurídica no puede entenderse pues, en otro sentido que en el de protección de bienes jurídicos como forma de asegurar la coexistencia. El efectivo aseguramiento de los bienes jurídicos es su aspecto objetivo, pero para la

seguridad jurídica no basta con que se pueda disponer efectivamente, sino que también se requiere tener la certeza de esta posibilidad de disposición, lo que configura el aspecto subjetivo de la seguridad jurídica (8).

La existencia del Derecho como la de cualquier otro sistema normativo, obedece antes que nada a la necesidad de asegurar el comportamiento humano de un lado frente al temor a las acciones de los demás individuos o grupos de individuos, y de otro frente a la imposibilidad de elegir en cada momento arbitrariamente las propias acciones asumiendo en la incertidumbre las eventuales consecuencias o reacciones que provoquen. Esta doble finalidad es lo que en teoría normativa se viene llamando función de garantía y función de instancia. El Derecho, específicamente a diferencia de otros sistemas de normas, incorpora como carácter propio la institucionalización monopolizada del uso de la fuerza; por tanto, a primera vista, “la mera existencia de un Derecho produce seguridad” y esta constatación fáctica implica un cierto estándar valorativo mínimo, aunque sólo sea el de la “seguridad de la inseguridad”, es decir, la mínima seguridad de conocer los límites o incluso la ausencia de los propios derechos, la extensión de la arbitrariedad, los riesgos de la conducta prohibida, etc. No es este, obviamente, un valor absoluto ni siquiera a veces muy apreciado. En la extrema situación de un prolongado y general desorden cobra sentido la afirmación de Goethe cuando decía: “prefiero la injusticia al desorden”. Una afirmación de este tipo es lógicamente muy grata a quienes en otros contextos se benefician de la injusticia, de la desigualdad o de la opresión, pero en situaciones extremas de opresión cobra también pleno sentido la afirmación contraria. Por eso suele hablarse de la seguridad como valor, entendiendo entonces que esa auténtica seguridad que el Derecho debe alcanzar requiere la garantía o satisfacción de ciertas exigencias de libertad o igualdad. “La seguridad jurídica alude así a un contenido valorativo, a un contenido de justicia expresado en términos de derecho y libertades que la conciencia humana e histórica considera han de estar suficientemente protegidos

⁸ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, Manual de Derecho Penal, parte general, Buenos Aires 1987 Edit. Ediar, Pag. 50.

y realizados a la altura del tiempo en que se vive” (9)

Si el concepto de seguridad jurídica es uno de los principios importantes del Estado de Derecho, la seguridad jurídica en el Derecho Penal busca asegurar la pacífica convivencia, busca otorgar confianza al ciudadano para que lo que está haciendo hoy, mañana no sea considerado delito. En el Derecho penal económico, al que pertenece el derecho penal aduanero, la seguridad jurídica tiene una gran importancia para la vida económica. La aventura del empresario, es decir el riesgo comercial no puede ni debe ser restringida, en principio, por la justicia penal en tanto esa aventura se lleve a cabo sin engaños ni coacciones manifiestas. Donde a pesar de todo surgen nuevas necesidades de protección y con ello de reforma, esto debe ser considerado solamente interpretando los tipos penales ya existentes o introduciendo nuevos. No es la exigencia político jurídica de reformas dirigida al legislador la que hace peligrar la calculabilidad del Derecho que es fundamental para la vida económica, sino más bien una práctica exageradamente extensiva de interpretación del Derecho penal existente, por ello la práctica del Derecho penal económico vigente en caso de conceptos legales indeterminados debería limitarse a parámetros de valoración seguros y reconocidos (10).

Algunos autores como Hans Heinrich Jescheck, refiriéndose a los principios de la política criminal, establecen que el principio del Estado de Derecho tiene un sentido formal y un sentido material (11) en el sentido formal importan sobre todo al Derecho Penal aquellos elementos del principio de Estado de Derecho llamados a albergar la seguridad jurídica. Puesto que el Derecho Penal puede realizar las más graves injerencias en la esfera de la libertad de los ciudadanos que conoce el ordenamiento jurídico, es preciso adoptar especiales precauciones para evitar su abuso. El principio de predominio y exclusividad de la ley posee por ello, mayor importancia en Derecho Penal que en cualquier otra parte del Derecho vigente.

⁹ LIBORIO HIERRO, Estado de Derecho, México 1998, Edit. Fontamara S.A. Pag. 59.

¹⁰ KLAUS TIEDEMAN, Derecho penal y nuevas formas de criminalidad, Lima 2000 Edit. Moreno S.A., Pág. 51.

¹¹ HANS HEINRICH JESCHECK, Tratado de Derecho Penal, parte general, Barcelona 1981 Edit. Bosch, Pág. 33.

B. EL PODER PUNITIVO DEL ESTADO.

Corrientemente, una investigación se desarrolla teniendo presente el poder público ligado estrechamente a un modelo de Estado, aunque es sencillo apuntar que el Estado, siempre ha tenido una forma de exteriorizar su poder a través de imperativos categóricos prohibiendo o mandando la realización de determinadas conductas que sean referentes para preservar un estado de cosas, lo cierto es que el Estado como tal en su concepción más sencilla de entender, ejercita y desarrolla poder con dirección a la sociedad, en bien de la comunidad que es la que agrupa la soberanía individual y los derechos de todos sus miembros a través del contrato social, apareciendo la institución del Estado con una voluntad general por encima de las voluntades individuales, este es el primer elemento de legitimación que Rousseau se ha encargado de destacar para justificar y legitimar la existencia del Estado.

Si el Estado exterioriza poder, ¿cómo se desenvuelve este poder en el ámbito penal? ¿Dónde encuentra su fundamento y legitimación?. Los estudiosos del Derecho Penal, han identificado el principio de legalidad de los delitos y de las penas siempre al lado del “ius puniendi”, logrando institucionalizarlo con bases ideológicas, filosóficas y políticas. El “ius puniendi” ha sido considerado a lo largo de la historia del Derecho Penal ⁽¹²⁾ como uno de los elementos justificantes de la actividad estatal para lograr la convivencia armónica y pacífica de los hombres en sociedad. Este llamado “derecho de castigar” que actualmente ya no se considera un derecho subjetivo, sino una función estatal, una potestad ⁽¹³⁾ para determinar

¹² Mas que historia del Derecho penal en si mismo, es la historia de la evolución de la pena estudiada en distintos niveles de evolución de la sociedad, desde la venganza privada a cargo del ofendido hasta la venganza pública a cargo del Estado delegado por el poder soberano del pueblo, afirmándose como una sociedad política y jurídicamente organizada.

¹³ En criterio acertado de JUAN CARLOS CARBONNEL MATEU “puede considerarse superada la polémica en torno a la naturaleza jurídica de tal potestad que durante mucho tiempo ha sido presentada como un derecho subjetivo del Estado, correspondiente a la expresión ius puniendi. Hoy ha de considerarse indiscutible que no se trata del ejercicio de ningún derecho subjetivo, sino de las funciones que corresponde al Estado en virtud del pacto social traducido en la Constitución”. Ob. Cit. Pag.102.

los delitos y establecer las sanciones, puede encontrarse como un elemento importante dentro de los conceptos del Derecho Penal que se han brindado por diferentes autores, pues como lo ha hecho el profesor Benjamín Miguel (¹⁴), son cuatro elementos comunes que normalmente son permanentes para reflejar el contenido del Derecho Penal y su objeto de estudio: 1. Son un conjunto de normas jurídicas, 2. Representan el poder punitivo del Estado, 3. Determinan delitos, 4. Fijas las penas y medidas de seguridad como consecuencias jurídicas. El primer elemento, si atendemos el carácter objetivo del Derecho penal, hace referencia a la legislación penal, con la que se muestra ese poder punitivo, el segundo elemento nos señala el fundamento de las normas penales, el tercer y cuarto elemento establece el presupuesto de hecho ligado a la sanción, y a estos cuatro elementos comunes, es posible agregar la tutela de bienes jurídicos como lo hacen el Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni (¹⁵) y el Prof. Juan Carlos Carbonell Mateu, éste último por su consistencia y coherencia conceptual define al Derecho Penal, como “La parte del ordenamiento jurídico, reguladora del poder punitivo del Estado que para proteger valores e intereses con relevancia constitucional define como delitos determinadas conductas a cuya verificación asocia como consecuencias jurídicas penal y/o medidas de seguridad”.(¹⁶)

Es relevante señalar que existe un aparente conflicto conceptual en algunos autores cuando se dan las diferencias particulares entre las concepciones del derecho penal subjetivo y del derecho penal objetivo, refiriéndose al primero como al poder punitivo del Estado y al segundo como la legislación penal propiamente dicha; en todo caso, en puridad del lenguaje doctrinal y jurídico al que se comprometen los estudiosos de la ciencia, el “ius puniendi” no es el Derecho penal, sino el “derecho a penar” y que el Derecho penal debe reservarse en

¹⁴ BENJAMÍN MIGUEL HARB, Derecho Penal, Tomo I, Parte General, La Paz, 1987, Edit. Juventud, Pag. 10.

¹⁵ Para EUGENIO RAÚL ZAFFARONI: “Derecho Penal es el conjunto de leyes que traducen normas que pretenden tutelar bienes jurídicos y que precisan el alcance de su tutela, cuya violación de llama delito y aspira a que tenga como consecuencia una coerción jurídica particularmente grave que procura evitar la comisión de nuevos delitos por parte del autor”. Ob. Cit. Pag. 41.

¹⁶ JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, Ob. Cit. Pág. 27.

sentido objetivo, esto es para el ordenamiento jurídico penal. ⁽¹⁷⁾ Sin embargo, otros autores con mayor precisión lingüística, dicen que la expresión derecho penal es equívoco, porque con frecuencia se lo emplea para designar una parte del objeto del saber del derecho penal, que es la ley penal, se confunde al derecho penal como discurso de los juristas con la legislación penal como acto del poder político y por ende derecho penal con derecho punitivo que son conceptos que hay que separar nítidamente⁽¹⁸⁾.

Queda claro sin embargo, que no es posible separar ambos conceptos, aún cuando se requieran esas diferencias, porque tanto el poder punitivo del Estado como el ordenamiento jurídico penal como norma positivizada que define los delitos y la penas, tienen una relación indisoluble para el acercamiento y tratamiento del principio de legalidad de los delitos y de las penas como principio limitador al ejercicio del poder punitivo del Estado, no obstante, de las circunstancias de enfrentarnos a motivos de desarrollo económico y social, que nos empujan a abandonar el Derecho penal clásico y sus postulados que poco a poco vienen a convertirse en ineficientes operativamente para brindar respuestas oportunas a los cambios producidos en el mundo, sin embargo, es un postulado invariable la vigencia del principio de legalidad formal, aún cuando se opere la dinámica o dialéctica del cambio y este es uno de los argumentos esenciales para hablar de un Derecho penal moderno, que juntamente con requisitos sobre la tutela del bien jurídico y los efectos preventivos generales de la pena, más que individuales, nos muestran una faceta más utilitarista si se quiere del actual Derecho penal o del futuro Derecho penal, los delitos ambientales, los delitos informáticos y los delitos económicos, dentro de estos últimos, los delitos aduaneros, justifican la proyección de un Derecho Penal moderno y los problemas que surgen con el principio de tipicidad, como una derivación explícita del principio de legalidad de los delitos y de las penas.

¹⁷ DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, Curso de Derecho Penal, parte general I, Madrid 1999, Edit. Universitas S.A. Pag. 47.

¹⁸ EUGENIO RAUL ZAFFARONI, Derecho Penal, parte general, Buenos Aires 2000, Edit. Ediar S.A. Pag. 3.

Por tanto al acentuar la categoría del poder punitivo, existe la necesidad de distinguir tradicionalmente “su parte subjetiva” y “su parte objetiva” como lo hace el profesor Francisco Muñoz Conde (19) llegando a la conclusión de que como Derecho Penal Subjetivo debemos entender a un Estado con potestad para definir delitos y fijar sanciones, y que lo expresamos como el “ius puniendi”. Esta potestad significa que “es al Estado a quien corresponde el monopolio de la pena y aún de la prohibición de las conductas, a quien corresponde, en fin, el monopolio de la restricción de la libertad”(20). El Derecho penal objetivo, se representa con el “ius poenale” como el conjunto de normas jurídico penales.

Inicialmente se dice que ese monopolio del Estado, pretende la protección de nuestros valores e intereses, porque “si no hubiera tutela de nuestros intereses, estos quedarían sometidos a la ley del más fuerte, si en definitiva no pudiéramos defender lo que es nuestro y más queremos: la vida, la libertad, la propiedad, etc., carecerían de valor, cualquiera podría destruirlos o apropiárselos con violencia, engaño o de cualquier otro modo. Y la experiencia demuestra que eso sucedería inexorablemente. La vida en sociedad sería imposible y aún la individual sumamente precaria”(21).

Se ha establecido aquí la base real que luego formaría parte de la doctrina del bien jurídico como parte de estudio del tipo penal y la razón para estudiar el “ius puniendi”.

Así aparece o emerge el Estado con todo su poder, como una forma superior de control social institucionalizado, aunque la sociedad misma ya posee relaciones de poder, estructuras de poder identificando grupos que someten o subyugan y

19 FRANCISCO MUÑOZ CONDE y MERCEDES GARCIA ARÁN, Derecho Penal, Parte General, Valencia 1993, Edit. Tirant lo blanch, Pág. 29 y Pág. 63 La obra realiza una distinción en la concepción del Derecho Penal, en objetiva y subjetiva. El derecho Penal objetivo es un conjunto de normas jurídicas que asocian a la realización de un delito como presupuesto, la aplicación de penas y/o medidas de seguridad como principales consecuencias jurídicas. El derecho penal subjetivo es el poder punitivo o ius puniendi del Estado

20 JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, Ob. Cit., Pag. 30

21 JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, Ob. Cit., Pag. 26

grupos que son dominados, “conforme a esa estructura se controla socialmente la conducta de los hombres” y “el sistema penal es la parte del control social que resulta institucionalizado en forma punitiva y con discurso punitivo”(22).

Existe la necesidad de reconocer estas formas de control social en un Estado y el sistema penal como control social institucionalizado, para que la misma sociedad utilizando estas formas de control se asegure un mínimo de estabilidad y convivencia social pacífica al producirse ataques contra los valores o intereses acordados como necesarios para lograr la pacífica convivencia.

En la historia del Derecho penal, los mecanismos de control han sido de carácter privado con el talión, la composición, etc, cuando no existía una organización social avanzada, evolucionándose hacia formas rudimentarias de organización social, cuando se comienzan a delegar atribuciones al jefe del clan o grupo y el control social comienza a hacerse público, luego la sociedad se configura en una organización política y jurídica apareciendo el Estado, entonces el control social punitivo a través del sistema penal es una facultad a cargo del Estado, aparece el poder punitivo como parte del poder estatal que “se justifica por su propia existencia, es decir, guste o no, es una realidad, una amarga necesidad con la que hay que contar para el mantenimiento de una convivencia mínimamente pacífica y organizada”(23), no es posible afirmar que el poder punitivo del Estado en algún momento tienda a desaparecer principalmente con las corrientes abolicionistas. En esta afirmación hay que tener presente que esa potestad deriva de la soberanía del pueblo, que en definitiva la legitima para lograr esa convivencia pacífica.(24)

²² EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, Ob. Cit. Derecho Penal. Pag. 31

²³ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, MERCEDES GARCÍA ARÁN, Ob. Cit, Pag. 63

²⁴ La delegación originaria que hace el pueblo de sus facultades de autodeterminación para lograr la convivencia pacífica mediante un sistema penal determinado, va más allá del simple análisis de los discursos filosóficos y políticos de la hegemónica clase política, pues hay que tener presente que si el sistema penal se dirige como destinatario a la propia sociedad o al pueblo, sus intermediarios o delegados que ostentan la representación política, no representan adecuadamente las necesidades y demandas de nuestro pueblo acostumbrado únicamente a recibir algunas dádivas de participación popular, sin tomar en cuenta las grandes deficiencias estructurales en el campo de la educación, la instrucción, la cultura o la enseñanza, vitales para corresponder con efectividad su participación en la aplicación del sistema penal. Un ejemplo de esta deficiencia y del agotado discurso político fuera de la realidad social, es la participación

Bajo este punto de vista, el poder penal forma parte de nuestra convivencia, como una realidad del poder del Estado destinado a proteger los valores e intereses consensuados en la sociedad para vivir en paz, valores que elevados a un plano jurídico se constituyen en bienes jurídicos y al mismo tiempo, ese poder penal puede afectar derechos fundamentales moviéndose en el ámbito sancionatorio, cuya forma más explícita, se manifiesta en el hecho de ver a un ser humano privado de su libertad, esta es la más cara expresión del poder punitivo en cualquier Estado de derecho que paradójicamente permite la convivencia humana.

El poder punitivo tiene una estructura sobre la cual se desarrolla, una estructura dada por la tripartición o división de poderes, que de acuerdo a la asignación de funciones de cada uno de los órganos de poder y según la forma que adopte y el momento en que se desenvuelva ese poder, puede manifestarse de tres maneras:

- La forma de una potestad normativa, cuando en esta capacidad funcional de la tripartición de poderes, el poder legislativo establece los delitos y fija las penas.
- La forma de una potestad punitiva, cuando el poder judicial se encarga de aplicar las penas.
- La forma de una facultad penitenciaria, cuando el poder ejecutivo se encarga de la ejecución material de las penas privativas de libertad en sujeción a la competencia del Juez de Ejecución Penal.⁽²⁵⁾

Lo anterior nos vuelve a ratificar que si el Estado tutela valores e intereses nuestros, como la vida, la libertad, la propiedad, el honor, etc., al mismo tiempo

de los ciudadanos en la administración de justicia penal conformando los Tribunales de sentencia, donde la escasa preparación y algunas veces deficiente instrucción que no pasa del nivel escolar, no permite al ciudadano comprender el alcance de su participación directa en una de las funciones del poder estatal, la función jurisdiccional.

²⁵ Atendiendo los artículos 55, 428, 430 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, se han creado los jueces de ejecución penal que se encargarían, básicamente del control de la ejecución de las sentencias. Al hacer alusión al órgano ejecutivo, en su facultad penitenciaria para hacer cumplir la sentencia condenatoria, me refiero indudablemente, a la ejecución material de la pena privativa de libertad, porque el ejecutivo, se encuentra a cargo de la administración de los recintos penitenciarios.

para resguardar dichos valores establece un sistema punitivo que se aplica imponiendo penas y afectando derechos fundamentales con la sola finalidad y efecto de garantizar una convivencia armónica y pacífica de los hombres en sociedad, su marco de regulación primordial es indudablemente la Constitución y a través de ella conjuntamente el ordenamiento jurídico que lleva adelante la protección y resguardo de esos intereses. Sin embargo, si el Estado como consenso social legítimamente protege esos valores, ¿será legítimo que el mismo Estado, a través del Derecho Penal afecte precisamente uno de los valores que protege?, por ejemplo la libertad considerado uno de los valores supremos en un Estado de Derecho, cuando se impone una pena privativa de libertad por la comisión de un delito. Consecuentemente, tomando en cuenta la legitimidad del consenso social que constituye la base de la formación del Estado, conforme a las teorías de Tomas Hobbes, Jhon Locke o Juan Jacobo Rousseau, e ingresando a algo más específico, ¿Será legítima la función del Estado para castigar? ¿Será legítimo el ejercicio del poder punitivo?, ¿Cuáles son los límites a esta potestad punitiva?, sabiendo que el Estado no puede tener una facultad discrecional ilimitada para el ejercicio de su poder punitivo, menos en un Estado de Derecho con una concepción profundamente humanista, democrática y liberal, heredado del pensamiento de la ilustración.

a. La legitimidad del poder punitivo.

Como un asunto planteado al Derecho Penal subjetivo, se han llegado a conciliar criterios sobre la legitimidad del “ius puniendi”. A partir de las categorías de la soberanía del pueblo, el consenso social, la voluntad constituyente, se han marcado los fundamentos históricos y al mismo tiempo se han dado los fundamentos políticos e ideológicos, que tienen sus raíces en el pensamiento de la ilustración, por esos fundamentos, el pacto social legitima la grave restricción de derechos que supone la aplicación del “ius puniendi”, a esta posición se acompaña el fundamento funcional, representado por la “ineludible necesidad para garantizar

la protección de la sociedad a través de la prevención general y especial de los delitos, la protección de los bienes jurídicos más preciados contra los ataques a los mismos más intolerables”, “por eso el fundamento político y el fundamento funcional del ius puniendi depende del modelo de Estado, pues si existe un modelo absolutista o no democrático de Estado, entonces esta claro que no hace falta legitimar el Derecho penal en su necesidad estricta de protección individual y social, ni en necesidades ciudadanas, sino que puede ser perfectamente un instrumento de control y dominación política, social y religiosa, étnica, etc.” (26) A partir de estos fundamentos políticos y funcionales, se genera un problema constitucional y un problema jurídico, porque en nuestra Constitución, al identificarse las características de un Estado democrático de derecho, también se propugna los valores superiores de su ordenamiento jurídico, como la libertad, la justicia y la igualdad, la soberanía del pueblo, la tripartición de poderes; esto es absolutamente claro y constituyen también principios que inspiran ese Estado de derecho, por tanto el Derecho Penal que restringe gravemente derechos, tiene la dificultad de adaptarse y ponerse en consonancia con ese modelo de Estado y ponerse al servicio de los valores que este propugna, mayor es aún el problema con relación al uso de ese poder, y es que al afectar los derechos fundamentales que se encarga de proteger, puede hacerlo sin límites, injustamente, discrecionalmente, sin reglas.

El profesor Reinhart Maurach dice: “Es evidente que el ejercicio del poder estatal del Estado, precisa de un fundamento constitucional, este fundamento se encuentra en el Estado de Derecho, para lo cual son esenciales los elementos de la seguridad jurídica y de la justicia material”(27) Este fundamento constitucional, emana de una Constitución propia del Estado de Derecho, una Constitución que deviene del poder constituyente que es la que en primer lugar legitima el poder punitivo, pero al mismo tiempo esa Constitución limita la extensión del poder

²⁶ DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, Ob.Cit. Pag.79.

²⁷ REINHART MAURACH, Derecho Penal, Parte General I, Buenos Aires, 1994, Edit. Astrea, Pag. 154.

punitivo sometiéndolo a los principios que inspiran ese Estado de derecho. Sin embargo, no se puede perder de vista que las formas de Estado y su contenido ideológico determinan también la existencia de valores propios y conducentes a la vigencia de ese Estado, consiguientemente “los valores superiores del Estado dependerán mucho del modelo de Estado que se tenga, del sistema político, económico, social y jurídico vigente, que al mismo tiempo originará el Derecho penal que le sirva, por ejemplo, un Estado totalitario, negador de los derechos y de las libertades individuales, engendra a su vez un Derecho Penal de esta clase, puramente represivo y perpetuador del modelo de Estado al que sirve. Un Estado democrático, en cambio debe dar lugar a un derecho penal más respetuoso de los derechos y libertades que son la base de la democracia” (28). Siendo más explícito, Zaffaroni dice que un Estado fascista, tendrá un Derecho penal fascista, cuya primordial y decisiva finalidad será la de proteger al Estado, estableciéndose graves penas para los delitos políticos, para un Derecho penal nacional socialista de la Alemania Nazi, se penaba a los que atacaban la comunidad de sangre y de suelo sostenida por el mito de la raza, la pena no tenía contenidos vindicativos ni preventivos, sino que era la simple segregación de los que atacaban la integridad del pueblo alemán; para el Derecho penal soviético que requería la dictadura del proletariado para llegar a una sociedad sin clases, la función del Derecho penal fue la defensa del Estado de campesinos y obreros, los delitos más graves eran los que tenían por objeto el restablecimiento del poder de la burguesía” (29). Consiguientemente, el Derecho penal de un modelo de Estado no puede encontrarse desconectado de su sistema ideológico, social, político y económico.

Sobre esta apreciación conceptual, es oportuno señalar el aporte que nos hace el Prof. Muñoz Conde cuando señala que esa legitimidad del Derecho Penal o del poder punitivo del Estado que proviene de la Constitución, donde halla su

²⁸ FRANCISCO MUÑOZ CONDE y MERCEDES GARCÍA ARAN, Ob.Cit. Pag.64.

²⁹ EUGENIO RAUL ZAFFARONI, Manual de Derecho Penal, Ob. Cit., Paginas. 275, 277 y 279

fundamento, es extrínseca e intrínseca ⁽³⁰⁾, es extrínseca no sólo porque sus fundamentos se encuentran en la propia Constitución, sino porque también se encuentran en los Pactos y Tratados internacionales como la Declaración de los Derechos Humanos reconocidos en la propia Constitución que el Derecho penal debe respetar y garantizar en su ejercicio. Su carácter extrínseco tiene sentido cuando se observa que determinados valores superiores del modelo de Estado que se trate y que se fija en la Constitución, normalmente se recogen en la normativa internacional protectora de los derechos humanos a nivel mundial y en el ámbito americano se puede mencionar la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948, la Convención Americana de los Derechos Humanos, más conocido como el Pacto de San José de Costa Rica de 1969, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966, la Carta de Derechos y Deberes económicos de los Estados del 12 de diciembre de 1974; estos son instrumentos internacionales cuyos principios y valores coinciden en la mayoría de los casos con los principios y valores que la Constitución establece, poniendo al Derecho penal interno a su servicio, respetando y garantizando su vigencia en el Estado, sin poder admitir contradicción alguna.

La legitimidad intrínseca del Derecho Penal al que se refiere el Prof. Muñoz Conde, esta dada “en el propio instrumento jurídico punitivo, representado por una serie de principios específicos que inspiran y limitan su actuación. Algunos de estos principios, como el de la legalidad de los delitos y de las penas, tienen tanta importancia que han llegado a recogerse en el ámbito constitucional entre los derechos y libertades fundamentales, y han configurado un Derecho penal respetuoso con la dignidad y libertad humana, meta y límite del Estado social y democrático de Derecho, y por tanto, de todo su ordenamiento jurídico”. En este punto de vista se puede deducir que el modelo de Estado al que se refiere Muñoz Conde tiene una virtualidad que nos permite identificarnos y por ello mismo el

³⁰ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, MERCEDES GARCÍA ARAN, Ob.Cit. Pag 64.

principio de legalidad de los delitos y de las penas tiene positividad constitucional recogido en el Art. 16 de la Constitución Política del Estado.

b. Los principios limitadores del poder punitivo.

A partir del convencimiento de que corresponde al Estado el monopolio de la pena, el de la prohibición de conductas, el monopolio de la restricción de la libertad, de esa libertad que el mismo Estado se encarga de proteger; existe el criterio unánime de que la función del Estado es una potestad legítima, pero al mismo tiempo el Derecho penal como se encuentra al servicio del Estado, también funciona como un instrumento de defensa de los valores fundamentales de la comunidad, es decir, un mismo valor puede ser objeto de acciones diferentes. En tal caso, cuando el Estado viene cumpliendo esa doble función, aparentemente en contrasentido cuando por un lado aparece su carácter restrictivo de valores como el de la libertad y por el otro emerge como defensor de los mismos valores, se ha visto la necesidad de plantear límites al poder punitivo del Estado para evitar una intromisión discrecional y arbitraria en el ámbito de los derechos individuales, de los derechos fundamentales, límites que se basan en el respeto a ese acuerdo social de la tesis de Rousseau que dio origen al Estado, a consolidar una vez más la legitimidad de ese consenso social que tiene en la libertad su más eminente razón para protegerla como para sacrificarla en bien de los demás, y en definitiva se basan en la conciencia colectiva de respeto a la dignidad humana bajo una convivencia de justicia y paz social con un sistema penal equitativo que tenga como premisa el amparo de sus derechos fundamentales y la otorgación de una seguridad personal y jurídica, todo esto traducirá ya no la legitimidad del poder, sino la legitimidad del ejercicio de ese poder punitivo, es decir, hasta dónde se desarrolla ese ejercicio punitivo y cómo se pueden enfrentar las desproporciones del Estado cuando determina los delitos y las penas.

Una primera impresión del ejercicio de ese “derecho a penar” como potestad

según el Prof. Carbonell Mateu y de la legislación penal como producto, es que si pretendemos colocar límites a la actividad punitiva del Estado, no nos ha dado mucha ayuda el hecho de que el Derecho penal ingrese a un círculo vicioso donde frente al aumento de la criminalidad y la aparición de nuevas formas (delitos económicos, delitos ambientales) ha generado paralelamente, primero un aumento cuantitativo de la legislación penal y segundo un aumento de la dureza en la represión punitiva, desestabilizando la percepción doctrinal de los límites, por ejemplo la Ley N° 1008 del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas, la Ley N° 1990 Ley General de Aduanas y tal vez muy pronto, el nuevo Código Tributario con su parte punitiva. Los límites basados en el “contrato social”, en la libertad, la dignidad humana y en la idea de convivencia social pacífica y justa, al parecer ya no son suficientes para limitar el ejercicio del poder punitivo, se incorporan nuevos elementos asociados al efecto de la pena en los delitos más graves, el efecto preventivo general al que se refería como fundamento funcional del “ius puniendi” el Prof. Diego Manuel Luzón Peña, pero definitivamente intimidatorio en la sociedad para que no se vuelvan a cometer esos delitos.

Sin embargo, básicamente los límites al ejercicio del poder punitivo, empiezan señalando paradigmáticamente que el poder punitivo debe tener sometimiento al imperio de la ley, es decir, la observancia del principio de intervención legalizada o principio de legalidad. Por la significación de este principio, la trascendencia es mucho mayor porque se habla de la esencia de un Estado de derecho, tal vez por ese motivo las normas jurídico penales que nacen en un Estado de derecho, son normas objetivas que generan poder y muestran la utilización del poder, pero al mismo tiempo esas mismas normas limitan ese poder, a tal punto que el poder no puede ir un más allá de hasta donde le permita la norma creada, siendo el principal límite al poder punitivo del Estado, primordialmente su origen normativo, la concepción materializada del “ius poenale”, es decir, el conjunto de normas jurídicas objetivas y positivas que determinan los delitos y fijan las sanciones penales que a ellas deben aplicarse. Estas normas penales, constituyen otro de

los elementos que existen en la definición del Derecho Penal. Sobre este principio de legalidad volveremos más adelante en su concepción, contenido, alcances y efectos.

La diversidad de estudios que se han realizado sobre los principios limitadores del poder punitivo, han sido proficuos y disímiles, pero todos ellos se inscriben en los principios fundamentales del Derecho penal sustantivo o material y consagrados en la Constitución de un país, aunque también existen principios del Derecho Procesal Penal con vigencia constitucional, como el de la presunción de inocencia, el “non bis in idem”, el juez natural, el debido proceso, el derecho a la defensa, “in dubio pro reo” que no se relacionan trascendentalmente con el objeto de la presente investigación, sin embargo, todos ellos pretenden asegurar al ciudadano frente al poder público, procurando generar un equilibrio, por lo menos simbólico, entre el poder punitivo y el ciudadano. De estos principios relacionados con el Derecho Penal, mencionaremos los que son relevantes para analizar los fundamentos de la admisibilidad constitucional de los tipos penales aduaneros como normas penales en blanco: el principio de prohibición de exceso, el principio de intervención mínima o derecho penal mínimo, el principio de adecuación, el principio de necesidad, el principio de proporcionalidad y el principio de ofensividad, se suman a ellos el principio de culpabilidad, el principio de humanidad de las penas, el principio de igualdad, que aunque son importantes, su estudio lo dejamos para la dirección teleológica de otro trabajo. ⁽³¹⁾

³¹ En la obra de Juan Carlos Carbonell Mateu, Derecho penal, concepto y principios constitucionales Ob.Cit. Pág.191, y en la obra de Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, Derecho Penal, parte general, Ob. Cit. Pág.65, podemos encontrar desarrollados estos principios. La cuestión de los límites y los principios limitadores del “ius puniendi”, han sido ampliamente desarrollados por los españoles, con quienes compartimos un particular modelo de Estado democrático de Derecho o por lo menos tenemos elementos comunes, razón por la que acuñamos los principios limitadores, a nuestra realidad constitucional y jurídica. A pesar de estas corrientes, es destacable la contribución de Zaffaroni en su obra Derecho penal, parte general, Ob. Cit. Pag.119, cuando enuncia sus principios limitativos que excluyen violaciones o disfuncionalidades groseras con los derechos humanos, es evidente que existe una particular concepción sobre la vigencia de los derechos humanos en la tendencia actual, para incluirlos o tenerlos presente en el ejercicio de la actividad punitiva.

b.1. El principio de prohibición de exceso.

Básicamente este principio es inspirador de cada uno de los órganos de poder, pero su análisis es oportuno con relación a la potestad normativa del órgano legislativo. El presupuesto básico de la prohibición se concentra en uno de los valores más significativos del Estado de derecho, la libertad, que en nuestro caso, como herederos de la tradición jurídica del pensamiento liberal de la ilustración, se ha contemplado como norma fundamental en el párrafo II del Art. 6 de la Constitución Política del Estado. Es la expresión más evidente del Estado liberal que procura y hace lo posible por proteger ese valor fundamental, desde la Constitución hasta el desarrollo del ordenamiento jurídico. Ahora bien, si el poder punitivo, es decir, el Estado, afecta, privando o restringiendo ese valor esencial de la libertad con la pena, “tal restricción ha de ser lo menos posible para conseguir el mayor grado de libertad. De ahí el principio *pro libertate*, en virtud del cual no sea posible la ingerencia del Estado si no es necesario para conseguir ese grado de libertad”⁽³²⁾. Así relacionado con uno de los valores fundamentales del Estado de Derecho, se explica el aparente contrasentido del Estado que protege o tutela ese valor de la libertad como uno de sus principales valores y al mismo tiempo lo restringe, aunque procurando la mínima restricción posible de ese valor libertad y además porque al Derecho Penal se lo ha considerado siempre como un instrumento de defensa de los valores fundamentales del individuo y de la comunidad, justificándose su intervención sólo cuando se producen ataques muy graves a esos valores, pero una intervención controlada y limitada por el imperio de la ley con el fin de garantizar la libertad del individuo utilizando el menor número de ingerencias posibles a esa libertad. Consiguientemente, el Estado debe crear un conjunto de condiciones que posibiliten esa libertad proclamada por el Art. 6 de la Constitución Política del Estado, como uno de los valores superiores

³² JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, Ob. Cit. Pag. 192.

del ordenamiento jurídico, un valor primordial después del valor vida ⁽³³⁾. Esas condiciones, harán que “la actividad punitiva del Estado deba interpretarse con el principio *restringenda sunt* odiosa; es decir, interpretando como odiosa cualquier restricción de la libertad: de ahí que haya que procurar las menores restricciones posibles”. Se supone que al restringir en lo mínimo posible las libertades es para alcanzar el mayor estado de bienestar y por ello, de libertad para todos, pero sabemos que el Derecho Penal es el que mayor ingerencia tiene sobre la libertad individual, por eso es que se le coloca un límite que posibilite que su ingerencia en la libertad del individuo sea de manera proporcional. “El principio general de libertad, del que el principio de prohibición de exceso es un componente, viene a afirmar que tan solo puede limitarse la libertad de los ciudadanos en aras de la tutela de las propias libertades de los demás ciudadanos y solo en la medida de lo estrictamente necesario” ⁽³⁴⁾, ahí radica la prohibición de exceso.

Cuando se apuntó que este principio inspira la actuación de todos los poderes públicos, no sólo se constituye en un limitador de la potestad normativa, que el legislador debe tener siempre presente a la hora de crear tipos penales, sino que también limita la actividad del Poder Judicial a momento de imponerse la pena privativa de libertad y cuando los jueces instructores o garantistas deciden por una medida cautelar de carácter personal como la detención preventiva o la continuación de la libertad del imputado ⁽³⁵⁾ o cuando el Poder Ejecutivo, a través de la Policía, en lo que se conoce como intervención policial preventiva puede disponer discrecionalmente el arresto o la aprehensión únicamente para ponerlo a disposición del Ministerio Público en el plazo de ocho horas, en este caso la

³³ Por supuesto que el valor vida es mucho más fundamental en el Estado de derecho, a tal punto que en algunos Códigos penales reformados, como el español, en su parte especial se ha logrado una ordenación de bienes jurídicos sobre el criterio de las bases de existencia del sistema social, criterio que fuera formulado por el Prof. Juan Bustos Ramírez, al afirmar que sin la vida humana, la libertad, la salud individual y las relaciones microsociales, no sería posible la existencia de ningún sistema social. Pero, entendemos que al resaltar el valor libertad para explicar la prohibición de exceso, existe la necesidad didáctica de correlacionarlo con la afectación más grave que pueda realizar el poder punitivo, la restricción o privación de la libertad a momento de imponer una pena.

³⁴ JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, Ob. Cit. Pag. 193.

³⁵ Código de Procedimiento Penal, Art. 232, (improcedencia de la detención preventiva) y Art. 233 (requisitos para la detención preventiva)

prohibición de exceso se cumple si se verifican los requisitos legales del arresto o la aprehensión.

Algunos autores como Maurach, identifican la prohibición de exceso con el principio de proporcionalidad, señalando que “se presenta como un principio básico, respecto de toda intervención estatal gravosa, directamente a partir del principio del Estado de Derecho y tiene por ello, rango constitucional” ⁽³⁶⁾. Como se analizará más adelante, el principio de proporcionalidad aunque en sentido amplio se identifica con la prohibición de exceso, tiene una significación concreta y casi autónoma para ser tratada como un principio independiente.

b.2. El principio de intervención mínima o Derecho penal mínimo.

Tomando el criterio de Juan Carlos Carbonell ⁽³⁷⁾, este principio es limitador al poder punitivo, señalándonos que el Derecho Penal debe intervenir lo mínimo posible sobre la premisa ya establecida con el principio de prohibición de exceso de conseguir el máximo de libertad. No significa que no deba haber derecho penal, no significa que debamos prescindir del poder punitivo del Estado, sino que debe haber la mínima intervención posible para lograr tutelar el máximo de bienes jurídicos necesarios, para asegurar la libertad de los ciudadanos.

El Prof. Carbonell nos dice que para comprender el contenido de este principio, se toman en cuenta cuatro criterios fundamentales:

- a) La no-utilización del Derecho Penal para proteger cualquier bien jurídico. De acuerdo con Max Ernst Mayer, deben existir bienes jurídicos *dignos*, *necesitados* y *susceptibles* de protección penal. El bien jurídico considerado digno de tutela penal, requiere de un elevado consenso en su valoración que se traduce en la relevancia constitucional y su posterior protección, es decir,

³⁶ REINHART MAURACH, Ob. Cit, Pag. 110

³⁷ JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, Ob. Cit, Pag. 194.

nos encontramos frente a un requisito para la creación de un bien jurídico: que tenga rango constitucional, porque la “intervención del Derecho penal afecta siempre a derechos fundamentales de la persona, priva de libertad de hacer o incluso de la física, y supone una muy grave ingerencia del Estado en la vida y el desarrollo de la personalidad de los ciudadanos” Esto supone, siguiendo el criterio del profesor Carbonell “que la limitación a esas libertades se lo hace en función de la tutela de las libertades, por tanto sería inadecuado afectar a derechos constitucionales de la persona para proteger otros de inferior rango” Su oportuno sentido lógico nuevamente nos permite comprender la cohesión de la actividad del Derecho penal que no puede prestarse para proteger valores, si se quiere de menor rango, si al mismo tiempo, cuando se impulsa su intervención tiene que afectar valores de nivel constitucional, añade el citado autor, que un sistema constitucional establece un sistema de valores y que en razón de que el poder punitivo nace precisamente del pacto constituyente no es aventurado afirmar que los derechos fundamentales sólo pueden verse limitados para salvaguardar otros que, al menos, tengan relevancia constitucional,⁽³⁸⁾ por ejemplo, no podría ser objeto de protección la moral sexual dominante, construyendo tipos penales donde la relación homosexual o el lesbianismo entre adultos sean merecedores de una pena, porque la libertad de identificación sexual carece por completo de relevancia constitucional. Sobre esta característica de los bienes jurídicos dignos, el Prof. Muñoz Conde, utiliza la cualidad de merecedor de protección, es decir, “ que el bien depende del valor que le atribuya a ese bien una determinada cultura” ⁽³⁹⁾

La *necesidad* de protección penal se refiere a que la intervención del Derecho penal sea precisa, que no sea posible la tutela del bien jurídico de otra

³⁸ JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, Ob. Cit. Pag. 34. Sobre la consideración de la relevancia constitucional, por su importancia en la configuración del bien jurídico y este último punto cardinal para construir el tipo y deducir el imperativo categórico de prohibición o mandato, también conocida como “norma primaria”, se volverá a tratar más adelante cuando se analice la estructura del tipo.

³⁹ FRANCISCO MUÑOS CONDE y /MERCEDES GARCIA ARAN, Ob. Cit. Pag. 75

manera menos costosa para la libertad. Esta es otra de las cualidades del bien destacado por el Prof. Muñoz Conde, afirmando que “ no todo bien merecedor de protección está necesitado de protección penal. Muchas veces bastará con la que le conceden las leyes civiles, administrativas, etc. El Derecho penal concederá su protección cuando fracasen o sean insuficientes las barreras protectoras que deparan las demás ramas jurídicas” (40) Por ejemplo en nuestro Código Penal, en el Art. 340 (41), el bien jurídico protegido es indudablemente el patrimonio y la buena fe del comerciante que presta servicios de bebidas o alimentos, se aconseja en este tipo penal su despenalización porque pueden encontrarse otras formas de protección eficaz de los intereses del dueño de la prestación de servicios alimentarios, en este ejemplo no se puede encontrar la primera y segunda cualidad del bien jurídico: “digno de protección” y “necesitado de protección”, más aún si se toma en cuenta que la doble calidad de la pena, privativa de libertad y pecuniaria, no justifica que se afecte la libertad y el patrimonio del sujeto activo, cuando se trate del consumo de algún alimento de pago inmediato.

Por último, el bien jurídico debe ser *susceptible* de protección, es decir, capaz de ser protegido, por ejemplo, la elaboración de tipos penales que refieren ciertas conductas relacionadas con las drogas, como el consumo habitual, al pretender su construcción típica, de antemano se puede demostrar la absoluta ineficacia del Derecho penal, es un bien jurídico no susceptible de tutela penal, lo que también puede configurarse como indigno de protección. Así lo señala también el Prof. Luzón Peña, cuando indica que es la tercera cualidad del bien jurídico, “su capacidad de protección”, “No todos los bienes jurídicos merecedores y necesitados de protección penal son igualmente capaces e idóneos para esa protección”.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Código Penal, Art. 340. (Defraudación de servicios o alimentos. El que consumiera bebidas o alimentos en establecimientos donde se ejerza ese comercio, o se hiciere prestar o utilizare un servicio cualquiera de los de pago inmediato y no los abonare al ser requerido, será sancionado con reclusión de uno a dos años multa de treinta a cien días.

- b) El Derecho penal debe utilizarse solamente para castigar aquellos ataques de mayor peligrosidad a los bienes jurídicos relevantes constitucionalmente, los ataques más intolerables y graves a los bienes jurídicos más importantes, esto supone hablar del carácter fragmentario del Derecho Penal que se encuentra en relación con el principio de subsidiariedad o el llamado Derecho penal de “última ratio”. “De toda gama de acciones prohibidas y bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico, el Derecho penal sólo se ocupa de una parte o fragmento, si bien la de mayor importancia”. (42) “El Derecho penal no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos. Así, no todos los ataques a la propiedad constituyen delito, sino sólo ciertas modalidades especialmente peligrosas, como el apoderamiento subrepticio, violento o fraudulento” (43) por Ej. Si Manuel mata a Juan, entonces interviene el Derecho Penal, por ser la vida de Juan un bien jurídico fundamental con relevancia constitucional, pero si Manuel solamente abofetea a Juan, sin causarle ninguna lesión, el Derecho Penal no interviene, el hecho puede representar una contravención policial que impide la aplicación del Derecho penal.
- c) Es necesario proceder rigurosamente a la selección de conductas que van a ser prohibidas, tipificadas y sancionadas en la ley penal, es decir, debe existir la necesaria relación de conductas que se encuentran prohibidas y tipificadas por la ley, prima el interés de la sociedad para castigar las conductas, los ataques más intolerables a los bienes jurídicos más relevantes para la sociedad, teniendo presente que el castigo a esas conductas implicará la restricción de la libertad.

⁴² FRANCISCO MUÑOZ CONDE, MERCEDES GARCÍA ARAN, Ob. Cit, Pag. 74.

⁴³ SANTIAGO MIR PUIG, Derecho Penal, parte general, Barcelona 1996, Edit. Tecfoto S.L. Pag. 90.

d) El carácter secundario o subsidiario del Derecho Penal, por el que sólo debe intervenir allí donde no sea posible obtener una tutela eficaz por otro medio menos costoso, es decir a través de otra rama del ordenamiento jurídico. Tiene la tarea de imponer las sanciones más graves a los ataques mas intolerables a los bienes jurídicos mas importantes o de relevancia constitucional, cuando fracasan las otras ramas del Derecho en la protección del bien jurídico. Si la pena es el costo más grande para la libertad, deberá recurrirse a cualquier otro antes que a él. En este sentido es subsidiario del resto del ordenamiento jurídico, y no en el sentido de que la ley penal, acogiendo la teoría de las normas de Binding, solo tiene una función sancionadora de las acciones prohibidas o mandadas por las normas cuando se infringen estas.⁽⁴⁴⁾ Diego Manuel Luzón Peña, nos dice que “el Derecho penal ha de ser la “última ratio”, el último recurso al que hay que acudir a falta de otros menos lesivos, pues si la protección de la sociedad y de los ciudadanos puede conseguirse en ciertos casos con medios menos lesivos y graves que los penales, no es preciso ni se debe utilizar éstos. Incluso aunque haya que proteger bienes jurídicos donde basten los medios del Derecho civil, del Derecho público o incluso medios extrajurídicos, ha de retraerse el Derecho Penal, pues su intervención – con la dureza de sus medios – sería innecesaria y, por tanto injustificable. “Deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada política social. Seguirán a continuación las sanciones no penales: así, civiles, por ejemplo la reparación de daños y perjuicios, y administrativas, como las multas, sanciones disciplinarias, privación de concesiones. Sólo

⁴⁴ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, MERCEDES GARCÍA ARAN, Ob.Cit., Pag. 66. Esta claro que el sentido y alcance de la Teoría de las normas de Karl Binding, tiene una importancia axiológica y técnica en los tipos penales, al margen de las críticas del Prof. Muñoz Conde con respecto al carácter subsidiario de la ley penal que se aplica cuando se infringen las normas prohibitivas y de mandato, que no tendrían relación con el carácter de “ultima ratio” del Derecho penal. No puede calificarse como subsidiario al Derecho penal determinando su naturaleza sancionadora, ya que no todos los bienes jurídicos se hallan definidos por otras ramas del Derecho, lo que en realidad ocurre es que aparecen nuevos bienes jurídicos dignos, necesitados y susceptibles de protección, como en los delitos informáticos, ahí aparece la naturaleza constitutiva del Derecho Penal porque el legislador al elaborar el presupuesto de hecho para hacerlo merecedor de una pena, incuestionablemente tendrá que definir la “norma primaria”, es decir, el imperativo categórico del mandato o la prohibición que infringe la conducta. Su relación es por demás lógica y necesaria.

cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente estará legitimado el recurso de la pena o de la medida de seguridad” (45) “También debe haber subsidiariedad dentro de las propias sanciones penales, no imponiendo sanciones graves si basta con otras menos duras”. (46)

Por el carácter público del Derecho penal, al aplicarse la pena pública se causan menores lesiones a la libertad de las que se producirían si no se aplicara la pena pública y ello fundamentalmente evita la venganza privada, es decir, la respuesta privada gracias a la intervención del Derecho penal que representa al poder público. Este criterio es referido por Juan Carlos Carbonell, citando a Ferrajoli, que incluye entre las tareas del Derecho penal mínimo satisfacer los deseos de venganza privada.

El Poder Legislativo y el Poder judicial se encuentran limitados por el primer presupuesto, la no-utilización del Derecho Penal para proteger cualquier bien jurídico. Con el Poder ejecutivo no funciona como limitante, salvo el segundo presupuesto, es decir, la aplicación de la legislación contravencional a cargo de la Policía y en la parte procesal con las investigaciones en diligencias de policía judicial. El tercer presupuesto limita al Poder legislativo en la selección de las conductas prohibidas. El cuarto presupuesto, es una limitante para el Poder ejecutivo en las investigaciones policiales (de carácter procesal).

Esta visto que el principio de prohibición de exceso y el principio de intervención mínima se encuentran indisolublemente ligados al valor libertad como característica esencial de un Estado de derecho, ambos principios se interrelacionan y se complementan, y permiten tener una proyección reflexiva sobre el Derecho penal, basados indudablemente en una concepción profundamente humanista del Estado de Derecho. Teniendo presente, su sentido

⁴⁵ SANTIAGO MIR PUIG, Ob. Cit. Pag. 89.

⁴⁶ DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, Ob. Cit., Pag 82.

teleológico, es posible que el nuevo Derecho penal, de una orientación pragmática, vuelva su mirada a estos soportes, que le han servido para sostenerse y de los que se ha sustraído temporalmente por la necesidad de dar respuestas inmediatas a los cambios de la sociedad y sus avances tecnológicos. Nos encontramos en la posibilidad de afirmar que por el cumplimiento de esos cuatro criterios que hacen posible el Derecho Penal Mínimo, se podrá tener siempre la oportunidad de encontrar un equilibrio frente a la tendencia punitiva de la que se han apoderado varios países para resolver sus problemas, como el económico y que posiblemente, por no encontrar otras alternativas apoyadas en políticas económicas sociales, hayan dirigido la labor legislativa al campo penal, por constituirse en la fórmula más fácil.

b.3. El principio de adecuación.

Se destaca nuevamente el alcance limitador de este principio con relación a la potestad normativa del “ius puniendi”. Siguiendo al Prof. Carbonell, “exige el denominado principio de adecuación que el Derecho penal sea apto para la tutela del bien jurídico (bien jurídico susceptible de tutela penal) y que la medida adoptada sea también adecuada a la finalidad perseguida. La primera conclusión que cabe obtener de tal aseveración es que la restricción de la libertad y en consecuencia, la pena, ha de estar adecuada a fines, ha de perseguir algún tipo de finalidad, debiéndose rechazar las denominadas teorías absolutas de la pena, en virtud de las cuales ésta no habría de perseguir fin alguno. La utilización de cualquier pena que no consiga ser apta para la prevención general y especial; esto es para la tutela del bien jurídico y la evitación, por consiguiente, de conductas que lo pongan en peligro o lo lesionen, resulta inadecuada y, por consiguiente injusta. La pena ha de ser, por otra parte, la cualitativamente adecuada para conseguir la finalidad. Mientras que la pena de privación del permiso de conducir resulta adecuada para castigar los delitos cometidos con vehículo de motor, puede resultar absurda para, por ejemplo, un delito de maquinaciones para alterar el

precio de las cosas” (47). Este principio nos vuelve a introducir en las teorías de la pena (48). Basado en estas teorías, es posible llegar a la conclusión de que “el Derecho penal realiza su tarea de protección a la sociedad castigando las infracciones ya cometidas, por lo que es de naturaleza represiva. En segundo lugar, cumple esa misma misión por medio de la prevención de infracciones de posible comisión futura, por lo que posee naturaleza preventiva. La función preventiva y la función represiva del Derecho penal, no son sin embargo contradictorias, sino que deben concebirse como una unidad”(49). Es evidente que la orientación pragmática del Derecho penal, nos empuja a admitir estas dos características de represión y prevención de la pena, vigentes en el momento en que el legislador proyecta la consecuencia jurídica de la conducta prohibida que selecciona, aunque en el Art. 25 del Código penal boliviano, la finalidad es la enmienda y readaptación social del delincuente, así como el cumplimiento de las funciones preventivas general y especial, debe reconocerse que esta finalidad formal resiente la realidad boliviana, porque manifiestamente la pena es un castigo, una retribución al delito cometido y al mismo tiempo una forma de prevenir delitos. Ahora, no sólo debe observarse el carácter cualitativo, verificando la finalidad de la pena, (más aún cuando dicha finalidad se hace más patente en el momento aplicativo y en la ejecución), sino también el legislador debe observar el

47 JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, Ob. Cit. Pag. 199.

48 En las teorías absolutas, la pena será legítima si es la retribución de una lesión cometida culpablemente, es decir, el individuo lesiona el orden jurídico de manera libre, esto supone un abuso de libertad reprochable y por lo tanto culpable. El fundamento de la pena será exclusivamente la justicia o la necesidad moral, en consecuencia, la pena es legítima si es justa, aunque no sea útil. La idea de justicia es su característica fundamental, sus representantes son Kant y Hegel. Por el principio de adecuación esta teoría debe ser rechazada porque no se persigue ningún fin.

En las teorías relativas se procura legitimar la pena mediante la obtención de la tendencia a obtener un determinado fin, es decir, la utilidad de la pena, su fin consiste en la intimidación de la generalidad, inhibiendo los impulsos delictuales de autores potenciales en la sociedad. Se trata de una teoría preventivo general de la pena. En cambio si el fin consiste en obrar sobre el autor del delito cometido para que no repita el hecho criminoso, estaremos ante una teoría preventivo especial o individual de la pena, su representante es Feuerbach. La pena es cualitativamente adecuada para conseguir la finalidad, entonces se puede decir que el principio de adecuación se estaría cumpliendo. Se suma la teoría de la unión, la que justifica la pena en su capacidad de reprimir (retribución) y de prevenir (protección), por tanto la pena será legítima si es justa y útil.

49 HANS-HEINRICH JESCHECK, Ob. Cit. Pag. 6. No obstante, es meritorio el aporte de Claus Roxin frente a las teorías de la pena, proponiendo una concepción dialéctica de la pena en la medida en que acentúa la oposición de los diferentes puntos de vista y trata de alcanzar una síntesis, tomando en cuenta el momento de la amenaza, donde el fin de la pena es la prevención general, el momento de la determinación de la pena, donde los fines preventivos son limitados por la medida de la gravedad de la culpabilidad y el momento de la ejecución, donde se tiene un fin resocializador, cumpliendo una prevención especial.

aspecto cuantitativo de la pena, haciendo que la misma se encuentre en consonancia con los principios de prohibición de exceso y de intervención mínima. Así, se advertiría la vigencia del principio de adecuación.

Este principio, limita al Poder legislativo, al ser este órgano de poder quien establece en la ley las finalidades que persigue la pena como complemento del poder punitivo del Estado, recogiendo razones de política criminal o de simple consideración gubernamental en la lucha contra la delincuencia. Al Poder Judicial, cuando tome en cuenta las finalidades de la pena al imponerse la sanción en consideración a la personalidad del delincuente y la valoración de su comportamiento en el hecho delictivo. Al Poder Ejecutivo, al tener presente las finalidades de la pena dadas por la ley y en la sanción impuesta, dentro del Derecho de Ejecución de Penas.

b.4. El principio de necesidad.

Ya se había señalado en su momento la cualidad de necesidad del bien jurídico cuando se comentó el primer criterio de aplicación del Derecho penal mínimo. El Prof. Juan Carlos Carbonell nos dice que este principio es otra expresión del de prohibición de exceso, por lo que “no solo no debe intervenir el Derecho penal allí donde no es necesario, bien porque puede ser el bien jurídico tutelado por otro mecanismo menos costoso, bien porque no necesita de tutela alguna, sino que hay que proclamar que la intervención ha de ser también la mínima imprescindible; por consiguiente, la consecuencia jurídica, la pena, ha de ser la menor de las posibles”⁽⁵⁰⁾. Bajo este parámetro limitador para el poder normativo, llega a concluir que la pena innecesaria es una pena injusta. Este principio también tiene ingerencia en el momento aplicativo, es decir, cuando llega el momento en que el órgano del poder judicial dinamiza el presupuesto de hecho del tipo con la realidad y hace factible su consecuencia jurídica, así lo expone

⁵⁰ JUAN CARLOS CARBONELL MATEAU, Ob. Cit. Pag. 199.

Juan Carlos Carbonell: “ allí donde sea posible sustituir la pena privativa de libertad por otras, deberá hacerse”⁽⁵¹⁾, por ejemplo, el Art. 30 del Código Penal boliviano, que admite la sustitución de la pena mediante la conversión.

De este principio también salen las principales corrientes que se llaman las soluciones alternativas a la privación de libertad. Cuando algún Código Penal considera estas alternativas, entonces se habla del principio de necesidad. Por Ej. El movimiento europeo tiene la tendencia de dejar atrás la pena privativa de libertad, tiene su base en el principio de necesidad.

Otra expresión de este principio se encuentra en las excusas absolutorias. El Código penal prevé distintos supuestos de no-aplicación de la pena, en virtud de principios político-criminales, estos supuestos son las excusas absolutorias o causas personales de exclusión de la responsabilidad penal. El nombre de excusa absolutoria viene de los alemanes que vendría a ser causa de impunidad, como causa personal de la exclusión de la punibilidad. Jiménez de Asúa decía que son causas de impunidad las que hacen que un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública. El legislador considera que la pena que se iba a imponer no es necesaria por la existencia de circunstancias de índole subjetiva y personal. El Estado prescinde de la imposición de la pena, porque por su naturaleza, la eximente supone la no-aplicación de la pena a pesar de encontrarnos ante una conducta típica, antijurídica y culpable subsistiendo el carácter delictivo del acto. Con esto se demuestra que el poder punitivo solo interviene cuando existe necesidad. En nuestro Código Penal tenemos por ejemplo en el Art. 172 para el delito de encubrimiento, quedando exentos de pena los que encubrieren a sus ascendientes, descendientes o consorte, o el Art. 359 como causa de impunidad para los delitos de robo, hurto, extorsión estafa, estelionato, apropiación indebida cuando se causen recíprocamente los cónyuges, ascendientes, descendientes,

⁵¹ JUAN CARLOS CARBONELL MATEAU, Ob. Cit. Pag. 200.

adoptados, hermanos, cuñados.

Con el principio de necesidad el Poder Legislativo considera la pena necesaria como la pena justa y lo establece en la ley penal. El Poder Judicial, al aplicar la pena, lo hace con el criterio de necesidad y justicia. Con el Poder Ejecutivo, este principio no se relaciona, porque sólo ejecuta la pena ya impuesta con criterio de necesidad y justicia.

b.5. Principio de proporcionalidad.

Nos encontramos frente a un principio que “quiere decir que las penas deben ser proporcionadas a la entidad del delito cometido o que éstos no pueden ser reprimidos con penas más graves que la propia entidad del daño causado por el delito. El primer criterio que se debe utilizar para determinar la gravedad de la pena que se debe imponer a un determinado delito es, desde luego, la importancia del bien jurídico”⁽⁵²⁾ En este sentido, el Prof. Diego Manuel Luzón Peña, incorpora el grado del desvalor del resultado y de la acción, para considerar la gravedad intrínseca del hecho y de esta forma determinada la gravedad del injusto, determinar la gravedad de la pena. ⁽⁵³⁾ Véase entonces que conforme a las anteriores opiniones, existe consenso en afirmar que el bien jurídico protegido, pero lesionado o puesto en peligro por una conducta (desvalor del resultado) desaprobada por el ordenamiento jurídico (desvalor de la acción), es el que determina, no la aplicación de la pena (cuya graduación entre el límite mínimo o el límite máximo le corresponde al órgano del poder judicial), sino la fijación cualitativa y cuantitativa de la pena en la ley. En el Código Penal boliviano, como una afectación al principio de proporcionalidad tenemos el Art. 350, abigeato, cuya pena es de uno a cinco años, punición que si comparamos con el Art. 258, infanticidio, cuya pena fijada es de uno a tres años, es totalmente desproporcional

⁵² FRANCISCO MUÑOZ CONDE y MERCEDES GARCIA ARAN, Ob.Cit. Pag. 78.

⁵³ DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, Ob. Cit. Pag. 85.

y desmerece la protección del bien jurídico. Algunos autores también agregan a la concepción de la proporcionalidad “la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho, a su nocividad social, la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos, según el grado de la nocividad social del ataque al bien jurídico”.⁽⁵⁴⁾

Es posible que existan también razones de política criminal y de adecuación a los fines retributivos y preventivos de la pena, para que funcionen como catalizadores en la fijación de la gravedad de la pena, nada fuera de lo común en países subdesarrollados y con una economía débil donde el Estado busca regular la economía a fuerza de sistemas punitivos más ajustados, en vez de políticas económicas y sociales más desprendidas. Lo cierto es que las penas se establecen por el interés coyuntural y por el clamor social, ante los que existe una forzosa adecuación de principios y categorías conceptuales del delito, para legitimarlas. A veces, atendiendo razones de política criminal, “se tiende a incrementar ciertas penas en atención al elevado número de delitos que se producen”⁽⁵⁵⁾ Esta visto sin embargo, que en nuestro país, el incremento de las penas en materia de delitos de narcotráfico, es la voz disonante del principio de proporcionalidad, pues aunque se pretenda justificar con el grado de nocividad social que generan estos delitos, no existe precisión en la identificación de los bienes jurídicos, ni la técnica adecuada que se someta al rigor científico del análisis, más aún cuando para la Ley 1008 del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas ha existido hegemonía de intereses foráneos antes que nacionales.

Juan Carlos Carbonell, nos dice que “ la proporcionalidad también puede ser puesta en relación con el principio de igualdad: así resulta contrario a ambos principios la previsión de la misma pena para conductas de muy diferente trascendencia”, esto puede observarse si comparamos por ejemplo los delitos de

⁵⁴ SANTIAGO MIR PUIG, Ob. Cit. Pag. 100.

⁵⁵ JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, Ob. Cit. Pag. 204.

homicidio por emoción violenta previsto en el Art. 254 con el delito de homicidio en riña o a consecuencia de agresión. Ambas conductas son valorativamente distintas como ocurre en el antiguo Código penal español señalado por Carbonell entre el homicidio común y el homicidio suicidio, porque no es lo mismo matar a un hombre sin causa alguna y contra su voluntad que matar a un hombre por piedad sin su voluntad y matar a un hombre a petición del mismo, en ambos delitos se equipara la pena.

Entonces como principio limitador del poder punitivo del Estado, se traduce en la necesaria equiparación de la pena a la trascendencia de la conducta realizada. La moderna doctrina coloca a este principio en un lugar especial dentro de los principios que limitan el ius puniendi, porque se considera que si se aplica este principio, se cumplirá también con el principio de adecuación y el principio de necesidad.

Es muy diferente la proporcionalidad cuando se habla de la función jurisdiccional, en este ámbito, se requiere que el juzgador se mueva entre un límite mínimo y un límite máximo para imponer la pena, lo cual se encuentra muy relacionado con la individualización de la pena, debiéndose tomar en cuenta algunos elementos para lograr una adecuada individualización, por ejemplo, las circunstancias del hecho, la índole del delito y las circunstancias personales, es decir, las condiciones personales del autor, grado de cultura, conducta precedente a la comisión del hecho, móviles. Naturalmente que esto señala la obligación del juzgador en sentencia para fundamentar la pena.

b.6. Principio de ofensividad.

Como principio limitativo del poder punitivo del Estado se basa en el hecho de que cada delito, cada conducta prohibida establecida por el legislador, lesione o ponga en peligro un bien jurídico con relevancia constitucional, porque toda norma penal

al ser valorativa, supone necesariamente la existencia de un bien jurídico y no se puede concebir la actuación estatal sin que efectivamente se produzca una puesta en peligro del bien jurídico, en otros términos, “el legislador no deberá prohibir la realización de conductas –ni obligar a la realización positiva – sino es en virtud de que resultan lesivas para un bien jurídico”.⁽⁵⁶⁾ Véase que establecer la lesividad del bien jurídico, presupone haberlo creado previamente y por esa labor de creación es que el poder normativo no puede seleccionar ninguna conducta como prohibida o mandada, sin antes haber establecido ese bien jurídico, el interés valorado y elevado a categoría jurídica y por supuesto sin haber determinado la “norma primaria”: aquel mandato o prohibición de hacer algo. Por tanto el legislador debe haber acabado la construcción del bien jurídico y la norma primaria para esbozar la posible conducta que lesione o ponga en peligro ese bien jurídico. Esta es una necesidad capital para hablar del principio de ofensividad y al respecto, es mucho más ilustrativo el Prof. Raúl Zaffaroni al referirse al trabajo del legislador en la elaboración del tipo: “Cuando el legislador se encuentra frente a un ente y tiene interés en tutelar ese ente, por ejemplo la vida humana, es porque lo valora (la considera buena, positiva, digna de respeto). Su valoración del ente se traduce en una norma (no mataras, prohibiendo matar) que eleva al ente a la categoría de bien jurídico. Cuando a ese bien jurídico le quiere dar una tutela penal, en base a la norma elabora un tipo penal (expresada en la ley penal) y el bien jurídico pasa a ser penalmente tutelado (la vida protegida por el Derecho penal)”. “Así el legislador va del ente a la norma y de la norma al tipo. Nosotros al interpretar la ley, debemos seguir el camino inverso: de la ley (tipo legal: Se aplicará... al que matare a otro...) a la norma (no mataras) y a través de la norma conocemos el ente que en definitiva será el bien jurídico (la vida humana)”.⁽⁵⁷⁾

En su momento, cuando se justificaba el principio de intervención mínima, se ha destacado la dignidad del bien jurídico como una de sus cualidades, llegando a

⁵⁶ JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, Ob.Cit. Pag. 207.

⁵⁷ EUGENIO RAUL ZAFFARONI, Manual de Derecho Penal, Ob. Cit. Pag. 383.

adquirir autonomía con el principio de ofensividad. Según Juan Carlos Carbonell, la dignidad del bien jurídico tiene doble vertiente: “ en primer lugar, resulta necesario referirse a la dignidad formal del bien jurídico, sólo los bienes jurídicos con relevancia constitucional pueden ser objetos de tutela penal. Los bienes jurídicos más importantes no les vienen dados al legislador democrático ni por criterios iusnaturalistas, ni por valoraciones ético culturales inaprensibles. Por el contrario, es la Constitución como norma valoradora por excelencia la que va a determinar el sistema de valores a tutelar. Pero no sólo la dignidad formal es necesaria para afirmar el principio de ofensividad, también la material: ha de tratarse de un valor asumido socialmente, susceptible de ataque y destrucción, esto es, de ser lesionado o puesto en peligro gravemente y necesitado de tutela penal. La intervención punitiva sólo puede justificarse respecto de conductas trascendentes para los demás y que afecten a las esferas de libertad ajenas, siendo contrario al principio de ofensividad el castigo de una conducta inmoral, antiética o antiestética que, en absoluto invada las libertades ajenas y, específicamente incida en la libertad de obrar de los demás. Este último requisito formal debería impedir la tipificación de ciertas conductas que, sin embargo, vienen recogidas en el Código penal, como, por ejemplo, las relacionadas con el suicidio”. (58) En el mismo sentido, Diego Manuel Luzón Peña, denominando al principio de ofensividad como principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, nos dice que el Derecho penal sólo debe intervenir si amenaza una lesión o peligro para concretos bienes jurídicos y el legislador no está facultado en absoluto para castigar sólo por su inmoralidad, o su desviación o marginalidad, conductas que no afecten a bienes jurídicos”(59)

En todo caso, atendiendo categorías conceptuales del delito para sustentar el principio de ofensividad, el acto o la conducta en si misma adecuada típicamente a la descripción hecha en la ley penal, implica un desvalor de acción y un desvalor

⁵⁸ JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, Ob. Cit. Pag. 209.

⁵⁹ DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, Ob. Cit. Pag. 82.

de resultado, porque es una conducta que tiene la desaprobación del ordenamiento jurídico, como es una conducta que lesiona o pone en peligro un bien jurídico. Esta apreciación es más evidente aún cuando el principio de lesividad se pone de manifiesto en la labor de tipicidad, el Juez que califica el hecho, por tanto, realiza la tipicidad, no sólo encontrará que la conducta es antijurídica si descubre su antinormatividad (su contrariedad con la norma primaria, ahí su importancia como juicio de valor por detrás del tipo penal), sino que también su conducta es lesiva o ha puesto en peligro el bien jurídico tutelado. Si bien el juzgador no le corresponde construir el tipo, podrá sin embargo justificar la labor legislativa al acreditar el resultado jurídico de la conducta y para los que interpretan la ley penal pondrá en evidencia conductas que no representan lesividad con implicancia en los derechos y libertades de los demás, o por lo menos aceptada socialmente, y consecuentemente, se reflexionará sobre los pretendidos bienes jurídicos que se estarían protegiendo, así lo ha manifestado, el profesor Diego Luzón Peña: “Este principio ha conducido a fuertes tendencias discriminadoras (de conductas discrepantes o inmorales, pero no lesivas) en el Derecho penal político o en el sexual, y a la inversa, a la incriminación de nuevas figuras típicas tuteladoras de bienes jurídicos que hoy se consideran importantes, como por ejemplo, la intimidad, el medio ambiente o los derechos de los consumidores”.⁽⁶⁰⁾ El interés fiscal del Estado en materia de tributos aduaneros adquiere cierta connotación en el Derecho Penal aduanero, dentro del cual se configuran conductas delictivas como el contrabando o la defraudación aduanera.

C. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS.

Cuando nos referimos al principio de legalidad de los delitos y de las penas, primero hay que distinguir el principio de legalidad desde el punto de vista genérico. Así abordado el estudio, enseguida destacamos que el principio de legalidad tiene carácter constitucional. Su consagración constitucional, ha sido

⁶⁰ Idem.

formulado en términos generales como uno de los principios básicos que le dan el norte a un Estado de Derecho y al mismo tiempo ha tenido aplicaciones específicas en diferentes áreas del derecho.

Hay que entender que el principio de legalidad se halla ligado indisolublemente al Estado de Derecho, un modelo de Estado que nace del poder constituyente, del poder originario de poderes que instituye un orden normativo constitucional necesario para proveerse de un gobierno y buscar una convivencia social armónica y pacífica, estableciendo derechos y deberes y conformando los poderes constituidos que se encarguen de regular aquel orden normativo. Así nace el Estado de Derecho y así nace el principio de legalidad en el Estado de Derecho, cuya finalidad se concentra en asegurar el cumplimiento de la ley como expresión de la voluntad popular, la misma voluntad general que dio nacimiento al Estado de derecho y que pretende ahora asegurar su vigencia.

El Estado de derecho es, entonces, el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular, el que consagra una convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes y a la vez protege todos los derechos humanos. ⁽⁶¹⁾

El principio de legalidad en cuanto a su origen nace con la ley en su sentido formal como voluntad popular como decisión del pueblo a través de sus representantes, en definitiva se trata de la primacía de la ley como expresión jurídica central del sistema democrático mismo. En cuanto al contenido de las leyes a que el principio de legalidad remite, el mandato normativo se legitima cuando se producen dentro de la Constitución y especialmente conforme a su orden de valores, que no atente, antes bien sirva, a los derechos fundamentales ⁽⁶²⁾. ¿Pero, ahora que podemos entender por el principio de legalidad?

⁶¹ Preámbulo de la Constitución española, citado por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, en su obra Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho, Madrid 1986, Edit. Civitas S.A. Pág.. 88

⁶² EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, Ob. Cit. Pág.. 89

En mi concepción particular, el principio de legalidad es el criterio rector, sustancial y característico que marca la sobrevivencia de un Estado de Derecho, que impone a los ciudadanos, la obligación de observar y cumplir el ordenamiento constitucional y el ordenamiento jurídico general que se desprende de aquella normativa constitucional, con imperio dentro del Estado de derecho, para que sus actos tengan fidelidad a la ley. La conceptualización que se lanza para el principio de legalidad, es de carácter genérico, válida para todo el derecho en sus diversas aplicaciones. ⁽⁶³⁾

En el Derecho Penal, el principio de legalidad relacionado con los delitos y las penas, tiene indudablemente una mayor trascendencia y viene a constituirse sin necesidad de mayor análisis en una de las más importantes garantías individuales y que se encuentra en perfecta correspondencia con el Estado de Derecho y el imperio de la ley, con el añadido de que al determinarse una pena, su importancia adquiere dimensiones políticas, jurídicas y sociales, que son objeto de mayor cuidado en su análisis, pues después del de la vida se afecta otro de los valores más preciados del hombre, la libertad. La dimensión social y política que tiene presente el órgano del poder legislativo frente a los otros órganos de poder (judicial y ejecutivo), se expresa en la función de dirección conductora y de recordatorio de las delimitaciones que deben existir entre las funciones del poder estatal, a través de la ley. No en vano se ha dicho que el principio de legalidad de los delitos y de las penas es la piedra angular sobre la cual se asienta el Derecho Penal y en particular nos da a conocer las características ideológicas y políticas del llamado Derecho Penal Liberal. ⁽⁶⁴⁾

⁶³ En nuestra Constitución el principio de legalidad se pone en evidencia a través del Art. 4, párrafo I que aunque no representa una expresa proclamación del principio, nos da a entender el imperio de la ley, asimismo, el inc. a) del Art. 8 de la misma Constitución es mucho más explícito al imponer a toda persona el deber de acatar y cumplir la Constitución y las Leyes de la República, su aplicación es para todas las áreas del derecho, por ejemplo, la Constitución en su Art. 5 establece el principio de legalidad de las prestaciones personales; en el inc. k) del Art. 7 pone en vigencia el principio de legalidad de la seguridad social; en el Art. 26 el principio de legalidad de las contribuciones económicas y tributarias y los Artículos 29 y 30 consagran la legalidad de la jurisdicción.

⁶⁴ En Manual de Derecho Penal, parte general del Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, fundamentando la ideología penal, se ha esbozado algunas características del Derecho Penal liberal, identificándolo con el Derecho Penal del Estado de Derecho o Derecho Penal de Derechos Humanos, destacando el respeto a la autonomía ética, la delimitación bastante precisa del

En una primera aproximación, es dable afirmar que el principio de legalidad de los delitos y de las penas, es un principio limitativo del “ius puniendi”, tiene una indisoluble relación con el principio de prohibición de exceso, al resguardar el valor libertad y básicamente expresa la necesidad de una ley previa al castigo. El poder punitivo como potestad del Estado y exteriorizado con cada uno de los órganos de poder ha generado al mismo tiempo específicas garantías que los podemos encontrar en célebres aforismos jurídicos como los siguientes: “Nullum crimen sine praevia lege” (Ningún delito, sin previa ley). “Nulla poena sine praevia lege” (Ninguna pena sin previa ley). “Nulla poena sine iudicium” (Ninguna pena sin juicio), Estos aforismos jurídicos latinos expresan la función de garantía que cumple el principio de legalidad de los delitos y de las penas, así por ejemplo la exigencia de una ley previa que determine el delito, cumple una función de garantía criminal, la exigencia de una ley previa que fije la pena, cumple una función de garantía penal y la exigencia de un juicio o proceso legal para imponer una pena, cumple una función de garantía judicial. Si el poder del Estado lo ejercen los tres poderes con distintas funciones, el órgano legislativo, el órgano judicial y el órgano ejecutivo, es pertinente agregar la función de ejecución penal a cargo del órgano ejecutivo, que también es una función garantista, que aunque no se expresa con un específico aforismo jurídico, convenimos en que existe la necesidad de garantizar la correcta ejecución de la pena, lo cual complementa al principio de legalidad de los delitos y de las penas como una de sus vertientes.

Las tres primeras garantías (criminal, penal y judicial) deben ser observados en el ámbito jurisdiccional penal por el tribunal o por el Juez, quienes obedecen únicamente la ley penal sustantiva o adjetiva, se sujetan a ella para administrar justicia; se someten al imperio de la ley, tienen subordinación a ella y le dan vida al Estado de Derecho, por tanto también permite su legitimación constitucional. El

poder público, la selección racional de los bienes jurídicos penalmente tutelados, la previsibilidad de las soluciones, la racionalidad, la humanidad, la legalidad de las penas, etc. Manual de Derecho penal, Ob. Cit. Pag. 274.

Poder Ejecutivo, al ejecutar o hacer cumplir la pena impuesta bajo ámbito jurisdiccional, también se encuentra subordinado a la ley, pues solo puede ejecutar la pena si esta proviene de una sentencia condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada emitida por el órgano jurisdiccional y que fue dictada con sujeción a una ley penal que fue creada por órgano legislativo.

No es difícil deducir que el órgano legislativo realmente tiene un importante papel direccional sobre los otros órganos de poder al determinar en la ley la conducta que puede considerarse delito, al conminarla con una pena y al definir el procedimiento legal que a los fines del proceso penal puede condenar con una pena a una persona.

Como el Estado de Derecho es el imperio de la ley y la subordinación de gobernantes y gobernados a las normas constitucionales y al ordenamiento jurídico, esas garantías derivadas del principio de legalidad se encuentran en las siguientes disposiciones:

La garantía criminal y la garantía penal en el parágrafo IV del Art. 16 de la Constitución, al determinarse que “la condena penal debe fundarse en una ley anterior al proceso”, es decir, si hay condena, se trata de una pena y si existe la pena, existe la conducta merecedora de esa pena a la que se denomina delito. Ambos, delito y pena tienen que encontrarse en una ley anterior a la iniciación del proceso. Del mismo modo, el Código Penal, de manera más explícita, en su Art. 4 dice: “Nadie podrá ser condenado o sometido a medida de seguridad por un hecho que no esté expresamente previsto como delito por ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sujeto a penas o medidas de seguridad penales que no se hallan establecidas en ella, aquí también se establece, no sólo el hecho de que la conducta delictiva y la pena deben encontrarse previstas en la ley, sino también, predeterminadas, es decir, previstas en una ley anterior al hecho criminoso.

La garantía judicial, se encuentra en el mismo párrafo IV del Art. 16 de la Constitución, cuando expresa que: “Nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal, ni la sufrirá si no ha sido impuesta por sentencia ejecutoriada y por autoridad competente, en el mismo sentido, el Código de Procedimiento Penal, en su Art. 1ro, es mucho más explícito al reflejar el principio de legalidad de los delitos y de las penas en su vertiente garantista judicial, cuando dice: “Nadie será condenado a sanción alguna sino es por sentencia ejecutoriada, dictada luego de haber sido oído previamente en juicio oral y público celebrado conforme a la Constitución, las Convenciones, los tratados internacionales vigentes y este Código”, los más importantes instrumentos internacionales jurídicos a los que hace referencia son, en el ámbito regional la Convención Americana de los Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969 y en el ámbito mundial el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; estos Convenios, a juicio de muchos procesalistas, son los instrumentos procesales más extraordinarios para expresar el “nulla poena sine iudicium” y concordados con nuestra legislación procesal penal interna, han terminado por instituir las reglas del “debido proceso” bajo la fundamentación del principio de legalidad de los delitos y de las penas y la legalidad de los procedimientos.

La garantía de ejecución penal, encuentra su expresión en el párrafo I del Art. 9 de la Constitución Política del Estado, cuando se dice que “nadie puede ser detenido, arrestado ni puesto en prisión, sino en los casos y según las formas establecidas por ley, requiriéndose para la ejecución del respectivo mandamiento, que este emane de autoridad competente y sea intimado por escrito, concordante con ese precepto, el Art. 430 del Código de Procedimiento Penal, establece que una vez ejecutoriada la sentencia condenatoria, el Juez de Ejecución penal procede de acuerdo al Código.

Otros aforismos jurídicos que se fundamentan y se desprenden del principio de

legalidad de los delitos y de las penas, son resultado o producto de la función garantista procedimental en la aplicación de la ley penal dentro del proceso, tiene su validez y se encuentran instituidos en la Constitución y en la normativa procesal penal, estos aforismos son: “Nemo iudex sine lege” (Ningún Juez sin ley o nombramiento legal). “Nemo damnatur sine legale iudicium” (Nadie sea condenado sin juicio legal). Principio del debido proceso. “Nemo damnatus nisi auditus” (Nadie sea condenado sin ser oído). Principio de defensa. “Nemo tenetur edere contra se” (Nadie está obligado a declarar contra sí mismo). Principio de presunción de inocencia.

a. Fundamentos históricos, ideológicos, filosóficos y políticos del principio de legalidad de los delitos y de las penas.

El siglo XVIII determina sin lugar a dudas el fin de la época de la monarquía absoluta y el comienzo de otra época con la Revolución Francesa de 1789, fundamentalmente porque los problemas sociales que se plantearon en ese siglo no tuvieron solución en el régimen social imperante. El siglo XVIII comienza con una profunda crisis económica en el reinado de Felipe de Orleans, le sucede Luis XV quien dejando de lado la administración se dedicó a diversiones y placeres, mientras sus administradores pretendían sanear la economía nacional, le sucede en el trono Luis XVI quien desde 1774 reinó los últimos 15 años en el régimen antiguo. Esta fue peor administración que la anterior.

La burguesía había acumulado mucho poder económico y pretendía incursionar en la política apartando a los nobles, en una sociedad donde la aristocracia ocupaba el primer escalafón en el orden político en un gobierno donde reinaba la monarquía absoluta, sumado a ello la crisis económica en la que se encontraban y el descontento social de la población y los intereses del clero que en ese momento representaba a la Iglesia Católica. Este estado de cosas dio origen al movimiento ideológico de crítica al absolutismo, se elaboraron propuestas de reformas

políticas, modelos de Estado alternativo, propuestas de libertad. Esto contribuye a agudizar la crisis social y a fomentar la Revolución de 1789 que derrocaría a la monarquía y acabaría así como el antiguo régimen.

El pensamiento político de la época puede sintetizarse con los siguientes grandes pensadores:

1527 Maquiavelo quien inaugura formalmente el pensamiento político con su obra "El Príncipe" que es una reflexión programática de los mecanismos de poder, separa lo político de lo moral, "todos los medios son buenos si conducen al poder y permiten mantenerse en él", luego Grocio y Bodino con sus ideas del poder absoluto. Paralelamente a estas reflexiones sobre el hecho político como tal, se efectuaron reflexiones sobre el hecho político ideal, por Ej. El inglés Tomas Moro, describía una sociedad futura ideal a la que denomina utópica, Campanella con su obra "La ciudad sol". En el terreno de la reflexión política, Hobbes fundamentó la necesidad del absolutismo, el soberano, dueño de la sociedad como garante de la paz. Jhon Locke enuncia sus primeras reflexiones sobre la libertad, inaugurándose el liberalismo. Sus teorías influirán en los filósofos franceses, en los hombres que redactaron la Constitución Política de Estados Unidos.

En este siglo XVIII el movimiento intelectual entroniza a la razón sobre la base de los adelantos de la ciencia y de la técnica que dejarán los antiguos vasallajes divinos. La Ilustración sustituye el lugar que Dios ocupaba en el campo de los conocimientos y de los valores. En Inglaterra la Ilustración se expresa en el liberalismo político. En Alemania tenemos a Wolff, Haman, Jacobi, Kant y otros.

En Francia fue donde la Ilustración tuvo mayor repercusión, no sólo en el terreno intelectual, sino también en el aspecto social, especialmente porque la descomposición del antiguo régimen había alcanzado grados extremos, como la depravación de las costumbres y del espíritu, la iniquidad era diaria, sumado al despertar de la conciencia, destellaron figuras intelectuales como Crebillon,

Mirabeau, Diderot, D`alambert quienes redactaron la Enciclopedia. Montesquieu con su obra "El espíritu de las leyes", efectuando una crítica profunda al absolutismo y proponiendo un modelo de Estado basado en la División de Poderes, que en ámbito político y jurídico se considera garantía del principio de legalidad, porque se evitaba la concentración del poder en una sola persona o institución para evitar la arbitrariedad. Juan Jacobo Rousseau, con sus ideas del contrato social, mediante el cual los hombres establecen un pacto cediendo su soberanía individual y sus derechos a la comunidad, apareciendo la institución del Estado que recoge la voluntad general que tiende al bien de la comunidad, crítico del absolutismo y del Estado burgués teorizado por Montesquieu, propone vivir en la más estricta igualdad. El contexto filosófico de la época nos muestra a Diderot, D'alambert, definidos como los principales enciclopedistas que pretendieron llevar todo el saber humano a la Enciclopedia.

Para entender la significación que tiene el principio de legalidad, es necesario revisar la historia, recurriendo a los que se consideran padres del Derecho Penal moderno: Beccaria y Voltaire. Fundamentalmente el primero, con su obra: "De los delitos y las penas", Esta obra constituyó la primera forma de concepción del principio de legalidad y sobre todo contestataria a la barbarie penal que caracterizaba a la administración de justicia hasta antes de 1760 cuando empiezan a gestarse las primeras reformas al sistema de justicia penal, de manera reflexiva y prudente ⁽⁶⁵⁾, mas tarde el alemán Ansel Von Feuerbach le pone la túnica romana al principio de legalidad, es decir, el "nullum crimen, nulla poena sine praevia lege penale" que constituye la primera formulación formal del principio ⁽⁶⁶⁾, le correspondió a este autor, a partir de su exposición de los fundamentos de la teoría de la "coacción psicológica", la enunciación de las primeras fórmulas: la pena debía suponer una ley previa anterior y su aplicación suponía previamente la

⁶⁵ CESAR BECCARIA. De los delitos y la penas. Madrid 1998, Alianza Editorial S.A. 10ma reimpresión, Pag. 25-28.

⁶⁶ ANSEL VON FEUERBACH. "Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania" 1801. Traducido al castellano por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Edit. Hammurabi SRL. Buenos Aires, 1989, Pág.. 62-68.

realización de un delito, exigencias que se entendieron también como las primeras manifestaciones de colocar límites a la potestad punitiva del Estado.

La Obra de Beccaria es una obra de filosofía penal y de política criminal y su objeto de estudio es el problema penal, este autor propone un nuevo sistema, propone que el Derecho penal debía ser concebida a la luz de la filosofía política de la ilustración, su obra ha sido influenciada por Locke, Montesquieu y Rousseau principalmente, y nace frente a un panorama tan desolador como ha sido el gran abuso de la pena de muerte, un sistema de justicia cruel, con la tortura como un medio de prueba, proceso penal con pruebas secretas, jueces sometidos al poder del monarca, una administración de justicia donde los cargos se compraban y se transmitían como patrimonio de herencia, con gran poder de la inquisición donde se confundía el delito con el vicio o el pecado y por eso la tortura para averiguar la verdad del proceso y la concepción de la pena como sufrimiento o expiación, rezagos de los juicios de Dios.

Según el tratadista Hans Henrich Jescheck, el principio de legalidad ya fue citado en la Carta Magna "Magna Charta libertatum" promulgado por el Rey inglés Juan Sin Tierra en 1215, en su Art. 39 se dice que sólo son admisibles las sanciones frente a las persona libres ⁽⁶⁷⁾, sin embargo, el mismo autor manifiesta que es dudoso si en esta declaración se contiene una garantía judicial material o más bien simplemente una de tipo procesal. Otro gran tratadista como Claus Roxin ⁽⁶⁸⁾, señala que el origen de este principio se remontaría a 1776, en las Constituciones de algunos Estados federados americanos, Virginia y Maryland. Finalmente algunos como Juan Carlos Carbonell Mateu ⁽⁶⁹⁾, señalan que el principio de legalidad consustancial con el Estado de Derecho tiene su origen histórico en la Revolución Francesa y su origen ideológico en el pensamiento de la Ilustración, criterio con el que nos encontramos de acuerdo.

⁶⁷ HANS HEINRICH JESCHECK, Ob. Cit, Pag. 177.

⁶⁸ CLAUS ROXIN, Derecho Penal, parte general, tomo I. Madrid 1997, Edit. Civitas S.A. Pag. 142

⁶⁹ JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, Ob. Cit. Pag. 104

Lo evidente es que este principio fue incorporado en forma positiva en el Código Penal Austriaco de José II de 1787, posteriormente en la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y finalmente en el Código de Legislación General Prusiano de 1794 ⁽⁷⁰⁾. Sin embargo, ha sido el famoso Marqués de Beccaria a quien hay que rendirle honores, por haber incorporado el principio de legalidad en su concepción primigenia cuando en su obra decía que solo las leyes pueden decretar las penas contra los delitos y no el juez, sus ideas y propuestas del dogma moral de amor a la humanidad, que refleja su filosofía profundamente humanista, la suavidad de las penas, la abolición de la pena de muerte por su carencia de utilidad social, el fin preventivo de la pena. Todas estas propuestas lograron darle coherencia y estructurar la idea de que delito y pecado debían separarse, que la justicia es un asunto humano, que el daño del delito se mide por el daño a la sociedad y no por razones religiosas. Al cumplirse más de dos siglos, muchos de los postulados de Beccaria, como principios permanecieron iguales y marcaron profundamente el sentido teleológico del Derecho Penal, pero sobre todo le dieron contenido y sustancia al principio de legalidad de los delitos y de las penas, porque este principio supuso el deseo de sustituir el gobierno caprichoso de los hombres por la voluntad general expresada a través de la norma, de la ley. Por esa razón surge el principio de legalidad hasta considerarse que era inmanente a la norma develando el espíritu que reinaba en la Revolución Francesa, donde la razón sustituye el lugar que ocupaba Dios en el campo del conocimiento y de los valores.

¿Porqué surge el principio de legalidad, porque se consideraba el principio de legalidad inmanente a la norma?, ¿Qué propósito tuvo? ¿Qué aspiración tenía? ¿Qué significó la implantación de ese principio?. ⁽⁷¹⁾ Estas preguntas se pueden responder a partir de un hecho que se dio en la sociedad francesa, el

⁷⁰ CLAUS ROXIN, Ob. Cit. Pag. 142.

⁷¹ VICENTE JULIO ARRANZ CASTILLERO, Diplomado de Ciencias Penales. Apuntes sobre el módulo Sistemas de garantías penales y procesales.

ajusticiamiento de un hombre, del caballero Roberts Damiens, quien fue torturado y ajusticiado cruelmente el 28 de marzo de 1757 por haber cometido el delito de regicidio, es decir, había sido detenido "in fraganti" al pretender dar muerte al rey con un puñal ⁽⁷²⁾. Esta era la época del omnipoder del Juez, la omnicompetencia monárquica, el panteísmo penal con gran poder de la Inquisición por el que el delito era el pecado y la sanción la purgación. La carencia del principio de congruencia, la actividad del Juez de investigar, acusar y juzgar sometido al poder del Monarca, se genera un entremezclamiento de las funciones procesales, la atrocidad de las torturas, la crueldad de las penas, su falta de proporcionalidad, la imposición de penas por la voluntad del juez, en síntesis un sistema de justicia cruel, con la tortura como medio de prueba, acusaciones anónimas, proceso penal con pruebas secretas.

b. Concepción clásica del principio de legalidad de los delitos y de las penas. ⁽⁷³⁾

Dado el sistema de justicia de la época, arbitrario, cruel y el despertar de la conciencia que se produce, nace una pretensión legicentrista, tomando como base el sistema romano, porque la ley surge en Roma como un instrumento de la sociedad, en esta época la Iglesia despoja al Estado de su actuación jurídica. Este estado de cosas, la Iglesia toma fuerza durante la actuación inquisitiva, con los decretales del Papa, más la vigencia del derecho consuetudinario y comienza a

⁷² La obra "De los Delitos y de las Penas" traducida por Juan Antonio de las Casas, contiene una Introducción realizada por Juan Antonio Delval, donde con lujo de detalles se señala cómo se lo había detenido in fraganti, la utilización de tormento extraordinario denominado Borcegués para que pudiera confesar los pormenores del complot y nombrar a sus cómplices. El tormento consistía en colocarle tablas a ambos lados de los pies y al mismo tiempo ir introduciendo cuñas de madera para que estallaran los huesos del pie, luego llevarlo a la plaza pública a las doce del medio día, donde lo esperaba el verdugo con unas tenazas calientes con las que iba sacando pedazos carnosos del cuerpo, luego del ensañamiento, lo ataron a seis caballos para romper sus extremidades hasta que dejaba de existir el caballero Damiens. Sus restos se quemaron y se esparcieron por toda Francia, se expulsó a su familia, se le confiscaron todos sus bienes y se prohibió llevar el apellido Damiens en Francia. Otro ejemplo de la época, en pleno siglo de las Luces, en 1766, dos años después de la aparición del libro de Beccaria tuvo lugar el horrible e inmotivado proceso del Caballero De la Barre de solo 19 años, que nos muestra toda la arbitrariedad de la justicia, simplemente porque no se quita el sombrero ante una procesión fúnebre, se lo acusó de blasfemia y por ello no podían imponerle más que una multa, pero se le impuso el mismo tormento que al Caballero Robert Damiens.

⁷³ VICENTE JULIO ARRANZ CASTILLERO, de los apuntes del Módulo Sistemas de Garantías Penales y Procesales. Diplomado de Ciencias Penales.

gestarse el principio de legalidad como algo nuevo.

El propósito que se persiguió con el principio de legalidad, era el destierro de la vieja concepción represiva cruel e injusta que llevaron al ajusticiamiento de los Caballeros Damiens y De la Barre, es decir, que en la época se pretendía el despojo de la omnicompetencia monárquica y del panteísmo penal, (Panteísmo = Dios esta en todo, todo ofende a Dios). La infracción penal era considerada pecaminosa y la sanción era vista como purgación, entre estos estaban la muerte, los castigos corporales. La prisión no era otra cosa que para guardar hombres, porque la sanción era corporal, la filosofía en la que se inspiraba la concepción penalista, era religiosa, se basaban en la purgación del pecado.

El principio de legalidad tuvo dos aspiraciones: primero, crear un marco de seguridad jurídica y segundo garantizar la coexistencia de las libertades individuales, a partir de algo que no existía, la predeterminación legal de las conductas delictivas y la concreción de la sanción. La predeterminación legal, desde la perspectiva individual, generaba en el ciudadano seguridad jurídica dentro de la sociedad, tenía que tener confianza de que lo que esta haciendo hoy, mañana no será delito. Desde la perspectiva social, se está permitiendo el desenvolvimiento de la libertad creadora de los individuos, para que la sociedad se desarrolle y progrese.

Esta forma de concebir la legalidad de los delitos y de las penas, y las voces de reclamo contra el arbitrario y cruel sistema de justicia, tuvo una significación trascendental en época: Primero, la aparición de una vocación legicentrista, es decir, se generó la pretensión de tomar a la ley como centro y sobre ello hablar de la perfectibilidad y perdurabilidad de la ley. Esto tenía una explicación, pues así como se producía el aporte de los materialistas mecanicistas Diderot y D'alambert a través de la Enciclopedia, el Derecho Penal ha estado estanco al no existir un desarrollo de las ciencias sociales y humanísticas, lo único que influenció en su

desarrollo, fue el traslado de las leyes de las ciencias naturales al campo de Derecho Penal, ejemplos claros de este fenómeno fueron el positivismo de Augusto Comte, Darwin con su teoría de la evolución de las especies y Cesar Lombroso con su teoría del criminal nato, la locura moral del hombre delincuente. Diderot y D'alambert, dijeron que a la Enciclopedia debe ir todo el saber humano, y los juristas con esa concepción legalista de los delitos y de las penas decían que al Código debe ir todo el saber normativo, es decir, al mismo tiempo que surge el movimiento de la Enciclopedia, paralelamente surge el movimiento de la codificación, donde esa dispersión de leyes que existían, esos decretales papales sueltos, todo ese derecho consuetudinario generado hasta antes de la Ilustración y de la Revolución Francesa, tenía que ir a la ley, ahí radicaba su sentido de perdurabilidad, pues lo que se concentraba en un Código , era producto del consenso social, producto de la voluntad general y si era tal su expresión esta era perdurable, debía permanecer inalterable y vigente toda la vida. El sentido de perfectibilidad de la ley se explicaba por el momento histórico, pues la ley significó la facilidad de concentrarlo todo, concentrar todo el saber normativo en el Código. Esta vocación de perfectibilidad, de centro de la Enciclopedia, da origen al nacimiento de los Códigos, porque ahí se encuentra el saber normativo y vienen a poner fin a la arbitrariedad.

Bajo esta concepción legicentrista en su sentido de perdurabilidad y perfectibilidad de la ley, la norma lo era todo y con su regreso, la norma reaparece con una fuerza totalitaria. Se opera un especie de conversión, porque si antes los jueces eran omminodos, ahora la ley es omminoda, llegándose a afirmar bajo esta concepción clásica que el principio de legalidad es inmanente a la ley. La ley se reinstala conjuntamente con ese Estado liberal del que emana la norma.

Una segunda significación de la implantación del principio de legalidad clásico, fue que se basaba en el mito de la equidad ideal de justicia. Esta frase es acuñada atendiendo diversas razones de la aplicabilidad del principio de legalidad con la

intención de obtener una administración de justicia descongestionada, más justa en los criterios de selección y persecución penal de aquellos hechos que producen un daño social extremo, en el respaldo que le otorgan las teorías absolutas de la pena que se incorporan en la época, cargadas de un alto grado ético consecuente con el Estado de Derecho que surgía, un tratamiento igualitario de los habitantes ante la ley, un juicio público, inmediato y oral. En definitiva, todas estas razones alimentaron la concepción de la equidad ideal de la administración de justicia. Pero fue un mito ideal, pues desde aquella época hasta el presente Estado de Derecho democrático y social todavía perseguimos esas aspiraciones. En la época, ese mito ideal, trajo consigo tres cosas: el determinismo, la abstracción y la etización.

El determinismo, surge como crítica al positivismo criminológico, que veía al criminal nato, loco, atávico predeterminado a la comisión del hecho delictivo, por tanto como un ser infradotado, como un ser inferior, visto en minúscula por el positivismo que al mismo tiempo consideraba que la sociedad, por influencia del capitalismo, es intervencionista económicamente, es fuerte, en contraste, el individuo que se encuentra por debajo, es el criminal nato, atávico. Este es un determinismo positivista, pero hay un determinismo iluminista que procede del racionalismo, finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX. El hombre tiene tres cosas que lo identifican de los demás seres vivos: voluntad, conciencia y libertad. Con estos tres atributos en el hombre, se dice que en el campo social se tiene a un hombre superdotado, superior capaz de enfrentar el devenir histórico. Bajo esa concepción jus racionalista, el hombre se coloca por encima de la sociedad.

Con la abstracción se concibe al hombre como un ser vivo, pero con conciencia, libertad y voluntad, a partir de conceptos abstractos y no de su posición en la sociedad, no inmerso en su interrelación social.

La etización, es un reducto dentro de la sociedad en la que se ponía en vigencia el

principio de legalidad de los delitos y de las penas, a partir de la tripartición de poderes, se decía que era conveniente quitarle a la Iglesia su influencia en el Poder Legislativo y en el Poder Judicial, pero no se podía quitarle su influencia en la sociedad como factor disciplinante. La razón para que todavía se permita actuar a la Iglesia en este campo, es debido a que después de 1830 terminada la guerra napoleónica y consolidada la burguesía, se tiene a una Europa devastada y arremetiéndose contra la Iglesia, se le quita todo, incorporando el derecho a la libertad de cultos, sin embargo, la Iglesia ejercía una influencia disciplinante con los 10 mandamientos, no matar, no robar, en una sociedad en crisis donde existía el robo y el crimen, entonces se permite que se signa arrastrando los conceptos del bien, llegándose a conformar y nutrir el mito de la equidad ideal de la administración de justicia. Se respetan las ideas del bien y del mal y esto es justamente lo que se denomina etización.

Una tercera significación de la implantación del principio de legalidad clásico fue la sujeción acrítica del juez a la ley, esto es la supresión de *iustum* (solución caso por caso) pensamiento tópico y concreto del caso. La supresión de *iustum* estableció el *iusum* que significa la abstracción contenida en la ley, la conceptualización, sistematización de categorías, la abstracción congelada puesta en la ley o la ley desde arriba. Esto trajo lo que se conoció como la aritmética judicial. El inicial Código Napoleónico de 1810 no establecía márgenes sancionadores como actualmente se los conoce. Se quiere reducir al máximo la omnicompetencia del juez y su arbitrio. Sin embargo, en esa facultad o función de sólo acatar la ley, ésta no podía ser enjuiciada desde una perspectiva ética severa, no parecía legítimo que el juez criticara la aplicación concreta de la ley en un caso específico, el juez estaba sometido acríticamente en la aplicación e interpretación de la ley. La interpretación por excelencia era la interpretación gramatical, la lexicológica, incluso había un aforismo que decía “*dura lex, sed lex*” y otra que decía que la ley clara no necesita interpretación.

La cuarta significación de la implantación del principio de legalidad clásico, fue la monopolización del derecho en la ley. Esta idea se descompone en dos cuestiones: La prohibición de la utilización del derecho consuetudinario y la prohibición de la analogía

La quinta significación de la implantación del principio de legalidad clásico fue la concepción del dogma de la subsunción, es decir, el Juez viene llamado a subsumir el hecho en la norma penal basado en una aritmética judicial, el hecho debía encuadrarse en la norma penal, sin embargo esta idea ha generado la falacia del método lógico silogístico, empleado para el encuadramiento o proceso de subsunción de la norma al hecho considerado punible, el silogismo establecía que la premisa mayor era el hecho, la premisa menor la valoración jurídica y por último la conclusión, el Juez no podía salirse de ese esquema silogístico, era una forma de encasillarlo al Juez, de colocarle diques a su creación y elaboración. Gustav Radbruch, Hans Jescheck, Albin Eser critican esta posición, porque si el Juez puede atender a una ley desde arriba hecha a un nivel abstracto, cómo aplicarse sin juicio crítico a un caso concreto, cómo aplicar una ley abstracta a un individuo en una situación concreta.

c. El principio de legalidad de los delitos y de las penas en su concepción moderna. ⁽⁷⁴⁾

La concepción moderna del principio de legalidad, emerge de poner en cuestionamiento la concepción clásica, a partir de los siguientes presupuestos:

El primer presupuesto, es que el Juez como tributario de la potestad jurisdiccional, es un puntal en la aplicación del Estado de Derecho, en el resguardo y la protección de los derechos individuales, de los derechos humanos, ya no es

⁷⁴ VICENTE JULIO ARRANZ CASTILLERO, de los apuntes del tema Sistema de Garantías Penales y Procesales. Diplomado de Ciencias Penales.

simplemente un aplicador de la norma, es decir la norma por la norma.

El segundo presupuesto es que la ley no es una categoría abstracta y ahistórica, tampoco es una categoría universal, porque en un determinado país emergen nuevos valores y dejan de existir otros, tampoco la ley se podía aplicar en todos los territorios, es decir, no tenía carácter universal, entonces, la ley es una categoría concreta, es una categoría socio-históricamente determinada, nace inspirada en una situación determinada, motivada y condicionada por un conjunto de factores y deja de existir en otro momento por esas mismas circunstancias y razones.

El tercer presupuesto es que hay que analizar al hombre para el que se legisla, el hombre en su dimensión social y general, pero no individual y no en abstracto, consecuentemente, esa realidad humana y social también se expresa en el derecho penal a través de la categorización de bienes jurídicos individuales y colectivos, los que son objeto de tutela por el Derecho Penal.

El cuarto presupuesto es que en la Ley penal no solamente se da un problema lógico, sino también semántico, porque en la norma penal hay una pluralidad lingüística, no sólo alcanza a una interpretación gramatical y lexicológica, sino también es semántico, por ejemplo que es desacato para la ciudadanía común y que es desacato para el Derecho penal, pero también tiene elementos normativos, propios y constitutivos del tipo penal y hasta a veces poseen términos ambiguos y ambivalentes, a esto hay que sumar el hecho de que el Juez en su concepción y actitud frente a la vida, tiene una particular concepción, valores y principios que le permiten entender una situación de hecho de carácter delictivo de manera particular.

El quinto presupuesto, es que si bien en la enseñanza del derecho se nos prepara para el culto a la norma, para el tecnicismo acabado, cuánto hay de sociología, de

filosofía o de psicología, por tanto la concepción de la norma que se tiene en la actualidad, no es simplemente que la norma penal es descriptiva, objetiva, valorativamente neutra, es decir que sólo describe conductas humanas, que describe el robo, describe el homicidio, pues si así fuera caeríamos en el discurso del positivismo puro. La norma en realidad asigna conductas, espera conductas, se produce así un diálogo motivacional entre el Estado y su destinatario, los hombres, un diálogo motivacional por el respeto de valores, por Ej. Cuando la norma primaria prohíbe matar, se está tratando de estimular una conducta positiva la de respetar la vida de los seres humanos, no solamente existe una prevención general negativa que prohibía, sino también una dimensión positiva, pues al decir “no mates”, al mismo tiempo estoy estimulando actitudes positivas de respeto por la vida humana, consiguientemente al ser un diálogo entre el Estado y los hombres como destinatarios, al final estamos expresando que el diálogo también se produce entre el Juez y la norma, porque el Juez actualiza esa norma conforme a su presente, a lo que vive, conforme a las enseñanzas que ha tenido, tanto del derecho como de la vida.

El sexto presupuesto en la concepción moderna del principio de legalidad de los delitos y de las penas, radica en que sólo puede recibir una pena el sujeto que haya realizado una conducta ilícita, específicamente descrita en la Ley penal como merecedora de dicha sanción, es decir, sólo mediante una ley penal que esté vigente al momento de su realización, por consiguiente, sólo es delito la conducta que como tal ha sido prevista por la ley penal al asignarle un penal o sanción.

Por los antecedentes expuestos, acudiendo al notable profesor alemán Claus Roxin, en su obra “Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal” podemos dar un concepto del principio de legalidad, diciendo: “El principio de legalidad de los delitos y de las penas es la expresión de la voluntad general por la cual, la penalidad debe estar determinada antes de que el hecho haya sido cometido y que hace posible una limitación del poder punitivo del Estado y con

ello, la seguridad jurídica de la libertad individual”

d. Principios rectores como derivaciones del principio de legalidad de los delitos y de las penas, sus significados y justificación.

El principio de legalidad criminal, el principio de legalidad de las penas, la garantía judicial o jurisdiccional y el principio de legalidad en la ejecución. De todos ellos, el más importante a los efectos del presente trabajo, es el primero, la garantía criminal, que se expresa en el principio de No hay delito sin ley (Nullum crimen sine lege); este principio rector supone a su vez que: a) No hay delito sin que la ley especifique (tipifique) en que consiste la conducta delictiva, lo que nos permite el acercamiento al principio de tipicidad. b) Para el Derecho Penal no hay más delitos que los que consagra la ley penal, por muy inmoral y perversa que sea una conducta y c) Los tribunales carecen de facultades para considerar como delitos hechos distintos a los que consignan en la ley.

Básicamente, el principio de legalidad de los delitos y de las penas se ha expresado en una forma uniforme, completa, sugestiva, atrayente y hasta a veces fascinante, cuando Feuerbach, al que ya me he referido anteriormente, otorgándole la túnica latina acuñó la fórmula *nullum crimen nulla poena sine lege*, "no hay delito ni pena sin ley", logrando reunir en sólo enunciado dos fórmulas diferentes: "no hay delito sin ley" y "no hay pena sin ley". Todos los doctrinarios del Derecho Penal han utilizado esa fórmula única, porque esa enunciación representa la síntesis de la disciplina y demuestran que la ley es una condicionante para el delito y para la pena y es al mismo tiempo el factor que las interrelaciona indisolublemente, aunque ambas fórmulas en el contenido y concepto son diferentes y pueden emerger alcanzando distintas finalidades.

En la apariencia formal que trasciende a su contenido, sin ninguna duda, existe convergencia en afirmar que el principio de legalidad tiene una significación

especial desde el punto de vista de sus características, es decir, la ley que se exige para contener el delito y la pena, tiene que ser previa al hecho delictivo, escrupulosamente formulada en forma escrita y formalmente incorporada en el ordenamiento jurídico, esto quiere decir que “No *hay delito sin ley previa, estricta y escrita*”.

d.1. La ley previa y su consecuencia la prohibición de la retroactividad.

La ley previa exige que la ley penal sea promulgada con anterioridad al hecho delictivo, generalmente este principio se encuentra consagrado en la Constitución Política de un Estado y sobre el cual se puede deducir que las leyes penales no pueden tener un efecto retroactivo, salvo el beneficio o la favorabilidad que represente para el imputado, procesado o reo, situación en la que se aplica retroactivamente e incluso ultractivamente, la prohibición esta dada fundamentalmente para el juzgador, que no puede aplicar la ley penal a hechos que se suscitaron antes de la vigencia de esa ley penal. Consecuentemente, esta fórmula de la ley previa institucionaliza en los Estados de Derecho la irretroactividad de la ley penal en materia penal, por la que ya es una regla que se ha de aplicar la ley vigente al momento de la comisión del hecho y no la ley penal posterior, es decir, la ley concomitante con la ejecución del hecho punible, pero si la ley tiene que estar vigente a momento de la comisión del delito, significa necesariamente que tuvo que ser expedida y publicada con anterioridad, es decir que la ley tiene que ser previa al acto que se imputa y esta es una exigencia constitucional que se encuentra en el Art. 16 de la Constitución Política del Estado y en el Art. 4 del Código Penal al consagrarse el principio de legalidad. Con estas normas estamos estableciendo la irretroactividad de las penas y medidas de seguridad, generándose su doble dimensión política y técnica, porque políticamente es la más importante expresión garantista del principio de legalidad, por el que el ciudadano no puede verse sorprendido por la aplicación de una norma que prohíbe y castiga una conducta cuando no estaba en vigor en el

momento de la verificación de la conducta y porque técnicamente, no se puede obligar a su conocimiento y cumplimiento cuando no ha sido publicada, lo que imposibilitaría el despliegue de sus efectos preventivos generales o de motivación frente a los ciudadanos.

Con el criterio de la irretroactividad de la ley penal, el profeso Carbonell dice que no es posible violar el derecho adquirido por el delincuente a ser juzgado por la ley que estaba vigente a momento de la comisión del delito, porque si las leyes penales tuvieran carácter retroactivo sin discriminación alguna, entonces el principio de legalidad sería una ficción que quedaría anulado por la retroactividad ⁽⁷⁵⁾.

Junto a este principio de irretroactividad, en virtud del principio de favorabilidad rigen dos excepciones: La retroactividad de la ley penal más favorable y la ultractividad también a favor del reo. En la primera excepción, toda ley penal posterior al hecho criminoso debe aplicarse de preferencia a la ley vigente al momento del mismo, si sus disposiciones son en conjunto más benignas para el reo que el conjunto de los preceptos contenidos en la ley que estaba vigente. El fundamento de la aplicación retroactiva, además de que no se dan razones en contrario, radica en la no-necesidad de la pena, es decir, cuando en el ordenamiento jurídico se ha cambiado la valoración de la conducta, bien valorándola positivamente o bien valorándola menos negativamente, ya no interesa la aplicación tan rigurosa de las consecuencias jurídicas que se preveían en supuestos anteriores. El principio general de libertad, el principio de intervención mínima y en general la función preventiva del Derecho Penal, obligan a considerar la no-aplicación de una norma penal menos favorable en un momento posterior al de su vigencia, en el que rigen criterios valoradores positivamente de la conducta realizada ⁽⁷⁶⁾. Para otros autores, citados por el profesor Carbonell,

⁷⁵ JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, Ob. Cit. Pag. 136.

⁷⁶ JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, Ob. Cit. Pag.138.

como Fiandaca y Musco en la irretroactividad de la norma penal menos favorable y en la retroactividad de la norma penal más favorable, nos encontraríamos ante un mismo fundamento, el deseo de otorgar mayores espacios de libertad, porque no es posible aplicar retroactivamente una ley que restrinja la libertad, en razón de las exigencias del principio de legalidad y la seguridad jurídica y es preciso aplicar retroactivamente una ley que amplíe esa libertad en razón de las exigencias del principio de intervención mínima y de necesidad de la pena.

Para el Dr. Miguel, el fundamento de la retroactividad, es un concepto puro de justicia, pues el Estado al dictar una nueva ley mas suave, reconoce implícitamente que la anterior ley era más severa, que ha dejado de ser justa ⁽⁷⁷⁾.

La regulación de la retroactividad e irretroactividad de las leyes penales se encuentra en los Arts. 13 y 33 de la C.P.E., Art. 9 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, Art. 4 del Código Penal, Art. 3 del Código de Pdto. Penal ⁽⁷⁸⁾.

En correlato con el presente trabajo, se plantea el problema de la retroactividad en las leyes penales en blanco, en estos casos es posible que no sea la ley penal sino la norma de integración o complementaria la que varíe, de tal manera que al contenerse elementos normativos en los tipos o simplemente remisiones a otras normas y que estas puedan variar, se modifiquen los presupuestos que determinan la aplicación de la pena, por ejemplo, el delito contra el medio ambiente en algunos países donde existe una remisión a las leyes y otras

⁷⁷ BENJAMÍN MIGUEL HARB, Ob. Cit. Pag. 113.

⁷⁸ En la Constitución Política del Estado de Bolivia, el Art. 33 dice: “La ley sólo dispone para lo venidero y no tiene efecto retroactivo, excepto en materia social cuando lo determine expresamente y en materia penal cuando beneficie al delincuente”. El término beneficio se asimila al término de favorabilidad y que al referirse a materia penal, se está refiriendo también a materia procesal penal, lo que justificaría el tremendo peso que ha ganado este principio, sin embargo, desde el punto de vista práctico, se han alzado voces que han negado, por ejemplo la retroactividad del nuevo régimen de prescripciones previsto en el nuevo Código de Procedimiento Penal aprobado por la Ley N° 1970 e incluso ya se ha producido un fallo del Tribunal Constitucional que ha negado la aplicación del principio de favorabilidad a instituciones procesales penales como la prescripción, lo cual nos permite ver el inicio de una gran discusión sobre un tema de garantía constitucional.

disposiciones de carácter general, si estas disposiciones cambian, la conducta que en su momento de realización fue delictiva, deja de serlo, es evidente que deberá aplicarse la nueva ley que deberá entenderse como parte integrante del tipo penal ⁽⁷⁹⁾.

La ultractividad de la ley penal, supone que si la nueva ley es favorable al reo debe aplicarse retroactivamente, pero si es desfavorable, continuará aplicándose la vieja ley, en forma ultractiva a los hechos cometidos con anterioridad a la terminación de su vigencia. La ultractividad supone la existencia de un caso aún no-juzgado definitivamente, pues a los casos juzgados se les aplicó la ley anterior favorable. La retroactividad tiene aplicación con respecto a los casos juzgados y no juzgados, en los primeros se modifica la sentencia y en los segundos se la dicta conforme a los nuevos cánones. La ultra actividad es la proyección de la ley derogada que el Juez aplicará después de terminada su vigencia a hechos realizados durante su vigencia. *Tempus regit actus* es el principio general.

d.2. La ley estricta y su consecuencia la prohibición de la analogía.

La ley estricta implica una exclusión de la analogía, mediante la cual un hecho constituye delito merecedor de la pena sólo si corresponde exactamente a la descripción contenida en la ley previa. Esta exigencia está dirigida al tribunal encargado de realizar la comparación entre el hecho concreto sometido a su juzgamiento y el tipo penal que contiene la descripción abstracta de la conducta, es el llamado proceso de subsunción o encuadramiento típico. La prohibición de la analogía es la consecuencia jurídica más importante del principio de legalidad de los delitos y de las penas, la analogía consiste en la aplicación de una ley a un supuesto no previsto en ella, pero de similares características a otro que si pertenece a su ámbito de aplicación. Como la aplicación de las leyes corresponden a los tribunales de justicia, la analogía constituye una clara violación

⁷⁹ JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, Ob. Cit. Pag.141.

de la voluntad judicial en la voluntad del legislativo y en este sentido una absoluta vulneración del principio de legalidad y de la seguridad jurídica. La analogía supone una creación judicial del derecho que no se puede admitir para el poder judicial. Se suele distinguirla de la interpretación analógica, entendiéndose por esta última como la autorización expresa contenida en la ley penal o específicamente en un tipo penal para considerar y tomar en cuenta circunstancias semejante o hechos parecidos que los descritos en la ley penal, es la aplicación extensiva en virtud de una cláusula de cobertura contenida en la misma norma. La prohibición de la analogía supone la prohibición para el juez de desarrollar una actividad para incriminar acciones que no están definidos o previstos, ni penados por la ley penal, recurriendo a figuras, hechos definidos y penados en otros tipos penales ⁽⁸⁰⁾

Se ha dicho también que las finalidades del principio “nulla poena sine lege stricta” pueden verse frustradas por el propio legislador, quien está en condiciones incluso de obligar al juez a quebrantarlo, formulando normas penales de manera tan imprecisa como para que el ciudadano, aun conociendo su contenido, no sepa exactamente lo que le está mandado o prohibido. Debido a ese riesgo, la exigencia de una ley estricta adquirió muy pronto otro significado con el desarrollo de la teoría del tipo y la instauración del principio según el cual no hay delito si el hecho en que este consiste no se encuentra precisamente descrito en un tipo penal, sólo así cobra sentido práctico la prohibición dirigida al juez de efectuar integraciones analógicas (no hay delito sin tipo), sin embargo esto constituye un ideal porque realizarlo en toda su perfección es prácticamente imposible ya que la pretensión de trazar descripciones completamente unívocas de los hechos punibles se encuentra limitada porque el lenguaje humano es siempre ambiguo y sus significados, por consiguiente, imprecisos, pero por lo menos el tipo constituye un marco satisfactorio, capaz de cumplir hasta donde es posible la función de

⁸⁰ JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, Ob. Cit. Pag.129.

advertencia que le está confiada. ⁽⁸¹⁾

d.3. La ley escrita y sus consecuencias: La prohibición del derecho consuetudinario, el principio de taxatividad y de reserva de la ley.

Casi como colofón de estas garantías, la ley previa y estricta tiene que ser además escrita, formal y como dice el profesor Roxin, “En otros campos del Derecho se reconoce, junto al derecho legal, el derecho consuetudinario (no escrito). Si embargo, el hecho de que la punibilidad no pueda fomentarse o agravarse por el Derecho consuetudinario es una consecuencia obvia de la norma que prescribe que la punibilidad sólo se puede determinar legalmente” ⁽⁸²⁾, esto es que el órgano legislativo, es el único poder de donde debe provenir la ley penal, pues constituye la expresión máxima de la voluntad general y soberana, y nadie más podría crear delitos y sus penas, se reserva al órgano legislativo la creación de la ley penal, lo cual nos permite considerar el principio de taxatividad de la ley penal, que exige del legislador, el empleo de una técnica de creación, de elaboración de la norma, en virtud del cual sea posible con una simple lectura del precepto ⁽⁸³⁾, conocer hasta dónde llega este, hasta dónde puede actuar o no actuar el ciudadano, dónde comienza el Derecho Penal. Se ha dicho y con razón en las nuevas formas de criminalidad que aparecen, que el principio de legalidad puede verse materialmente vulnerado por la utilización de técnicas formalmente respetuosas con la reserva de la ley, pero que materialmente vengán a suponer un quebranto claro de su espíritu y voluntad, para ello se requiere en la formulación de la Ley penal el mayor esfuerzo posible de concreción, el legislador debe utilizar conceptos claros y precisos ⁽⁸⁴⁾. Zaffaroni nos dice que aunque la ley penal se expresa en palabras y estas nunca son totalmente precisas, no por ello debe

⁸¹ ENRIQUE CURY, La ley penal en blanco. Bogotá 1988. Edit. Temis S.A. Pag. 15.

⁸² CLAUS ROXIN, Ob. Cit. Pag. 140.

⁸³ Se entiende que el precepto es una de las partes integrantes en la estructura del tipo y aunque no desarrolla tan eficazmente su mensaje motivacional como la sanción descrita, se encuentra entrelazado a la misma, para hacer viable la comunicación al destinatario de la ley penal. Sobre la estructura del tipo se volverá más adelante.

⁸⁴ JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, Ob. Cit. Pag. 128.

despreciarse el principio de legalidad, sino que es menester exigir al legislador que agote los recursos técnicos para otorgar la mayor precisión posible a su obra. De allí que no baste que la criminalización primaria se formalice en una ley, sino que la misma debe hacerse en forma taxativa y con la mayor precisión técnica posible conforme al principio de máxima taxatividad legal ⁽⁸⁵⁾. No menos importante es la contribución del profesor Jakobs, cuando manifiesta que “al determinar el comportamiento delictivo, la ley procede de acuerdo con la regla, ya mencionada, de describir con menor precisión los elementos generales del delito que los de cada delito individual en el sentido de la Parte Especial. Casi todos los presupuestos generales de la imputación [imputación objetiva, incluido los presupuestos especiales de la omisión impropia, del dolo y de la imprudencia, de la justificación (en parte) de la participación, de la culpabilidad (en parte), de la tentativa (en parte) y diversos ámbitos de error] cuando están formulados en la ley, no lo están de modo tan detallado como para llegar al estándar de la formulación de los tipos penales de la parte especial” ⁽⁸⁶⁾.

Los profesores españoles Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, agregan que la garantía por la que la definición de delitos y penas se reserva al legislador no es una exigencia formalista, sino que se relaciona con el contenido material del principio de legalidad: para que realmente la ley cumpla con la función de establecer cuales son las conducta punibles debe hacerlo de forma clara y concreta, sin acudir a términos excesivamente vagos que dejen de hecho en la definición del ámbito de lo punible, esto, siguiendo el criterio de los autores mencionados, eliminaría la seguridad jurídica. Este contenido de seguridad jurídica

⁸⁵ EUGENIO RAUL ZAFFARONI, Derecho Penal, Ob.. Cit. Pág. 110. Vale la pena adelantar un criterio de política criminal, por el que ante las nuevas formas de delincuencia y en particular ante los cambios tecnológicos y científicos de las sociedades, la taxatividad experimentaría un quebranto, pues haría difícil la tarea del legislador para incorporar en la ley penal una selección de conductas a detalle que engrosarían el Código penal, esto sucede con los llamados delitos económicos, con la ley del medio ambiente, con los delitos informáticos, empero el principio por ser legitimante del Estado de Derecho, requiere observancia para garantizar plenamente la seguridad jurídica, por ello quizá la insistencia de “máxima taxatividad legal”.

⁸⁶ GÜNTHER JAKOBS, Derecho Penal, parte general, Madrid 1997, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A. Pag. 89.

es el que monopoliza el legislador mediante la reserva de la ley .⁽⁸⁷⁾

Si entendemos que esas garantías básicas del principio de legalidad que se han expuesto, pueden contentar nuestras exigencias para hacer efectiva su vigencia formal y material, es necesario agregar un cuarto criterio rector del principio, la prohibición de leyes penales y penas indeterminadas con su expresión latina “nullun crimen, nulla poena sine lege certa”. Nos dice el destacado profesor Roxin que un precepto penal que tuviera por ejemplo el siguiente tenor: “el que infringiere el bien común de modo intolerable, será castigado con pena de prisión de hasta cinco años” convertiría en superfluos múltiple párrafos del Código Penal (alemán), pero sería un precepto nulo, ya que no permite reconocer que características ha de tener la conducta punible. La punibilidad no estaría legalmente determinada antes del hecho, sino que sería el juez quien tendría que fijar que conducta infringe el bien común de modo intolerable. Por tanto la infinita multiplicidad de tipos penales (dentro y fuera del Código Penal) es una consecuencia del principio de legalidad. Pero también son inadmisibles las penas totalmente indeterminadas. Así por ejemplo “el que dañe o destruya antijurídicamente una cosa ajena, será castigado”, sería anticonstitucional y nulo, ya que quedaría sin determinar legalmente que pena y en qué cuantía se puede imponer ⁽⁸⁸⁾. El autor Enrique Cury, nos recuerda que en el momento de formularse el principio de legalidad imperaba la concepción contractualista, por tanto era casi innecesario justificar la exigencia de que el delito y la pena se encuentren consagrados en una ley formal, porque se entendía que la aceptación de la imposición de un castigo si se realiza un cierto comportamiento es, posiblemente, la expresión más evidente de renuncia a la libertad originaria. Puede afirmarse, que esta idea, más allá de su origen contractualista, es también un supuesto del derecho penal, válido para un Estado democrático de derecho, sin embargo, el *nulla poena sine lege scripta* es portador del núcleo de significado

⁸⁷ FRANCISCO MUÑOZ CONDE y MERCEDES GARCÍA ARÁN. Ob. Cit. Pag. 95.

⁸⁸ CLAUS ROXIN. Ob. Cit. Pag. 141

material del principio de reserva⁽⁸⁹⁾

Justificando el presente trabajo, este principio garantizador derivado del principio de legalidad de los delitos y de las penas, tiene, en relación con el objetivo propuesto, una importancia específica porque incluye la consideración sobre el origen de la ley penal y el entremezclamiento de las funciones legislativa y funciones ejecutivas con relación a la Constitución, de este modo entenderemos que si la parte punitiva de la Ley General de Aduanas tiene coherencia de admisibilidad constitucional y si realmente puede poner en vigencia en forma absoluta o relativa el principio de legalidad de los delitos y de las penas en su expresión de “nullum crimen sine lege scripta” basándose en el principio de la reserva de la ley y su función de garantía y seguridad jurídica.

e. Significación política y técnica del principio de legalidad de los delitos y de las penas.

Se dice que su origen es político, porque sus raíces enlazan con la idea de una razón vinculante para todas las personas, que se expresa decididamente en la ley y que excluye la arbitrariedad del Estado como perturbación irracional ⁽⁹⁰⁾, es decir, en el entendido de la existencia de derechos a la libertad y la igualdad, limitando la misión del Estado a su protección jurídica con el requisito de seguridad y certeza jurídica, es la expresión del deseo de sustituir el Gobierno caprichoso de los hombres, del soberano, por la voluntad general, la voluntad expresada a través de la norma o de la ley y con ello obviamente otorgar supremacía al Poder legislativo sobre los otros poderes del Estado, bajo este presupuesto se llega al razonamiento de que el Poder legislativo, es el superpoder, el primer poder del Estado, el que ostenta la representación de los ciudadanos. Ni el poder ejecutivo puede tomar decisión alguna que vaya en contra

⁸⁹ ENRIQUE CURY. Ob. Cit. Pag. 18

⁹⁰ HANS HEINRICH JESCHECK, Ob. Cit. Pag. 177

de la voluntad general, ni el poder judicial puede aplicar más derecho que el que emana de esa voluntad general ⁽⁹¹⁾.

En su significación técnica, se puede acudir al primer tratadista que sistematizó técnicamente el principio, el alemán Ansel Von Feuerbach, al que se hizo alusión anteriormente y a partir de este enunciado formal, se construyeron las consecuencias del principio de legalidad que en la actualidad son eminentemente técnicas. El principio fue enunciado por Feuerbach, sin el ánimo técnico que tiene en la actualidad, por el contrario su intención era poner en práctica toda su teoría de la “coacción psicológica” por la cual debe amenazarse al ciudadano con la aplicación de una pena para que se abstenga de cometer un delito y para ello el ciudadano, debe o debía conocer el alcance positivo o escrito de la amenaza penal y saber con exactitud qué conductas están prohibidas, en consecuencia, en su significación o función técnica, se exige que el legislador a la hora de formular los tipos penales, utilice cláusulas seguras y taxativas ⁽⁹²⁾, las leyes penales deben redactarse con la mayor claridad posible para que tanto su contenido como sus límites puedan deducirse del texto legal lo más exactamente posible.

Es indudable que la consagración del principio de legalidad de los delitos y de las penas se encuentra definitivamente en la vigencia de los cuatro principios rectores o derivaciones concretas del principio, la ley previa, la ley estricta, la ley escrita y la ley cierta, este último aporte del profesor alemán Roxín, estos principios sintetizan de manera extraordinaria la dimensión jurídica y política de la legalidad de los delitos y de las penas, y su condicionamiento real en la sociedad no puede sufrir variaciones que la desestabilicen al punto de desconocerlo o permitir una vigencia parcial, tal vez las nuevas condiciones imperantes en una sociedad que no detiene su desarrollo científico, tecnológico, industrial y económico y sus nuevas formas de criminalidad, puedan poner la nota de relativismo a la vigencia

⁹¹ JUAN CARLOS CARBONELL. Ob. Cit. Pag. 104

⁹² JUAN CARLOS CARBONELL MATEU. Ob. Cit. Pag. 106

del principio, de tal modo que no tengan una vigencia absoluta, como asevera el profesor Zaffaroni, al manifestar que ninguno de los principios limitadores del poder punitivo reconocen realización absoluta. La enunciación corriente permite comprobar que si todos ellos se enunciasen de modo absoluto, sería menester reconocer su violación cotidiana ⁽⁹³⁾

D. EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD.

La formulación de este principio es de una necesidad técnica insalvable y se relaciona con el principio de taxatividad y con el principio de determinación, ambas a su vez representan las expresiones “ley scripta” y “ley certa”, a través de estos principios, el juez penal debe contar con una ley escrita para condenar o agravar penas y legislador debe formular sus normas con tanta precisión como sea posible, es el mandato de certeza. Si la técnica no acude al auxilio de estos principios, no tendría sentido la teoría del delito y menos buscaríamos el sentido teleológico del Derecho Penal. Esta es la razón por la que la tipicidad se erige en un importante principio, con fundamento práctico y genuina expresión del principio de legalidad de los delitos y de las penas, a tal punto que Ernest Beling, parafraseando el anterior principio, llegó a decir “Ningún delito, ninguna pena, sin tipicidad”, resaltando la extraordinaria función del tipo y su consagración técnica como principio de tipicidad.

a. Estructura del tipo.

Acudiendo al concepto mezgeriano, se dice que el delito es toda acción u omisión, típicamente antijurídica y culpable, algunos autores agregan, conminado con una penal o punible, consecuentemente, si existe una conducta y esta se encuentra prevista en los tipos penales nos encontramos frente a la tipicidad, si se infringe el ordenamiento jurídico, nos encontramos frente a la antijuricidad, si podemos

⁹³ EUGENIO RAUL ZAFFARONI. Derecho Penal, Ob. Cit. Pag. 104

atribuir esa conducta al autor y realizar el juicio de reproche por esa conducta (conforme a la teoría finalista) estamos frente a la culpabilidad, siempre que no existan obstáculos procesales como las circunstancias eximentes de responsabilidad penal y por último si podemos conminar con una pena la conducta, típica, antijurídica y culpable, nos encontramos frente a la sanción, siempre que no existan eximentes de pena o excusas absolutorias. Esto nos lleva a concluir que la definición del delito tiene carácter secuencial, el peso de la imputación va aumentando a medida que se pasa de una categoría a otra: de la acción a la tipicidad, de la tipicidad a la antijuricidad, de la antijuricidad a la culpabilidad y de la culpabilidad a la pena. Si la acción u omisión no es típica ya no hay necesidad de plantearse si es antijurídico y muchos menos si es culpable.

De todos esos elementos, el más relevante jurídica y penalmente es la tipicidad, por lo que inicialmente podemos decir que la tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal. Por imperativo del principio de legalidad en su vertiente "*nullum crimen sine lege*", sólo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales. Esta garantía concreta del principio de legalidad de los delitos y de las penas, nos permite conocer el principio de tipicidad, por el que ningún hecho por antijurídico y culpable que sea puede llegar a la categoría de delito, si al mismo tiempo no es típico, es decir, si corresponde a la descripción contenida en la ley penal. De la amplia gama de comportamientos antijurídicos que se dan en la realidad, el legislador selecciona, atendiendo el principio de prohibición de exceso y conforme al principio de intervención mínima, aquellas conductas más intolerables y lesivas para los bienes jurídicos más importantes que tengan relevancia constitucional y los amenaza con una pena, describiéndolos en el supuesto de hecho de una norma penal, cumpliendo así las exigencias del principio de legalidad o de intervención legalizada. Y en esa selección de comportamientos y conductas, dada la gran diversidad existente, se impone la necesidad de buscar una imagen conceptual lo suficientemente abstracta como

para poder englobar en ella todos los comportamientos que tengan características esenciales comunes, esta figura conceptual es el tipo ⁽⁹⁴⁾. Asimismo, esa figura conceptual nos trasmite una afirmación que a modo de advertencia nos dice que a quien realice la conducta que se describe, se le aplicará el castigo que igualmente se determina, por Ej. Si tomamos el Art. 251 del Código Penal que dice: “el que matare a otro será sancionado con presidio de cinco a veinte años” la advertencia se encuentra en la aplicación de la sanción a quien realice la conducta de matar a otro. Se utiliza un lenguaje descriptivo, afirmando un hecho futuro, incierto, pero como predicado universal es falso pues no siempre quien mate a otro va a ser castigado con la pena de prisión de cinco a veinte años, ya que pueden concurrir circunstancias eximentes de responsabilidad penal. Asimismo pueden haber conductas antijurídicas que no son típicas, van contra el derecho pero la ley penal no los define como delitos, por Ej. El incumplimiento de obligaciones civiles. La ausencia del tipo supone la ausencia del delito. La falta del tipo se denomina técnicamente atipicidad, consecuentemente el acto no es punible.

Por tanto, siguiendo la definición aportada por profesor Francisco Muñoz Conde, tipo es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal. Tipicidad es la cualidad que se atribuye a un comportamiento cuando es subsumible en el supuesto de hecho de una norma penal.

La estructura del tipo es sencilla y fácil de comprender, está compuesta por dos elementos o partes, el precepto o el supuesto de hecho y la sanción o la consecuencia jurídica, ambos conforman una unidad indisoluble, inquebrantable en la misma norma, aunque algunas veces una de ellas se encuentra dispuesta en otras disposiciones legales, fuera del cuerpo punitivo, como es el caso de las normas penales en blanco, donde el contenido y alcance del precepto hay que averiguarlo en otros cuerpos normativos. Entonces, podemos afirmar que aquella

⁹⁴ FRANCISCO MUÑOZ CONDE y MERCEDES GARCÍA ARÁN, Ob. Cit. Pag. 232

parte del tipo penal que describe la conducta seleccionada como delito, constituye el precepto o el supuesto de hecho, que contiene realmente la norma que prohíbe o manda la realización de una conducta, prohibición o mandato que se dirige a todos los ciudadanos, que en última instancia son los destinatarios de la ley penal. Tras la selección de la conducta, la norma penal afirma que el que la verifica será castigado con una pena, lo que nos permite observar la concreción de la amenaza de la sanción o sea la consecuencia jurídica, que es el segundo elemento en la estructura del tipo. Por Ej. El Art. 251 del Código Penal cuando dice que “al que matare a otro”, este es el precepto y luego cuando dice inmediatamente después, “será sancionado con presidio de cinco a veinte años”, es la sanción. En la estructura del tipo y conforme se verá en la distinción entre norma y ley penal formulada en la teoría de las normas de Karl Binding, sobre cuya base se sustentó la diferencia entre norma primaria y norma secundaria sustentada entre otros por Santiago Mir Puig y Diego Manuel Luzón Peña; lo que en realidad afirma el precepto es que no se debe matar y que no obstante la advertencia, al que quita la vida a otro se le puede imponer la pena de prisión de cinco a veinte años, es una proposición jurídica que señala un determinado comportamiento cumpliendo una función de información y aviso al ciudadano ⁽⁹⁵⁾

Le corresponde a Karl Binding, el haber puesto de relieve en su monumental obra “Las normas y su infracción” los fundamentos para la distinción posterior entre norma primaria y norma secundaria. Este autor, ha creado con su doctrina en materia penal la distinción entre norma y ley, y conceptúa la norma como un juicio de valor, en un deber ser que se traduce en un mandato de hacer o no hacer; la ley es la voluntad del Estado que describe en el caso del Derecho Penal, las conductas delictivas, es decir define delitos, a través de lo que se conoce con el nombre de tipo, sancionando esas conductas. Cuando un sujeto comete un delito, dice Binding, lo violado no es la ley sino la norma. En efecto, el delito es la adecuación de la conducta a la definición que da la ley, por ejemplo en el robo que

⁹⁵ SANTIAGO MIR PUIG, Ob. Cit. Pag. 27

es apropiarse de lo ajeno con violencia contra las personas y fuerza contra las cosas, aquí quien se apropia de lo ajeno usando violencia o fuerza, según sea contra las personas o cosas, está adecuando su conducta a la definición que da la ley para el robo, lo que viola por el contrario es la norma que crea lo antijurídico y nos dice lo que es injusto, mientras que la ley crea el delito ⁽⁹⁶⁾. Con otro ejemplo podemos destacar la norma de mandato que se infringe, el Art. 178 del Código Penal, omisión de denuncia, señala que el funcionario público o el que por razón de su cargo se encuentre obligado a promover la denuncia o persecución de delitos y delincuentes, dejare de hacerlo, el sujeto activo se acomoda a la realización de esa conducta omisiva, a la definición de la ley, pero viola la norma, que en este caso esta constituido por un mandato de hacer, es decir la obligación de promover la denuncia en razón de su cargo como Juez o como funcionario público. Por eso se dice que el ordenamiento jurídico-penal es un conjunto de imperativos categóricos o proposiciones normativas, ya sea que adquieran la figura de mandatos o prohibiciones. Estas proposiciones se encontrarían en el mundo del deber ser y la ley penal que crea y define el delito se encontraría en el mundo del ser, el derecho objetivo, el derecho positivo, lo que existe y ha sido creado mediante una declaración legislativa.

Consecuentemente, cuando alguien comete un delito no infringe la ley penal, sino la cumple, dando lugar a su aplicación, lo que ha violado es la norma que prohíbe hacer algo o que manda hacer algo.

Según Diego Manuel Luzón Peña, lo más importante de la anticipación de Binding fue el poner de relieve que, aparte de la formulación escrita (la previsión de una conducta delictiva y su sanción) y previamente a ella, lógicamente tiene que existir una norma no escrita que prohíba esa conducta. Por tanto el delito simultáneamente cumple e infringe uno y otro aspecto de la norma penal ⁽⁹⁷⁾

⁹⁶ BENJAMÍN MIGUEL HARB, Ob. Cit. Pag. 87

⁹⁷ DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, Ob. Cit. Pag. 51

La teoría de Binding ha sido objetada por Hans Kelsen quien dice que no es evidente que el que comete un delito no viola la ley penal, pues el deber contenido en la ley penal es tan inviolable como la norma. Lo que un delito quebranta en el fondo es un estado real de paz y no es ni la norma ni la ley. El delito modifica el orden de los hechos, puesto que es de la naturaleza del ser y la norma pertenece a un orden del deber ser, afirmándose que el Derecho Penal únicamente estaría asumiendo la obligación de regir las intenciones, invadiendo la esfera de la moralidad y aplastando el libre desarrollo del individuo con el peso de la coacción expresada en la sanción; sin embargo, como afirma el profesor Benjamín Miguel, la teoría de las normas de Binding, (considerado el auténtico fundador de la dogmática del Derecho Penal con gran influencia en la doctrina), evita reducir al Derecho a un puro concepto legalista, evita que el derecho se agote en la formulación de la ley. La ley no es todo el derecho, sino que las normas también la constituyen. Por eso se dice que la norma es un supuesto necesario de toda sanción penal, que está por detrás y encima de la ley. En la norma no se agota todo el derecho porque la norma de acuerdo a los valores vigentes en un momento dado inspira a la ley para regular las relaciones y definir los delitos, de acuerdo al momento, conductas que antes eran consideradas como delito hoy no lo son, por ejemplo el adulterio. Tal ha sido la influencia de la teoría de Binding que ha logrado estructurar técnicamente la teoría del tipo y ha permitido justificar el principio de tipicidad en su aplicación práctica, de esta teoría salieron las fundamentaciones para hablar de norma primaria y norma secundaria.

En la estructura del tipo, de acuerdo a Santiago Mir Puig, al señalar una pena para el homicidio, el legislador pretende algo más que informar y castigar; pretende prohibir bajo la amenaza de la pena el homicidio. La conminación penal del homicidio transmite no solo un aviso al ciudadano y la voluntad normativa de que el Juez castigue llegado el caso, sino ante todo, la voluntad normativa de que los ciudadanos no maten. El enunciado legal que castiga un hecho con una pena ha

de interpretarse como forma de comunicación de dos formas distintas: de una norma prohibitiva dirigida al ciudadano denominada norma primaria y de una norma que obliga a castigar al Juez, denominada norma secundaria ⁽⁹⁸⁾. En el mismo sentido, el profesor Diego Manuel Luzón Peña, al considerar que el delito es la infracción de la norma penal o que el delito es la conducta prevista o descrita por la ley penal, estos no son conceptos equivalentes, sino contrapuestos y esta aparente contradicción se explica porque realmente en cada punto de vista se está aludiendo a una faceta distinta de la norma penal: Cuando se habla de infracción de la norma, se está aludiendo al aspecto que se denomina “norma primaria”, es decir la que prohíbe cometer el hecho, mientras que cuando se dice que la conducta cumple, encaja en la previsión o descripción de la norma se está aludiendo al aspecto que denominamos “norma secundaria”, es decir, la que ordena la imposición de una pena si se realiza el supuesto de hecho definido en ella ⁽⁹⁹⁾. Concluyendo, el precepto contiene una prohibición dirigida a los ciudadanos que se conoce como norma primaria y la sanción contiene un mandato dirigido a los jueces para que castiguen la realización de la conducta comisiva u omisiva, que se conoce como norma secundaria. Con la teoría de las normas de Karl Binding, ha sido posible establecer mucho mejor la calidad de proposición normativa del precepto, en su forma de prohibición y de mandato, sin embargo, pese a esta división, la norma es una sola, aunque queda claro que cada uno de los elementos de la estructura del tipo recoge un mensaje diferente, en realidad basta con la expresión de la norma secundaria para que quede establecido el mensaje a los ciudadanos.

Su importancia es determinante en un Estado de Derecho que amplía los márgenes de seguridad jurídica para el ciudadano, pues se impone para el Poder Legislativo la obligación no solamente de señalar o seleccionar las conductas punibles, sino también la obligación de señalar juicios de valor sobre

⁹⁸ SANTIAGO MIR PUIG, Ob. Cit. Pag. 28

⁹⁹ DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, Ob. Cit. Pag. 50

comportamientos implícitos en la norma penal, haciendo que el derecho penal democrático se encuentre necesariamente al servicio de los valores socialmente asumidos y al asumir estos valores sociales, también se los están categorizando como objeto de tutela penal integradas a través de la ley por expresión de la voluntad general, mediante la cual adquieren significación jurídica. Es en el legislativo donde reside la voluntad general o el ejercicio de la soberanía del pueblo a quien corresponde otorgar a determinados valores objeto de tutela, la categoría de bienes jurídicos y esa función la realiza precisamente mediante la creación del tipo penal y de la norma que constituye esa proposición normativa o imperativo categórico que se impone como forma de comportamiento deseado, como un juicio de valor verificable a través de un mandato o prohibición.

b. Funciones del tipo penal.

Alfonso Reyes Echandía, dice que la tipicidad no es un invento inútil hecho para embrollar la dogmática penal, ni constituye vana palabrería sin mayor utilidad en la práctica forense, más bien es el más valioso aporte que se ha hecho a la teoría del delito ⁽¹⁰⁰⁾. De ahí que pretendiendo analizar cuál es el funcionamiento de la norma penal o lo que es lo mismo del tipo penal y sobre todo saber qué mecanismos utiliza para lograr lo que se pretende con su creación y vigencia en un Estado de Derecho donde la garantía de la seguridad jurídica es el derrotero fundamental, el profesor Juan Carlos Carbonell nos señala el funcionamiento de la norma penal que puede sintetizarse de la siguiente manera ⁽¹⁰¹⁾ :

La creación de una norma supone adoptar un resolución política: la de seleccionar los valores a tutelar penalmente y normalmente habrá una correspondencia entre los valores tutelados y los socialmente asumidos: un Derecho Penal democrático está al servicio de los valores socialmente asumidos, porque las valoraciones

¹⁰⁰ ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Tipicidad*, Bogotá 1999, Edit. Temis S.A. Pag. 13

¹⁰¹ JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, *Ob. Cit.* Pag. 47

sociales carecen de significación jurídica si no son integradas formalmente por el ordenamiento a través de la ley, expresión de la voluntad general, es al Parlamento, donde reside el ejercicio de la soberanía popular, a quien corresponde otorgar a los valores sociales la categoría de jurídicos y esa función se realiza mediante la creación de la norma, así se otorga valor de bien jurídico a la vida en el preciso instante en que se selecciona “el matar a otro” como conducta a evitar. Las normas penales suponen un orden objetivo de valores, conjunto de valores seleccionados, por eso se dice que la norma penal es objetiva de valoración, objetiva por ser expresión de la voluntad general y de valoración por establecer un deber ser ideal. Afirmando contundentemente, el profesor Carbonell manifiesta que la Constitución es la norma valoradora por excelencia y esto podemos comprobarlo en nuestra Constitución, cuando se establecen como valores superiores del ordenamiento, la libertad, la independencia, la soberanía del Estado boliviano, así también el Art. 6 cuando proclama la dignidad y la libertad de la persona y más adelante en su Art. 7 los derechos fundamentales de la persona, concluye el profesor español diciendo que la norma penal no es más que un simple desarrollo de estas valoraciones constitucionales y que la función valoradora de la norma penal consiste en establecer un deber ser ideal, mediante la selección de los valores y de las conductas que se pretende evitar por ser negativas para los mismos, sin embargo dicha valoración se la realiza integrando la ley penal con el resto del ordenamiento jurídico, que no puede admitir contradicciones valorativas. Por Ej. Que el Derecho penal proteja la reputación, la dignidad en el delito de difamación y el Derecho civil permita la afectación a este derecho de la personalidad.

Al crearse el tipo penal, al mismo tiempo en que se eleva a un plano jurídico el valor que se asume socialmente, se selecciona la conducta a evitar, por esa misma resolución política que implica la selección de los valores a tutelar penalmente, por lo que esa misma decisión política identifica y selecciona la conducta negativa y transgresora de esos valores de relevancia constitucional, por

tanto el tipo penal cumple la función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes que afecten esos valores y que se pretenden evitar.

El destacado autor español, también afirma que la norma penal cumple una función motivadora general de la norma penal, por cuanto con la descripción de los comportamientos en el tipo penal el legislador indica a los ciudadanos qué conductas están prohibidas y espera que con la conminación penal contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida. Se produce en los ciudadanos un proceso psicológico conocido como motivación cuyos antecedentes se encuentran en la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach, al que nos hemos referido anteriormente y que posteriormente ha sido explicado por la teoría del psicoanálisis, mediante el cual el super-yo controla los impulsos y los deseos, introduciéndose en las tomas de decisión del ser humano, una serie de factores que se denominan motivos que llevan al ciudadano a decidirse por no matar.

Por otro lado, el tipo penal cumple una función de garantía penal y procesal. *Garantía penal* en la medida que sólo los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados penalmente, esta es una garantía concreta que se dirige al juzgador, es decir, limita el poder punitivo del Estado sólo a los actos definidos por el tipo, uno es inculcado por lo que hace y por la conformidad que existe entre esa conducta y la ley penal, sólo así se cometen delitos, cuyas conductas previamente están descritas como delitos en un tipo penal, como dice el profesor Maurach, el tipo penal es el punto de partida del examen judicial de un caso concreto y al mismo tiempo ofrece la garantía de seguridad jurídica ⁽¹⁰²⁾ y es evidente que sobresale la seguridad jurídica como una consecuencia necesaria al tener vigente el tipo penal, pues el ámbito del desenvolvimiento de la libertad individual estará garantizado si de antemano conocemos la conducta descrita en

¹⁰² REINHART MAURACH, Ob.Cit. Pag. 348

el tipo, así el profesor Muñoz Conde también dice que el tipo cumple una función de garantía en la medida en que sólo los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados penalmente ⁽¹⁰³⁾. La *garantía procesal*, deviene casi inmediatamente de haberse observado la garantía penal, es decir, una conducta debe revestir características típicas, encajar o adecuarse a un tipo penal para que, de acuerdo al procedimiento penal se abra causa penal. De acuerdo con nuestro Código de Procedimiento Penal, el Fiscal en la etapa preparatoria del juicio o la Policía en la intervención policial preventiva, al admitir la denuncia o promover las primeras investigaciones, generan lo que se conoce como la imputación formal previsto en el Art. 301, inc.) 1 del CPP. La labor del fiscal durante esta etapa preparatoria, se orientará a la total verificación del hecho en relación con los elementos de la tipicidad, identificando al sujeto activo, al sujeto pasivo, la naturaleza de la conducta con el objeto de comprobar su adecuación al tipo, la lesión al bien jurídico y las pruebas de dicha comprobación. La función del fiscal durante este periodo se concreta a probar la existencia de la tipicidad, subsunción del hecho al tipo y a establecer los indicios racionales de que una persona ha participado en el presunto hecho delictivo y que por ello debe serle atribuido, de tal modo que a la conclusión de la investigación, si estima que existe fundamento para el enjuiciamiento comprobando la adecuación típica de la conducta, puede presentar ante el Juez o tribunal de sentencia la acusación, con lo que se pone en marcha la maquinaria judicial. La garantía procesal se extiende incluso a la determinación judicial de la sentencia condenatoria, donde debe encontrarse probada la tipicidad de la conducta, desde luego, además de su antijuricidad y culpabilidad para justificar la imposición de la pena ⁽¹⁰⁴⁾.

¹⁰³ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Ob. Cita. Pag. 232

¹⁰⁴ Es pertinente observar que en nuestro actual Código de Procedimiento Penal, no existe una norma positiva y objetiva que puntualice claramente el principio de tipicidad, en su función de garantía penal y procesal, aunque bastaría referirnos al principio de legalidad de los delitos y de las penas previsto en el parágrafo IV del Art. 16 de la Constitución Política del Estado, sin embargo, se hubiera contribuido positivamente si se hubiera plasmado la exigencia de la tipicidad para abrir causa penal al igual que lo hacía el Art. 133 del anterior Código de Procedimiento Penal, disposición legal, donde con acierto se establecía la comprobación del cuerpo del delito para ingresar al juicio penal. Este precepto legal nos permitía comprobar la tipicidad de la conducta, es decir la acreditación de los elementos constitutivos del tipo en la conducta imputada, de haberse mantenido dicha disposición, se hubiera expresado positivamente esta garantía procesal.

Con la identificación de estas funciones que de uno u otro modo se aceptan en la doctrina, es interesante subrayar una función adicional del tipo, la función indiciaria de la antijuricidad de la conducta, explicando mejor, por el carácter secuencial que tiene el concepto mezeriano del delito, podemos descubrir sus elementos a medida que se va aumentando el peso de la imputación de un delito, pasando de una categoría a otra, verificando la tipicidad de una conducta, descubriremos la antijuricidad de la misma, siempre y cuando se haya verificado la antinormatividad de la conducta, es decir, la infracción o violación de la norma, ese juicio de valor en forma de proposición normativa o de imperativo categórico, porque como dice el profesor Carbonell, el carácter antijurídico de una conducta deriva de su contradicción con el deber ser ideal establecido, por tanto una conducta antijurídica contraria al derecho es una conducta desvalorada por el ordenamiento, sin embargo debe encontrarse claramente establecido que la tipicidad de un comportamiento no implica necesariamente la antijuricidad del mismo, sino que más bien es un indicio de que el comportamiento puede ser antijurídico. Por ejemplo, que A haya matado a B, o haya dañado una cosa mueble de C, no se desprende automáticamente que el comportamiento de A sea antijurídico, porque su hecho puede estar justificado, es decir no ser antijurídico, por concurrir alguna causa de justificación.

Debe encontrarse entonces, motivos suficiente para entender la importancia de la tipicidad, sobre todo porque, brinda a la sociedad seguridad jurídica y esta al decir de célebre Gustav Radbruch es uno de los elementos de la idea del derecho, junto con la justicia y la adecuación a un fin ⁽¹⁰⁵⁾, y por esos argumentos no resulta difícil de colegir la importancia del fenómeno de la tipicidad con todo su valor técnico, jurídico, político y social.

¹⁰⁵ GUSTAVO RADBRUCH, Introducción a la filosofía del derecho, México 1951, 1ra Edición, Brevarios del Fondo de Cultura Económica. Pag. 40.

c. Clasificación de los tipos.

c.1. Tipos básicos, tipos derivados y tipos autónomos

El profesor Muñoz Conde, nos dice que algunas veces es imposible comprender en un solo tipo las diversas formas de aparición de un mismo delito. Sucede esto cuando el delito aparece acompañado de algunas circunstancias objetivas o personales que atenúan o agravan la antijuricidad o la culpabilidad y el legislador ha creído conveniente tener en cuenta estas circunstancias para crear otros tipos derivados del tipo básico ⁽¹⁰⁶⁾. En mi concepto, el tipo básico es aquella unidad que contiene los mínimos elementos esenciales, básicos de configuración, manteniéndose con independencia a los fines de la tipificación, en cambio, el tipo derivado, siguiendo al profesor Muñoz Conde, es aquel que complementa los elementos básicos del tipo, con algunas circunstancias personales u objetivas que pueden atenuar o agravar. Así por ejemplo el tipo básico de hurto se encuentra tipificado en el Art. 326 del CP que en su primera parte dice: “el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble ajena incurrirá en reclusión de un mes a tres años”, pero cuando el hurto se comete acompañado de alguna de las circunstancias previstas en la segunda parte del Art. 326 del CP, es decir, utilizando escalamientos, llaves falsas, con ocasión de estrago o conmoción popular, o aprovechándose de un accidente o sobre cosas de valor artístico, etc, el legislador ha previsto una agravación específica de la pena del tipo básico, creando tipos derivados, pero cualificados. Otro ejemplo, el Art. 180 del CP, donde el tipo básico se encuentra en la primera parte al referirse solamente a la evasión simple y en su segunda parte se detalla la concurrencia de circunstancias personales (violencia, intimidación en las personas) y de circunstancias objetivas (fuerza en las cosas), lo que configura tipos derivados cualificados. Otros ejemplos Art. 152 Exacción, Art. 293 Amenazas, Art. 169 falso testimonio. Ahora bien, otras veces las circunstancias objetivas o personales atenúan la pena, recibiendo el

¹⁰⁶ FRANCISCO MUÑOZ CONDE y MERCEDES GARCIA ARAN, Ob. Cit. Pág.. 237

nombre de tipos privilegiados derivados, por ejemplo Art. 245 atenuación por causa de honor con relación al delito de Alteración y sustitución del estado civil, concurre una circunstancia personal para atenuar la pena, pero este tipo penal depende del precepto del delito de alteración y sustitución del estado civil, del cual es una derivación, otro ejemplo el Art. 316 atenuación en el delito de rapto con mira matrimonial.

Para estar frente a un tipo autónomo, (o especial como lo denomina Alfonso Reyes Echandía) Juan Bustos Ramírez ⁽¹⁰⁷⁾ dice que la unidad típica elemental se ve ampliada con elementos especificadores que configuran otros tipos penales autónomos, ya sea calificando o privilegiando. Caso característico de ellos son los delitos contra la vida de las personas, por una parte está el homicidio como unidad típica elemental y por otra, el parricidio y el asesinato, que mediante elementos especificadores del injusto configuran tipos legales autónomos especialmente graves y además el infanticidio que a través de elementos especificadores del injusto implica un tipo autónomo privilegiado. Sobre el tema, el profesor Muñoz Conde afirma que cuando al tipo derivado se le añaden características y peculiaridades que los distinguen hasta tal punto del tipo básico que lo convierten en un tipo autónomo, en el ejemplo de hurto, cuando el apoderamiento de la cosa mueble va precedido del empleo de fuerza en las cosas (escalamiento, rompimiento de la pared, uso de llaves falsas) el hurto se transforma en un delito distinto, el robo con fuerza en las cosas con un régimen penal distinto. Nuestra legislación contempla estos tipos autónomos, por ejemplo en los delitos contra la vida, el tipo básico es el homicidio simple previsto en el Art. 251 CP, en cambio el asesinato previsto en el Art. 252, el parricidio en el Art. 253, son tipos autónomos cuyos elementos especificadores cualifican la antijuricidad de la conducta o los tipos penales como el homicidio por emoción violenta previsto en el Art. 254, el infanticidio Art. 258, son también derivaciones del tipo básico, cuyos elementos especificadores privilegian la antijuricidad de la conducta, pero ofrecen tales

¹⁰⁷ JUAN BUSTOS RAMÍREZ, Manual de Derecho Penal, parte especial, Barcelona 1991, Edit. Ariel S.A. Pag. 8

peculiaridades que en el ámbito técnico jurídico deben considerarse como tipos autónomos e independientes del tipo básico. El profesor Muñoz Conde nos dice que para saber cuando estamos ante un tipo cualificado o privilegiado y cuando ante uno autónomo o especial es necesario acudir a la interpretación partiendo de la regulación legal concreta. Los tipos cualificados o privilegiados añaden circunstancias agravantes o atenuantes, pero no modifican los elementos fundamentales del tipo básico, el delito autónomo constituye por el contrario una estructura jurídica unitaria con un contenido y ámbito de aplicación propios, con un marco penal autónomo, etc. Esta posición y distinción entre tipos básicos y tipos autónomos se explica en nuestro ordenamiento por la técnicas de tipificación que emplea el legislador y sobre todo con el fin de darle mayor gravedad a la conducta y por consiguiente a su antijuricidad, por ejemplo en el asesinato, no tengo que acudir al homicidio para entender que el verbo rector que describe la conducta es matar a otro, pues el asesinato ya incorpora en su estructura típica el verbo material matar, es decir, tiene un precepto independiente y una sanción propia.

c.2. Tipos elementales y tipos compuestos.

El profesor Alfonso Reyes Echandía, nos dice que al elaborar el tipo, el legislador puede describir una sola conducta o varias modalidades del mismo comportamiento, señalando pluralidad de acciones u omisiones, a todas las cuales le asigna una misma consecuencia jurídica ⁽¹⁰⁸⁾. Esta claro que un delito puede realizarse en función de la alternativa de una o de varias conductas dentro del mismo tipo, pero que identifican la lesión o puesta en peligro del mismo bien jurídico protegido. No se trata en realidad de subtipos penales u otros tipos penales dentro del mismo tipo, sino más bien de formas del verbo material contenidos en el mismo tipo, mediante los cuales indistintamente y con cualquiera de ellos se puede concretizar o connotar la conducta o una acción para llevarlo a la tipificación. El profesor Reyes Echandía agrega manifestando que el tipo

¹⁰⁸ ALFONSO REYES ECHANDÍA, Ob. Cit. Pag. 121

elemental es aquel que aparece conformado por la descripción de un solo modelo de comportamiento, un solo verbo rector, por ejemplo el homicidio, que se limita a describir el hecho de quien da muerte a otra persona, el tipo compuesto es aquel que describe una pluralidad de conductas pero referidos al mismo bien jurídico complejo, por ejemplo en nuestro ordenamiento jurídico penal, el Art. 197 útiles para falsificar, en este tipo penal incurre tanto el que fabrica, introduce, conserva o negocia materiales o instrumentos destinados a cometer falsificaciones, otros ejemplos, Art. 216 delitos contra la salud. Art. 158 cohecho activo, Art. 198 falsedad material, entonces, así existen en el Código Penal boliviano, varios tipos compuestos, en cuyo análisis podemos identificar varios verbos que denotan varias conductas pero bajo una sola denominación delictiva o un “nomen juris”.

c.3. Tipos completos y tipos incompletos.

Siguiendo al profesor Reyes Echandía, según que los tipos contengan o no en forma plena la descripción de la conducta y la conminación penal, tenemos tipos completos o incompletos. Los tipos completos describen en toda su integridad tanto la conducta como la sanción, la mayoría de los tipos del Código Penal son de esa naturaleza, esto es, de acuerdo a la explicación, que tienen el precepto y la sanción, como estructura unitaria. En cambio los tipos penales incompletos son aquellos tipos respecto de los cuales la conducta o la sanción faltan, se puede hablar en el primer caso de los tipos preceptivos y en el segundo de tipos sancionatorios. Los tipos preceptivos solo contienen la descripción de la conducta, en tanto que la sanción se halla en otro tipo, por ejemplo el Art. 202 del Código Penal boliviano que dice:” El que suprime, ocultare o destruyeren todo o en parte un expediente o un documento de modo que pueda resultar perjuicio, incurrirá en la sanción del Art. 200. Los tipos sancionatorios señalan únicamente la sanción que debe imponerse a quien realice una determinada conducta descrita en otro tipo penal, por ejemplo en el Art. 325 donde se establece una sanción adicional para los sujetos activos en los delitos de ultrajes al pudor público.

Téngase en cuenta que en ambos casos, preceptivos y sancionatorios, la remisión obligada se realiza en el mismo Código Penal y no a otra disposición legal fuera del Código punitivo, de darse este reenvío para averiguar el supuesto de hecho, estaríamos ante una norma penal en blanco, que son tipos penales incompletos por remisión a otros ordenamientos jurídicos, su característica es que en ellos la conducta no aparece completamente descrita y el legislador se remite a otros ordenamientos jurídicos para encontrar la unidad de la estructura del tipo. Sobre este tema se hablará más adelante.

c.4. Tipos simples y tipos complejos.

Los profesores Cobo del Rosal y Vives Antón ⁽¹⁰⁹⁾ compartiendo el criterio del profesor Reyes Echandía, nos dicen que en atención al bien jurídico lesionado, los tipos se clasifican en uniofensivos y pluriofensivos, según lesiones o pongan en peligro uno sólo o varios bienes jurídicos. Los tipos simples llamados también de conducta mono-ofensiva son aquellos que tutelan de manera específica un solo interés jurídico, por ejemplo en el delito de homicidio solamente la vida, en el delito de robo o hurto la propiedad. Los tipos complejos o de conducta pluriofensiva, se caracterizan porque protegen simultáneamente varios intereses jurídicos, sin perjuicio de que uno de tales bienes esté independientemente tutelado en otro tipo, por ejemplo con el rapto en el Art. 313 del Código Penal boliviano, donde el legislador no solo tutela la autonomía o libertad de locomoción, sino también la libertad sexual de la mujer y la unidad de la familia, lo mismo en el delito de secuestro previsto en el Art. 334 del Código Penal, donde se protege la libertad de la persona y su patrimonio.

¹⁰⁹ M. COBO DEL ROSAL y T.S. VIVES ANTÓN, Derecho Penal, parte general, Valencia 1991, Edit. Tirant lo Blanch, Pag. 335.

d. Los bienes jurídicos y su relevancia constitucional.

La parte especial de muchos Códigos, agrupa los delitos partiendo de la objetividad jurídica o sea del bien jurídico tutelado por el legislador con un grado de generalización, el profesor Juan Bustos Ramírez ⁽¹¹⁰⁾, señala que el delito se constituye sobre bienes jurídicos, por eso, la determinación de los tipos penales solo puede surgir a partir de los bienes jurídicos. Esto implica que los tipos legales se configuran para la protección de los bienes jurídicos y no de ideologías políticas, religiosas, éticas y culturales. El bien jurídico es una síntesis jurídica de una relación social determinada y dialéctica. Solo de este modo el tipo legal puede cumplir su tarea garantista dentro de un Estado social y democrático de derecho. Tradicionalmente los delitos se han sistematizado sobre la base de las órdenes de referencia de los bienes jurídicos, el individuo, la sociedad, el Estado. De ahí que se haga referencia a los bienes jurídicos individuales y supraindividuales, sin embargo, esta ordenación es susceptible de críticas ya que toda referencia al individuo es también a la sociedad y viceversa y por otra parte una separación tajante entre sociedad y Estado no es aceptable desde el punto de vista de la ciencia política, además tal criterio de ordenación resulta ahora inservible frente a los bienes jurídicos colectivos que han puesto en crisis el concepto de bien jurídico en cuanto limitado sólo a una referencia individual.

La sociedad es un conjunto de relaciones interdependientes que configuran un sistema de continuo de cambio y transformación y al Estado le corresponde también funciones positivas, como el Art. 6 de la Constitución Política del Estado, que al mismo tiempo refleja el sistema de valores que la sociedad ha convenido respetar por el pacto social y por el modelo de Estado de derecho que ha construido. La ordenación de los bienes jurídicos no debe realizarse sobre la base de una atomización de la sociedad, sino sobre las bases de existencia del sistema y aquellos que están en conexión con el funcionamiento del sistema.

¹¹⁰ JUAN BUSTOS RAMÍREZ, Ob. Cit. Pag. 3

Entonces, los bienes jurídicos que se refieren a la existencia del sistema son los bienes jurídicos individuales como la vida humana, las relaciones microsociales, la salud individual, la libertad. Se afirma que sin ellos no es posible la existencia de ningún sistema social.

Los bienes jurídicos que se refieren al funcionamiento del sistema, que toman en cuenta las relaciones macrosociales, son la seguridad del tráfico, la fe pública, el medio ambiente, etc. Sin ellos el sistema puede existir, pero no funciona o bien lo hace defectuosamente, se encuentran al servicio de las bases de existencia del sistema. Dentro del funcionamiento del sistema hay que distinguir tres niveles (¹¹¹): Uno está en conexión con las condiciones indispensables para que se den las bases de existencia del sistema, Ej. Medio ambiente, calidad de consumo, políticas de ingresos y egresos del Estado, libre competencia, etc. Se trata de bienes jurídicos colectivos, su afección impide el desarrollo real y efectivo de la vida, la salud, la libertad. El segundo nivel se refiere a un conjunto de vías y procesos que aparecen como necesarios dentro del sistema, para que los sujetos puedan interrelacionarse, por ejemplo la fe pública, la administración de justicia, garantías constitucionales, o sea son los bienes jurídicos institucionales. El tercer nivel hace referencia a un conjunto de vías para asegurar el poder del Estado, son los bienes jurídicos de control, con la seguridad interior y exterior del Estado.

Ahora bien, de acuerdo con el profesor español Juan Carlos Carbonell, incorporamos el carácter constitucional o la relevancia constitucional de los bienes jurídicos, porque si bien desde la gama de derechos constitucionales, valores e intereses de una sociedad, plasmados en la mayoría de las Constituciones, todas ellas son objeto de protección por el resto del ordenamiento jurídico, existen algunos que por su importancia y trascendencia en la sociedad merecen una particular protección, más efectiva, para justificar su consideración en el campo

¹¹¹ JUAN BUSTOS RAMÍREZ, Ob. Cit. Pag. 5

penal. Estos son los intereses vitales que señalaba el notable autor Hans Welzel⁽¹¹²⁾, cuando decía que el bien jurídico es un bien vital de la comunidad o del individuo que por su significación social es protegido jurídicamente. El profesor Carbonell señala que, la intervención del Derecho penal afecta siempre a derechos fundamentales de la persona, priva de libertad de hacer o incluso de la física y supone una muy grave ingerencia del Estado en la vida y el desarrollo de la personalidad y si el sistema constitucional es un sistema de valores y el poder punitivo nace del pacto constituyente, los derechos fundamentales sólo pueden verse limitados para salvaguardar otros que, al menos tengan relevancia constitucional. Este razonamiento no deja de tener una validez teórica y jurídica importantes, porque si tomamos como presupuesto básico que el Derecho penal afecta siempre derechos fundamentales de la persona, por ejemplo la libertad, y siendo la libertad un valor dentro del sistema constitucional, es también un derecho fundamental; entonces, si se afecta un derecho fundamental, esta afectación sólo se justifica cuando la limitación es para salvaguardar otro valor que también tenga relevancia constitucional, pero no un valor de inferior rango, por ejemplo, la vida, la seguridad del Estado, se consideran valores fundamentales, se afecta la libertad de quien ataque el valor de la seguridad nacional, la idoneidad de los funcionarios públicos en la buena marcha de la administración pública, se afecta la libertad, asimismo, en la función judicial, la fe pública, la seguridad común, la salud pública, la industria y el comercio, la economía nacional, la familia, la libertad, la propiedad, el honor.

Añade el profesor Carbonell que por relevancia constitucional no ha de entenderse que el bien jurídico se encuentre concreta y explícitamente proclamado por la norma fundamental, a través del sistema de valores compuesto por los derechos fundamentales, sino también aquellos valores que se desprenden como desarrollo de esos derechos fundamentales, precisamente porque la interpretación que se realiza de la norma fundamental no es estática, sino dinámica, adecuada a los

¹¹² HAN WELZEL, Derecho Penal Alemán, Chile 1997, 4ta Edición castellana, Edit. Jurídica de Chile, Pág.. 5

cambios sociales. Por tanto el Derecho Penal tutela los valores proclamados en la constitución y los que de ella emanan (¹¹³). Así el profesor Roxin indica la derivación del bien jurídico de la Constitución, si se reconocer que la única restricción dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución, por tanto un concepto de bien jurídico vinculante político-criminalmente sólo se puede derivar de los cometidos plasmados en la Ley Fundamental del Estado de Derecho, basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado (¹¹⁴).

Podemos comprobar y corresponder el carácter de relevancia constitucional de los bienes jurídicos protegidos por nuestro Código Penal con lo previsto en el Art. 7 y en el Art. 35 de la Constitución.¹¹⁵

e. Elementos constitutivos del tipo penal.

En la función del tipo de describir legalmente la conducta prohibida que se quiere evitar tutelando el bien jurídico que se quiere proteger, esa descripción tiene referencias al mundo exterior corporal, a la vida anímica del agente o a la violación que juzga. Por esta razón los elementos del tipo pueden ser materiales u objetivos, subjetivos y normativos.

e.1. Los elementos materiales, objetivos o descriptivos.

Los españoles lo llaman el tipo objetivo. Son los elementos descriptivos puros que corresponden a la mención de aquellos aspectos externos de la conducta, que solo exigen del Juez una constatación empírica desprovista de toda valoración.

¹¹³ JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, Ob. Cit. Pag. 34-35

¹¹⁴ CLAUS ROXIN. Ob. Cit. Pag. 55

¹¹⁵ El Art. 7 de la Constitución Política del Estado, establece once derechos fundamentales y básicos de la persona. El Art. 35 de la misma Constitución, establece que “las declaraciones, derechos y garantías que proclama esta constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enunciados que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno” Como se entiende los derechos fundamentales son simplemente enunciativos.

Corresponde a esta especie la acción externa, el resultado material, el nexos causal y algunos accidentes de la acción o circunstancias modales (circunstancias del lugar, tiempo y modo) los medios e instrumentos, los sujetos activo y pasivo no calificados, en síntesis, son las referencias a cosas, a personas a modos de obrar, procesos causales que se pueden captar por los sentidos y verificar experimentalmente. El profesor Renén Quirós Piréz, señala que son características objetivas que aluden a objetos, procesos o fenómenos que existen o se producen fuera de la conciencia del sujeto agente, que poseen validez externa, que puede aprehenderse, constatarse, por otras personas, además del agente ⁽¹¹⁶⁾. Los diferentes tipos penales que se encuentran en la parte especial del Código Penal, presentan o tienen como punto de partida una descripción objetiva de determinados estados o procesos externos especial y temporalmente perceptibles por los sentidos, fijados por la ley objetivamente. Este elemento material, se caracteriza por la vigencia de un verbo que es precisamente la palabra que sirve gramaticalmente para connotar una acción, coincidiendo con el momento consumativo del delito, porque el verbo es la parte más importante de una oración. Este elemento se denomina el verbo nuclear o núcleo rector del tipo penal. Por ejemplo el que matare a otro, el verbo nuclear es la palabra matar, lo que nos permite objetivamente adecuar al Art. 251 del Código Penal. En los tipos compuestos existen varios verbos. Desde un punto de vista gramatical, los verbos rectores son transitivos o intransitivos, simples y compuestos. Transitivos donde la tipicidad se explica por la traslación de la actividad del agente a personas o cosas que por lo mismo constituyen el objeto material de la conducta, ese trascender de la conducta en busca de una finalidad es lo que hace que los tipos penales con verbo transitivo sean generalmente de resultado, por ejemplo destruir, modificar, entregar, invadir, violar. Intransitivos, la acción del agente se revierte sobre sí mismo y por eso dan lugar a los delitos de mera conducta, por ejemplo imponerse, fugarse, etc. También existen las frases verbales, (a diferencia de los verbos rectores simples como entrar, sustraer, cercenar) en las que se mezcla el

¹¹⁶ RENÉN QUIRÓS PÍREZ, Manual de Derecho Penal I, La Habana 1999, Editorial Félix Varela Pag. 163.

subjuntivo presente con el infinitivo, por ejemplo: el que trate de impedir, el que haga conocer, el que haga circular, otras veces la frase verbal se forma de la combinación de un futuro hipotético con un infinitivo, por ejemplo quien ayudare a eludir (¹¹⁷).

e.2. Elemento subjetivos.

No se refieren a la culpabilidad en general o lo que algunos tratadistas denominan tipo subjetivo, comprendiendo al dolo y la culpa, siguiendo la corriente finalista, sino a determinadas características subjetivas que se encuentran en la psiquis del autor, que el tipo penal describe como ciertos estados y procesos anímicos del agente que se comprueban por el juez como características de la conducta punible. Son las características psíquicas del sujeto activo del delito, actitudes que aunque son dependientes del fuero interno del agente son tomados en cuenta para descubrir el tipo penal de la conducta. Su empleo por la ley ha de ser complementario, nunca sustitutivo de la descripción de la acción en su objetividad empírica abstracta. El profesor Zaffaroni señala (¹¹⁸) que existen dos clases de elementos subjetivos: Los tipos de tendencia interna trascendente que se caracterizan por ser portadores de una intención que va más allá de la finalidad de obtener un resultado típico, son aquellos que requieren que la conducta se dirija a la obtención de un objetivo que de halla más allá del pudo resultado o producción de la objetividad típica, que trasciende al querer del tipo objetivo. Ej. En el delito de infanticidio cuando la madre mata para ocultar su deshonra, en el cohecho activo, cuando se diere u ofreciere dádivas al funcionario para que haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones o también fines lascivos en el rapto propio Art. 313. Los tipos de tendencia peculiar, se caracterizan por una particular disposición de ánimo del autor; son los momentos especiales de ánimo. Por Ej. Cuando el hurto Art. 326 inc. 3) se cometiere aprovechando las facilidades de cualquier desastre.

¹¹⁷ ALFONSO REYES ECHANDÍA, Ob. Cit. Pag. 51

¹¹⁸ EUGENIO RAUL ZAFFARONI, Manual de Derecho Penal, Ob. Cit. Pag. 423

Bigamia Art. 240 sabiendo. Esta tendencia agrava el injusto. Estos elementos específicos y circunstanciales descritos en el tipo penal deben ser comprobados por el Fiscal y por el Juez o Tribunal de sentencia para que puedan realizar adecuadamente esa labor de tipificación y al igual que los elementos objetivos, que son partes integrantes del tipo penal fijados descriptivamente por la ley.

e.3. Los elementos normativos del tipo

Como señala el profesor Zaffaroni, a veces los tipos no son absolutamente descriptivos, porque a veces el legislador al construir el tipo incorpora elementos normativos, es decir, acude a conceptos, términos que se remiten o se sustentan en un juicio valorativo de carácter jurídico o ético-social, constituyen elementos que como manifiesta el profesor Santiago Mir Puig ⁽¹¹⁹⁾ aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social, por eso es que se pueden hablar de elementos normativos jurídicos o elementos normativos sociales. Solo así el tipo puede entenderse a la hora de la tipificación a cargo del Fiscal o del Juez o Tribunal de Sentencia, remitiéndose a criterios de valor que el juez debe reproducir en el proceso de subsunción o adecuación típica de la conducta. Su función es complementar la descripción objetiva de la conducta. Por Ej. El término de funcionario público merece una valoración jurídica, cuyo significado lo vamos a encontrar en el Art. 165 del mismo Código penal, aunque es necesario conciliar el contenido y la significación del término con la Ley del Estatuto del Funcionario Público y su Decreto Reglamentario, y con la Ley N° 1178 de Administración y Control Gubernamental donde se emplea el término servidor público. Otro elemento normativo puede ser el término genotipo del Art. 277 (bis Alteración genética), merece una valoración médica para entender ese concepto. Otros ejemplos, acreedor, insolvencia, actos obscenos en el Art. 323 CP es un ejemplo de elemento normativo que remite a una valoración social, es decir, que es lo que la sociedad entiende por acto obsceno. Sin embargo puede existir elementos

¹¹⁹ SANTIAGO MIR PUIG, Ob. Cit. Pag. 211

normativos equívocos, es decir, se observa una remisión a pautas éticas o normativas extrajurídicas que disminuyen considerablemente el grado de certeza típica. Por otro lado, siguiendo al profesor Mir Puig, ciertamente, toda palabra, también las que expresan elementos descriptivos tienen un sentido fijado normativamente en cuanto se halla definido por una convención lingüística y responde a alguna norma de lenguaje. No obstante, cuando se habla de elementos descriptivos en contraposición a los normativos, no quiere desconocerse esta evidencia, sino referirse a aquellos término que, aun definidos por las normas del lenguaje, expresan realidades sensibles.

Para cumplir su función de garantía, el tipo tiene que estar redactado de tal modo que de su texto se pueda deducir con claridad la conducta prohibida, para ello hay que utilizar un lenguaje claro y preciso asequible al nivel cultural medio. No se debe utilizar muchos elementos normativos que implican siempre una valoración y por ello un cierto grado de subjetivismo, hay que emplear elementos descriptivos lingüísticos que cualquiera pueda apreciar o conocer su significado sin mayor esfuerzo como matar, daños, lesiones, etc., aunque es imposible desterrar los elementos normativos e incluso los puramente descriptivos, como el de domicilio en el delito de allanamiento de domicilio, requieren de una valoración para ser aplicados en la práctica. También deben evitarse conceptos indeterminados como la moral, las buenas costumbres por el peligro que representan para la seguridad jurídica de los ciudadanos al dejar de precisar claramente la conducta prohibida, atentando contra el principio de legalidad de los delitos y de las penas en su significación técnica y el principio de taxatividad. Estos son considerados tipos abiertos (se verá adelante).

e.4. Otros elementos para la tipificación.

Además de los elementos constitutivos que se han analizado, existen otros elementos del tipo, con cuestiones generales que de un modo constante están

siempre presentes en la composición de todos los tipos: la objetividad jurídica o el objeto jurídico (bien jurídico), el objeto material, el sujeto activo, el sujeto pasivo, la forma de la acción y las consecuencias de la acción.

El objeto jurídico, es el bien jurídico que se protege, que se tutela, que se resguarda o que se conserva y que el delito lesiona o pone en peligro. El bien jurídico es el interés jurídicamente protegido que encuentra su reflejo en el valor constitucional o en su relevancia constitucional. Constituye el núcleo de la interpretación de las normas penales.

El objeto material del delito, es la persona, el animal o cosa en que se concreta el derecho subjetivo o bien jurídico violado por el delito y sobre el que recae la conducta típica. Comúnmente se identifica el objeto material con el objeto de la acción. A veces la acción puede caer sobre una pluralidad de objetos materiales, pudiendo unos ser concreción del bien jurídico y no representar otros dicha identificación o no ofrecerse esta de forma clara o evidente. De acuerdo a Cobo del Rosal y Vives Antón, ciertos valores carecen de toda concreción material, porque la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos puramente ideales como el honor por su propia naturaleza no se proyecta sobre ningún ente extremo y en consecuencia carecen de objeto material, aun cuando la acción pueda efectivamente concretarse en entes externos, por ejemplo el libelo calumnioso o injurioso. Se entiende que carecen de objeto material, los delitos de mera conducta, los delitos de omisión propia y de todos aquellos en los que el resultado sea de naturaleza puramente ideal. Por otro lado el profesor Renén Quiroz ⁽¹²⁰⁾, habla del objeto directo de la acción como el bien o persona contra la cual se dirige directamente la acción del sujeto. Solo algunas figuras delictivas exigen la concurrencia del objeto directo de la acción: el documento público en el delito de falsedad material, la cosa mueble en los delitos de robo o hurto. El objeto directo de la acción es el medio a través del cual se ataca o amenaza el bien jurídico, por

¹²⁰ RENÉN QUIRÓS PÍREZ, Ob. Cit. Pag. 249

ello el objeto directo de la acción pertenece a la parte objetiva del delito. Se habla con mayor claridad por un lado del objeto de la acción como aquella cosa sobre la que recae la acción denotada por un verbo transitivo y por otro lado del objeto de protección o sea el bien jurídico, cuya afectación de daño o de peligro quiere precaver la norma incriminadora con la amenaza penal.

En conclusión con el objeto material se presentan algunos problemas como en el caso de los delitos formales que reciben diferentes denominaciones, por ejemplo, los delitos de simple actividad, en los que no hay objeto material pues no se tiene un resultado externo, el delito solo esta en la conducta como en el caso de la simple tenencia de instrumentos para falsificar, aunque el sujeto nunca haya pensado en usarlos y no los usa. Otro problema es en el delito imposible.

Reyes Echandía justifica la existencia del objeto material afirmando que el objeto jurídico, el sujeto pasivo y el objeto material son tres fenómenos íntimamente correlacionados que necesariamente han de estar presentes en cualquier tipo penal, porque el primero, el objeto jurídico en todo tipo se busca proteger un interés jurídico sin el cual aquel, el tipo dejaría de tener su razón de ser; el segundo, el sujeto pasivo, porque no puede concebirse un bien jurídico sin un titular de quien ha de predicarse y a quien pertenezca su disfrute o goce y el tercero, objeto material, porque no puede haber un interés jurídico que no se concrete en algo, es aquello sobre lo cual se concreta el interés jurídico que el legislador pretende tutelar en cada tipo penal y al cual se refiere la acción u omisión del agente.

El sujeto activo, como dice Enrique Ferri, es el hombre, porque una acción contra el derecho, no puede cometerse sino por un hombre contra otro, por tanto sujeto activo únicamente puede ser el hombre, individual o colectivamente, esta colectividad de hombres se pueden evidenciar en la pareja criminal, en la muchedumbre delincuente, en la permanente o transitoria asociación para

delinquir las asociaciones para delinquir. En la mayoría de los códigos el sujeto activo puede ser una persona natural, otros admiten a la persona jurídica, por Ej. Los anglosajones.

Se ha dicho que a consecuencia de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, debido a que la criminalidad transnacional va adquiriendo una connotación transnacional en un mundo donde se mueve tanto dinero a raíz de la corrupción y el crimen organizado, no podemos hablar solo de una delincuencia individual sino también de delincuencia colectiva, porque existen organizaciones criminales que se encuentran verdaderamente estructuradas para la comisión de hechos delictivos. Tenemos a las grandes multinacionales, los grandes consorcios, las grandes corporaciones que se mueven en el mundo y en su seno se cometen los principales hechos delictivos, que se convierten en criminalidad organizada, cuya raíz es la persona jurídica. Esta es la delincuencia no convencional que la convención de las Naciones Unidas ha llegado a establecer con la responsabilidad de las personas jurídicas en la participación de delitos graves en que este involucrado un grupo delictivo organizado. La misma convención establece que los estados partes deberán velar porque se imponga sanciones penales, incluidas sanciones monetarias a las personas jurídicas consideradas responsables, por tanto la comunidad internacional en la actualidad acoge la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Derecho penal.

El sujeto activo tiene que verse desde el precepto, es el que el tipo establece y puede ser uno general u otro especial. Es general cuando se dice “el que” y es especial cuando se dice “el funcionario público, el médico, etc.” Hay delitos en los que el número de sujetos activos puede ser indeterminado, hay otros en que el tipo exige una pluralidad de actuantes, por Ej. “los que”. Sebastián Soler dice que son verdaderos elementos constitutivos del tipo penal.

El sujeto pasivo, es el titular, siempre que sea persona natural o jurídica, de los derechos atacados por el delito, singular o plural. El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, es decir, que todo poseedor de un bien jurídico o de un interés jurídicamente protegido; en este caso pueden ser víctimas del delito, las personas individuales como Pedro Ramírez, las personas colectivas de existencia necesaria y voluntaria como el Estado en delitos contra la seguridad exterior e interior, la sociedad en delitos contra la salud pública, agio, las empresas, las fundaciones en sus propiedades, cualquiera sea la edad, sexo, condición, la persona individual puede ser sujeto pasivo del delito.

f. Clasificación de las infracciones penales.

f.1 Por la forma de la conducta.

Los alemanes y muchos autores italianos hablan de acción. Este término no es apropiado porque en sus formas conocidas ya de acción en estricto sentido y de omisión, constituye parte del concepto de acción en su sentido lato, de manera que parecería que al referirnos a la omisión aludimos a algo cuyo contenido resulta ser contradictorio con el concepto genérico de acción. Por esa razón se habla de conducta, que no es más que el comportamiento del hombre.

Según Cobol del Rosal y Vives Antón, del juicio de valor en que la norma consiste puede desprenderse un deber de abstenerse de actuar o por el contrario un deber de actuar. Del Derecho Penal generalmente se deducen prohibiciones y excepcionalmente mandatos. La omisión no es la forma común de los delitos, sino por el contrario, es la forma especial y determinada de algunos. Puede afirmarse que los tipos delictivos se dividen en dos grandes grupos: tipos cuya realización exige una acción positiva (que serían aquellos de los que deriven prohibiciones de actuar en sentido determinado), por ejemplo, en el Art. 251, nos encontramos frente a una conducta o acto material que viola una norma prohibitiva, el no matar, es decir con una acción positiva se viola la norma que esta por detrás del tipo

penal que consiste en la prohibición de quitar la vida a otra persona. Otro ejemplo, el hurto Art. 326 en el que como consecuencia de proteger la propiedad o el patrimonio, se prohíbe, conminándose con una pena, apoderarse de cosas muebles ajenas. Tipos cuya realización tiene lugar por un simple no hacer, por un omitir (que serán aquellos de los que se deriven mandatos); por ejemplo el Art. 262 omisión de socorro, tipo en el que ante la imperiosa necesidad de asistir a las víctimas de un accidente de tránsito, se conmina con una pena al que no socorriese a dichas víctimas; otro ejemplo, en el delito de omisión de denuncia Art. 178 ante la obligación del juez o funcionario público de promover la denuncia o persecución de delitos y delincuentes, se conmina con una pena a aquellos jueces o funcionarios públicos que no lo hacen, violándose con ese simple no hacer u omitir, una norma de mandato, un deber jurídico de hacer, de prestar auxilio y de promover la denuncia. Consiguientemente, desde el punto de vista normativo, la acción y la omisión representan posibles modos de infracción del derecho, atribuibles al ser humano, sin embargo, esa equivalencia normativa no implica que exista ninguna clase de semejanza naturalística u ontológica entre el hacer y el omitir, pues la primera aparece como realización del pensamiento propio, mientras que la segunda se define como falta de realización de la idea de la ley. Solamente puede hablarse de una omisión en el seno de un sistema normativo, por lo que el juicio de omisión se basa no en la circunstancia de que el sujeto haya dejado de llevar a cabo un hacer cualquiera, sino en el hecho de no haber realizado una actividad esperada, un obrar esperado por el ordenamiento jurídico penal. Entonces las omisiones tienen que estar tipificadas

Ahora bien, en los delitos de acción, el sujeto agente crea el peligro para el bien jurídicamente protegido o lo lesiona; en los delitos de omisión el peligro para el bien jurídico existe previamente y es precisamente ese peligro previo el que origina en el seno del ordenamiento jurídico la “espera” de una conducta que lo conjure, entonces cuando decimos acción u omisión, nos referimos a actividad o inactividad, a un hacer o un no hacer, y ambos requieren de un coeficiente

psicológico que se identifica con la voluntad, por tanto esa acción positiva como esa omisión o simple no hacer, ambos con voluntad, deben encontrarse necesariamente en relación con el tipo, porque sólo en función de ella es factible aludir a esas formas de conducta la importancia jurídica.

Conforme a Francisco Pavón Vasconcelos ⁽¹²¹⁾, en ocasiones no se produce ningún resultado material en los delitos de acción o comisión, por ejemplo se viola la norma prohibitiva, cuando se porta útiles para falsificar, el que está en posesión de drogas, la calumnia, la injuria, serían los llamados delitos formales, que se recordará más adelante.

Hay que distinguir la omisión pura o propia de la llamada omisión impropia o comisión por omisión. Esta última implica inactividad como medio para lograr el resultado susceptible de obtenerse ordinariamente mediante conducta positiva, es decir cuando el sujeto activo busca mediante omisión el resultado previsto en un tipo de acción, se dice que ejecuta el delito de acción por omisión, por ejemplo cuando Pedro decide afectar la salud de Juan, su hijo menor de edad, simplemente dejando de alimentarlo, incurriendo en lesiones personales; en este caso la omisión, dejar de alimentarlo, busca el resultado previsto en un tipo de acción, las lesiones a la salud del menor o la muerte por inanición. Otro ejemplo, la madre que por no alimentar a su hijo da lugar a que se produzca su muerte, la muerte del niño se atribuye a su conducta cual si fuese resultado de ella, aunque desde el punto de vista naturalístico no es así. En otras palabras, el Derecho penal atribuye un resultado material a un no hacer. La omisión impropia es un fenómeno fundamentalmente normativo, no naturalístico, la “acción esperada” por el ordenamiento jurídico se acompaña de la posición de garante que ocupa el sujeto activo en la no-producción del resultado. En los delitos de comisión por omisión, el sujeto viola dos normas: una de mandato que ordena obrar o hacer algo y otra norma prohibitiva que contiene una prohibición de hacer.

¹²¹ FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, La causalidad en el delito, México 1993, Edit. Porrúa S.A. Pag. 61

En síntesis, en la omisión del deber de impedir determinados delitos, que sería la omisión propia, el ciudadano se halla en una posición de deber, nacida del peligro para los bienes jurídicos que interesan a toda la comunidad, pero cuya tutela no se le halla confiada especialmente, por ejemplo la omisión de denuncia, mientras que la madre con respecto al niño que deja morir ocupa una posición de garante de la no-producción del resultado de la muerte. El Art. 13 bis del Código Penal, establece el delito de comisión por omisión y nos hace entender que no están escritos o descritos en la ley penal, sino que debe interpretarse.

Entonces la conducta puede ser de acción, de omisión y comisión por omisión y se encuentra en función de la norma que se está violando.

Zaffaroni, ha sido mucho más explícito al explicar la posición de garante y nos dice que el garante tiene el deber de actuar, pero no todo el que tiene el deber de actuar es garante, lo que permite diferenciar la omisión propia de la comisión por omisión. Será deber de garantía cuando el sujeto tenga el deber legal de cuidado de una persona como es el padre o la madre para los hijos, pero no cuando se trate de un deber general como es el de ayuda, por ejemplo el jardinero despedido que ve ahogarse al niño de la casa y le deja, esta obligado como cualquier otro partícipe de la comunidad jurídica, entonces es autor de un delito de omisión propia, lo mismo sería para quien encuentra a su enemigo herido y no le presta asistencia. Existirá posición de garante para el médico de guardia respecto de la asistencia de un paciente, para los empleados de seguridad, para los policías en cuanto a la protección y vigilancia de los bienes jurídicos de terceros.

Se ha planteado también que los tipos impropios de omisión no están todos escritos, los debe completar el juez individualizando las características de los autores conforme a los modelos legales, por tanto los tipos impropios de omisión no escritos son tipos abiertos, al igual que los tipos culposos. Al mismo tiempo este problema de que no se encuentren escritos los tipos omisivos impropios,

plantean el problema de su vulneración al principio de legalidad, al principio de determinación y consecuentemente su admisibilidad constitucional. Otra posición como la de Roxin afirma que la posición de garante que constituye el eje de la comisión por omisión, no es una característica no escrita de los tipos en que es posible la comisión omisiva, sino que se deriva de la conducta descrita por ellos, en virtud de una interpretación que atiende fundamentalmente al sentido y finalidad del precepto concreto. Dicha posición cuyo fundamento ha de ser estrictamente jurídico puede establecerse por un imperativo legal o por libre aceptación o a consecuencia del peligro creado por un hacer anterior.

f.2 Por las consecuencias de la acción.

En la doctrina se diferencia el hecho de la conducta para poder entender las consecuencias de la acción. Al referirnos al hecho es porque la ley penal en ocasiones no se limita a describir una mera conducta, sino que se refiere a ella y a algo que se produce en el mundo físico y que es su consecuencia: al hablar de homicidio no nos referimos únicamente a la acción u omisión realizada por el hombre, aunque la omisión tiene que estar tipificada para identificar el mandato. Por tanto, se denominan delitos materiales a aquellos hechos comprendidos en los tipos penales como el homicidio, las lesiones y otros hechos, que en su descripción abarcan no sólo la conducta sino un evento determinado que es su consecuencia, el hecho se integra con la conducta y su resultado material.

Los delitos materiales también se llaman de resultado, que pueden ser delitos de daño (lesión) o delitos de peligro, algunos tipos penales admiten las dos posibilidades, otros que admiten sólo una. Los delitos de daño o también llamados de lesión son aquellos que consumados causan daño directo, efectivo y material a los intereses o valores jurídicamente protegidos (o sea no sólo existe daño al bien jurídico, sino también se evidencia un daño material). Los delitos de peligro son aquellos en los que es suficiente que el bien mismo sea amenazado, no existe un

daño efectivo, directo y material a los bienes jurídicos (su resultado es jurídico o típico como en todos los delitos, por la puesta en peligro del bien jurídico) y crean una situación de peligro material. Existe una distinción entre los delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro concreto.

En los delitos de peligro abstracto, el tipo penal se reduce simplemente a descubrir una forma de comportamiento que en sí mismo ya representa un peligro valorado por el legislador, por ejemplo los delitos contra la salud, no es necesario demostrar ese peligro, ni que se haya verificado ese peligro, basta que la conducta típica se realice para que el peligro se presuma “jure et de jure”. Se lo entiende también como posibilidad de peligro.

En los delitos de peligro concreto, el tipo penal descubre una conducta que ha puesto en riesgo real de lesión el objeto de la acción. Se requiere comprobar ese peligro, que además logra formar parte de los elementos constitutivos del tipo penal. No basta que el juez constate la conducta sino que tiene que verificar la existencia de ese peligro previsto por el legislador como un elemento más del tipo. Se entiende también como un verdadero peligro. Ej. Art. 206 del Código Penal, tiene que demostrarse que se ha creado un peligro común para bienes y personas.

En los delitos formales o de simple actividad, si bien los delitos materiales o de resultado, exigen la aparición de un resultado material externo o la verificación de un determinado efecto, sea de acción o de omisión, los delitos llamados formales o de pura conducta o de simple comportamiento o de mera actividad, son los que se perfeccionan con la simple acción u omisión, en contraposición de los delitos de resultado. En los delitos de resultado material aludimos al hecho con relación a los tipos penales que abarcan describiendo o comprendiendo tanto al conducta del hombre como su resultado material, físicamente considerado y en los delitos formales relacionamos solamente la conducta con el tipo penal, es decir, al hablar

de la conducta en función del tipo penal, nos referimos a las descripciones que abarcan un puro hacer o un puro omitir a conductas que no producen, de acuerdo con la exigencia del tipo, ningún resultado material, aunque si tienen un resultado típico, por la lesión al interés jurídicamente tutelado. Ej. Los delitos de calumnias e injurias.

La distinción elaborada por la doctrina entre delitos materiales y delitos formales es de una necesidad innegable.

CAPITULO II

LAS NORMAS PENALES EN BLANCO EN LA ESTRUCTURA PENAL DE LA LEY GENERAL DE ADUANAS

A. LA LEY PENAL EN BLANCO.

Inicialmente se puede decir que las normas penales en blanco, son normas penales incompletas o imperfectas, pero no en el sentido que no posean precepto o sanción, sino que el precepto se encuentra determinado por otra norma jurídica distinta que puede ser otra ley penal, un decreto, una resolución o reglamento. Es un tipo penal en blanco porque el precepto no aparece descrito en la ley penal, tiene que acudir a otra disposición legal de carácter penal o extrapenal que complete el supuesto de hecho de la conducta prohibida, el desvalor de la conducta, en su forma de prohibición o mandato, hay que averiguarlo en otra disposición que no es precisamente penal e incluso si se trata de delitos de resultado, el desvalor del resultado también tiene que averiguarse en ese otro cuerpo legal, es decir, que el reenvío es completo y fuera del instrumento punitivo, lo que no ocurre con los tipos penales incompletos, preceptivos o sancionatorios. En la Ley General de Aduanas tenemos reenvíos dentro de la misma ley, es decir tipos preceptivos, por ejemplo, en el Art. 166 contrabando, establece el precepto, pero la sanción se encuentra establecida en el Art. 170 de la misma Ley de

Aduanas

De acuerdo con el concepto que nos brinda Klaus Tiedemann, se califica de leyes penales en blanco en sentido amplio a todos los tipos penales “abiertos” los cuales no describen enteramente la acción y/o materia de prohibición y se encuentran por consiguiente necesitados de complementación ⁽¹²²⁾. La ley en blanco es en sí una *técnica legislativa*, como lo destacan correctamente las conclusiones del Coloquio Internacional de Friburgo de Brisgovia, República Federal de Alemania, sobre la “Concepción y principios del Derecho Penal Económico y de los Negocios comprendida la protección del Consumidor” realizado entre el 20 y el 23 de septiembre de 1982 y organizado por la Asociación Internacional de Derecho Penal, pero se trata de una *técnica de reenvío*, la cual, por su sola naturaleza, genera problemas en cualquier sector del ordenamiento jurídico en que se la emplee y, dadas las características del derecho penal, de manera muy especial cuando se echa mano de ella para construir tipos penales, el remitir al intérprete a otras disposiciones para establecer en qué consiste el hecho punible, puede originar imprecisiones que abren un espacio a la incertidumbre, creando con ello un peligro para el principio de tipicidad. El principio de legalidad constituye una unidad en la que los distintos significados posibles son manifestaciones separables solo conceptualmente. A causa de esto, la norma que lo vulnera en uno o cualquiera de sus sentidos, en realidad lo quebranta en todos. Cuando en casos como el descrito, mediante la remisión “interna” se viola el *nulla poena sine lege strícta*, también se infringe el *nulla poena sine lege praevia et scrípta*, aunque aparentemente no suceda así. ¿Qué saca el ciudadano con saber que una ley preexistente le prohíbe hacer ciertas cosas, si no se le dice con claridad y precisión cuáles son ellas? Y en tales circunstancias, ¿qué gana con que también hayan concurrido a crear esa norma aquellos que representan su opinión en el Parlamento? La respuesta a estas preguntas es obvia. Parece que es necesario entonces, conciliar también una de las funciones que cumple el tipo penal, aquella

¹²² KLAUS TIEDEMANN. Temas de Derecho penal Económico y Ambiental. Lima 1999. Edit. Moreno S.A. Pag. 67.

que fue destacada en la concepción moderna del principio de legalidad de los delitos y de las penas, el “diálogo motivacional” que existe entre el Estado y los ciudadanos, que obliga a estos luego de operarse un proceso psíquico de motivación en su fuero interno a decidir por no infringir la prohibición o el mandato que lleva implícito el tipo penal como norma primaria. Con las leyes penales en blanco ya no se daría este proceso motivacional porque el precepto o supuesto de hecho no sería conocido por el ciudadano, violentándose una de sus más importantes garantías, la seguridad jurídica.

a. Clasificación de las leyes penales en blanco.

Leyes en blanco propias e impropias. Esta distinción de las leyes en blanco es la más tradicional y generalizada, al menos en Latinoamérica. La ley penal en blanco es *propia*, cuando confía la complementación del precepto a una instancia legislativa de inferior jerarquía como la disposición reglamentaria contenida en un decreto supremo, una Resolución Suprema, una Resolución Multiministerial, una Resolución Bi-Ministerial, una Resolución Ministerial, una Resolución Administrativa o una Resolución Prefectural ⁽¹²³⁾; en cambio es *impropia* cuando remite a otra ley emanada de la misma instancia legislativa. Las leyes en blanco impropias, a su vez, pueden subdistinguirse en aquellas que hacen un reenvío *interno*, es decir, que remiten a otro de sus propios artículos, y las que realizan un reenvío *externo*, esto es, remiten a otra ley de la misma jerarquía.

b. Características de las leyes penales en blanco.

Tomando en cuenta todo lo relacionado, es posible señalar las siguientes características de las leyes penales en blanco ⁽¹²⁴⁾ :

¹²³ Art. 20 de la Ley 1788 de Organización del Poder Ejecutivo, donde se establece la jerarquía de las normas legales generadas en el Poder Ejecutivo.

¹²⁴ ENRIQUE CURY. Ob. Cit. Pag. 48

a) Solo son leyes en blanco las que tipifican delitos. Por consiguiente, quedan fuera de consideración los preceptos de la parte general, cuyo carácter es eminentemente complementario y tienen una estructura diferente.

b) La ley penal solo está en blanco cuando lo que confía a otra norma jurídica es la determinación de *la conducta punible o su resultado*.

c) Lo más peculiar de la ley en blanco es el empleo del reenvío. Por eso, no se las debe confundir con los *tipos abiertos* o los *tipos que emplean elementos normativos de contenido indeterminado*. También estos últimos generan problemas relativos a la vigencia del principio de legalidad y, en ciertos casos, lo quebrantan directamente. En muchas oportunidades, incluso, los tipos indeterminados vulneran las exigencias de certeza más profundamente que las leyes en blanco, pues, a fin de cuentas, respecto de estas últimas siempre es posible que estén bien configuradas y que la disposición complementaria precise el hecho punible con propiedad, cosa que respecto de los tipos penales abiertos no puede ocurrir. Pero, por eso mismo, es preferible mantener los conceptos claramente separados ya que, mientras que las leyes en blanco pueden ser rescatables dentro de ciertos límites, los tipos vagos e indeterminados no, dejándose a la absoluta discrecionalidad de interpretación del juzgador.

d) El reenvío de la ley penal en blanco a la norma complementaria puede ser *expreso o tácito*.

En la mayoría de los casos, por cierto, las remisiones se efectúan de manera explícita, pero no puede excluirse la posibilidad de que se las sobreentienda en alguna otra forma. Ello cobra importancia en relación con la "prohibición de segundo reenvío" que afecta a las disposiciones de complemento.

c. La Ley penal en blanco en relación a los principios “nulla poena sine lege praevia”, “nulla poena sine lege stricta” y “nulla poena sine lege scripta”.

Atendiendo lo explicado con relación a la estructura del tipo, es decir, los dos elementos precepto y sanción, es posible entender la problemática de los tipos penales en blanco o tipos penales incompletos, denominados por antonomasia leyes penales en blanco, a raíz de los estudios y la primera denominación otorgada por el célebre Karl Binding. A veces los tipos penales no consagran la descripción de una conducta activa u omisiva, esto las hace incompletas a diferencia de los otros tipos penales que son plenas o completas, esto significa que el legislador ha creído conveniente que el Juzgador se remita a otro texto legal preexistente o futuro para completar la descripción o el supuesto de hecho contenido en el precepto y es a este tipo penal que se denomina incompleto o tipo penal en blanco o norma penal en blanco.

Advierte el autor Enrique Cury que inicialmente esta forma de ley en blanco no es presentada como un problema relativo a la constitucionalidad de su origen, es decir como una infracción al “*nulla poena sine lege scripta*”, sino que las dificultades aparecen con el “*nulla poena sine lege praevia*”, esto es, las cuestiones relativas a la *vigencia temporal* de la ley en blanco cuando se produce un desfase entre su promulgación y la de la disposición complementaria ⁽¹²⁵⁾. En el mismo sentido, el profesor Renén Quirós, afirma que las llamadas normas penales en blanco han suscitado en el terreno de la eficacia de la ley penal en el tiempo, determinada complejidad ⁽¹²⁶⁾.

Al florecer el desarrollo dogmático de la tipicidad y la vertiente del *nulla poena sine lege stricta*, la exigencia de determinación de los tipos generaba ya el primer gran problema con la ley en blanco porque evidentemente la responsabilidad de establecer el supuesto de hecho se confiaba a otra norma, así lo entendió el

¹²⁵ ENRIQUE CURY. Ob. Cit. Pag. 25

¹²⁶ RENÉN QUIRÓS PÍREZ. Ob. Cit. Pag. 49

célebre tratadista Edmundo Mezger citado por el profesor Mir Puig ⁽¹²⁷⁾, cuando amplió el concepto de la ley penal en blanco añadiendo otros dos supuestos: que el complemento se halla contenido en el mismo Código o Ley que contiene el precepto penal en blanco y que el complemento se halla previsto en otra ley, distinguiéndolas en *propias e impropias*. La ley en blanco *impropia* es aquella que confía la complementación de su precepto a otra disposición contenida en ella misma o a otra ley, "emanada de la misma instancia legislativa"; las *propias*, en cambio, son las que abandonan la facultad de completarlas a una disposición "emanada de otra instancia legislativa", es decir, se refería a una instancia normativa de jerarquía inferior a la de la ley formal. En mi opinión, con el desarrollo de la dogmática penal y la clasificación de los tipos penales, la remisión al mismo Código Penal o a la misma Ley General de Aduanas, no es un reenvío que justifique el llenado en blanco de la norma que reenvía, en el sentido de que no se trata de otro cuerpo normativo extrapenal, la remisión es interna, se pretende encontrar el precepto en otra norma penal dentro del mismo Código o Ley, aunque existen reenvíos genéricos, abiertos e indeterminados que constituyen una clara violación al principio de legalidad, como por ejemplo en el inc. i) del Art. 166 de la Ley General de Aduanas, al expresar "que comete delito de contrabando quien infrinja otras disposiciones expresamente señaladas en la presente Ley". El problema mayor es con relación al segundo supuesto mencionado por Mezger, es decir, cuando se remite a un cuerpo normativo extrapenal y de baja jerarquía normativa. Siguiendo a Enrique Cury, este autor nos dice que la distinción efectuada atendiendo al origen de la norma complementaria, pareciera preludiar una mayor consideración del "*nulla poena sine lege scripta*". Pero realmente no es así, pues, inmediatamente después de presentarla, Mezger declara: "Desde el punto de vista penal es irrelevante esta especial forma de legislación penal en blanco. No solo en los casos de las leyes en blanco impropias con reenvío interno, sino también en la leyes en blanco propias, porque su importancia se limita al ámbito de la técnica legislativa externa. El necesario "complemento" es siempre

¹²⁷ SANTIAGO MIR PUIG. Ob. Cit. Pag. 33

parte integrante del tipo. Pero el tipo ya *completado* cumple exactamente las mismas funciones que en los casos normales, sobre todo en lo que concierne a su significación como fundamento de la antijuridicidad y como objeto de referencia de la culpabilidad penal". Con esto queda en evidencia que para Mezger lo decisivo es que el tipo se completó, esto es, se lo determinó suficientemente, sin que importe a quien se confía la función de hacerlo, pues ello "se limita al ámbito de la técnica legislativa externa". Es decir, lo relevante es la satisfacción cumplida del "*nulla poena sine lege stricta*" mediante el principio de tipicidad y, con ello, una acentuación enérgica de la seguridad jurídica, sin prestar mucha atención a las otras finalidades del *nulla poena* ⁽¹²⁸⁾. En nuestro país no existe ningún criterio doctrinal válido que legitime las leyes en blanco propias o las leyes en blanco impropias, sin embargo, bajo mi consideración el denominador común para el problema de la tipificación es el reenvío externo, más aun cuando dicho reenvío llega a normas de jerarquía inferior, como los Reglamentos y resoluciones, de no preverse estos aspectos y de no alimentar con doctrina la convicción de los legisladores, es inminente la aparición de la discrecionalidad y el arbitrio sustrayéndose de la dogmática jurídico penal, discrecionalidad a la que ya han sucumbido los órganos jurisdiccionales a la hora de interpretar y llevar adelante las tareas de la tipicidad.

El criterio de prescindir por completo del "*nulla poena sine lege scripta*", al cual no parecieran atribuir significado alguno, no toma en cuenta los requisitos impuestos por el principio de tipicidad [*nulla poena sine lege stricta*]. En efecto, ninguno de los autores que acogen las normas penales en blanco, se detienen a precisar los requisitos que ha de cumplir la norma de complemento, cualquiera sea su origen, para asegurar la determinación del tipo resultante. Esto puede ser sumamente grave en un Estado de Derecho como el nuestro donde nuestros legisladores impulsados por dinámica de gobierno y las políticas económicas a implementarse coyunturalmente por el Poder Ejecutivo, ven por conveniente extender los

¹²⁸ ENRIQUE CURY. Ob. Cit. Pag. 27

alcances de la norma de complemento a la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo, mucho peor si se trata de una normativa futura, asumiendo una potestad legislativa que no le corresponde, lo cual generaría un entremezclamiento de las funciones legislativas y las funciones ejecutivas, advirtiéndose una virtualidad estructural, funcional de la tripartición de poderes (129).

En la segunda mitad del siglo XX con la evolución de la doctrina, las leyes penales en blanco solo se empleaban para la tipificación de hechos punibles insignificantes ("delitos de bagatela"), sin embargo por la complejidad de la vida contemporánea, especialmente en los países desarrollados o en vías de serlo, trae aparejada la aparición de regulaciones complicadas en muchos campos de actividad, tales como el de las relaciones económicas internas, el mercado de los cambios internacionales, el comercio exterior, el tráfico motorizado, las comunicaciones, la salud pública, las obligaciones tributarias, etc. Esta normativa es, además, cambiante, porque en muchos aspectos depende de coyunturas ocasionales que exigen adoptar decisiones temporales adecuadas a cada una de ellas. Al mismo tiempo, se reconoce una creciente importancia a los intereses sociales que resultan comprometidos por esas actividades y, consiguientemente, una gravedad cada vez mayor a la infracción de las regulaciones jurídicas respectivas. Para la consagración de estas figuras delictivas nuevas, las leyes penales en blanco, en especial las que Mezger denomina "propias", constituyen una solución muy cómoda. En efecto, la remisión a instancias legislativas más ágiles, como los decretos supremos y otros actos reglamentarios de la administración, habilita para modificar fácilmente la prohibición o el mandato a cuya infracción se asocia la pena, a eso contribuye, además, el que los órganos encargados de establecer tales regulaciones generalmente tienen un carácter técnico y, por eso, menos pluralista que los cuerpos legislativos formales, de manera que adoptan sus

¹²⁹ VICENTE ARRANZ CASTILLERO, Apuntes del Diplomado de Ciencias Penales. Módulo sistema de Garantías Penales y Procesales.

decisiones con más celeridad que estos, sin dejarse detener o embarazar por consideraciones o compromisos políticos".

De esta manera, el número de leyes en blanco, aumenta rápidamente en todas las legislaciones. Y ya no se trata de normas que incriminan conductas insignificantes. Los nuevos tipos en blanco describen hechos graves amenazados por lo tanto con penas severas.

Gran parte, si no todos, de estos delitos recién creados se encontraban en leyes especiales y se referían a conductas propias de las clases socioeconómicas más altas (delincuencia de "cuello blanco": delitos económicos, tributarios, contra las condiciones del medio ambiente, etc.). A causa de ello, en una primera etapa los respectivos tipos en blanco fueron muy atacados por la *praxis*, esto es, ante los tribunales, porque aquellos a quienes afectaba disponían de recursos para procurarse una asesoría legal eficiente, que empleaba en su defensa argumentos bien elaborados.

La mayor parte reconoce, como punto de partida, que la técnica del reenvío y, consiguientemente, la consagración de leyes en blanco es "un mal necesario". Por lo mismo, todos ellos consideran que, si bien no puede prescindirse de ellas, es preciso adoptar medidas tendentes a disminuir los riesgos que generan. Pero, en relación con la naturaleza de estas medidas, la dispersión de las opiniones es considerable. Así, hay quienes aceptan con prudencia los reenvíos a normas procedentes de la misma instancia legislativa, exigiéndoles la mayor precisión posible y, por lo que se refiere a los dirigidos a regulaciones emanadas de una instancia inferior, solo consideran admisibles los *estáticos*, esto es, aquellos en que "el objeto del reenvío es, en una versión bien precisa, declarado parte integrante de la norma que reenvía", de manera que no pueda ser objeto de cambios ulteriores; en cambio, los reenvíos a normas de otra instancia legislativa en el estado en que actualmente se encuentran y con posibilidades de

modificación ulterior (*reenvíos exteriores dinámicos*) deben ser desestimados. Otros se limitan a poner en duda la constitucionalidad de la ley en blanco propia, pero convienen en que no hay más remedio que aceptarla y que la jurisprudencia del país respectivo (Italia) las admite, "a condición de que sea la ley la que determine con una especificación suficiente el dominio, el contenido y los límites de la intervención no legislativa", es decir la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo. Muchas veces la reserva se agota en una pura declaración de que este tipo de leyes "no deben entenderse como una carta blanca concedida al poder administrador, sino que deben contener siempre la enunciación genérica de la conducta punible, defiriendo únicamente a otra instancia la facultad de reglamentar modalidades de *interés secundario o mero detalle*"; pero como no se expresa lo que se entiende por "enunciación genérica de la conducta" ni por "modalidades de interés secundario o mero detalle", el criterio es de escasa utilidad práctica. También hay autores que estiman que "la *reserva absoluta* de la ley impide la remisión normativa" la cual sería "en principio, contraria a la Constitución", sin embargo, también se ven obligados a conceder que las leyes en blanco siguen existiendo y aplicándose por la jurisprudencia, a causa de que en muchos casos no es posible prescindir de ellas por completo.

En los últimos años, se ha expresado un interés más decidido por establecer criterios firmes respecto a la admisibilidad de los tipos en blanco, así se ha demostrado en el Coloquio Internacional de Derecho Penal celebrado en Friburgo de Brisgovia, República Federal de Alemania. En atención a la importancia que según se ha explicado cobran en ese ámbito las leyes en blanco, su enjuiciamiento fue uno de los puntos destacados del temario, y casi todos los informes les dedicaron comentarios más o menos extensos. Finalmente, la sexta resolución del coloquio contiene un pronunciamiento expreso sobre el particular, que constituye un progreso en materia de especificación de los requisitos exigibles a esas leyes para asegurar su respeto al principio de reserva, lo que demuestra que en el derecho comparado se ha tomado conciencia de los problemas

suscitados por las leyes en blanco respecto a su admisibilidad constitucional, y no se las tiene ya más por un problema técnico relativamente intrascendente, como parecía considerarlo la opinión tradicional (¹³⁰).

B. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA LEY GENERAL DE ADUANAS.

Es importante realizar algunas precisiones sobre el Derecho Aduanero bajo el convencimiento de que esta rama del ordenamiento jurídico, hasta hace un tiempo atrás caminaba dispersa y con una serie de regulaciones de orden administrativo, producto de una de las funciones específicas del Poder Ejecutivo del Estado, el de administrar las rentas nacionales (¹³¹), hasta antes de la Ley N° 1990 Ley General de Aduanas de fecha 28 de julio de 1999, existían una serie de disposiciones legales como la Ley Orgánica de Administración aduanera, dictada por Decreto Supremo de 29 de abril de 1929 y disposiciones reglamentarias de jerarquía normativa inferior que normaban los regímenes aduaneros y las relaciones entre la administración aduanera con los particulares, en el ingreso y salida de mercancías del territorio nacional. Sus variadas disposiciones legales entre Decretos Supremos, Resoluciones Ministeriales, Resoluciones Administrativas, Reglamentos y/o manuales, eran tan profusos que había que ser un experto en relaciones de comercio exterior para manejar tan difusa normativa aduanera.

Por su naturaleza y acudiendo al concepto del autor Máximo Carvajal Contreras (¹³²), el Derecho aduanero es el conjunto de normas jurídicas que regulan por medio de un ente administrativo, las actividades o funciones del Estado en relación con el comercio exterior de mercancías que entren o salgan en sus diferentes regímenes al o del territorio aduanero, así como de los medios o tráfico en que se conduzcan y las personas que intervienen en cualquier fase de la

¹³⁰ ENRIQUE CURY. Ob. Cit. Pag. 36

¹³¹ Esta facultad del Poder ejecutivo, se encuentra dentro de las atribuciones del Presidente de la República, en su atribución 6ta del Art. 96 de la constitución Política del Estado.

¹³² MÁXIMO CARVAJAL CONTRERAS, Derecho Aduanero, México 1995, Edit. Porrúa S.A. Pag. 4

actividad o que violen disposiciones jurídicas,. Por supuesto que al analizar el concepto dado, es evidente que se trata de normas jurídicas aduaneras y quien lleva adelante el cumplimiento de estas normas es una entidad administrativa que en nuestro país es la Aduana Nacional, encargada de aplicar la legislación relativa a la importación y a la exportación de mercancías y a la percepción de los ingresos públicos, los derechos fiscales de esa importación y exportación.

Debe quedar claro entonces que el Estado a través de la Aduana Nacional cumple una actividad fiscal cuando pretende la recaudación de las contribuciones al comercio exterior como una forma de obtener ingresos para cumplir sus fines y como también lo destaca el citado autor Máximo Carvajal, cumple también una actividad económica cuando el fin fiscal de las contribuciones pasa a un segundo término y las disposiciones aduaneras son utilizadas como normas protectoras de la industria, el comercio y la agricultura nacional y una actividad social que se presentan cuando el Estado procede a la creación de zonas libres, puertos libres, los cuales se han dado como una forma de desarrollo social más equilibrado de las comunidades que habitan dichas zonas.⁽¹³³⁾

Dada su naturaleza de Derecho público, porque interviene el Estado como sujeto esencial, sus disposiciones son también de orden público. Así nace la Ley General de Aduanas en el concierto boliviano, como un conjunto de normas jurídicas de orden público, por tanto de cumplimiento obligatorio. Sin embargo, es necesario encontrar el espíritu de esta ley, cuál es la fuente material de la Ley General de Aduanas. Si revisamos en retrospectiva la normativa aduanera, encontraremos que existen antiguos antecedentes legislativos, como la Ley de Aduanas del 1ro de octubre de 1878, la del 25 de noviembre de 1890, la del 31 de diciembre de 1905, la del 15 de mayo de 1906 y por último la Ley Orgánica de Administración Aduanera vigente en 1929, sin embargo en el transcurso de las últimas siete décadas, como se había señalado anteriormente, la normativa aduanera se

¹³³ MÁXIMO CARVAJAL CONTRERAS, Ob. Cit. Pag. 7

complejizó y se hizo muy difícil su manejo debido a la dictación de 285 decretos supremos, 321 resoluciones y 215 reglamentos, lo que originó confusión y contradicción, por eso la Ley General de Aduanas al decir de nuestros legisladores pretende sustentar una unidad normativa en estricta armonía con las prácticas de comercio internacional y asigna roles claros y específicos para todos los operadores vinculados a la administración aduanera y el comercio exterior ⁽¹³⁴⁾ y precisamente en este cuerpo legal, se incorporan los conceptos de ilícitos aduaneros en sus formas de delitos aduaneros y contravenciones., entendemos como un soporte a la nueva regulación aduanera que esta naciendo, como un intento de poder asegurar la eficacia de la nueva disposición legal, sin encontrarse con dilemas del Derecho Penal mínimo o del principio de prohibición de exceso, o menos considerar el carácter fragmentario del derecho penal como última ratio, el objetivo directo para incluir la parte punitiva en la Ley general de Aduanas era y es únicamente plasmar una política retribucionista penal con la conminatoria de la pena, más que una política prevencionista en la que ha fallado el Estado y en particular la entidad aduanera.

Sin embargo, antes de incorporar positivamente los ilícitos aduaneros, existió un marco legal sancionador dentro de la administración aduanera prevista en el Código Tributario, donde de hecho y jurídicamente se instituyó el Derecho Administrativo sancionador o Derecho Penal administrativo. Bajo estas normas se llevaba adelante un proceso administrativo por actos de defraudación, contrabando, instigación pública a no pagar impuestos, evasión, mora, incumplimiento de deberes formales e incumplimiento de los deberes por funcionarios de la administración tributaria, que eran tipificados como delitos tributarios asignándoseles penas privativas de libertad y penas pecuniarias. Lo interesante de este marco normativo era que esas tipificaciones nunca fueron de conocimiento del órgano jurisdiccional penal, los pretendidos tipos penales quedaron ahí, estáticos; la Administración aduanera únicamente llevaba procesos

¹³⁴ Exposición de Motivos de la Ley N° 1990, Ley General de Aduanas.

administrativos “penales” conforme al procedimiento administrativo regulado en el mismo Código Tributario y disposiciones legales emanadas por el Poder Ejecutivo como el D.S. N° 22126 y Resolución Administrativa D.N.J. N° 271/919/95, que tenían por finalidad determinar y tipificar los “delitos de contrabando y defraudación de los tributos aduaneros, así como determinar el procedimiento administrativo para “juzgar esos delitos” e imponer las sanciones correspondientes; los mal llamados delitos aduaneros dentro del Código Tributario, la defraudación y el contrabando, fundamentalmente, eran descripciones de conducta ilícita que tenían penas privativas de libertad que nunca se impusieron en sede administrativa, ni en sede judicial, la Administración aduanera sólo aplicaba sanciones de decomiso sobre la mercancía que se transportaba ilegalmente como de la unidad de transporte que se utilizaba, multas que cubrían el monto de los impuestos defraudados. Podemos decir que el Derecho Aduanero, ha compartido responsabilidades con el Derecho Penal Administrativo imponiendo sanciones a través de lo que se conoció como “procesos penales administrativos” donde se procesaban básicamente los llamados “delitos” de contrabando y defraudación” en sede administrativa, donde la Administración aduanera era a la vez juez y parte, hasta imponer la sanción correspondiente que nunca fueron penas privativas de libertad, generando sólo una alternativa para ir a la vía judicial con el recurso contencioso tributario, donde recién el órgano jurisdiccional intervenía para justificar la potestad sancionadora de la administración manteniendo firme y subsistente las resolución administrativa de decomiso por un delito de contrabando o defraudación aduanera, o por el contrario, declarando la revocatoria o dejando sin efecto la resolución administrativa que imponía la sanción, luego de haberse demostrado en periodo de prueba la invalidez de las determinaciones administrativas de la Administración aduanera.

C. JUSTIFICACIÓN DE UN DERECHO PENAL ADUANERO A TRAVÉS DE UN DERECHO PENAL ECONÓMICO.

Es importante que situemos al Derecho penal aduanero, atendiendo su naturaleza de derecho público, en el marco normativo general que le permite cierta independencia. En efecto, a partir de la relación que existe entre el Derecho Aduanero con el Derecho Penal se ha pretendido generar un conjunto de normas penales de apoyo al Derecho Aduanero, estableciendo tipos penales que describieron conductas contrarias al Derecho Aduanero, sólo así pretende nacer el Derecho Penal aduanero, cuya autonomía no es tal, más bien es una aplicación amplia del derecho penal incorporando conductas contrarias a la regulación de la normativa aduanera, lo que ocurre es que el Derecho aduanero ha ido pidiendo sanciones mas graves que el simple decomiso para lograr el cumplimiento de las disposiciones aduaneras, sanciones que no solo afectan la propiedad, sino ahora también la libertad de las personas.

Toda esta interrelación del Derecho Aduanero con el Derecho penal, por otro lado han justificado las ideas para instituir un llamado Derecho Penal económico, cuya denominación aparece más correctamente porque se constituye en una forma de selección de conductas que afectan a un determinado orden económico, haciendo que en este ámbito ingresen conductas nuevas y diferentes a los delitos tradicionales. Así es como el profesor Miguel Bajo (¹³⁵), empieza a desarrollar el Derecho penal económico, al señalar que esta es una disciplina que se constituye en una parte del Derecho penal que se aglutina en torno al denominador común de la actividad económica. Llega a definir al Derecho penal económico como el conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico y señala que la clave para desentrañar en toda su profundidad el sentido y alcance de esta definición estriba en el objeto de protección, el orden económico. Asimismo señala que existen dos concepciones del derecho penal económico, una estricta y otra amplia. El derecho penal económico en sentido estricto es el conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico entendido como regulación

¹³⁵ MIGUEL BAJO, SILVINA BACIGALUPO. Derecho Penal económico. Madrid 2001. Edit. Centro de Estudios Ramón Aceres, S.A. Pag. 13.

jurídica del intervencionismo estatal en la Economía, lo que caracteriza al derecho penal económico es ser un grado de la intervención estatal en la economía precisamente el grado más intenso del intervencionismo mediante el ejercicio del ius puniendi y en consecuencia el delito económico en sentido estricto es la infracción jurídico penal que lesiona o pone en peligro el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía de un país. Bajo este concepto, Miguel Bajo nos dice que el contenido del Derecho Penal económico queda reducido a los delitos que atentan contra la determinación o formación de los precios, los delitos monetarios, las infracciones de contrabando, el blanqueo de capitales, el delito fiscal. El mismo autor nos dice que el Derecho penal Económico en sentido amplio es el conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, ya no se trata de la protección del nuevo intervencionismo estatal sino de la actividad económica dentro de la economía de mercado, por tanto delito económico en sentido amplio es aquella infracción que afectando a un bien jurídico patrimonial individual, lesiona o pone en peligro en segundo término la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, en este grupo se incluyen los delitos de insolvencia, la competencia ilícita, la usura, la estafa, los fraudes alimentarios, delitos laborales, delitos relacionados con la actividad de sociedades mercantiles, receptación, malversación de caudales públicos, falsedad de documentos, etc. Para otro autor, Klaus Tiedemann, bajo el Derecho Penal económico entendía la doctrina dominante en Alemania solamente aquella estrecha parte del Derecho penal que refuerza con amenazas penales el derecho Administrativo económico, es decir, el derecho de la dirección estatal y del control de la economía, pero actualmente es entendido, en un sentido más amplio, se consideran como delitos económicos a la evasión fiscal y al fraude de subvenciones, a los delitos contra los Bancos y las empresas de seguros, así como a los delitos de adulteración de productos alimenticios y de vinos, a los delitos contra la competencia y a las violaciones contra embargos relacionados

con el comercio exterior ⁽¹³⁶⁾.

Bajo esta concepción, ahora no existe dificultad en justificar la aparición de un derecho penal aduanero como normas jurídico penales que refuerzan mediante la conminatoria de la pena el cumplimiento de la normativa aduanera en operaciones de comercio exterior, ingreso y salida de mercancías del territorio nacional y relaciones entre los usuarios de esos regímenes con la Administración aduanera.

El profesor Tiedemann, también afirma que el Derecho Penal económico, dentro del cual se encuentra el derecho penal aduanero, en cuanto a su técnica legal presenta particularidades tradicionales que al mismo tiempo son relevantes para la dogmática de la parte general. En el campo del tipo, en el Derecho Penal económico, es característico el empleo de leyes penales en blanco que son totalmente abiertas o lo están en parte, es decir, que se remiten a otras normas jurídicas (dadas por un productor de normas, jerárquicamente inferior o a actos administrativos) para que las llenen o completen. La necesidad de rellenar y completar los tipos penales remitentes y en blanco plantea problemas constitucionales sobre la taxatividad legal, sobre todo cuando el legislador evade su tarea de regular y remite más o menos ampliamente a actos jurídicos de la administración. Pero aquí se tendrá que negar una inconstitucionalidad y por lo tanto negar la nulidad de una ley penal en blanco en los casos en los cuales el tipo penal proporciona por lo menos la conducta incriminada y solamente remite a disposiciones adicionales o actos administrativos para otras cuestiones valorativas ⁽¹³⁷⁾.

Los autores Miguel Bajo y Silvina Bacigalupo, nos dicen que en puridad el orden económico en uno u otro sentido no suele aparecer como bien jurídico, concentrándose más bien en un interés del Estado susceptible de concreción en

¹³⁶ KLAUS TIEDEMANN. Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad. Ob. Cit. Pag. 14

¹³⁷ KLAUS TIEDEMANN. Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad. Ob. Cit. Pag. 37

cada figura delictiva en particular, por ejemplo las leyes que castigan los delitos monetarios tratan de proteger el orden económico, es decir la regulación jurídica del intervencionismo estatal en las transacciones con el exterior, pero este objeto de protección puede concretarse en el interés de la Administración pública en el control de los medios de pago internacionales. En los delitos relativos a la alteración de precios el bien jurídico se concreta en el interés de la administración en el logro de una política concreta de precios, bien la que atiende al principio de la libre competencia, bien la que atiende al principio de control de precios, o el delito fiscal en el que el bien jurídico protegido es el erario público ⁽¹³⁸⁾.

Sobre la explicación y justificación anterior nace el derecho penal aduanero, porque al identificar las conductas de contrabando y la defraudación aduanera, compromete el criterio del orden económico cuya regulación se encuentra a cargo del Estado, particularmente como intereses propios de la administración aduanera que de no observarse, se impone con todo su rigor el *ius puniendi* al establecer penas para el incumplimiento de las normas aduaneras. Su carácter fragmentario y de última ratio no es todavía identificable nítidamente, porque la creación de delitos aduaneros obedece tan solo a la intención del estado de salvaguardar su interés fiscal en vista de haberse rebasado el marco sancionador anterior que estaba vigente con los llamados procesos penales administrativos, que se llevaban adelante en sede administrativa aduanera. Es lamentable que en la exposición de motivos no se haya realizado una justificación jurídica doctrinal válida para crear una parte sustantiva con relación a los delitos aduaneros, atendiendo razones de política criminal y sobre todo conciliando los principios limitativos del *ius puniendi*; la exposición de motivos en la Ley General de Aduanas explica vanamente, casi reproduciendo lo que se encuentra redactado en el capítulo II del Título Décimo de la Ley 1990 Ley General de Aduanas. Lo cierto es que el legislador en esta materia no nos da a conocer ni lo vamos a saber, las razones de orden político criminal que justificaron la creación de una normativa

¹³⁸ MIGUEL BAJO y SILVINA BACIGALUPO. Ob. Cit. Pag. 17

sustantiva penal aduanera.

La ley N° 1990 de 28 de julio de 1999, ha incorporado en su Título Décimo, bajo el denominativo de ilícitos aduaneros los delitos aduaneros y las contravenciones, intentando diferenciar a partir de las sanciones y su gravedad, las conductas delictivas de las conductas contravencionales, pero que de todos modos rayan en lo ilícito. El capítulo I de este Título, establece a manera de generalidades, algunas disposiciones relativas a la especialidad de los ilícitos aduaneros y de la jurisdicción y competencia de los tribunales encargados de juzgar e imponer las sanciones, también se refiere al principio del “non bis in idem”, al principio de territorialidad en la aplicación de estas disposiciones penales aduaneras, reafirma el principio general de la prohibición de la retroactividad, salvo el principio de favorabilidad cuando beneficie al procesado, también establece el principio de la responsabilidad individual de los socios y accionistas en el uso de una razón social para cometer ilícitos aduaneros, así como de sus administradores, apoderados, representantes legales y dependientes. Por último, identifican y especifican la responsabilidad penal, el resarcimiento civil y la responsabilidad tributaria aduanera cuando se comete un delito aduanero, y en el caso de las contravenciones la responsabilidad es por el resarcimiento tributario y por las sanciones administrativas, estas últimas determinadas por la autoridad administrativa. Esta claro que en esta última parte aparece perfectamente el poder sancionador de la Administración pública, en este caso de la administración aduanera, lo que ha permitido estructurar la disciplina del Derecho Penal Administrativo.

Lo más importante de este título décimo y objeto del presente trabajo en la identificación de tipos penales aduaneros en blanco para lograr su admisión al principio constitucional de legalidad, se encuentra en el Capítulo II, donde desde el Art. 166 al Art. 177 se desarrollan los tipos penales aduaneros, incluso para hacer más fácil su manejo, otorgándole un “nomen juris” e introduciendo en el Art. 165 un acercamiento a las formas de la conducta, activa u omisiva en que se puede

cometer un delito aduanero, a las formas de autoría directa o indirecta. Llama la atención el hecho de que bajo este precepto general, se está admitiendo la omisión de los delitos aduaneros sin especificar en forma escrita la descripción de esta conducta omisiva, pues no olvidemos que la omisión no es la forma común de los delitos, sino por el contrario, es la forma especial y determinada de algunos y como se ha dicho al analizar las formas de la conducta delictiva, solamente puede hablarse de una omisión dentro de un sistema normativo, por lo que el juicio de omisión se basa no en la circunstancia de que el sujeto haya dejado de llevar a cabo un hacer cualquiera, sino en el hecho de no haber realizado una actividad esperada, un obrar esperado por el ordenamiento jurídico penal, lo que necesariamente nos conduce a afirmar que las omisiones tienen que estar tipificadas. Sin embargo, con un precepto general como es el Art. 165 erróneamente y con falta de técnica legislativa y grave ausencia de dogmática penal, sugiere al Juzgador considerar también que los delitos aduaneros señalados pueden cometerse en forma omisiva, lo cual genera una gran contradicción a la hora de evidenciar el elemento material del tipo encontrando su verbo nuclear, por ejemplo, si tomamos el inc. a) del Art. 166 (contrabando), veremos que la conducta activa descrita tiene verbos rectores como el de instruir o el de realizar tráfico de mercancías para su introducción o extracción del territorio aduanero nacional en forma clandestina, es decir, verbos que denotan una actividad, un hacer, sin embargo, como por el Art. 165 de la misma Ley General de Aduanas se admite también una conducta omisiva en la realización de este tipo penal, no se alcanza a comprender cómo el sujeto pasivo puede desarrollar una inactividad, un no hacer con relación a los verbos rectores involucrados en este inciso a) del Art. 166, si precisamente dichos verbos implican un hacer, además cuál es el obrar esperado por el ordenamiento jurídico penal y que no se hace, cuál es la norma de mandato que se estaría infringiendo por no hacer lo que se debe hacer y por último por el principio de tipicidad y de legalidad, esa conducta omisiva debe estar descrita claramente en un tipo penal, es decir en forma escrita. Conclusión, no es posible cometer un delito por el inc. a) del Art. 166 por omisión

porque no existe una descripción de la conducta omisiva que permita apreciar sus propios elementos constitutivos.

La conducta omisiva que pretende conformarse sólo por el alcance normativo de una disposición tan genérica como es el Art. 165, instituyendo parcialmente la concepción doctrinal de la omisión, no es válida ni constituye una alternativa de conducta del sujeto activo en estos tipos penales aduaneros, porque la omisión en el sentido de inactividad tendría que ser asumida como la no-realización de los verbos rectores de los tipos penales aduaneros, y eso no es omisión pues la omisión de un delito aduanero, tiene que describir conforme al nulla poena sine lege scripta, la conducta omisiva punible, con otro verbo rector. Por tanto, ninguno de los delitos enunciados en el Art. 165, es decir, a) Contrabando, b) Defraudación aduanera, c) Usurpación de funciones aduaneras, d) Sustracción de prenda aduanera, e) Falsificación de documentos aduaneros, f) Asociación delictiva aduanera, g) Falsedad aduanera, h) Cohecho activo y pasivo en la actividad aduanera, i) Tráfico de influencias en la actividad aduanera; ninguno de estos delitos pueden ser cometidos por omisión, simplemente porque la omisión no se encuentra descrita o escrita, condición básica del principio de legalidad en su vertiente de garantía penal.

Aunque lo anterior no es parte del objetivo del presente trabajo, si nos permite evidenciar la falta de técnica legislativa con notable ausencia de la dogmática penal, asimismo, el legislador ha perdido de vista los alcances dogmático-jurídicos de las normas penales en blanco y su posicionamiento efectivo dentro de la normativa jurídico penal, cuando no los principios constitucionales penales básicos en la construcción de un tipo. Estos equívocos del legislador, constituyen especialmente puntos de referencia que también nos permitirán concluir sobre el desconocimiento que existe en nuestros legisladores sobre el tema de las normas penales en blanco y su aplicabilidad a la hora de formular tipos penales en conciliación con el principio de legalidad de los delitos y de las penas.

D. LOS TIPOS PENALES EN LA LEY GENERAL DE ADUANAS, E IDENTIFICACIÓN DE LAS NORMAS PENALES EN BLANCO.

Haciendo un análisis de los tipos penales aduaneros, empezamos por descomponer el tipo penal contenido en el Art. 166, que expresamente dice lo siguiente:

Artículo 166.- Comete delito de contrabando:

- a) Quien instruya o realice tráfico de mercancías para su introducción o extracción del territorio aduanero nacional en forma clandestina.
- b) Quien realice tráfico de mercancías sin la documentación legal o en violación de los requisitos esenciales exigidos por las normas aduaneras o por leyes especiales.
- c) Quien realice tráfico de mercancías eludiendo el control aduanero o por vías u horarios no habilitados.
- d) Quien realice transbordo de mercancías infringiendo disposiciones de esta Ley o las descargue en lugares distintos de la aduana de destino, salvo fuerza mayor comunicada en el día a la administración de la aduana.
- e) Quien comercialice mercancías transportadas ilegalmente.
- f) Quien realice tráfico o comercialización de mercancías extranjeras dentro del territorio nacional sin el amparo de la respectiva documentación aduanera, conforme a lo establecido en el Artículo 4º de la presente Ley. Quién retire del control aduanero mercancías no comprendidas en la Declaración Aduanera que ampara el régimen al que debieran ser sometidas.
- g) Quien tenga o comercialice mercancías cuya importación se encuentre prohibida.
- h) Quien tenga mercancías extranjeras sin la autorización de la Aduana Nacional o comercialice mercancías, mientras están bajo el Régimen de Tránsito Internacional ingresadas al territorio nacional bajo el régimen de tránsito aduanero internacional.

- i) Quien infrinja otras disposiciones expresamente señaladas en la presente Ley.
- j) Quien realice cualquiera de los actos señalados en el Artículo 66º, numeral II de la presente Ley.

El delito de contrabando no quedará desvirtuado al no estar gravadas las mercaderías con el pago de tributos aduaneros.

Lo particular en este tipo penal es que nos describe la realización de varias conductas de contrabando, es un tipo compuesto porque nos presenta la alternativa de varias conductas, pluralidad de acciones dentro del mismo tipo, con formas de verbo material contenidos en el mismo tipo, que de realizarse las mismas, adquieren la configuración típica de contrabando.

En el inciso a) quien instruya o realice tráfico de mercancías para su introducción o extracción del territorio aduanero nacional en forma clandestina, el elemento objetivo o material se encuentra representado por los verbos rectores instruir o realizar, su elemento subjetivo con la tendencia interna trascendente de que tal instrucción o realización de tráfico de mercancías es con la finalidad de introducirlo o extraerlo del territorio nacional en forma clandestina. El único elemento observable es el término clandestino, ¿que se entiende por clandestino?, ¿no es acaso lo oculto, lo secreto?, es decir aquella actividad de introducción o extracción lo que se encontraría fuera de la supervisión de las autoridades de la administración aduanera y por ende al margen del cumplimiento de las normas aduaneras. Esta configuración típica parece no representar mayores problemas de interpretación y posterior adecuación al hecho concreto.

En el inc. b) quien realice tráfico de mercancías sin la documentación legal o en violación de los requisitos esenciales exigidos por las normas aduaneras o por leyes especiales.

El verbo rector realizar que nos da a conocer la connotación material de la acción en su primera parte condiciona para la tipificación a que dicho tráfico de

mercancías se lo realice sin la documentación legal y por supuesto esa documentación legal es la que se genera al amparo de la normativa aduanera, en consecuencia, en esta primera parte nos encontramos frente a un tipo penal en blanco impropio o propio, dependiendo de si el reenvío es a la misma Ley General de Aduanas, a su Decreto Reglamentario o a su normativa especializada emanada del Directorio de la Aduana Nacional. En la segunda parte de este inciso, el verbo realizar también es connotativo de la acción de tráfico de mercancías, pero esta vez en violación de los requisitos esenciales exigidos por las normas aduaneras o por leyes especiales. No cabe duda que nos encontramos ante normas penales en blanco propias cuando se evidencia un reenvío a normas aduaneras sin hacer distinción de jerarquía normativa y también normas penales impropias de reenvío externo cuando se hace referencia a leyes especiales. Lo dudoso y riesgoso para la seguridad jurídica se encuentra en el conocimiento de esos requisitos esenciales, que pueden ser varios y cambiarse temporalmente por la administración aduanera si se trata solo de mejorar el procedimiento aduanero, esto sí afectaría la seguridad jurídica del ciudadano que no podría saber y estar seguro de haber completado todos los requisitos, cuando estos pueden ser concebidos a libertad del funcionario aduanero precisamente porque la normativa aduanera es dispersa cuando se trata de adoptar medidas orientadas al mejoramiento y simplificación de los procedimientos aduaneros a cargo del Directorio de la Aduana Nacional. Siendo leyes especiales las que se encarguen de establecer los requisitos, la dificultad es menor, porque aquellas mantienen cierto sentido de perdurabilidad en el tiempo y permiten además conocerlas con más amplitud. De ahí que como decía Mezger, si el supuesto de hecho se complementa dentro del mismo nivel normativo jerárquico, entonces es una norma completa sin mayores dificultades.

En el inc. c) quien realice tráfico de mercancías eludiendo el control aduanero o por vías u horarios no habilitados, de igual modo el elemento material es realizar tráfico de mercancías, pero la condición para la tipificación es que esa realización

de tráfico de mercancías se lo realice eludiendo el control aduanero o por vías u horarios no habilitados, en el primer caso nos hace entender que la actividad de tráfico de mercancías también puede ser secreto de tal modo que no se someta al control aduanero o en su defecto quien realice tráfico de mercancías escoge vías y horarios no habilitados sabiendo cuales son éstas como permitidas por la normativa aduanera. Desde este punto de vista, el precepto parecería claro y no merecería complemento, sin embargo las vías u horarios son determinados por la Aduana Nacional, más concretamente a través de Resoluciones del Directorio de la Aduana Nacional, lo que entraña modificabilidad en el tiempo, si existiera requerimiento de los operadores y usuarios o se tome en cuenta la importancia del comercio exterior atendiendo los acuerdos y convenios internacionales; el reenvío en esta parte es hacia una Resolución del Directorio de la Aduana Nacional, tal como se establece en el Art. 85 del Reglamento a la Ley General de Aduanas, lo que no permitiría obrar con seguridad jurídica pues como se trata de una normativa inferior la que establezca las vías y horarios, su difusión tendría que ser tan amplia para llegar a todos los que introduzcan o extraigan mercancías del territorio aduanero, cosa que no ocurre normalmente y por ello mismo la norma penal supeditada a los cambios de vías y horarios, sería una norma penal en blanco propia con una remisión obligada a las disposiciones emanadas del Directorio de la Aduana Nacional ante las cuales habría que acudir para conocer esas vías y horarios no habilitados. La legitimidad y admisibilidad de esta norma penal en blanco se verá más adelante.

En el inc. d) quién realice transbordo de mercancías infringiendo disposiciones de esta Ley o las descargue en lugares distintos de la aduana de destino, salvo fuerza mayor comunicada en el día a la administración de la Aduana. Su elemento objetivo expresado con la realización de transbordo de mercancías con infracción de las disposiciones de la Ley General de Aduanas, esta claramente demostrándonos la existencia de una norma penal en blanco impropia con reenvío interno hacia la misma Ley, lo que no ofrecería dificultades para el complemento

del precepto en esta parte, porque la misma ley establece las condiciones para efectuar lícitamente los transbordos, aunque el reglamento puede señalar algunos requisitos complementarios para la realización del transbordo, si eso es así, hay un reenvío normativo hacia una disposición legal de jerarquía inferior porque el Reglamento a la Ley General de Aduanas ha sido aprobado por Decreto Supremo N° 25807 emitido por el Poder Ejecutivo, en cuyo caso estaríamos ante una norma penal propia, sin embargo de la lectura del Reglamento en materia de transbordos no existen requisitos adicionales. Con relación a la segunda parte de este inciso, referido al descargue de la mercancía en lugares distintos de la aduana de destino, si nos remitimos al anexo de Glosario de términos aduaneros y de comercio exterior, definiciones aplicables que se encuentra en la misma Ley General de Aduanas, entenderemos que la Aduana de Destino es toda oficina aduanera donde finaliza una operación de tránsito aduanero. Esta definición y el registro que contiene el Manifiesto Internacional de Carga donde se consigna la Aduana de destino, no ofrece mayores dificultades para encuadrar típicamente la conducta de quien descargue la mercancía en lugares distintos de la aduana de destino, salvo la situación de fuerza mayor contemplada en el tipo.

En el inc. e) Quien comercialice mercancías transportadas ilegalmente. El verbo comercializar como connotativo de la acción, en sí misma no es típica sino cuando se refiere a mercancías que han sido transportadas ilegalmente, consecuentemente el tipo penal condiciona la tipicidad de una conducta a la demostración de la ilegalidad del transporte de las mercancías, por supuesto esto implica una abierta interpretación por parte del Fiscal o la Administración aduanera a hora de formalizar su acusación, su carácter genérico sería tan exageradamente abierto que violentaría la seguridad jurídica del ciudadano quien no podría conocer con precisión cuando el transporte de mercancías es ilegal, es decir, será ilegal el transporte de mercancías no cumpliendo la Ley General de Aduanas en sus Títulos IV y V referidos a las formalidades aduaneras y Regímenes aduaneros respectivamente, y adicionalmente el Reglamento o las medidas adoptadas por el

Directorio de la Aduana Nacional. Es indudable que nos encontramos frente a una norma penal en blanco propia, con un reenvío que tiene un carácter genérico que cualquier incumplimiento de la normativa aduanera en transporte de mercancías podría ser considerado ilegal, la inseguridad jurídica es patente en este caso.

El inc. f) Quien realice tráfico o comercialización de mercancías extranjeras dentro del territorio nacional sin el amparo de la respectiva documentación aduanera conforme a lo establecido en el Artículo 4to de la presente Ley. Quien retire del control aduanero mercancías no comprendidas en la Declaración Aduanera que ampara el régimen al que debieran ser sometidas. En el análisis de esta norma, se puede identificar a los verbos realizar y retirar como realizadores de la conducta, sin embargo en la primera parte, el tráfico o comercialización de mercancías extranjeras dentro del territorio nacional sin la documentación aduanera tiene una referencia al Art. 4to de la misma Ley General de Aduanas, es decir, supuestamente es este articulado el que nos daría a conocer la documentación aduanera exigida para realizar el tráfico o la comercialización de las mercancías extranjeras, empero, de la simple lectura del Art. 4to, no existe ninguna referencia a la documentación aduanera que se exige, sólo se identifica el territorio aduanero y su división en zona primaria y zona secundaria, aclarándose inmediatamente lo que debe entenderse por estas dos zonas. Véase entonces que la remisión a un articulado de la propia ley, para completar el precepto, podría ser configurada como una norma penal en blanco impropia, pero una vez reenviado a dicho artículo no completamos el precepto con la mención de los documentos aduaneros necesarios para realizar el tráfico o comercialización de mercancías extranjeras dentro del territorio nacional y aún cuando no nos remitiera a dicho artículo 4to, existiría todavía incertidumbre sobre cuáles son los documentos aduaneros que se requieren para comercializar mercancías dentro del territorio nacional, lo que configuraría a la norma como una norma penal en blanco propia, pues se tendrían que acudir a diversas disposiciones legales de rango legislativo y de rango administrativo para conocer de la documentación respectiva que ampare la

comercialización de mercancías, más aún si se tiene en cuenta los regímenes aduaneros previstos en la Ley General de Aduanas. En la segunda parte del inc. f) el elemento material que contiene el precepto no merece mayores observaciones porque sólo bastaría con comprobar que las mercancías retiradas del control aduanero no se encuentran comprendidas en la Declaración aduanera del régimen correspondiente.

El inc. g) Quien tenga o comercialice mercancías cuya importación se encuentre prohibida. Las características de realización de esta conducta se dan por el simple hecho de encontrarse en posesión de mercancías cuya importación se encuentre prohibida o por las comercialización de las mismas. Aparentemente no existe ningún problema en la tipificación, sin embargo cuáles son las mercancías cuya importación se encuentra prohibida, la Ley General de Aduanas en su Art. 85 establece una especie de prohibición al referirse a mercancías nocivas para el medio ambiente, la salud y vida humanas, animal o contra la preservación vegetal, así como las que atenten contra la seguridad del Estado y el sistema económico financiero de la Nación y otras determinadas por ley expresa. Este es un reenvío interno para completar el precepto del inc. g), una norma penal impropia con reenvío interno como diría Mezger, pero también al referirse a una ley expresa, sería una norma penal impropia con reenvío externo; así no parece existir problemas de tipificación, sin embargo, en el Art. 117 del Reglamento a la Ley General de Aduanas, expresa y nominalmente se establecen las mercancías prohibidas de ingreso a territorio nacional, es decir, aquí la Reglamentación a la Ley completa la norma penal señalando específicamente las mercancías prohibidas y con ello le otorga al Poder Ejecutivo la facultad de completar la norma penal con el detalle de las mercancías prohibidas, generando una norma penal en blanco propia, no obstante de que el Art. 85 hace referencia a la ley expresa para la determinación de las mercancías prohibidas de importación.

El inc. h) Quien tenga mercancías extranjeras sin la autorización de la Aduana

Nacional o comercialice mercancías, mientras están bajo el Régimen de Tránsito Internacional ingresadas a territorio nacional bajo el régimen de tránsito aduanero internacional

Partiendo de la segunda parte, la prohibición contenida en la norma primaria es clara, se prohíbe la comercialización de mercancías mientras se encuentren bajo el régimen de Tránsito Internacional ingresadas al territorio nacional bajo dicho régimen. La norma secundaria también es clara, pues la conminatoria de la pena va dirigida a aquellos que comercializan mercancía ingresada bajo régimen de tránsito aduanero especial, y este régimen aduanero especial se encuentra establecido en la misma Ley General de Aduanas, por lo que no hay problema para la comprobación del régimen aduanero de tránsito internacional, además de que dicho régimen se constituye en un elemento normativo propio de este tipo penal porque supone una valoración jurídica propia del juzgador a la hora de tipificar una conducta, remitiéndose al contenido y alcance normativo de ese régimen expuesto en el Art. 102 y siguientes de la Ley General de Aduanas. El problema se encuentra en la primera parte del inciso h) cuando se refiere a la tenencia de mercancías extranjeras sin la autorización de la Aduana Nacional, esta es una típica norma penal en blanco propia porque obliga necesariamente a realizar un reenvío a un acto administrativo en forma de resolución administrativa o simple nota de funcionario público que atendiendo razones que considere justificadas puede autorizar a nombre de la Aduana Nacional la tenencia de mercancías extranjeras mientras se encuentra bajo el régimen de tránsito internacional, aquí vale la pena aclarar que la tenencia, entendemos que se refiere a la aprehensión de hecho que existe sobre las mercancías en forma individualizada o en conjunto, pues porque la mercancías bajo este régimen de tránsito internacional se encuentran con sellos y precintos de seguridad, tal como se establece en los Artículos 103 y 104 de la misma Ley General de Aduanas, por tanto no se encuentran disponibles, ni nadie puede encontrarse en tenencia de las mismas mientras se encuentran bajo el régimen de tránsito aduanero internacional, razón por la que de darse esta tenencia requiere necesariamente

contar con la autorización de la Aduana Nacional, vaya a saberse bajo que razones y dependerá extraordinariamente de esta autorización la labor de tipificación. Sobre su posible legitimidad y admisibilidad se verá más adelante.

El inc. i) Quien infrinja otras disposiciones expresamente señaladas en la presente ley, Es evidente que nos encontramos frente a un reenvío normativo en la misma ley, por tanto una norma penal en blanco impropia, pero no obstante de ese reenvío interno, el determinar la infracción de disposiciones expresas de la Ley General de Aduanas, es harto difícil porque la simple inobservancia de algún requisito formal en una operación aduanera podrá comprometer gravemente la conducta hasta hacerla caer automáticamente en la tipificación del inc i), cualquier infracción de la Ley General de Aduanas, sea por inobservancia o imprudencia, provoca echarle mano a este tipo penal y encauzar el proceso por más mínima que sea la infracción, porque se trata de una acción penal pública. Entonces la discrecionalidad en la adecuación típica es extremada y peligrosamente amplia y genera una absoluta inseguridad jurídica. No cabe duda de que se trata de una norma penal en blanco que aunque es impropia por el reenvío interno, abre una puerta amplia e insegura a la tipificación con límites inciertos y por ello con un alto grado de subjetivismo.

El inc. j) Quien realice cualquiera de los actos señalados en el Art. 66 numeral II de la presente Ley. Este reenvío normativo es interno, por tanto norma penal en blanco propia. Si nos remitimos al artículo referido, la tipicidad se encuentra caracterizada por la no entrega de los documentos de transporte normalmente exigibles por la administración aduanera, por sus características de inactividad de un no hacer, esta es una omisión punible por tanto típica porque se encuentra descrita por el inc a) del párrafo II del Art. 66 de la Ley General de Aduanas. En segundo lugar se incurre en la tipificación del inc. j) cuando el ingreso de la mercancía se realiza por un lugar no habilitado del territorio nacional. Esta descripción típica es reiterativa de la contenida en el inc. c) del Art. 166 de la Ley

General de Aduanas, al cual me remito en su explicación. En tercer lugar si la descarga de la mercancía se efectuó sin la previa entrega del Manifiesto Internacional de Carga a los depósitos aduaneros autorizados, el elemento objetivo de esta conducta tampoco merece un mayor análisis, aunque si una consideración sobre su exagerada valoración para ser punible, porque el simple hecho de haber efectuado la descarga antes de la entrega del Manifiesto Internacional de Carga es contraproducente a un Derecho penal de ultima ratio.

Conforme a la corriente finalista que adquiere nuestro Código Penal, entendemos que las conductas así descritas en la Ley General de Aduanas, son dolosas, de tal modo que la culpa no existe en la realización de estas conductas, debido al sistema de números cerrados para los tipos culposos que de acuerdo al Art. 13 quater del Código Penal Boliviano, la culpa tiene que encontrarse específicamente establecida.

Las sanciones establecidas para la comisión de este delito de contrabando se encuentra en el Art. 167 de la misma Ley General de Aduanas

Defraudación aduanera. Art. 168.- Comete delito de defraudación de tributos aduaneros quien dolosamente realice en la Declaración de Mercancías una descripción falsa o una operación aduanera declarando calidad, cantidad, valor, peso u origen diferente de las mercancías o servicios, así como los casos enunciados en el numeral I del Artículo 66° de la presente Ley, induciendo a la Aduana Nacional a error, mediante artificios o engaños del que resulte para el Estado un perjuicio económico.

Art. 169.- También comete delito de defraudación de tributos aduaneros quien para eludir el pago de los mismos, falsifique documentos relativos a inmunidades, privilegios o concesión de exenciones, o el que falsamente invoque personería referida a tales inmunidades, privilegios o concesiones o quien defraude con el

pretexto de remuneración a las autoridades de la Aduana Nacional, del Ministerio de Hacienda o a cualquier funcionario público.

Las sanciones para el delito de defraudación tributaria se encuentran en el Art. 170 de la misma Ley General de Aduanas.

En la descomposición del tipo penal contenido en el Art. 168, el elemento descriptivo de los aspectos externos de la conducta, conocido también como el tipo objetivo, se encuentra caracterizado por el verbo nuclear realizar, añadiéndose circunstancias modales de la acción como los artificios o engaños que acompañan la realización de la conducta, desde ya una conducta activa y no omisiva. Hasta aquí el tipo penal aparece completo en la hipótesis y no existe mayor problema para la tipicidad de una conducta, si bien es necesario aclarar que con respecto al tipo subjetivo, no se sabe porque el legislador enfatiza el dolo en la conducta, si no es para diferenciarlo de la culpa, pero tampoco se establece un delito culposo de defraudación aduanera, ni el fiscal, ni el juez puede considerar la imprudencia porque no lo autoriza la Ley General de Aduanas, ni está acorde con los criterios rectores del Código Penal, donde se ha adoptado el sistema de número cerrado para los delitos culposos, confirmando que la regla en el derecho penal esta dada por el delito doloso, de tal modo que la acción que no esté descrita por un tipo culposo específico, no constituye delito (¹³⁹). Se entiende que esta regla también es aplicable en la Ley General de Aduanas por razones de uniformidad en el criterio doctrinal, por tanto, no se entiende la razón por la que el legislador enfatice la conducta dolosa del Art. 168. Del mismo modo, se destaca en forma escrita que como resultado de la conducta realizada, el Estado sufra un perjuicio económico. Aquí también no se entiende el propósito para enfatizar el perjuicio económico, si también en la conducta de contrabando existe un perjuicio económico incluso mayor para el Estado que se constituye en el regulador del orden económico, pareciera que debemos entender con este artículo que si no

¹³⁹ Este sistema de número cerrado para los delitos culposos fue adoptado en la exposición de motivos de la Ley N° 1768 de modificaciones al Código Penal.

resultara perjuicio económico para el Estado entonces no habría delito, pues la sola actividad de defraudar no sería punible, no obstante la realización de los verbos, porque se requeriría una integración entre conducta y resultado. Como se trata de un tipo compuesto, los casos enunciados en el numeral I del Art. 66 de la Ley General de Aduanas hacen referencia al hecho de que la cantidad de mercancía existente sea superior a la declarada, que se hubiera omitido la descripción de la mercancía y que la mercancía no se relaciona con el Manifiesto Internacional de Carga. Produciéndose cualquiera de los tres casos, se entiende y concluye que la mercancía no fue declarada en el Manifiesto Internacional de Carga y por ello mismo, por expresa disposición del Art. 168, existe defraudación aduanera. Véase entonces que existe un reenvío normativo interno o una norma penal en blanco impropia con reenvío interno al Art. 66, párrafo I, sin embargo, su construcción típica es tan singular que no podemos evidenciar el verbo nuclear que es la palabra que gramaticalmente nos sirve para connotar una acción, más bien hay una suerte de deducción de hechos a partir de los tres casos del párrafo I del Art. 66 para llegar a la conclusión de que la mercancía no fue declarada en el Manifiesto y que esto bastaría para ser considerado defraudación aduanera. En todo caso el único referente que podría servirnos para determinar la forma de la conducta es la no-declaración de las mercancías, es decir una forma de conducta omisiva.

El Art. 169, ampliando la estructura típica del Art. 168, incorpora otras conductas como defraudación de tributos aduaneros y esto lo podemos observar en el verbo rector falsificar, en el verbo compuesto invocar falsamente y en el verbo defraudar. Como tipo compuesto, las tres conductas fijadas por la ley objetivamente constituye el elemento material de la defraudación en el Art. 169. Hay que agregar que en este tipo compuesto se incorpora para los tres supuestos de hecho un elemento subjetivo que no se refiere a la culpabilidad ni atiende al dolo o la culpa, sino a una característica subjetiva del sujeto activo que se caracteriza por una intención que va más allá de obtener un resultado típico, que va más allá de la

producción de la objetividad típica, la finalidad de eludir el pago de los tributos aduaneros. De no darse esta variable y requisito en la conducta, entonces no hay tipicidad.

La sanción establecida para el delito de defraudación de tributos aduaneros se encuentra en el Art. 168 de la Ley General de Aduanas.

Art. 171.- Comete delito de usurpación de funciones aduaneras, quién ejerza atribuciones de funcionario o empleado público aduanero o de auxiliar de la función pública aduanera, sin estar debidamente autorizado o designado para hacerlo y habilitado mediante los registros correspondientes, causando perjuicio al Estado o a los particulares. Este delito será sancionado con privación de libertad de uno a tres años.

A partir de este tipo penal la estructura de precepto y sanción van juntas, a diferencia de los anteriores, donde existían tipos preceptivos cuya sanción se encontraba en otra norma penal. En el tipo penal de usurpación de funciones aduaneras, el verbo ejercer caracteriza la conducta de usurpación en la que incurre el sujeto activo general, teniendo en cuenta que carece de la autorización, designación o habilitación legal que se requiere para ejercer las funciones aduaneras como funcionario aduanero auxiliar de la función pública aduanera. Existe una remisión a la disposición legal y acto administrativo que autoriza, designa o habilita la función pública aduanera, sólo así el juzgador podrá adecuar la conducta al tipo, por tanto nos encontramos frente a un reenvío de complemento hacia las propias normas aduaneras, será norma penal en blanco impropia de reenvío interno cuando su remisión es hacia la Ley General de Aduanas, será norma penal en blanco propia de reenvío externo cuando la remisión es al Reglamento de la Ley General de Aduanas. Por lo demás no existe mayor dificultad para el encuadramiento típico, salvo la demostración del perjuicio causado al Estado o a los particulares. Debe quedar claro en este punto que el perjuicio al que se refiere el tipo penal no refleja el resultado jurídico que trae consigo cada delito, esto es la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado,

pero sí un resultado material necesario a los efectos de adecuación típica de la conducta, pues el verbo nuclear gramaticalmente es un verbo transitivo, es decir que la acción del agente no se revierte sobre sí mismo, sino que trasciende en busca de una finalidad ejercitando atribuciones que precisamente pueden dar lugar a un perjuicio, a un resultado material objetivo tal vez apreciable económicamente o evidenciable en actos administrativos aduaneros, consiguientemente el perjuicio como resultado material es una exigencia típica que si no se demuestra, no permite la tipicidad, aún cuando el ejercicio de atribuciones del funcionario o del auxiliar de la función pública aduanera no tenga autorización, designación o habilitación.

Art. 172.- Comete delito de sustracción de prenda aduanera el que mediante cualquier medio sustraiga o se apodereare ilegítimamente de mercancías que constituyen prenda aduanera. Este delito será sancionado con privación de libertad de uno a tres años, con el resarcimiento de los daños y perjuicios y la restitución de las mercancías o su equivalente a favor del consignante, consignatario o propietario de las mismas, incluyendo el pago de los tributos aduaneros.

En el caso de los depósitos aduaneros, el resarcimiento tributario se sujetará a los términos de los respectivos contratos de concesión o administración.

Con el verbo sustraer o apoderarse se concretiza el elemento objetivo del tipo, sin embargo, es necesario aclarar que el apoderamiento ilegítimo al que se refiere, nos puede hacer generar un razonamiento inverso haciéndonos entender que puede existir un apoderamiento legítimo, entonces, observando el sentido y alcance del término ilegítimo, es posible sugerir un reenvío sin precisión de norma, un reenvío totalmente genérico que no nos permite completar el precepto adecuadamente y es posible que se genere una interpretación sobre el contenido del término cuyos límites son imprecisos jurídicamente cuando no gramaticalmente. No es dable, que el tipo penal contenga estos términos que

hacen discrecional e imprecisa la labor de tipificación. Como se trata de un tipo penal compuesto, los términos sustraer o apoderarse, son verbos transitivos simples donde la tipicidad se explica por la traslación de la actividad del agente hacia las cosas, en este caso mercancías que constituyen prenda aduanera que por lo mismo constituyen el objeto material de la conducta, ese trascender de la conducta en busca de una finalidad que hace que los tipos penales con verbo transitivo sean generalmente de resultado ⁽¹⁴⁰⁾

Art. 173^o.- Comete delito de falsificación de documentos aduaneros, el que falsifique o altere documentos, declaraciones o registros informáticos aduaneros. Este delito será sancionado con privación de libertad de uno a tres años y el pago de la multa de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 170 de la presente Ley.

Como se trata de un tipo penal compuesto, las palabras falsificar o alterar, son los verbos que gramaticalmente sirven para connotar la acción descrita en este tipo penal, coincidiendo con el momento consumativo del delito, son verbos transitivos simples que también tienen un objeto material, por tanto, tipos penales de resultado por la traslación de la actividad del agente hacia las cosas, en este caso documentos, declaraciones o registros informáticos aduaneros. En la sanción puede evidenciarse que el pago de la multa se condiciona a lo dispuesto en el Art. 170 de la Ley General de Aduanas, Este reenvío normativo para encontrar la cuantificación de la sanción de multa no ofrece ningún problema.

Art. 174^o.- Cometen delito de asociación delictiva aduanera los funcionarios o servidores públicos aduaneros, los auxiliares de la función pública aduanera, los transportadores internacionales, los concesionarios de depósitos aduaneros o de otras actividades o servicios aduaneros; consignantes, consignatarios o propietarios de mercancías y los operadores de comercio exterior que participen

¹⁴⁰ ALFONSO REYES ECHANDÍA, Ob. Cit. Pag. 51

en forma asociada en la comisión de los delitos aduaneros tipificados en la presente Ley. Este delito será sancionado con privación de libertad de dos a cinco años.

Se puede destacar a un sujeto activo plural y especial, plural porque pueden adecuarse a este tipo penal los funcionarios públicos, los auxiliares de la función pública aduanera, los transportadores internacionales, los concesionarios de depósitos aduaneros o de otras actividades o servicios aduaneros, consignantes, consignatarios y operadores de comercio exterior. El sujeto activo es especial, únicamente en relación con el funcionario o servidor público aduanero, de quien hay que demostrar precisamente esa cualidad para la tipificación. Ahora bien, la dificultad estriba en encontrar el verbo nuclear, aparentemente se encuentra en el término participar a lo que hay que agregar en forma asociada, podría ser una frase verbal, pero su construcción es deficiente, porque participar en forma asociada en la comisión de delitos aduaneros, significa precisamente eso, que debe existir una participación, una actuación para encontrarse en adecuación a este tipo penal, es probable que en esa interpretación estrictamente gramatical de la palabra participar, no constituya delito el que sólo se forme parte de la asociación sin participar en la comisión de delitos aduaneros, esta interpretación sería absolutamente legal a partir la significación del elemento material del tipo, tal vez esa no ha sido la intención del legislador y más bien pretendía sancionar la conducta por el sólo hecho de formar parte y no necesariamente por participar en la comisión de algún delito, tal como se tiene por ejemplo en la construcción típica contenida en los artículos 132 y 132 bis del Código Penal, donde la frase verbal formar parte, en tiempo presente, es suficiente para configurar el elemento material del tipo y con ello las características de un delito formal, en el que sólo se necesita demostrar que el sujeto forma parte de la asociación de la asociación delictuosa o de la organización criminal, pero en el tipo penal aduanero no se requiere demostrar eso, sino que exista una participación en la comisión de delitos aduaneros, cualquiera sea el delito aduanero, al fin y al cabo tiene que desarrollar

una conducta activa para adecuarse al tipo. Por otro lado en lo que respecta a norma penal en blanco, participar en forma asociada en la comisión de delitos aduaneros tipificados en la presente ley, quiere decir que existe un reenvío normativo interno hacia la propia Ley General de Aduanas, se trata entonces de normas penales en blanco impropias con reenvío interno, aspecto que no ofrece mayores problemas.

Art. 175º.- Comete delito de falsedad aduanera el servidor público que posibilite y facilite a terceros la importación o exportación de mercancías que estén prohibidas por ley expresa; o posibilite la exoneración o disminución indebida de tributos aduaneros, así como los que informan o certifican falsamente sobre la persona del importador o exportador o sobre la calidad, cantidad, precio, origen, embarque o destino de las mercancías. Este delito será sancionado con privación de libertad de dos a cuatro años.

Este tipo penal es mucho más específico si se quiere que la descripción contenida en el Art. 173 de la Ley General de Aduanas, porque los verbos possibilitar o facilitar se cumplen por el sujeto activo especial, en este caso el servidor público, para que se produzca la importación o exportación de mercancías que estén prohibidas por ley expresa o para exonerar o disminuir indebidamente tributos aduaneros. Pero al final también cometen este delito de falsedad aduanera quienes informan o certifican falsamente sobre la persona del importador o exportador o sobre la calidad, cantidad, precio, origen, embarque o destino de las mercancías, sus verbos rectores informar o certificar son connotativos de la acción. El objeto material constituido por las mercancías tiene que estar prohibida en su importación o exportación por ley expresa, es un reenvío expreso, una norma penal en blanco propia con reenvío externo. Vale lo analizado en el inc. g) del Art. 166 de la Ley General de Aduanas, porque está claro que esta Ley en su Art. 85 establece una especie de prohibición al referirse a mercancías nocivas para el medio ambiente, la salud y vida humanas, animal o contra la preservación vegetal, así como las que atenten contra la seguridad del Estado y el sistema

económico financiero de la Nación y otras determinadas por ley expresa, sin embargo, adicionalmente en el Art. 117 del Reglamento a la Ley General de Aduanas, expresa y nominalmente se establecen las mercancías prohibidas de ingreso a territorio nacional, esto supone que a la hora de tipificar, el fiscal y el juzgador recurrirán a la Reglamentación de la Ley General de Aduanas para completar la norma penal en la individualización de las mercancías prohibidas, lo que supone otorgar al Poder Ejecutivo la facultad de completar la norma penal con el detalle de las mercancías prohibidas, no obstante de que el Art. 85 hace referencia a la ley expresa, así como el tipo penal en análisis. Podemos agregar que la disminución indebida al que hace referencia este tipo penal, nos pone en contrasta con la disminución debida, lo cual quiere decir que también es necesario conocer los parámetros técnicos y legales que permitan alguna eventual disminución legal de los tributos aduaneros, originándose un reenvío a la normativa precisa que establezca la disminución, consiguientemente norma penal en blanco propia con reenvío externo toda vez que dichos parámetros técnico-legales se encuentran en el Reglamento de la Ley General de Aduanas y en sus disposiciones normativas inferiores.

Art. 176º.- Comete delito de cohecho activo aduanero cuando una persona natural o jurídica oferta o entrega un beneficio a un funcionario con el fin de que contribuya a la comisión del delito. El cohecho pasivo se produce con la aceptación del funcionario aduanero y el incumplimiento de sus funciones a fin de facilitar la comisión del delito aduanero.

Este tipo penal desarrolla las dos modalidades de cohecho, es decir, el activo y el pasivo. En el primer sentido el cohecho activo se caracteriza por el verbo rector ofertar (deberá entenderse como ofrecer) o entregar, los que realizan el tipo penal objetivo, sin embargo es necesario también acreditar un elemento subjetivo de tendencia interna trascendente como propone el profesor Zaffaroni, el fin, la ultraintención del tipo, que va más allá de su realización objetiva, es decir, la

finalidad de contribuir a la comisión del delito (deberá entenderse como delito aduanero). Llama la atención el hecho de que como sujeto activo se incorpore a una persona jurídica, sin ninguna base o explicación doctrinal en la exposición de motivos de la Ley General de Aduanas. En el segundo sentido, el verbo rector de la conducta es aceptar, sujeto activo especial, el funcionario aduanero que luego no cumple con sus funciones también con la finalidad de facilitar la comisión de un delito aduanero, es decir, la necesaria demostración de este elemento subjetivo como tendencia interna trascendente. El cohecho pasivo se produce con la sola aceptación del funcionario aduanero y el incumplimiento de sus funciones, por lo que estaría demás considerar un elemento subjetivo en el cohecho pasivo, porque de no demostrarse esa finalidad aunque hubiese aceptación, no habría delito. Vemos que aquí existe una imprecisión en la combinación de estos dos elementos, el material y el subjetivo.

Art. 177º.- Comete tráfico de influencias en la actividad aduanera cuando autoridades y/o funcionarios de la Aduana Nacional aprovechan su jurisdicción, competencia y cargo para contribuir, facilitar o influir en la comisión de los delitos descritos anteriormente, a cambio de una contraprestación monetaria o de un beneficio vinculado al acto antijurídico.

En los últimos dos delitos tipificados en los literales h) e i) del Artículo 165 de la presente Ley, se aplicarán las sanciones privativas de libertad determinadas por el Código Penal vigente.

Los verbos rectores del tipo se encuentran en los términos contribuir, facilitar o influir, que dan significación a la conducta o elemento material del tipo, agregándose un elemento subjetivo de tendencia interna peculiar como propone el profesor Zaffaroni cuando el sujeto activo especial, es decir, la autoridad o funcionario de la Aduana, aprovecha su jurisdicción, competencia y cargo, precisamente para materializar la conducta de contribución, facilitación o influencia en la comisión de los delitos aduaneros. No sería relevante el motivo por el que la

autoridad desarrolla su conducta, sin embargo el tipo exige que se demuestre que el motivo esa conducta sea porque ha recibido una contraprestación monetaria o un beneficio vinculado al acto antijurídico.

Tanto para los delitos de cohecho activo y cohecho pasivo, como para el delito de tráfico de influencias en la actividad aduanera, la sanción experimenta un reenvío normativo hacia el Código Penal, lo que nos hace entender que las penas aplicables serían las previstas en los artículos 145, 146 y 158, es decir, las que corresponden a cohecho pasivo propio, uso indebido de influencias y cohecho activo, respectivamente.

E. JUSTIFICACIÓN INICIAL DE LOS TIPOS PENALES ADUANEROS EN BLANCO.

No obstante que en la exposición de motivos de la Ley General de Aduanas no se ha expresado la “voluntas legis” del legislador para explicar el por qué de la incorporación de los delitos aduaneros y menos el por qué de las técnicas imprecisas en la tipificación y la aparición de tipos penales aduaneros en blanco; es posible que la única explicación se encuentre en la doctrina penal y en los cambios científico-tecnológicos que se están dando en el mundo, más aún con la globalización de la economía que ha permitido considerar nuevas formas de delincuencia de los llamados económicos y por tanto ha permitido también afianzar la labor intervencionista del Estado en la dirección de la economía y muy particularmente cuando el Poder Ejecutivo de Bolivia, en su función de administrar las rentas nacionales, esto quiere decir, obtener las contribuciones tributarias, pretende mayores ingresos impositivos y con ello mayor solvencia fiscal para cumplir otros fines. Puede entonces, la doctrina explicar la aparición de nuevas actividades económicas y el acrecentamiento de las mismas con la necesidad de ser reguladas en ámbitos propios del derecho y sólo acudir al derecho penal como “ultima ratio” para lograr el cumplimiento más efectivo de la norma reguladora.

Este es el alegato que nos sirve para poner en vigencia el derecho penal económico y en particular el llamado derecho penal aduanero.

Como está dicho, los tipos penales aduaneros configurados como normas penales en blanco presentan a primera vista problemas de constitucionalidad con el principio de legalidad de los delitos y de las penas, sin embargo no es posible prescindir de ellas por completo, porque la normativa aduanera vigente en el país sigue siendo difusa y sigue provocando conflictos de manejo e interpretación. Esta es la primera justificación para mantener los tipos penales en blanco en la Ley General de Aduanas. Si bien en la dogmática penal se destacan dos causas que justificarían la persistencia de las legislaciones en el uso de las normas penales en blanco: la variabilidad de las situaciones de las cuales depende la lesión del bien jurídico protegido por el tipo en blanco, y la necesidad de someter a una pena al conjunto de las infracciones a la regulación jurídica de una materia más o menos compleja; ésta última refleja sin lugar a dudas la vigencia de los tipos penales aduaneros en blanco. Sin embargo, no puede pasar inadvertido el hecho de que al haberse formulado tipos aduaneros en blanco en la Ley General de Aduanas, acudiendo a la doctrina y a la Constitución Política del Estado, es ineludible concluir que el gran principal problema planteado por estos tipos penales en blanco aduaneros y en general por todas las normas penales en blanco es el de su admisibilidad constitucional, blanco de todo ataque cuando se enarbola el principio de legalidad de los delitos y de las penas, conforme se analizará en el próximo capítulo.

CAPITULO III
LA ADMISIBILIDAD CONSTITUCIONAL DE LOS TIPOS PENALES
ADUANEROS COMO NORMAS PENALES EN BLANCO.

Se ha pretendido hasta esta parte, concentrar un estudio exegético del principio de legalidad de los delitos y de las penas, encontrando sus fundamentos en un modelo de Estado de Derecho que le permite tener vida y aplicación. Este relacionamiento con el Estado de Derecho, involucra necesariamente el señalamiento de un auténtico poder social y el único legítimo para crear el ordenamiento jurídico a partir de la Constitución Política del Estado, ese pacto social al que hacía alusión la tesis Rousseasiana, cobra una dimensión mayor y trascendental al instituirse la voluntad constituyente, como la fuente del poder político y jurídico y como decía Recasens Siches el poder constituyente es por esencia unitario e indivisible, es el fundamento omnicompreensivo de todos los demás poderes y de sus delimitaciones, el mismo autor señala la tesis de Sieyes citado por Carl Schmitt que la elaboración de una constitución primera supone ante todo un poder constituyente, y así, del concepto mismo de Constitución se deduce la diferencia entre el poder constituyente y los poderes constituidos: estos derivan su título de unidad del poder soberano; agrega el autor Siches que todas las competencias, facultades y poderes constituidos se fundan en la constitución fundamental o primera y como esta es obra del poder constituyente, derivan de él; finalmente citando al jurista suizo Batel del siglo XVIII manifiesta que los legisladores derivan su poder de la Constitución, y por tanto no pueden cambiarla sin destruir los fundamentos de su autoridad ⁽¹⁴¹⁾. Este es el cimiento sobre el cual descansa el principio de legalidad de los delitos y de las penas, pues representa la voluntad soberana del pueblo a través de sus legisladores, primero fundada en la Constitución y luego reproducida en las leyes.

¹⁴¹ LUIS RECASENS SICHES. Estudio de Filosofía del Derecho. Tomo I, parte sistemática, México 1946. Edit. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, Tercera edición, Pág.287.

A. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL PROBLEMA DE ADMISIBILIDAD CONSTITUCIONAL DE LAS NORMAS PENALES EN BLANCO.

Tanto las normas penales en blanco propias como impropias tienen el conflicto con el principio de legalidad e los delitos y de las penas previsto en la Constitución, por tanto tienen un problema constitucional para ser admitidas legítimamente en el ordenamiento jurídico que no puede permitirse esta contraposición. Las normas penales en blanco propias, como se ha visto en los tipos penales aduaneros contradicen el “*nullum crimen sine lege scripta*”, incluso el principio de la irretroactividad con el “*nullum crimen sine lege praevia*” y el principio de certeza con el “*nullum crimen sine lege certa*”, el principio de reserva de la ley penal con el “*nullum crimen sine lege stricta*”, y las normas penales en blanco impropias de reenvío externo pueden poner en duda la vigencia del principio “*nullum crimen sine lege certa*” o el principio del “*nullum crimen sine lege stricta*” y el principio del “*nullum crimen sine lege praevia*”.

Del análisis realizado sobre los tipos penales aduaneros en blanco, parece inevitable afirmar que la exclusión total de ellas resulta prácticamente imposible, por lo menos visto y deducido en las dificultades técnicas del legislador. El autor Enrique Cury decía que si al legislador se le veda el recurso a la ley en blanco, se teme que intente salir del paso consagrando tipos indeterminados, aún más riesgosos para las garantías derivadas del principio de legalidad. Afirma el citado autor que pareciera que nos encontramos en un callejón sin salida, en el cual, o renunciamos al principio de reserva o, cuando menos, confesamos que este rige solo parcialmente, pues en ciertos casos hay que resignarse a prescindir de él, lo cual constituiría una limitación deteriorante del Estado democrático de derecho, pues, la vigencia absoluta del “*nullum crimen nulla poena sine lege*” es uno de los presupuestos de su existencia como tal ⁽¹⁴²⁾. Resignarse implica que debemos conceder atribuciones al Poder ejecutivo para que se encargue de completar la norma, lo que constituye un verdadero problema y esto ya lo expresaba el

¹⁴² ENRIQUE CURY. Ob. Cit. Pag. 57

tratadista argentino Carlos Creus que cuestionaba si las leyes penales en blanco pueden ser completadas por una disposición que no sea la ley en sentido formal, como por ejemplo un decreto del Poder Ejecutivo, decía que ese sería un procedimiento que permitiría alcanzar jerarquía de derecho penal a esta legislación material, refiere que una corriente doctrinaria rechaza la posibilidad de que el reglamento administrativo pueda operar como complemento, pues ello implicaría una forma de delegar en el poder administrador la facultad de crear delitos, lo cual desconoce el principio de legalidad, asimismo, citando a Zaffaroni manifiesta que existen mejores fundamentos cuando las posibilidades de remisión al reglamento administrativo dependen del carácter de la materia, según se trate o no de la que está reservada a dicha reglamentación: “la ley penal en blanco no es inconstitucional en tanto que su estructura venga impuesta por la división de los poderes del Estado”, por ejemplo en materia de policía sanitaria la administración tiene facultades para emitir normas, en cuyo caso la remisión a una de ellas como complemento de la ley penal en blanco es constitucionalmente viable. La ley en blanco sería inconstitucional por importar una delegación inadmisibles, cuando se refiera a materias que solo pueden ser legisladas por ley del Congreso: en estos casos sólo una ley formal puede operar como complemento.⁽¹⁴³⁾

Del mismo modo el profesor Diego Manuel Luzón Peña referirse a las normas penales en blanco menciona que en cuanto al rango de la norma complementadora, un sector de la doctrina defiende un concepto estricto de la norma penal en blanco, según el cual tal nombre debe reservarse para las leyes penales cuya remisión es a una norma de rango inferior, reglamentario o incluso a una disposición o acto administrativo de una autoridad y que por tanto suponen una delegación a una autoridad inferior y precisamente este supuesto de determinación del supuesto de hecho delictivo por parte de una norma inferior es el que plantea dudas sobre su compatibilidad con el principio de legalidad. En cambio, la doctrina mayor defiende un concepto amplio de la ley penal en blanco,

¹⁴³ CARLOS CREUS. Derecho Penal, parte general. Buenos Aires 1999, Edit. Astrea, cuarta edición, Pág.. 73

que también comprende los casos en que la norma penal se remite a otra con rango igualmente de ley. Asimismo, el profesor Luzón Peña manifiesta que sobre la admisibilidad y compatibilidad con el principio constitucional de legalidad de las leyes penales en blanco que remiten a reglamentos, la doctrina está dividida, la doctrina alemana las considera admisibles, en Italia se parte de que en materia penal rige la “reserva absoluta de la ley”, aunque la corte Constitucional italiana entiende que la reserva absoluta de la ley no se infringe si la ley establece de modo suficientemente determinado el supuesto de hecho delictivo. La doctrina española admite con cierta resignación este tipo de leyes, argumentando que vienen exigidas en ciertos campos por la complejidad técnica o carácter cambiante de la materia y exige que el núcleo esencial de la acción prohibida ya esté descrito por la propia ley penal en blanco. ⁽¹⁴⁴⁾

En correspondencia con las anteriores opiniones, existe la alternativa de aceptar la compatibilidad de las leyes en blanco y el principio de legalidad de los delitos y de las penas, cuando en la consagración y aplicación de aquellas se cumplen ciertas exigencias técnicas del tipo que garanticen el cumplimiento de las funciones políticas atribuidas al principio de legalidad, muy especialmente la función de garantía. De esta manera el legislador contará con la posibilidad de recurrir a la técnica del reenvío en la construcción de los tipos cuando sea imprescindible para la incriminación de ciertos hechos; pero al hacerlo deberá someterse a determinados límites, así como también la instancia inferior encargada de formular la disposición de complemento, y a todos los tribunales a los que concierne la interpretación y aplicación de la norma en su conjunto. Solo así podríamos conciliar las exigencias del principio de legalidad de los delitos y de las penas con las necesidades prácticas de la materia, su carácter cambiante y su complejidad técnica en determinado campo, cuyas regulaciones extrapenales de rango inferior colaboran a la determinación del supuesto de hecho delictivo, criterio que es seguido por la doctrina española y que puede ser perfectamente aplicable en los

¹⁴⁴ DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, Ob. Cit. Pag. 148

tipos penales aduaneros.

B. LA SITUACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL BOLIVIANO.

Recordemos que la Constitución Política del Estado boliviano ha consagrado el principio de legalidad de los delitos y de las penas, positivizando las garantías derivadas del principio en las siguientes disposiciones: La garantía criminal y la garantía penal en el parágrafo IV del Art. 16 de la Constitución, al determinarse que “la condena penal debe fundarse en una ley anterior al proceso”, la Constitución ha asegurado la ley previa que defina el delito y establezca la pena y al mismo tiempo ha proclamado conjuntamente con el Art. 33 de la misma norma fundamental, la no-retroactividad de la ley penal, por tanto ambos, delito y pena tienen que encontrarse en una ley anterior a la iniciación del proceso, en el mismo sentido el Código Penal boliviano, de manera más explícita, en su Art. 4 dice: “Nadie podrá ser condenado o sometido a medida de seguridad por un hecho que no esté expresamente previsto como delito por ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sujeto a penas o medidas de seguridad penales que no se hallan establecidas en ella”. Esta clara la vigencia del “nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta, stricta y certa”, sin embargo, no existe una disposición clara con respecto a la prohibición de las leyes penales en blanco, es decir a la posibilidad de encontrarnos frente a normas incompletas o imperfectas cuyo precepto pueda ser completado con normas de rango inferior, así por ejemplo en la Constitución chilena, en el Art. 19, num. 3°, inciso octavo dice que “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”, en su redacción original, decía que “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona *esté completa y expresamente* descrita en ella”. Esta visto que con ello se deseaba recalcar que las leyes penales no podían ser desarrolladas por reglamentos ni disposiciones emanadas del gobierno o de la administración y que *debían bastarse a sí mismas*, de suerte que,

cuando no es así, no hay delito ni pena (¹⁴⁵).

No obstante que nuestra Constitución no ha podido ser más expresa en la prohibición de las normas penales en blanco, el parágrafo IV del Art. 16 hace referencia solo a la ley para definir delitos y concretar la sanción, por lo que desde este punto de vista las normas penales en blanco con reenvío a normas reglamentarias inferiores a la ley, serían inconstitucionales. Sin embargo, en la práctica y con el Código Penal, existen normas en blanco con reenvío externos a normas reglamentarias extrapenales y de rango inferior a la ley, como también ocurre con La Ley General de Aduanas, por esto mismo, forma parte del ordenamiento jurídico y se ha constituido en una necesidad práctica de la que no podemos sustraernos y más bien nos pone el reto de considerar su conciliación con el principio de legalidad de los delitos y de las penas, atendiendo su importancia como técnica legislativa y su posible admisión constitucional. En la doctrina alemana del cual es uno de sus exponentes Klaus Tiedemann, haciendo hincapié en el Derecho Penal Económico, en el cual se generan más normas penales en blanco, dice que hay que negar su inconstitucionalidad y por tanto su nulidad en los casos en los cuales el tipo penal proporciona por lo menos la conducta incriminada y solamente remite a disposiciones legales o actos administrativos para otras cuestiones valorativas (¹⁴⁶). Esto nos indica que la doctrina alemana, acepta sin mayores dificultades la norma penal en blanco, aunque sí reconoce que plantea problemas constitucionales con respecto al principio de taxatividad.

¹⁴⁵ Cita de las actas oficiales que realiza Enrique Cury de la Comisión de Estudio de la nueva constitución chilena. Ob. Cit. Pag. 60

¹⁴⁶ KLAUS TIEDEMAN. Derecho penal y nuevas formas de criminalidad. Ob. Cit. Pag. 38

C. ELEMENTOS DE LA DOGMÁTICA PENAL PARA LA CONSIDERACIÓN DE LOS TIPOS PENALES ADUANEROS FORMULADOS COMO NORMAS PENALES EN BLANCO.

a. Consideración previa sobre la función de garantía del tipo, condicionante en la formulación de normas penales en blanco.

Es necesario partir de un presupuesto básico para iniciar la consideración de los tipos penales aduaneros como normas penales en blanco, de la función que cumple el tipo penal, la función de garantía, porque el fundamento principal del *nullum crimen sine lege praevia et stricta, scripta y certa* consiste en la necesidad de garantizar al ciudadano su seguridad jurídica, que siempre le sea advertido la imposición de una pena si realiza una conducta prevista en una ley preexistente, este nexo de comunicación entre el Estado y el ciudadano permite llevar adelante un mensaje motivacional para que el ciudadano no incurra en la conducta descrita en la ley penal, esa es la garantía que hay que precautelar, sin embargo, dice Enrique Cury, la ley formal puede cumplir esta función de "advertencia" sin ofrecer por sí misma una descripción pormenorizada de todas las circunstancias cuya concurrencia se requiere para que una cierta acción u omisión sea objeto de un castigo, pues sería suficiente que se alerte al ciudadano de que tal o cual conducta activa u omisiva puede llegar a ser sancionada con una pena si se la ejecuta con ciertos presupuestos especificados en una norma distinta, de igual o inferior jerarquía, esto significaría que el ciudadano estaría pendiente para informarse sobre la normas de complemento que tendrían que cumplir ciertos requerimientos para que los destinatarios conozcan con certeza la índole de las obligaciones que les imponen y coincidiendo con Enrique Cury, lo que importa es la función de garantía del tipo y esto sólo es posible si la norma penal en blanco cumple con el requisito necesario de describir la conducta que bajo ciertos presupuestos puede llegar a ser castigada con una pena, de ser así, creo que también se debe valorar el hecho de que la norma penal en blanco no puede

entregar también la facultad de efectuar las decisiones sobre el desvalor de la conducta y esto no deja de ser preocupante, en especial si se considera que los mandatos y prohibiciones contenidos en la norma primaria serían elaborados por el órgano a quien se remita el complemento, más grave aún en las normas penales en blanco propias, cuando no en las normas penales en blanco impropias. Por tanto si se produce un reenvío externo hay que cuidar de establecer nítidamente el núcleo rector del hecho punible, esto es, la conducta correspondiente, de tal modo que la conducta no se divida entre dos o más preceptos, si así se utiliza la técnica de reenvío, entonces no habría riesgos para la seguridad jurídica de los ciudadanos frente a las amenazas punitivas y así el tipo estaría cumpliendo su función de garantía.

Si en función del principio de tipicidad, que es la determinación del tipo penal, afirmamos que un hecho solo es punible si se encuentra descrito como tal en una ley, esta claro que se pretende generar una garantía eficaz, y para que eso sea así, es necesario que la norma primaria en sus mandatos o prohibiciones, se identifiquen de manera clara que el ciudadano corriente al imponerse de la descripción, esté en condiciones de saber lo que puede hacer o no hacer sin exponerse a un castigo. Esto reafirma una vez más el grado motivacional del tipo y su función de garantía. Ahora bien, si se aplica este principio fundamental a la norma complementaria de la ley en blanco, Enrique Cury dice que habría que enunciarlo así: la disposición complementaria debe formularse de manera que, conjuntamente con la ley en blanco, describa el hecho mandado o prohibido de tal modo que, al conocerlas, un hombre común sepa precisamente lo que debe hacer o no hacer para evitar la imposición de una pena.

b. Las llamadas “circunstancias” concurrentes en la conducta como parámetros para justificar el reenvío normativo.

A partir del anterior presupuesto, es interesante el análisis que nos ofrece el autor Enrique Cury cuando realiza una exégesis de la descripción de la conducta, empieza su examen considerando que los tipos penales son, fundamentalmente, descripciones de *conductas*, es decir, de *acciones u omisiones*, y el legislador no podría conminar con una pena los verbos nucleares, como sustraer, matar, lesionar, falsificar, estorbar, impedir, etc, sino vienen como forma de ejecución de una conducta, como desarrollo de una acción o actividad que es la concreción del verbo nuclear, agrega que existen también circunstancias distintas a la conducta, que como su nombre lo indica son particularidades que la "circundan", que preexisten, coexisten o incluso derivan de ella, pero no pertenecen a su entidad; que se encuentran fuera de ella, "rodeándola". Debe entenderse que los tipos no describen conductas puras, sino que van rodeadas de esas circunstancias, como estados, situaciones, calidades o relaciones que preexisten o coexisten a la realización de la conducta descrita en el tipo y cuya concurrencia es requisito para la tipicidad, su presencia en el hecho es independiente de la voluntad del autor, en el sentido de que este las encuentra dadas y no puede modificarlas, de manera que su única alternativa respecto de ellas es ejecutar la conducta aceptando su concurrencia, o abstenerse de realizarla. Cuando el sujeto opta por actuar, incorpora ciertamente tales circunstancias a su voluntad de realización, porque quiere la conducta a *pesar* de que ellas están presentes; pero no es su actividad la que determina esa presencia, con la que inevitablemente tiene que contar. Esta explicación dogmática, podemos entenderla con los ejemplos que nos da el autor adecuándolo a nuestra realidad, por ejemplo, en el delito de peculado previsto en el Art. 142 del Código Penal boliviano, el sujeto activo seguramente le gustaría no ser funcionario público, ni tener a su cargo el dinero, valores o bienes de cuya administración está a cargo, lo mismo en un delito de bigamia previsto en el Art. 240 del Código Penal, el sujeto activo desearía no ser casado o en el delito de

hurto previsto en el Art. 326 del Código Penal, el sujeto activo desearía que la cosa mueble en lugar de ser ajena fuese propia, etc.; pero en todos estos casos la situación escapa a la determinación del sujeto, pero se le carga a su cuenta. Por tanto, las circunstancias en que deben realizarse la acción o la omisión según el tipo, no forman parte de ellas, aunque integran el tipo. Así, la ley penal en blanco no requiere referirse a esas circunstancias y puede remitir su precisión a la norma complementaria, si la ley formal en blanco ha informado al ciudadano que una determinada acción u omisión puede encontrarse sometida a pena cuando se la realiza en las circunstancias que determinará otra norma a la cual lo remite, lo que abre un espacio para considerar la admisibilidad constitucional de las normas penales en blanco ⁽¹⁴⁷⁾

c. Las condiciones objetivas de punibilidad, excusas absolutorias y limitaciones en el ejercicio de la acción penal, como parámetros para justificar los reenvíos normativos.

Siguiendo la interesante proposición del autor Enrique Cury, este nos dice que si para establecer una pena la ley tiene que describir expresamente la conducta, no necesita en cambio hacer lo mismo con las condiciones objetivas de punibilidad, es decir con las circunstancias eximentes de responsabilidad penal, ni con las excusas legales absolutorias o las posibles limitaciones sobre el ejercicio de la acción penal de las cuales se proponga hacer depender su imposición, porque en todos estos casos, la ley hace depender la punibilidad del hecho típico de situaciones que escapan por completo a la voluntad de realización del autor, cuando preexisten, no es necesario que conozca su concurrencia; adecuando sus ejemplos a la realidad boliviana, tenemos la relación conyugal o de familia en la hipótesis de la eximente de pena referente a ciertos delitos contra la propiedad tal como lo establece el Art. 359 del Código Penal boliviano, en este sentido según Cury, una disposición de complemento puede establecer estos aspectos como

¹⁴⁷ ENRIQUE CURY. Ob. Cit. Pag.61 y Pag. 71

condiciones objetivas, aunque no es frecuente, reconocer, todo lo cual puede ser remitido a otra disposición de la misma o inferior jerarquía, esto abre el segundo espacio para considerar la admisibilidad constitucional de leyes en blanco (¹⁴⁸).

Esta visto que en los tipos penales aduaneros, para hacer aplicable la solución doctrinal hasta ahora expuesta, no encontramos aquellas “circunstancias”, “condiciones objetivas de punibilidad” o “excusas absolutorias” sobre los cuales sea posible un reenvío a otra disposición legal de jerarquía inferior, incluso de la misma jerarquía. La Ley General de Aduanas trata por completo ella misma en el Título Décimo de los ilícitos aduaneros, las eximentes de responsabilidad penal y en cada tipo penal las “circunstancias” a las que se refiere el citado autor, sin considerar ninguna eximente de pena. Por esta brecha, no es posible legitimar las normas penales aduaneras en blanco.

d. Los accidentes de la acción concurrentes en la conducta como parámetros para justificar los reenvíos normativos.

Otra propuesta del autor chileno Enrique Cury, es con respecto a las modalidades o circunstancias de la acción, algún sector doctrinal lo llaman también accidentes de la acción, referido a las circunstancias del lugar, tiempo y modo, que determinan la forma de ejecución de la acción u omisión exigida por el tipo, así como se refieren a los medios e instrumentos o medios de ejecución como la violencia, fuerza, intimidación, abuso, engaño, ensañamiento, alevosía, etc., respecto de ellas presenta especial dificultad la pregunta relativa a si la admisibilidad constitucional de la ley en blanco requiere que se encuentren consignadas en ella misma, sin que le sea permitido remitir su precisión a la norma de complemento o si, por el contrario, es posible confiar a esta última, al menos en parte, la descripción de tales modalidades. Desde el punto de vista dogmático, ¿cuán detallada debe ser la descripción de la conducta en el tipo

¹⁴⁸ ENRIQUE CURY. Ob. Cit. Pag.62

penal?, ¿qué modalidades de la acción u omisión deben incluirse en tal descripción y cuáles, por el contrario, puedan abandonarse a la disposición complementaria? Estas preguntas no admiten ciertamente una respuesta categórica, de exactitud matemática, empero si se acepta una ley penal en blanco, esta debe cumplir con la función de garantía, *esto quiere decir que* la norma penal en blanco debe estar redactada en forma tal que, si no precisara de complemento, el ciudadano sabría cuál es la conducta que en tal hipótesis le estaría prohibida o mandada, de suerte que tendría que abstenerse de ejecutarla, entonces, es suficiente informar al destinatario de que una cierta conducta está del todo prohibida o mandada, así por ejemplo, con el Art. 210 del Código Penal, según el cual "el que al conducir un vehículo por inobservancia de las disposiciones de Transito o por cualquier otra causa originare o diere lugar a un peligro para la seguridad común, será sancionado con reclusión de seis meses a dos años", se puede observar que esa disposición cumple la exigencia señalada, ya que si se separa la descripción del reenvío, resultará una norma inteligible y determinada: "El que al conducir un vehículo...diere lugar a un peligro para la seguridad común..." El ciudadano al conocer una norma penal como esta sabría ciertamente que le está prohibido conducir un vehículo generando un peligro o generar peligro conduciendo un vehículo y por consiguiente, sabe que puede exponerse a la imposición de una pena. En cambio, cuando se realiza el mismo análisis con el Art. 356 del Código Penal: "el que violare las disposiciones relativas a la caza o a la pesca..." ¿Qué es lo que según la norma no se puede hacer o debe hacerse en todo caso? ¿A qué acción u omisión se refiere? Esta disposición es, por su carácter extremadamente genérico inconstitucional porque no describe expresamente conducta alguna. Para que el ciudadano sepa que una cierta conducta puede estar, en ciertos presupuestos, amenazada con una sanción, es preciso que se le diga cuál es dicha acción u omisión riesgosa. Así se estaría cumpliendo la función de garantía.

Revisando cada uno de los tipos penales observados como normas penales en

blanco de la Ley General de Aduanas, veremos que en el inc. c) del Art. 166 Contrabando, el tráfico de mercancías eludiendo el control aduanero o por vías u horarios no habilitados, puede llegar a contener esos accidentes de la acción con relación a las vías u horarios no habilitados, pues son circunstancias de tiempo y lugar que acompañan la realización de la conducta, por tanto si aquellas quedan a disposición de una norma complementaria que establezca las vías u horarios no habilitados, la advertencia de no llevar esa conducta estaría garantizando la función del tipo, pues el destinatario sabría que no debe traficar mercancías en vías y horarios no establecidos, correspondiéndole averiguar cuales son esas vías y horarios no habilitados, aún cuando se remita a disposiciones reglamentarias de baja jerarquía, como son las Resoluciones del Directorio de la Aduana Nacional, previsto en el Art. 60 de la misma Ley y en el Art. 85 de su Reglamento, admitiéndose de esta manera su legitimidad. Valen las anteriores consideraciones con relación al inc. b) del párrafo II del Art. 66 con relación al inc. j) del Art. 166 de la Ley General de Aduanas, cuando se refiere al ingreso por horario no habilitado del territorio nacional.

En el Art. 168, defraudación aduanera se puede evidenciar la existencia de accidentes de la acción con los artificios o engaños que acompañan la realización de esta conducta, que de remitirse a una norma complementaria, legitimaría la norma penal en blanco con relación a los medios, sin embargo no existe tal remisión, lo que no permite adecuarnos a la teoría propuesta por Enrique Cury.

e. Las consecuencias de la acción como parámetros para justificar los reenvíos normativos.

Siguiendo al autor chileno, propone la admisibilidad de la norma penal en blanco con relación a las consecuencias de la acción, manifestando que la forma en que debe describirse la conducta también tiene que ver con la determinación del *resultado* como exigencia para la perfección del hecho típico, es así que, si se

parte del presupuesto de que el resultado es solo la consecuencia de la conducta, es evidente que no requiere ser descrito por la ley en blanco y puede abandonarse a la norma complementaria la facultad de exigirlo o no, pero si un delito de resultado ya se encuentra descrito en tipo penal, la norma complementaria no tendría nada que hacer le está vedado introducir especificaciones que signifiquen prescindir de él, tales como aquellas que intenten transformarlo en un tipo de mera acción o simple actividad.

La mayor parte de los tipos penales que se analizan, por las consecuencias de la acción son delitos formales o de simple actividad, excepto el Art. 169 (defraudación de tributos aduaneros) con la conducta de falsificar, el Art. 171 (usurpación de funciones aduaneras) con el perjuicio al Estado, el Art. 172 (sustracción de prenda aduanera) con los verbos sustraer o apoderarse, el Art. 173 (falsificación de documentos aduaneros) con la falsificación o alteración de documentos, declaraciones o registros informáticos aduaneros, el Art. 176 (cohecho activo) con el verbo entregar un beneficio. En estos tipos penales, evidenciándose un resultado con los verbos transitivos, la norma complementaria no tiene nada que hacer, razón por la que no existe ningún reenvío para conocer estos resultados.

f. La consideración del tipo subjetivo como parámetro para justificar el reenvío normativo.

Con respecto al tipo subjetivo, si la ley en blanco no dice otra cosa expresamente, solo será punible el hecho doloso, por tanto la norma complementaria, no puede extender jamás la pena a la realización imprudente del tipo, porque eso implicaría modificar el núcleo de la conducta descrita por la ley en blanco y además atribuir al hecho culposo la misma sanción que en aquella se consagró pensando solo en el desvalor del doloso.

Todos los tipos penales aduaneros son dolosos, no se prevé la culpa en ninguno de ellos.

g. Los elementos subjetivos del tipo como parámetros para justificar el reenvío normativo.

Con respecto a los elementos subjetivos, distintos del dolo, cuya concurrencia decidirá sobre el carácter injusto de la conducta típica (ánimos especiales, propósitos ulteriores), esto es, lo que tradicionalmente se conoce como "elementos subjetivos del tipo" o "elementos subjetivos de lo injusto". La incorporación de los elementos subjetivos altera la naturaleza del injusto punible y con ello el sentido de las prohibiciones o mandatos, modificando la índole del bien jurídico protegido. Si estos elementos se encuentran en la norma complementaria, se sustrae al legislador la facultad de efectuar las valoraciones fundamentales que determinarán el campo de lo punible y se la transfiere imperceptiblemente a los órganos de la administración.

En los tipos penales aduaneros no existe esa situación, los únicos elementos subjetivos se encuentran en el Art. 176 (cohecho activo y cohecho pasivo aduanero)

h. Los requisitos del reenvío para justificar la norma penal en blanco.

La ley en blanco debe remitirse a una o mas normas complementarias determinadas, y no a una reglamentación completa de extensión variable. Solo de esta manera el tipo de injusto queda suficientemente determinado y se cumple con las exigencias del "*nullum crimen sine lege stricta*", cumplir con este requisito es sencillo cuando el reenvío se dirige a disposiciones que ya existen o se están promulgando conjuntamente con la ley en blanco, porque en tales casos la especificación puede hacerse refiriéndose directamente a los artículos correspondientes

En cambio, resulta más difícil si se remite a una reglamentación futura. En este último caso, la ley formal tiene que señalar con precisión las materias al quebrantamiento de cuya regulación ulterior asociará la pena, el reenvío normativo tiene que ser expreso, no tácito o sobreentendido, por ejemplo, el que sin autorización, el que ilegítimamente, el que indebidamente, esto no es claro, tiene que ser expreso.

El reenvío sea justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal. En un bien jurídico individual no hay razón para hacer una norma penal en blanco, esto acontece solamente con los bienes jurídicos colectivos.

Podemos observar que los tipos penales aduaneros formulados como normas penales en blanco tiene remisiones a la propia ley y a su Reglamento. Desde este punto de vista, las normas complementarias estarías determinadas cuando se hace precisión a alguna operación o régimen especial aduanero, o una norma precisa como el de los horarios y vías habilitadas, y aunque es una Reglamentación que ha sido expedida en forma posterior a la Ley General de Aduanas, cumpliría el requisito de precisión. Sin embargo, tipos penales aduaneros en blanco como los previstos en el Art. 166, inc. b) al hacer simple mención a las normas aduaneras o leyes especiales, el inc. d) al hacer mención genérica a la infracción de las disposiciones de la ley General de Aduanas, el inc. e) al incorporar el término ilegalmente o el inc. i) al referirse a la infracción de otras disposiciones expresamente señaladas en la Ley General de Aduanas, sin que se tenga idea de esas “otras disposiciones”; son absolutamente lesivas a la seguridad jurídica y violatorias a la función de garantía que por lo menos pretende rescatarse de las normas penales en blanco. En el mismo sentido el apoderamiento ilegítimo señalado en el Art. 172 (sustracción de prenda aduanera).

Asimismo, al margen del análisis anterior, está claro que el reenvío está justificado por el bien jurídico tutelado con carácter general, en este caso el interés fiscal de

la administración aduanera, o del Estado definitivamente, no es un bien jurídico particular, sino estatal, aunque claro está pueden acompañar otros bienes jurídicos de segunda importancia. Sin embargo, no justifican los reenvíos genéricos señalados.

i. Exigencias relativas a la disposición complementaria.

La jurisprudencia alemana referida por Klaus Tiedemann, de la que nos podemos valer, para este tema, ha concertado el criterio de que en la remisión de la ley penal en blanco a reglamentos, la materia de prohibición penalmente reforzada tiene que resultar ya suficientemente determinada a partir de la norma penal ensamblada con el reglamento estéticamente tomado como objeto de referencia, no se satisface esta condición cuando un reglamento expresamente tomado como objeto de la remisión es derogado y se dicta un nuevo reglamento del mismo contenido, en este caso el legislador debe adecuar la norma en blanco al nuevo reglamento y remitirla a él de modo expreso ⁽¹⁴⁹⁾.

Jescheck, manifestó en su obra Tratado de Derecho penal, que "las leyes en blanco son admisibles, aunque remitan a preceptos de otras leyes de contenido desconocido, pues hay que suponer que también estas leyes son adecuadas jurídicamente" ⁽¹⁵⁰⁾. A partir de esta afirmación se puede señalar que no existen reglas exactas y minuciosas sobre la manera correcta de formular un tipo penal, susceptibles de ser referidas a las normas complementarias de la ley en blanco, sin embargo, el notable autor Enrique Cury, señala que conforme a la opinión generalizada de la doctrina, la disposición complementaria está subordinada a la ley en blanco desde el punto de vista formal y desde el punto de vista material: ⁽¹⁵¹⁾

¹⁴⁹ KLAUS TIEDEMANN, Temas de derecho penal económico y ambiental. Peru 1999, Edit. Moreno S.A. Pag. 72.

¹⁵⁰ HANS HEINRICH JESCHECK. Ob. Cit. Pag. 150

¹⁵¹ ENRIQUE CURY, Ob. Cit. Pag. 93

i.1. La subordinación de la norma complementaria desde el punto de vista formal.

Señala que la norma complementaria tendrá una función siempre *limitativa*, nunca extensiva, la ley en blanco pone expresamente límites a la disposición complementaria, confiándole únicamente la precisión de ciertos aspectos del tipo, tales como la determinación del objeto material de la conducta o de un cierto plazo, en tales circunstancias, la norma de complemento no puede extender sus prescripciones a materias distintas de aquella que se le ha remitido. La norma complementaria establecerá solo la enunciación técnica detallada de la puesta al día de los hechos y objetos que presentan tal significación. En mérito de esta explicación, por ejemplo en el inc. g) del Art. 166 (contrabando) de la Ley General de Aduanas, referido a la comercialización de mercancías que se encuentren prohibidas, tiene un reenvío normativo externo hacia el Art. 177 del Reglamento de la Ley General de Aduanas que de manera específica y nominal nos da a conocer las mercancías prohibidas de ingreso a territorio nacional. Este tipo penal puede encontrar legitimidad porque la norma complementaria es expresa y no está facultado para complementar al precepto en ningún otro aspecto.

i.2. La subordinación de la norma complementaria desde el punto de vista material.

Significa esto que la disposición complementaria debe concurrir con la ley en blanco a integrar un tipo destinado a tutelar el mismo bien jurídico a cuya protección se orienta esta, de acuerdo con su sentido básico y el contexto de que forma parte, no obrar de esa manera, haría que el órgano del cual emana la norma complementaria estaría sustituyéndose al legislador en la tarea que le es absolutamente privativa, el de establecer los intereses categorizados a un plano jurídico.

La disposición complementaria no puede delegar a su vez en otra norma la función de rellenar el blanco, por razones de la función de garantía, esto ocasionaría que en la administración pública se forme una cadena de sucesión de remisiones que desnaturalizarían la norma complementaria y por ello harían inadmisibles las normas penales en blanco de origen. Lo anterior se combina con el hecho de que generalmente esas instancias inferiores cumplen funciones técnicas y especializadas, de manera que inconscientemente ponen el acento en las infracciones que pueden afectar la eficacia de sus objetivos, perdiendo de vista las finalidades de protección al bien o bienes jurídicos comprometidos que han inspirado a la ley formal.



CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

Primera.- A partir de la interpretación de las disposiciones generales en la Constitución Política del Estado, nuestro país toma los contornos y mecanismos de modelo de Estado democrático de Derecho, aunque con algunos ajustes sociales que pretenden configurarlo como Estado democrático y social de Derecho, pero sin una verdadera democratización económico-social, ni pleno ejercicio de los derechos y libertades del hombre, pese a que se han proclamado en nuestra Constitución Política del Estado, los derechos fundamentales del hombre, inalienables, imprescriptibles e inviolables y valores como la soberanía del pueblo, la división e poderes y sobre todo la dignidad, la libertad y la igualdad de la persona bajo el principio de la autoridad de la ley.

Segunda.- Como efecto natural del Estado de Derecho boliviano, se promueve la seguridad jurídica como un instrumento de convivencia social pacífica bajo un ordenamiento jurídico que cobra mayor notoriedad al contar con un Derecho Penal de raíces liberalistas que proclama al mismo tiempo el principio de legalidad de los delitos y de las penas, cuyo contenido valorativo es determinante para la conciencia y convivencia humana.

Tercera.- Se reconoce que el sistema jurídico en general y el sistema boliviano en particular pueden sufrir los embates de la sociedad moderna con todos sus adelantos tecnológicos y científicos, así como el Estado puede experimentar y experimenta un cambio al haberse reducido su intervencionismo en la economía nacional e implantado al mismo tiempo procesos de regulación económica sectorial, sin descuidar el principio de seguridad jurídica, permitiendo la incorporación de nuevos instrumentos legislativos punitivos que le permitan

encontrarse a tono con el nuevo Derecho Penal Económico y sus problemas complejos.

Cuarta.- La Ley General de Aduanas como fruto del cambio e inscrita dentro del Derecho Económico, intenta constituirse en un sistema normativo alternativo y moderno para resguardar el interés fiscal del Estado en el campo de los tributos aduaneros, incorporando delitos aduaneros como medidas de advertencia punitiva, lo que ha significado un alejamiento de los principios inherentes al Estado de Derecho y particularmente de los principios limitativos al poder punitivo del Estado, como el principio de prohibición de exceso, el principio de intervención mínima y el principio de legalidad de los delitos y de las penas.

Quinta.- La estructuración de los tipos penales aduaneros por parte del Poder Legislativo, ha incorporado sin tomar en cuenta la dogmática del Derecho Penal, normas penales en blanco que ponen en conflicto el principio de legalidad de los delitos y de las penas, sometiendo a riesgo innecesario la seguridad jurídica ciudadana con la ausencia o mal empleo de las técnicas legislativas.

Sexta.- Los tipos penales aduaneros en blanco pueden hacer descansar su legitimidad y admisibilidad en el ordenamiento jurídico constitucional a partir de su tratamiento doctrinal y dogmático en el Derecho penal y del respeto a las garantías de seguridad jurídica ciudadana como expresión de la vigencia de un Estado de derecho y de la permanente conformidad que se busca, producto de las reflexiones jurídico políticas actuales.

Séptima.- Debido a la complejidad técnica de la normativa aduanera y el carácter cambiante de la materia en relación con la economía nacional y las normas que rigen el comercio exterior, las normas penales aduaneras en blanco deben aceptarse en función del cumplimiento de dos requisitos fundamentales que preserven la función de garantía y seguridad jurídica exigidas por el principio de

legalidad de los delitos y de las penas en un Estado de Derecho:

1. Que la remisión de las normas penales aduaneras al Reglamento a la Ley General de Aduanas y normas inferiores generadas en la Administración Aduanera, sea absolutamente imprescindible y necesaria desde el punto de vista técnico para completar la descripción de la conducta, de tal modo que sin esa remisión sería imposible la descripción legal y por tanto la delimitación del ámbito de lo prohibido o lo mandado y también de lo permitido, es decir que la norma penal en blanco aduanera debe contener el núcleo esencial de la prohibición y únicamente el Reglamento y las disposiciones legales inferiores completarían la descripción legal en función de delimitar el ámbito de lo prohibido o lo permitido.
2. Que la norma penal aduanera describa el elemento objetivo y si corresponde el elemento subjetivo en el tipo, para delimitar la descripción de la conducta, excepto aquellos que no se puedan precisar técnicamente sin recurrir al Reglamento de la Ley General de Aduanas y normas inferiores emanadas de la Administración aduanera, la selección de estos elementos constitutivos del tipo se hará atendiendo criterios dogmático-jurídico penales para la construcción de un tipo, lo que no puede hacerse para una norma complementaria. Esto permitirá satisfacer la exigencia de certeza y la concreción de la conducta delictiva aduanera para que quede suficientemente precisa con la norma complementaria.

La compatibilidad constitucional estaría asegurada si se cumplen los requisitos anteriores y no se estaría vulnerando las exigencias del principio de legalidad, ya que si solamente la Ley puede establecer los límites de lo punible, la Ley General de Aduanas estaría cumpliendo esa función del único modo posible al tratarse de cuestiones técnicas y sólo en casos excepcionales y con los requisitos señalados anteriormente, con lo cual preservaría la función de garantía y la seguridad jurídica.

Octava.- A partir de los fundamentos del nuevo Derecho Penal Económico que justifica su nacimiento por las necesidades de protección del orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía, favorable también a los intereses fiscales del Estado boliviano, es posible admitir nuevos rumbos en la técnica legislativa como los señalados anteriormente, en la formulación de normas penales en blanco con el condicionamiento de determinados requisitos que no pongan en peligro la función de garantía del tipo penal y de seguridad jurídica.

Novena.- En el ámbito boliviano, hasta ahora nadie ha tratado la justificación de los tipos penales aduaneros ni su análisis como normas penales en blanco en conciliación con el principio constitucional de legalidad de los delitos y de las penas, ni ha sido posible encontrar en la exposición de motivos de la Ley General de Aduanas, los fundamentos y justificaciones para formular las normas penales en blanco y su conciliación con los mandatos de certeza: *lex certa*, taxatividad y reserva de la ley.

Décima.- Sólo algunos tipos penales en blanco de la Ley General de Aduanas, son admisibles a la luz de la doctrina penal y su admisibilidad constitucional al principio de legalidad de los delitos y de las penas, pero otros son absolutamente inconstitucionales, violatorios a la función de garantía del tipo penal como expresión del principio de tipicidad y ésta como expresión del principio de legalidad de los delitos y de las penas, consecuentemente generadores de inseguridad jurídica.

RECOMENDACIONES

Primera.- Se recomienda que el Poder legislativo inicie un estudio de los tipos penales aduaneros en blanco, conciliando sus alcances con la doctrina del

Derecho Penal y los nuevos aportes del Derecho penal económico, para justificar su formulación como normas penales aduaneras en blanco.

Segunda.- Encomendar a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas la promoción del estudio del Derecho Penal Económico dentro de sus planes curriculares, considerando el orden económico que pretende regularse a partir del Derecho Penal Aduanero con la formulación de normas penales en blanco como instrumentos adecuados para enfrentar los cambios y la complejidad técnica que representa ese nuevo orden económico en el área de la importación y exportación de mercancías y todos sus regímenes generales y especiales aduaneros en el comercio exterior.



BIBLIOGRAFIA

- Bajo, Miguel y Bacigalupo, Silvina. "Derecho Penal Económico" Edit. Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid 2001.
- Bacigalupo, Enrique. "Manual de Derecho Penal". Parte General. Cuarta reimpresión. Edit. Temis. Santa Fe de Bogota 1998.
- Bauman, Jurgen. "Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema. Traducción de Conrado A. Finzi. Ediciones Depalma. Buenos Aires 1973
- Beccaria, Cesare. "De los Delitos y de las Penas". Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Segunda Edición. Edit. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1974.
- Bustos Ramírez, Juan. "Manual de Derecho Penal". Parte General. Tercera Edición, aumentada, corregida y puesta al día. Edit. Ariel S.A. Barcelona 1989.
- Bustos Ramírez, Juan. "Manual de Derecho Penal". Parte especial. 2ª edición aumentada, corregida y puesta al día. Edit. Ariel S.A. Barcelona.
- Carbonell Mateu, Juan Carlos. "Derecho penal: concepto y principios constitucionales" 2ª ed. Adaptada al Código Penal de 1995. Edit. Tirant lo blanch. Valencia 1996.
- Carvajal Contreras, Máximo. "Derecho Aduanero" Quinta edición, corregida, aumentada y actualizada. Edit. Porrúa S.A. México 1995.

- Cerezo Mir, José. "Curso de Derecho penal español" Parte General. Introducción. Cuarta reimpresión de la Quinta Edición. Edit. Tecnos. Madrid 2001.
- Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T.S. Tercera edición. Edit. Tirant lo blanch. Valencia 1991.
- Combellas, Ricardo. "Estado de Derecho, Crisis y Renovación". Edit. Jurídica Venezolana. Caracas 1992.
- Cury, Enrique. "La ley penal en blanco". Edit. Temis S.A. Bogotá 1988.
- Creus, Carlos. "Derecho penal" Parte general. 4ª edición actualizada y ampliada, 1ª reimpresión. Edit. Astrea. Buenos Aires 1999.
- Del Vecchio, Giorgio y Recasens Siches, Luis. "Filosofía del Derecho" Traducción de la cuarta edición italiana, y "Estudios de Filosofía del Derecho". Tomo I. Parte Sistemática. Tercera edición reelaborada y muy aumentada. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana. México 1946.
- Eser, Albin. "Temas de Derecho Penal y Procesal Penal" Edit. Moreno S.A. Lima 1998.
- Fernández Bulte, Julio. "Filosofía del Derecho". Edit. Felix Varela. La Habana 1997.
- Fernández Carrasquilla, Juan. "Derecho penal fundamental" Tomo I Reimpresión de la segunda edición. Edit. Temis. Bogotá 1989.

- Feuerbach, Ansel Von. "Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania" Trad. Al castellano de la 14 edición alemana (Giessen 1847) por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Editorial Hammurabi S.R.L. Buenos Aires 1989.
- García de Enterría, Eduardo. "Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho". Primera reimpresión de la Primera edición. Editorial Civitas S.A. Madrid 1986.
- Hassemer, Winfried. "Persona, mundo y responsabilidad". Traducción de Francisco Muñoz Conde y M^a del Mar Díaz Pita. Edit. Tirant lo blanch. Valencia 1999.
- Hassemer, Winfried. "Crítica del derecho penal de hoy". Traducción de Patricia S. Ziffer, Universidad Externado de Colombia. Primera reimpresión de la primera edición. Bogotá 2001.
- Heinrich Jescheck, Hans. "Tratado de Derecho penal" Parte General. Traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Volumen Primero. Edit. Bosch S.A. Barcelona 1981.
- Hierro, Liborio. " Estado de Derecho" Problemas actuales. Primera edición. Edit. Fontamara S.A. México 1998.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. "Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina". Ediciones Depalma. Buenos Aires 1986
- Ismodes Cairo, Anibal. "Sociología Jurídica" Ensayos. Edit. San Marcos.

Lima 1997

- Jakobs, Günther. “Derecho Penal” Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. 2ª edición, corregida. Edit. Marcial Pons. Madrid 1997.
- Kindhäuser, Urs. “Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa”. Traducción de Claudia López Díaz. Universidad Externado de Colombia. Reimpresión a la primera edición. Bogota 1998.
- Lesch, Heiko H. “La función de la pena”. Traducción de Javier Sánchez Vera Gómez Trelles. Universidad Externado de Colombia, Primera Edición. Bogotá 2000.
- Luzón Peña, Diego Manuel. “Curso de Derecho Penal” Parte General I. Edit. Universitas S.A. Madrid 1999.
- Maggiore, Giuseppe. “Derecho penal” Volumen I Traducción de José Ortega Torres. Reimpresión de la segunda edición. Edit. Temis. Bogota 1989.
- Maurach, Reinhart. “Derecho penal” Parte general 1. Teoría General del derecho penal y estructura del hecho punible. Actualizada por Heinz Zipf. Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofia Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Edit. Astrea. Buenos Aires 1994.
- Mezger, Edmund. “Derecho Penal” parte general. Libro de Estudio, Traducción de la 6ª edición alemana (1955) por Conrado Finzi y Ricardo Núñez. Edit. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires 1958.

- Miguel Harb, Benjamín. “Derecho Penal” Tomo I Parte General Edit. Juventud. La Paz 1987.
- Miguel Harb, Benjamín. “Derecho penal” tomo II parte especial. Edit. Juventud. La Paz 1990.
- Mir Puig, Santiago. “Derecho Penal” Parte General. 4ta edición corregida y puesta al día con arreglo al Código Penal de 1995. Edit. Tecfoto S.L. Barcelona 1996.
- Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. “Derecho Penal”. Parte General. Edit. Tirant lo blanch. Valencia 1993.
- Muñoz Conde, Francisco. “Derecho Penal” Parte especial. Undécima edición, revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995. Edit. Tirant lo blanch. Valencia 1996
- Pavon Basconcelos, Francisco. “La causalidad en el delito” Edit. Porrúa S.A. México 1993.
- Quirós Pirex, Renén. “Manual de Derecho Penal I” Edit. Felix Varela. La Habana 1999.
- Radbruch, Gustavo. “Introducción a la Filosofía del Derecho” 1ra Edición. Brevarios del Fondo de Cultura Económica. México 1951.
- Reyes Echandía, Alfonso. “Tipicidad”. Segunda reimpresión de la sexta edición. Edit. Temis S.A. Santa Fe de Bogotá 1999.

- Ríos Anaya, Gastón. "Derecho Penal" Parte Especial. Edit. Publicidad & Marketing. La Paz 2000.
- Roxin, Claus. "Derecho penal" Parte general. Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Edit. Civitas. Reimpresión de la primera edición. Madrid 1999.
- Roxin, Claus. "Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal". Versión española, notas y comentarios de Luis Arroyo Zapatero y Juan Luis Gómez Colomer. Edit. Ariel, S.A. Barcelona, 1989.
- Rosental, M.M. y Iudin, P.F. "Diccionario Filosófico" Edit. Universo. Lima-Perú.
- Squella, Agustín. "Positivismo Jurídico, Democracia y Derechos Humanos" Edit. Fontamara S.A. Segunda Edición. México 1998
- Tiedemann, Klaus. "Temas de Derecho Penal Económico y Ambiental". Traducido por Manuel Abanto Vásquez. Edit. Moreno S.A. Lima 1999.
- Tiedemann, Klaus. "Derecho Penal y Nuevas Formas de Criminalidad" Traductor y Editor Dr. Manuel Abanto Vásquez. Edit. Moreno S.A. Lima 2000
- Tosi, Jorge Luis. "Derecho Penal Aduanero". Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires 1997.
- Welzel, Hans. "Derecho Penal Alemán" Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. 4ª Edición

castellana. Edit. Jurídica Chile. Santiago de Chile 1997

- Zaffaroni, Eugenio Raúl. “En busca de las penas perdidas”. Deslegitimación y Dogmática jurídico- penal. Edit. Ediar. Buenos Aires 1989.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. Alagia, Alejandro. Slokar, Alejandro. “Derecho Penal” Parte General. Edit. Ediar. Buenos Aires 2000.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. “Manual de Derecho Penal”. Parte general. Quinta edición Edit. Ediar. Buenos Aires 1987

DISPOSICIONES LEGALES

- Constitución Política del Estado boliviano.
- Código Penal boliviano.
- Ley General de Aduanas.
- Código de Procedimiento Penal.
- Código Tributario.
- Reglamento a la Ley General de Aduanas

