

**UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
UNIDAD DE POSTGRADO Y RR.II.**

**DOCTORADO EN DERECHO PENAL Y
DERECHO CONSTITUCIONAL**

TESIS DOCTORAL

**LAS LEYES PENALES ABIERTAS Y
SU CONSTITUCIONALIDAD**

Postulante: M. Sc. Javier Quenta Fernández

**Director de Tesis:
Prof. Dr. Juan Carlos Carbonell Mateu Ph. D.**

**La Paz – Bolivia
2022**

Gracias a mi Maestro, el Profesor Juan Carlos Carbonell Mateu, que me ha enseñado a navegar en esta travesía del conocimiento y a considerar nuevos enfoques teóricos como una oportunidad para desarrollar la investigación científica de una disciplina tan humana como el Derecho penal.

Siempre existirán dudas en el conocimiento científico, por eso no pretendo saber todo lo que existe en el mundo de la ciencia del Derecho penal; pero lo poco que sé, lo pongo en discusión y eso alimenta mi vocación por esta disciplina reafirmando cada día más y más la pasión por desentrañar el conocimiento penal por el resto de mi existencia.

Javier Quenta Fernández

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7
CAPITULO I. DISEÑO INVESTIGATIVO	15
1. PROBLEMATIZACIÓN DEL TEMA DE INVESTIGACIÓN	15
2. FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS.....	16
3. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	17
4. METODOLOGÍA.....	17
5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.	17
CAPITULO II. LA CONSTRUCCIÓN DE LA NORMA PENAL.....	19
1. DEL POSITIVISMO A LA VALIDEZ Y EFICACIA DE LA NORMA PENAL.....	19
2. CARÁCTER CIENTÍFICO DE LAS CATEGORÍAS DOGMÁTICAS DE LA TEORIA DEL DELITO.....	33
3. EL CONTENIDO Y EL CARÁCTER AXIOLÓGICO DE LA NORMA JURÍDICA PENAL.....	39
4. LA FINALIDAD DE LA NORMA JURÍDICA PENAL	49
5. LA PROSCRIPCIÓN DE LA ANALOGÍA.....	52
6. EL PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD DENTRO DE LA RESERVA DE LA LEY PENAL.	55
CAPITULO III. LAS EXIGENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY PENAL	62
1. EL ORDEN JURÍDICO PENAL EN CONEXIÓN IDEOLÓGICA Y DIALÉCTICA CON EL SISTEMA CONSTITUCIONAL	62
2. EL CONSTITUCIONALISMO Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO	63
3. EL PODER CONSTITUYENTE COMO VOLUNTAD LEGITIMADORA DE LAS LEYES PENALES.....	77

4. LA REAFIRMACIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA CON EL DERECHO PENAL	85
5. EL PODER PUNITIVO CONSTITUCIONAL DEL ESTADO	91
6. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL	98
7. LAS FISURAS EN LA CONTENCIÓN DEL PODER PUNITIVO	104
8. BASES POLÍTICO CRIMINALES CONSTITUCIONALES DE LAS NORMAS PENALES ABIERTAS	120
CAPITULO IV.- EL LEGALISMO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL	130
1. EL ORIGEN HISTÓRICO, FILOSÓFICO, IDEOLÓGICO Y POLÍTICO DEL LEGALISMO PENAL.....	130
2. DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD AL PRINCIPIO DE TIPICIDAD	147
3. EL “TATBESTAND” DE ERNEST VON BELING. EL TIPO PENAL	151
4. LAS GARANTIAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA “RELATIVIDAD” DE LA “LEX CERTA”	155
5. LAS FUNCIONES DEL TIPO PENAL	162
6. LAS CIRCUNSTANCIAS OBJETIVAS Y PERSONALES EN LOS TIPOS PENALES.....	166
7. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL TIPO PENAL ABIERTO.....	171
8. LOS BIENES JURÍDICOS COMO OBJETO JURÍDICO A VECES IMPRECISO EN LA NORMA PENAL	176
9. LA INDETERMINACIÓN EN LOS DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN.....	182
10. LA INDETERMINACIÓN EN LOS DELITOS DE PELIGRO	186
CAPITULO V.- LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL TIPO PENAL Y EL LENGUAJE.....	189
1. LA FALACIA DE LA INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA Y EL DESTIERRO DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL.....	189

2. EL RETORNO DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL CON LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA.....	197
3. LA INTERPRETACIÓN SEMÁNTICA O GRAMATICAL PARA EL LENGUAJE CORRECTO	202
4. LA CONCIENCIA JURÍDICA DEL LEGISLADOR EN LA CREACIÓN LEGISLATIVA E INTERPRETACIÓN JURÍDICA DE LOS TIPOS PENALES.....	207
5. BÚSQUEDA DE CLARIDAD CONCEPTUAL EN LOS ELEMENTOS MATERIALES DEL TIPO.....	211
6. LA FUNCION JURISDICCIONAL PENAL FRENTE A LA CREACIÓN DEL TIPO.....	213
7. EL LENGUAJE CORRECTO Y LA COMPRESIÓN UNIVERSAL DE LAS NORMAS PENALES ABIERTAS	220
8. LA JURISPRUDENCIA EXTRANJERA Y EL DERECHO COMPARADO.....	221
CAPITULO VI.- ADMISIBILIDAD CONSTITUCIONAL DE LAS NORMAS PENALES ABIERTAS	225
1. CARACTERÍSTICAS DE LAS NORMAS PENALES ABIERTAS.....	225
2. LA CONCILIACIÓN DE LA NORMA PENAL ABIERTA CON EL PRINCIPIO “NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE CERTA”	230
3. LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA NORMA PENAL.....	235
4. LAS CONDICIONES INTERPRETATIVAS PARA LA ADMISIBILIDAD CONSTITUCIONAL DE LAS NORMAS PENALES ABIERTAS	250
5. ELEMENTOS DOGMÁTICOS PARA LA ADMISIBILIDAD DE LAS NORMAS PENALES ABIERTAS	256
CONCLUSIONES	277
BIBLIOGRAFIA	279

LAS LEYES PENALES ABIERTAS Y SU CONSTITUCIONALIDAD

INTRODUCCIÓN

En el actual mundo globalizado, los procesos de transformación o de cambio económico, tecnológico, ambiental, político, social y cultural que se han producido, han generado un creciente conjunto de regulaciones normativas, sobre todo en el ámbito penal donde por ejemplo, la revolución informática o los cambios medioambientales, no han permitido el estancamiento del Derecho penal, que bajo el principio de esencialidad, nos han obligado a generar determinados procesos de liberalización punitiva para tipificar una conducta, incidiendo en el núcleo esencial de la prohibición que se infringe lesionando o poniendo en peligro los nuevos bienes jurídicos que surgen de aquellos procesos de transformación, de ese modo, la comprensión puramente formal del tipo penal puede considerarse superada.

Estamos frente a una inusitada producción normativa penal y nuevas formas de comprensión de la actividad interpretativa penal y del estilo de la jurisprudencia que se produce para resolver los conflictos jurídicos penales, atendiendo la misión que tiene el Derecho penal en la salvaguarda de los bienes jurídicos y la misión que cumple el Juez en su función jurídica jurisdiccional penal. En esta función, el Juez no se limita a comprender el tipo penal desde una descripción unilateral ideológicamente vacía o políticamente neutra, al contrario, su comprensión se encuentra vinculado no solo a los fundamentos ideológicos y políticos constitucionales de la prohibición o del mandato como elementos sustanciales del tipo penal, sino también a las propias pautas culturales propias de su experiencia y vida en sociedad. Esta dimensión valorativa y su anclaje constitucional en virtud del principio de deferencia razonada, por el cual los tipos penales existentes en la legislación penal al menos tienen una presunción de constitucionalidad, constituyen razones suficientes para estudiar las normas penales abiertas desde la dogmática penal y desde un enfoque político criminal realizando un análisis jurídico y constitucional sobre su validez, aplicación y eficacia.

En ese contexto, el Derecho penal no puede ser considerado solamente como el instrumento más grave que tiene el Estado para limitar o restringir la libertad, también es una herramienta de protección de los bienes jurídicos individuales, colectivos o institucionales e incluso de los derechos fundamentales del presunto autor del hecho delictivo a partir de los principios y fundamentos del Derecho penal que en base a los esquemas del delito elaborados en la dogmática penal, han creado las condiciones para concebir adecuados niveles de equilibrio entre el ejercicio del poder punitivo y el respeto de los derechos y garantías constitucionales del procesado penalmente, elementos que también forman parte del propósito teórico de plantear una visión jurídica y un análisis constitucional de la norma penal abierta para sustentar relativamente su validez y eficacia atendiendo su sentido axiológico y su carácter teleológico, especialmente cuando se trata de proteger los bienes jurídicos conforme a los cánones de legalidad de los delitos y de las penas vigentes en un modelo de Estado Constitucional de Derecho.

Los fundamentos ideológicos, filosóficos y políticos del Estado Constitucional de Derecho permiten que el Derecho penal utilice algunas herramientas de análisis metodológico que sean apropiadas no solo para generar propuestas y discusiones teóricas sino también para concebir la solución de algunas cuestiones prácticas de adecuación típica, que puedan afectar la aplicación eficaz de la ley penal. En ese ámbito, consustancial con la función jurisdiccional penal desarrollada por el Juez, los instrumentos metodológicos de la teoría del delito sirven para realizar la tarea de la tipicidad de una conducta, pero también para contribuir al debate filosófico jurídico acerca de la responsabilidad que tiene el Estado en la creación y aplicación de una norma penal abierta bajo el principio de legalidad penal.

La dogmática penal señala que un tipo penal "abierto", implica la incorporación de términos, conceptos o palabras que generan ambigüedad en la comprensión del elemento material del tipo, derivándose de ese entendimiento cierta falta de certeza sobre el núcleo esencial de la prohibición y la lesión del objeto jurídico.

El riesgo que representa tal ambigüedad, ocasionaría la intervención de la autoridad judicial para "cerrar" el tipo penal "abierto", riesgo que resultaría incompatible con el principio de "lex certa" en un Estado Constitucional de Derecho en el que, por regla general, no debe permitirse la invasión de la voluntad judicial en la voluntad del legislador. Aquellos términos, conceptos o palabras, no son los clásicos elementos normativos descriptivos existentes en algunos tipos penales que implican una valoración jurídica, cultural o científica para que el operador de justicia "cierre" o culmine con la comprensión final de la descripción típica, porque el encuadramiento típico y valorativo del hecho con aquellos elementos normativos, válidamente es aceptable en la descripción de algunos como formas de técnica legislativa; el tipo penal abierto trata más bien con términos o palabras que generan una "abierto interpretación" con el riesgo de generar arbitrariedad en la adecuación típica, implicando juicios de valor personal que por su amplificación, generan procesos interpretativos abiertos que dificultan o deslegitiman el cierre de la conducta típica.

Consiguientemente, la resolución de estas cuestiones se aproximaría a las técnicas y métodos de interpretación para encontrar aquel "deber ser" de naturaleza jurídica y carácter valorativo en la norma penal abierta, el núcleo esencial del tipo, vigilando que posea cierto grado de coherencia y eficacia con relación a una realidad empírica social y cultural en la que tienen vigencia las palabras, términos o conceptos utilizados en la redacción de una norma penal abierta, condicionando incluso la totalidad del sistema penal para que se exprese y articule de manera expedita y efectiva el poder punitivo. Conforme a esa realidad, se debe reclamar racionalmente una "función" adecuada de la norma penal abierta compatible con los derechos y garantías constitucionales y con el ejercicio del poder punitivo, permitiendo una suerte de equilibrio entre la "función racional" y adecuada de la norma penal abierta y el principio de taxatividad.

El interés científico que merecen las normas penales abiertas, se encuentra en aquellos términos, palabras o expresiones que perturban la "lex certa", ahí se

pretende encontrar la “función” racional motivadora de la norma penal abierta con la finalidad de alcanzar un Derecho penal practicable con su exigencia de seguridad jurídica en la tipicidad acudiendo a procesos de interpretación adecuados.

Bajo esos criterios axiológicos e interpretativos, se pueden afirmar situaciones típicas en la resolución de los conflictos jurídicos penales, en el marco de las exigencias del Estado Constitucional de Derecho, creando la suficiencia necesaria para apartar el sentimiento de inseguridad frente a la tipicidad discrecional producto de la interpretación de una norma penal abierta, similar a la que se obtiene de la interpretación de una norma penal en blanco para obtener los grados de certeza típica sobre el núcleo esencial de la prohibición cuando se rechaza una interpretación ilógica o irracional para comprender el “deber ser” de la norma penal.

La idea platónica de que “lo que es racional es real, y lo que es real es racional” nos aproxima a la eficacia de la norma penal abierta en su sentido axiológico y constituye una base para abarcar su estudio sin la rigurosidad del principio de taxatividad, buscando el sentido del “deber ser” y asegurando su conexión con el “iter formativo” de la convicción judicial, cuando el Juez debe interpretar y luego aplicar la norma jurídica penal, en su concepción más primordial y elemental, como un medio de protección del bien jurídico cuando exista certeza sobre el núcleo esencial del tipo, la prohibición o el mandato, de ese modo toda interpretación jurídica del operador de justicia penal, debe encontrar niveles de compatibilidad con el sentido del lenguaje de la ley penal y con el precepto contenido en las normas penales abiertas, paso importante para aproximar la constitucionalidad de las leyes penales abiertas.

Si se compara, las normas penales en blanco tienen posibilidades de concreción con el reenvío, completando la norma penal “incompleta” para hacer visible el núcleo esencial de la prohibición o del mandato, entonces las normas penales abiertas también podrían plantearse grados de certeza racional típica pero sin necesidad de reenvíos, afirmándose la tipicidad de la conducta por el

operador jurídico, bajo procesos de interpretación regulados y condicionados por algunos elementos de la dogmática penal, de suerte que la función jurídica jurisdiccional penal, que además pretende el restablecimiento de la paz social, sería más eficaz dentro del ejercicio del poder punitivo y también más respetuosa de los derechos y garantías constitucionales en el Estado Constitucional de Derecho.

Ciertamente, la posibilidad de interpretar la norma penal bajo una orientación jurisprudencial en el ámbito de la adecuación típica, no constituye ninguna primicia porque es una función intelectual que se realiza diariamente por los operadores de justicia, pero en el caso de una norma penal abierta, la labor de interpretación jurisdiccional, que es escasa o nula en ese caso, se torna significativa cuando se establecen reglas interpretativas basadas en elementos dogmáticos del delito, apartando los espacios de discrecionalidad y los riesgos que supone la falta de taxatividad o certeza de la norma penal abierta para los derechos del imputado o del acusado, ello sin duda convierte al juez en un sujeto crítico conforme al modelo de Estado en el que se ejerce democráticamente la función jurisdiccional penal, con la finalidad última de fundar la certeza de la prohibición o del mandato que habría sido quebrantado por el delito, sin que ello represente una contraposición a la independencia de la función jurisdiccional sino más bien una complementación metodológica para que las formas y modos de lograr que una norma penal abierta pueda consentir criterios de interpretación basado en relaciones reguladas por la propia norma penal en algunos casos y por las reglas de la dogmática penal en otros, puedan adaptarse al propio sistema democrático constitucional donde se desarrolla la función jurisdiccional penal y a los principios fundamentales de la administración de justicia penal, basados en el razonamiento de la búsqueda de integridad de la norma penal para alcanzar la imparcialidad necesaria, incluso pensando en los riesgos que trae la interpretación de una norma penal abierta.

Consiguientemente, este trabajo intenta comprender las normas penales abiertas bajo un enfoque que no tenga en la racionalidad abstracta de las

normas penales una condición absoluta e inamovible para mantenerlas incólumes, sino más bien encuentre antes, frente al eficaz ejercicio del poder punitivo, un conjunto de realidades sociales, económicas, culturales o tecnológicas, vinculadas a las necesidades y aspiraciones de la colectividad, previniendo un concepto de “imparcialidad abierta” cuando se interpretan las normas penales abiertas, conforme a la comprensión de las exigencias constitucionales del principio de legalidad de los delitos y de las penas, expresadas en la norma fundamental y suprema como rectora de las conductas humanas en el plano jurídico y político; es un intento para concebir un Derecho penal que se abre relativamente a la posibilidad de contar con normas penales abiertas, cuya incidencia en la sociedad y en la administración de justicia penal terminarían por justificar un análisis sobre su validez, eficacia o efectividad en la prevención de los delitos para responder ulteriormente sobre la determinación de la responsabilidad penal.

Sin embargo, no es solamente un problema de regulación interpretativa o de aplicación normativa sino más bien un problema de obtención de seguridad con la certeza típica y la búsqueda de una mayor efectividad y eficacia posible en la función jurisdiccional penal dentro del Estado Constitucional de Derecho, salvaguardando de esta manera la función de garantía de tipo al permitir el conocimiento de la conducta prohibida penalmente conminada, exigencias que requieren consistencia constitucional para no lesionar una de las garantías democráticas más importantes de regulación y limitación punitiva, el principio de legalidad de los delitos y de las penas en su vertiente de “lex certa”, que exige conductas concretas, precisas y determinadas para conocer la prohibición o el mandato como núcleo esencial de la norma penal cuya naturaleza primaria siempre será constitucional conforme a las exigencias de la dogmática penal.

El plan de redacción, el diseño metodológico y las bases teóricas que guiarán esta tesis doctoral, se concretarán de la siguiente manera:

El Capítulo I se enfocará en el diseño investigativo, como un referente para entender el desarrollo de la investigación, delimitando el objeto de estudio,

detallando los objetivos de la investigación y construyendo los criterios hipotéticos que se explicarán con los referentes teóricos y el análisis dogmático penal que conlleva la elaboración de este trabajo.

Las normas penales abiertas no son fenómenos exclusivos de la ley penal, por ello, se ha optado por analizar en el Capítulo II, un conjunto de presupuestos teóricos de construcción de la norma penal, bajo un contexto dogmático penal, recuperando los parámetros doctrinales de la norma penal.

En su contextualización constitucional y con una perspectiva ideológica y política, en el Capítulo III se revisará la racionalidad punitiva del Estado, reivindicando el carácter democrático de la taxatividad y seguridad de la ley penal bajo los cánones del Estado Constitucional de Derecho, ese análisis me permitirá desarrollar el examen del principio de legalidad dentro de una contextualización histórica, filosófica, política y dogmática para arribar en la tipicidad y en el análisis de los contenidos sustanciales del tipo penal abierto, como se expondrá en el Capítulo IV, advirtiendo los problemas de indeterminación que existen en la acreditación del injusto penal en sus diversas modalidades de conducta.

En el capítulo V, se analizará la interpretación como el instrumento metodológico base para allanar la búsqueda de claridad conceptual de las normas penales abiertas utilizando el lenguaje, en particular de los elementos materiales del tipo a partir de las formas de interpretación; más allá del reduccionismo legalista, este análisis servirá para explicar cómo el principio de “lex certa” admite las interpretaciones más abiertas en las cuales la discrecionalidad reglada del operador tiene un papel importante, permitiendo que el Derecho penal como la misma teoría del delito encuentren en la ley penal espacios flexibles para elaborar criterios de adecuación típica permitiendo plantear en el fondo, la tipicidad de una conducta comprometiendo los otros elementos del injusto penal, conforme a lo referido en el Capítulo IV, generando un escenario en el que el principio de legalidad se concrete con el principio de certeza.

Por último, bajo los criterios constitucionales expuestos anteriormente, en el Capítulo VI se logrará incursionar en los elementos de la dogmática penal para fundar las bases de la admisibilidad constitucional de las normas penales abiertas, propiciando condiciones interpretativas con las que de una forma legítima y garantista se sostenga que el Derecho penal en un modelo de Estado Constitucional de Derecho, se amplifica en función de las políticas preventivas que no esperan necesariamente la definición judicial de los conflictos, menos cuando existen algunas normas penales abiertas, cuya indefinición, puede ser compensada con la inclusión interpretativa y justificada de aquellas herramientas dogmáticas y metodológicas de la teoría del tipo como alternativas para reconducir la tipicidad de una conducta. Se expondrán algunas normas penales abiertas de la legislación penal nacional que pueden facilitar técnicamente el análisis, sin perjuicio de mencionar la escasa o casi nula jurisprudencia nacional o extranjera que existe con relación a los tipos penales abiertos.

Para alcanzar los objetivos de la propuesta investigativa, el trabajo se sustenta básicamente en diferentes fuentes doctrinarias, fundamentalmente extranjeras, con énfasis en el tratamiento valorativo y descriptivo de las normas penales, cuya información se analizará cualitativamente y a partir de este ejercicio hermenéutico, se desarrollará teóricamente la propuesta, considerando la guía, sugerencias y aportes de mi director de tesis, el Prof. Dr. Juan Carlos Carbonell Mateu en la elaboración del presente trabajo.

CAPITULO I

DISEÑO INVESTIGATIVO

1. PROBLEMATIZACIÓN DEL TEMA DE INVESTIGACIÓN.

Las normas penales abiertas, aun cuando se sujetan a la reserva de la ley, en la doctrina del Derecho penal han sido consideradas inconstitucionales por ser violatorias al principio de legalidad de los delitos y de las penas, en su vertiente de “lex certa”, al incorporar términos, conceptos ambiguos o imprecisos, cuya interpretación, impiden o no “cierran” la tipicidad de una conducta.

Pues bien, así emerge el sentimiento de inseguridad jurídica en el Estado Constitucional de Derecho, tornando discrecional o arbitraria la interpretación jurídica de los términos, palabras o vocablos en la norma penal abierta, entorpeciendo, al igual que las normas penales en blanco, la obtención de grados de certeza típica sobre la conducta prohibida. Se producen los riesgos naturales de una interpretación anárquica, incoherente o irracional, en la medida en que el propósito de alcanzar certeza sobre el núcleo esencial del tipo, la prohibición o el mandato, constituya la base para generar seguridad jurídica individual y para justificar el ejercicio del poder punitivo del Estado.

Sin embargo, la idea fundamental sobre la que gira la visión constitucional de una norma penal, radica también en el problema de la comprensión de los procesos de creación del “deber ser” cuando se construye una norma jurídica penal, pero particularmente cuando se determinan las prohibiciones y mandatos en razón del contenido valorativo de las normas penales y de los criterios de interpretación jurídica aplicables a la norma penal para obtener certeza típica. Estos aspectos también se problematizan en las normas penales abiertas.

En tal sentido, se busca la eficacia de la norma penal “abierta” al igual que la norma penal “cerrada”, pero sus ingredientes teóricos deben discernirse axiológica y dogmáticamente con criterios de interpretación jurídica aplicables a la norma penal abierta, sin dejar de tributar al principio de taxatividad y a la búsqueda del sentido real y teleológico de la norma jurídica penal con la protección del bien jurídico.

En consecuencia, frente a la probabilidad de que los elementos terminológicos ambiguos e imprecisos en la norma penal abierta, aparentemente insuperables, vulneren el principio de la “lex certa”, a partir de la presente investigación se pretende dar respuesta a las siguientes preguntas:

- ✓ ¿Es posible establecer condiciones de admisibilidad constitucional en la norma penal abierta sin afectar el principio de “lex certa”?
- ✓ ¿Es posible obtener seguridad jurídica en la labor de tipicidad, atendiendo determinados métodos de interpretación jurídica aplicables a la norma penal abierta para encontrar aquel “deber ser” expresado en la norma primaria, sin afectar el sentido del lenguaje de la ley?

2. FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS.

En la toma de conciencia racional de la realidad normativa y social, alrededor de la cual se justifican todos los procesos de creación o transformación normativa del “deber ser” cuando se construye el Derecho penal o cuando se establecen prohibiciones y mandatos; se plantea la eficacia de la norma penal abierta al flexibilizar la rigurosidad del principio de ley estricta y su sentido de taxatividad, cuando se indaga el sentido de certeza del “deber ser” de la norma penal abierta conforme a los principios constitucionales del Derecho penal, para aproximar su admisibilidad constitucional.

La obtención de seguridad jurídica en los tipos penales abiertos, no se encuentra librado completamente al discernimiento valorativo discrecional de los operadores jurídicos, sino a la incorporación de instrumentos teóricos metodológicos del tipo penal para encontrar la norma primaria conjuntamente los procesos de interpretación jurídica para determinar la tipicidad de la conducta en su concepción más primordial, apartando los riesgos de una interpretación anárquica o incoherente, en la medida en que se alcance la certeza sobre el núcleo esencial del tipo, prohibiéndose una interpretación extensiva más allá del sentido del lenguaje de la ley y fuera del núcleo esencial de la norma penal abierta.

3. TIPO DE INVESTIGACIÓN.

El criterio de investigación que se utiliza en el presente trabajo tiene una base epistemológica cualitativa dentro de la teoría del delito, para profundizar lo abstracto de la norma penal, penetrando en la naturaleza y las características de las normas penales abiertas y examinando el diseño constitucional del principio de la “lex certa” para atender una propuesta dirigida a sustentar la proposición de la eventual constitucionalidad de las leyes penales abiertas. Los principales objetos de estudio serán, el sentido teleológico de la “lex certa” y el carácter axiológico y descriptivo de la norma penal abierta.

4. METODOLOGÍA.

Considerando que el diseño investigativo es cualitativo, por tanto con base sistémica, metodológicamente se circunscribe al análisis y descripción de la naturaleza y características de las normas penales abiertas; examina su incidencia sobre el principio de “lex certa”, realizando un análisis teórico, informativo y argumentativo, por ello se utilizará un método dialéctico, inductivo, analítico, descriptivo y exegético, en razón a que se examinarán los contenidos teórico-valorativos del tipo y los procesos de interpretación de las normas penales con la garantía de taxatividad exigible constitucionalmente para comprender el tipo penal.

Compatible con el método, se realizara la observación documental para la consulta de los criterios doctrinales y la utilización de fichas bibliográficas como una técnica apropiada para el trabajo teórico.

5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.

OBJETIVO GENERAL.

Examinar la constitucionalidad de las normas penales abiertas con el principio de legalidad de los delitos y de las penas, identificando el núcleo esencial del tipo penal, su función de tutela y su función de garantía mediante criterios de interpretación razonables combinados con instrumentos teóricos metodológicos para conocer los contenidos del tipo e intentar despejar la imprecisión, la incertidumbre o la vaguedad del lenguaje incorporado a las normas penales

abiertas, con el fin de recuperar la seguridad jurídica.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- Analizar si las deficiencias técnicas de las leyes penales abiertas pueden ser cubiertas por la teoría jurídica del delito para sistematizar la tipicidad de una conducta.
- Identificar las bases teóricas de una interpretación jurídica racional para encontrar el núcleo esencial de un tipo penal indeterminado rompiendo con los criterios absolutos de la “lex certa”.
- Analizar si el lenguaje utilizado en la construcción de las normas penales abiertas, tiene sus límites en los paradigmas culturales del lenguaje, propios de cada sociedad.

CAPITULO II

LA CONSTRUCCIÓN DE LA NORMA PENAL

1. DEL POSITIVISMO A LA VALIDEZ Y EFICACIA DE LA NORMA PENAL.

El objeto de estudio del Derecho penal es la norma jurídica penal, su función jurídica esencial es la protección de bienes jurídicos, de la cual nace la pretensión de impedir comportamientos ilícitos con la amenaza de la sanción mediante un conjunto de prohibiciones o mandatos, elementos valorativos que precisamente van a consolidar la función jurídica por la que fue creada la norma penal, de este modo se arrima a la concepción positivista del Derecho, sin la cual no podríamos hablar de su validez y eficacia. Si el positivismo jurídico como corriente doctrinal es la más significativa para construir el concepto del derecho, todas las doctrinas del positivismo jurídico, entre las que destacan autores calificados de positivistas, como Hans Kelsen, Alf Ross, Norberto Bobbio, Herbert Hart, entre otros, van a permitir sentar las bases del Derecho penal positivo y del principio de legalidad penal como su postulado ético, orientando su aplicación vinculada a la labor interpretativa de la norma jurídica penal, permitiendo afirmar que en el ejercicio de la función jurisdiccional penal, los jueces penales no podrían realizar el Derecho penal sin interpretarlo.

Inicialmente, averiguar los distintos significados de la expresión “positivismo jurídico”, supone realizar una referencia a Kelsen para quien el positivismo jurídico es el nombre que damos a la teoría jurídica que concibe únicamente como "derecho" al derecho positivo, al derecho producido por actos de voluntad del hombre.¹ Bajo esta comprensión, es posible aceptar las diferencias entre el derecho y la moral como dos órdenes sociales distintos, así como es posible aceptar la diferencia entre derecho y justicia, pero si la idea del derecho se reduce a la producción de normas jurídicas por quienes están autorizados a producirlas, entonces no se puede dejar de lado su correspondencia con el

¹ Esencialmente de los diversos comentarios y análisis realizados a la Teoría pura del Derecho de Hans Kelsen, es posible concluir que el objeto de análisis kelseniano tiene que ser y es solamente el derecho, un análisis lógico que se concentra en las proposiciones sobre derechos y deberes jurídicos y los presupuestos que hacen posible esas proposiciones, para dar con la concepción de la norma jurídica y que en definitiva, tiene el propósito de analizar las condiciones y consecuencias contenidas en las proposiciones jurídicas.

principio de seguridad jurídica, exigencia de carácter político en un Estado de Derecho o en un Estado Constitucional de Derecho.

Por otro lado, Norberto Bobbio al referirse al positivismo jurídico, se refiere como “positivismo jurídico metodológico” porque el positivismo jurídico es únicamente un método de identificación y descripción de lo que se encuentra establecido como derecho, un modo de acercarse al estudio del derecho, por eso señala que “el positivismo jurídico está caracterizado por una clara distinción entre derecho real y derecho ideal o, utilizando otras expresiones equivalentes, entre derecho como hecho y derecho como valor, entre el derecho que es y el derecho que debe ser; y por la convicción de que el derecho del cual debe ocuparse el jurista es el primero y no el segundo”². Está claro que se trata de un positivismo en sentido estricto, por tanto, positivista sería todo aquel que adopta frente al derecho una actitud neutral frente a la norma jurídica, es decir que puede distinguir una norma jurídica de otra norma que no lo es, a partir de la identificación de datos verificables objetivamente en los que con una mayor o menor correspondencia, se encuentran insertos valores y principios.

Sin embargo, Bobbio también identifica un positivismo jurídico como teoría del derecho positivo, que relaciona la existencia del derecho a la formación del Estado, entiende que todo derecho es producto de la actividad del Estado, cuando señala que el positivismo “es aquella concepción particular del derecho que vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercitar la coacción: el Estado. Históricamente esta teoría es la expresión o la toma de conciencia, por parte de los juristas, de aquel complejo fenómeno en la formación del Estado moderno que es la monopolización del poder de producción jurídica por parte del Estado”³, entonces, el positivismo jurídico sería algo más que un método caracterizado por la hegemonía del derecho producido por el Estado, las leyes tendrían mayor valor como fuentes del derecho, pero

² BOBBIO Norberto. “EL PROBLEMA DEL POSITIVISMO JURÍDICO”. Edit. Fontamara. México DF. 1991. Pág. 41.

³ *Ibíd.* Pág. 43.

quizá el aporte más importante de Bobbio se encuentra en la afirmación de que el positivismo jurídico también existe como una ideología, es decir que el positivismo permite afirmar que “el derecho positivo por el solo hecho de ser positivo, esto es, de ser la emanación de una voluntad dominante, es justo; o sea, el criterio para juzgar la justicia o injusticia de las leyes, coincide perfectamente con el que se adopta para juzgar su validez o invalidez”⁴, por tanto Bobbio, no considera importante el contenido del derecho o la mayor o menor justicia, considera que siempre será un instrumento idóneo para obtener ciertos fines como el orden, la paz, la convivencia armónica y la seguridad jurídica. Con Bobbio, existe claramente una negación del derecho natural como un derecho anterior y superior al derecho positivo, al tiempo que destaca el carácter imperativo de las normas jurídicas.

Alf Ross afirma que “el objeto de la filosofía del Derecho no es el Derecho, ni parte o aspecto alguno de éste, sino la ciencia del Derecho. La filosofía del derecho está, por así decir, un piso más arriba que la ciencia del Derecho y la mira desde arriba”⁵, señala además que “el Derecho también puede ser considerado como algo que consiste parcialmente en fenómenos jurídicos y parcialmente en normas jurídicas, en correlación mutua”⁶ explica el concepto derecho, señalando, que el derecho vigente es “entendido ahora como orden jurídico nacional y un orden jurídico nacional es un cuerpo integrado de reglas que determinan las condiciones bajo las cuales debe ejercerse la fuerza física contra una persona; el orden jurídico nacional establece un aparato de autoridades públicas (los tribunales y los órganos ejecutivos) cuya función es ordenar y llevar a cabo el ejercicio de la fuerza en casos específicos”⁷ Asimismo señala que “un orden jurídico nacional es el conjunto de normas para el establecimiento y funcionamiento del aparato de fuerza del Estado” y “porque

⁴ Ibid. Pág. 47.

⁵ ROSS, Alf., “SOBRE EL DERECHO Y LA JUSTICIA”, trad. G. R. Carrió, 2.1 ed., EUDEBA, Buenos Aires, 1970, Pág. 26. (Ed. inglesa: On Law and Justice, Stevens & Sons, London)

⁶ Ibid. Pág. 18. En el pie de página, Ross señala que las normas son experimentadas y sentidas como socialmente obligatorias por el juez, lo cual permite concluir que las normas jurídicas deben ser verificadas por los jueces y no por los sujetos particulares.

⁷ Ibid. Pág. 34

representan un conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como un esquema de interpretación para los fenómenos del derecho en acción, lo que a su vez significa que estas normas son efectivamente obedecidas, y que lo son porque ellas son experimentadas y sentidas como socialmente obligatorias”⁸, entonces Ross trata de identificar esas acciones humanas que sirven para la interpretación de las normas jurídicas de un país, del derecho vigente. Ross afirma también, que “el Derecho es al mismo tiempo algo real en el mundo de los hechos y algo válido en el mundo de las ideas”⁹. Ross señala que entre el derecho que es y el derecho que deba ser, no existe ningún enlace, por eso afirmar que un derecho es, no significa que ese mismo derecho debe ser, y decir que un derecho deba ser no es afirmar que lo sea realmente, así se plantean dos enfoques del derecho, el derecho que es y el derecho que debe ser, del que considero que emerge una concepción imperativista de las normas jurídicas, es decir, la convicción de que las normas jurídicas son órdenes impartidas por los legisladores dirigidas todos los ciudadanos, por tanto, el derecho como conjunto de normas jurídicas se aplica por los jueces cuando ejercen su función jurisdiccional, por lo que está claro entonces, que los jueces no pueden crear derecho, porque el derecho mismo expresado en el ordenamiento jurídico tiene que ser acatado, incluso mediante la fuerza, dado el carácter coercible de la norma jurídica.

Herbert Lionel Adolphus Hart, considera que “el intento más claro y más completo de analizar el concepto de derecho en términos de los elementos aparentemente simples de mandatos y hábitos, fue el que realizó Austin en *The Province of Jurisprudence Determined*”¹⁰. Señala Hart, que “en muchas diferentes situaciones de la vida social una persona puede expresar el deseo de

⁸ Ídem.

⁹ *Ibíd.* Pág. 37

¹⁰ “*THE PROVINCE OF JURISPRUDENCE DETERMINED*” o “*LA PROVINCIA DE JURISPRUDENCIA DETERMINADA*”, libro publicado en 1832 y escrito por John Austin, estudiante de Jeremy Bentham. Formula su teoría del derecho conocida como la “teoría del mando”, pretendió identificar las características distintivas del derecho positivo para liberarlo de los preceptos de la religión y la moralidad. El libro ha sido criticado, adaptado y ampliado por juristas posteriores como H.L.A. Hart y Ronald Dworkin. Según Austin, una ley es “una regla establecida para la guía de un ser inteligente por un ser inteligente que tiene poder sobre él” y así fue definido el derecho positivo.

que otra haga o se abstenga de hacer algo. Cuando este deseo se expresa no como una mera información interesante o como una auto-revelación deliberada, sino con la intención de que la otra persona actúe de conformidad con el deseo expresado, es usual en inglés y en muchos otros idiomas, aunque no necesario, valerse de una forma lingüística especial llamada el modo imperativo, “¡Váyase a su casa!”, “¡Venga aquí!”, “¡Deténgase!”, “¡No lo mate!”. Las situaciones sociales en que nos dirigimos a los demás en forma imperativa son diversas al extremo”¹¹, por tanto para Hart las normas jurídicas son órdenes o mandatos, se aparta del análisis histórico o el origen de las normas jurídicas o su carácter sociológico, así como tampoco realiza una crítica al derecho, porque considera que los jueces al decidir en un caso lo tienen que hacer de manera lógica y racional, como son las normas jurídicas.

Ronald Dworkin, en una síntesis de sus postura frente al positivismo jurídico, rechaza que el derecho se reduzca a un sistema de reglas, porque el derecho tiene otros preceptos denominados principios mediante los cuales se discuten y razonan cuestiones jurídicas, y se diferencia de las reglas porque estas se aplican o no se aplican, son o no son válidas para un determinado supuesto fáctico que las mismas reglas establecen; en cambio los principios no están constreñidos a un supuesto de hecho concreto, porque pueden aplicarse en varios ámbitos del ordenamiento jurídico y pueden contribuir a la solución de varios problemas, por eso Dworkin señalaba que “la distinción entre principios y normas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares eferentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no

¹¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Oxford. “EL CONCEPTO DE DERECHO” Traducción de Genaro R. Carrio. Edit. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1961. Pág. 24

aporta nada a la decisión”¹² “Los principios tienen otra dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren (la política de protección a los consumidores de automóviles interfiere con los principios de libertad de contratación por ejemplo) quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno....”¹³ Podría intentar resumir la argumentación de Dworkin cuando este autor señala que el Juez cuando debe resolver un caso, tendría que identificar los criterios jurídicos puntuales que las reglas o normas jurídicas no le proporcionan, de ese modo decidiría según su arbitrio; sin embargo, el mismo autor cree discutible esa posición porque considera que la “juridicidad” de los criterios extralegales no son comprensibles mediante las normas jurídicas para comprobar la existencia de un hecho, por eso el planteamiento dworkiniano, parece complicado y aparece como alejado de la realidad que presenta la aplicación del derecho, aunque desde mi punto de vista, tiene una gran importancia para el Derecho constitucional y particularmente para resolver los problemas de vulneración de los derechos fundamentales. Según muchos autores, sus teorías no son novedosas, porque la Escuela de Derecho Libre y la Jurisprudencia sociológica ya habían planteado ideas similares.

El profesor Zaffaroni, señala que “Lo que a nuestro juicio caracteriza el positivismo jurídico es lo siguiente: la identificación de lo justo con los formalmente lícito o la renuncia a indagar si lo lícito es justo (por considerarlo inalcanzable), lo que en definitiva es resultado de un mismo punto de partida: La desvinculación del derecho de la filosofía, o más precisamente, de la metafísica –de la ontología- para dejarlo reducido a un mero juego lógico en pos de la determinación de lo lícito y de lo ilícito”¹⁴

Es complejo describir el positivismo jurídico, además de estar atiborrada de aristas y enfoques teóricos, sin embargo es importante señalar que en la

¹² DWORKIN, Ronald. “LOS DERECHOS EN SERIO” Título en inglés “TAKING RIGHTS SERIOUSLY”. Traducción de Martha Guastavino. Editorial Ariel S.A. Barcelona España. 1ra Edición Septiembre de 1984. Pág. 75,

¹³ *Ibíd.* Pág. 77

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “TRATADO DE DERECHO PENAL” Parte General. Tomo II. Edit. EDIAR. Buenos Aires. 1998. Pág. 253.

concepción del Derecho, los ius positivistas o neopositivistas férreamente consideran el análisis formalista del Derecho como un fenómeno autónomo e independiente de consideraciones ideológicas o morales, apreciación que también ha tenido influencia en nuestra ciencia y que el profesor Zaffaroni refiere cuando señala que la ley, “no tiene otra fuente que el total sistema del derecho vigente, que no es otra cosa que el complejo de la Constitución y de leyes, reglamentos y decretos sancionados como derecho positivo”¹⁵, aunque la Ley penal se encuentra influenciado por las mismas condiciones ideológicas, políticas y culturales, entre otras, que dieron lugar a su nacimiento. Es indudable que a partir de su análisis sobre la estructura de los sistemas jurídicos, se puede llegar a la conclusión de que el Derecho es una ordenación normativa del comportamiento humano, un sistema de normas que regula la conducta humana, por eso es que el término “norma”, con sentido unívoco alude a una “regla” y como toda regla, también se alude a un “deber” impuesto sobre el hombre, por alguien que ordena o autoriza, por tanto la norma tiene esencialmente un carácter imperativo con el que se ordena o se permite un comportamiento humano.

En ese sentido, la recepción del Derecho penal en el sentido del “deber ser” del Derecho en general, es también positiva y objetiva cuando se la infiere de la norma jurídica penal, en particular del tipo penal, por lo que debido a este carácter axiológico, si las normas, según Kelsen, poseen dos características, una de validez y otra de eficacia, la validez de la norma identificará su existencia específica y en su eficacia se espera que la norma sea aplicada y obedecida. Tan elemental como transcendental razonamiento, permite que el Derecho penal acceda a esas dos características de la norma, la validez formal y material con su existencia, y su eficacia al esperar que los imperativos categóricos, es decir, las prohibiciones y mandatos, núcleo esencial de los tipos penales, tengan vigencia y cumplimiento en el ser humano cuando las conductas se correspondan con la parte descriptiva de la norma penal. El

¹⁵ *Ibíd.* Pág. 257.

acatamiento de los imperativos de la norma penal, hace que la ley penal sea objetivamente válida cuando efectivamente la norma es acatada, pero no será eficaz si no es obedecida o aplicada, pese al carácter impositivo de la norma jurídica penal. De este modo, cuando la conducta obedece la norma, se destaca una conducta positiva, pero cuando la conducta contradice la norma, adquiere un valor negativo, y genera un desvalor de la acción, elemento esencial para considerar la antijuridicidad; consiguientemente, como las normas del orden jurídico regulan las conductas humanas positivamente, se forma el objeto de regulación del derecho, exhibiendo la concreción de una actividad legislativa para exigir una determinada conducta humana considerada valiosa para todos los miembros de la sociedad, alcance que en el caso de la norma penal, la realización de la conducta descrita es “disvaliosa” en la medida en que se infringe la prohibición o el mandato de la norma, razón por la que se pretende asegurar su obediencia con la sanción como consecuencia jurídica y es ahí donde se destaca la antinormatividad.¹⁶

Si la validez de la norma penal emerge de su existencia, y su eficacia surge cuando sus imperativos categóricos se obedecen, como lo establece el profesor Hassemer, es un requisito que en la elaboración de la ley penal, la construcción del lenguaje permita simple y llanamente las teorías de la interpretación para asegurar la aplicación igualitaria de la ley,¹⁷ un lenguaje que desde mi punto de vista se encuentra estrechamente vinculado a la realidad social y cultural de una sociedad, esta puede ser la razón suficiente para que se impongan cambios en la concepción y construcción de la norma penal, en la conducta debida y exigida por el orden social, observando los problemas de lenguaje en la creación y aplicación del derecho y las aspiraciones de seguridad de una sociedad que demanda un efectivo nivel de convivencia social y de respeto a

¹⁶ La antinormatividad o la conducta contraria a la norma, es un presupuesto indiciario para considerar la antijuridicidad de la conducta, se configura como el desvalor de la acción que se infiere de la conducta típica, juicio de valor negativo, que dogmática y empíricamente debe completarse con el desvalor de resultado, para establecer la antijuridicidad del delito. El aporte kelseniano, amplía el análisis del carácter axiológico del Derecho Penal.

¹⁷ HASSEMER. Winfried. “CRITICA DEL DERECHO PENAL DE HOY” Traducción de Patricia S. Ziffer. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 1997. Pág. 24.

sus bienes jurídicos.

En esta suerte de evolución de la teoría del derecho, se sientan las bases de la dogmática penal, cuyo contenido y utilidad pragmática, permite construir y justificar la norma penal, atendiendo las condiciones sociales, ideológicas, políticas y culturales de una sociedad, cuyo reconocimiento constitucional, termina por apartar al Derecho de la Filosofía del Derecho, para generar mayores niveles de legitimidad en la concepción de la conducta debida dentro de la construcción de la norma penal. De hecho, esa visión de la realidad, ha provocado una concepción utilitarista y pragmática del Derecho penal y de la norma penal en particular, generando el riesgo de reducir a esta disciplina a una mera imposición de conductas debidas con una finalidad específica, la de permitir la eficacia de la norma penal, antes que la protección efectiva de los bienes jurídicos como parte necesaria de una concepción integradora de la eficacia de la norma penal.

Aparentemente la Filosofía del Derecho se aleja de la realidad y no parece ser suficiente para explicar y entender el Derecho penal, siendo necesario acudir a la interpretación para entender el sentido del lenguaje de la ley, así lo ha destacado el profesor Hassemer cuando señalaba que “La práctica en la interpretación de la ley no se atiene a las reglas científicas del método....al no hacerlo, como es natural, no procede meramente lesionando reglas, sino, por su parte, estableciendo reglas, existiría una teoría de la práctica que, por supuesto de manera informal, contendría, respetaría y, dado el caso, sancionaría, un conjunto de reglas para la comprensión e interpretación de las leyes.”¹⁸ “Es posible entender por qué el Derecho penal, en cuanto rama del derecho especialmente vinculada al lenguaje y a la comprensión del lenguaje, ha desarrollado sus propias precauciones para la elaboración de un derecho correcto con un lenguaje correcto.”¹⁹ En ese sentido, Hassemer señala que “El programa “derecho correcto mediante un lenguaje correcto” no debe ser

¹⁸ *Ibíd.* Pág. 25

¹⁹ *Ibíd.* Pág. 26

cargado hoy con excesivas expectativas, como si una correcta comprensión y utilización del lenguaje fuera a garantizar que el resultado también sea correcto. Una idea semejante tendría fuerza de derecho natural y eso no es posible producirlo desde un tiempo limitado: por supuesto se debe tomar siempre en cuenta que el ilícito aparece en un correcto ropaje lingüístico, que el delito y la lesión al derecho en forma de ley no son reconocibles ya por sus errores lingüísticos sino por indicadores materiales de que existen leyes injustas. Un lenguaje correcto, por lo tanto, puede no producir un derecho correcto”²⁰.

Sin embargo, es innegable que la influencia que tuvo la Filosofía ha marcado los pasos de la evolución del Derecho y de los “imperativos categóricos”, porque si retrospectivamente se analiza la vigencia de un derecho natural clásico, como el derecho natural cosmológico de tradición aristotélica, ésta fundamentaba la deducción del deber a partir del ser (monismo metódico), es decir, que el orden del deber humano se derivaba del orden real de la naturaleza, más adelante, con el derecho natural de origen divino, característico en la teología de Tomás de Aquino y en el pensamiento medieval europeo, se concebía que la existencia de una divinidad inmanente, de un ser, era no solo fuente incuestionable del deber, sino que también revelaba este deber a las personas, demostrándonos una relación entre filosofía y teología; sin embargo a partir de la filosofía kantiana o la Filosofía del idealismo alemán, los neokantianos, separan con claridad el ser del deber ser, surgiendo el dualismo metódico y superándose ese derecho natural de origen cosmológico de tradición aristotélica y ese derecho natural de origen divino.

Con la filosofía idealista de los neokantianos, al crearse las bases del llamado derecho natural racionalista (ius racionalismo), que defendía la ordenación de los deberes como producto de la razón humana, se asumió como consecuencia lógica, además de la superación del derecho natural de origen cosmológico o de origen divino, que el hombre sea el centro de todo, con responsabilidad y autonomía, permitiendo que sobre la base de la razón humana, se originen

²⁰ *Ibíd.* Pág. 27

diversos ordenamientos jurídicos en los que se sentirá la influencia cultural, política e ideológica, haciendo que no sean siempre coincidentes sino también contradictorios en el tiempo y en el espacio, precisamente por las condiciones culturales, políticas e ideológicas, en las que surge el orden jurídico.

En ese enfoque positivista del Derecho y su recepción en el Derecho penal, particularmente en la ciencia alemana, con claras diferencias en cuanto a los efectos que se produjeron en Italia con el llamado positivismo criminológico cuyo desarrollo fue más extenso, el objeto de interpretación será siempre el derecho positivo, lo que supuso un cambio de método al vincularse con el principio de legalidad de los delitos y de las penas como principio básico de toda construcción liberal, este cambio favoreció la transformación de los procesos de argumentación sistemática que estaban vigentes para lograr el surgimiento del positivismo jurídico penal, cuya principal característica fue la de examinar la norma penal como una realidad, con un enfoque que se ramificaba en dos vías, una con el denominado positivismo jurídico normativista y la otra vía con el denominado positivismo jurídico sociológico.

El positivismo jurídico normativista, se presentaba como una variante del positivismo jurídico penal, cuyo principal representante ha sido Karl Binding, quien señaló que “el objeto exclusivo de análisis del jurista lo constituye el derecho positivo, del cual se desprenden los principios generales, los valores, pero no como algo a priori, sino deducidos de los textos positivos, por lo que cualquier problema que no se encuentre dentro del derecho positivo carece de interés para el penalista”²¹. Por eso la contribución esencial de Binding fue la de consolidar el carácter axiológico del Derecho penal con la Teoría de las normas, señalando que cuando alguien comete un delito, no viola la ley, sino que en su concepción normativista, lo que se viola es la norma, ese imperativo categórico que se expresa como prohibición o como mandato por detrás del tipo, o como el deber ser esencial constituido según la proposición jurídica kelseniana.

²¹ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio. ARROYO ZAPATERO, Luis. GARCIA RIVAS, Nicolás. FERRE OLIVE, Juan Carlos y SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. “LECCIONES DE DERECHO PENAL”. Parte General. Edit. Praxis S.A. Barcelona. 1996. Pág. 71.

En cambio, el positivismo jurídico sociológico, se presentaba como otra variante del positivismo jurídico penal, representado fundamentalmente por Franz Von Liszt, quien consideró en su análisis el modelo de Estado en el que se presenta el positivismo jurídico, un modelo de Estado Social y de Derecho, que aporta a la ciencia del Derecho penal, una nueva concepción, al establecer que “la actividad científica en el Derecho penal ha de abarcar dos ámbitos, por un lado, el estudio del delito y la pena en la realidad y por el otro, el estudio sistemático de los preceptos penales”, “La dualidad de objetos le conduce necesariamente a un dualismo metodológico: método empírico para el examen del delito y de la pena como hechos que se producen en la realidad, y método jurídico para el estudio del Derecho positivo”. En esta construcción concibe a la Política Criminal como actividad científica que propone soluciones en la lucha contra el delito.²² Von Liszt termina por rechazar la filosofía en el estudio científico del Derecho positivo, para reemplazarla con la lógica formal, con la realidad empírica dentro de la construcción dogmática y convirtiendo al Estado en un factor de intervención necesaria.

Es indudable que los aportes del positivismo jurídico a la ciencia del Derecho penal son decisivas, en especial porque supone la concepción imperativa de la norma penal, atribuyéndole validez y eficacia, paralelamente a la construcción de la teoría jurídica del delito, sobre cuya base, la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, apelaran siempre a los imperativos categóricos de la norma penal para lograr la comprobación del delito, guardando entre sí una relación racional y lógica frente al juzgador para justificar la imposición de la sanción, por tanto, el juez que determine la responsabilidad penal, no tendrá otra opción que basarse en la construcción jurídica creada por el positivismo jurídico para la teoría del delito, marco de discusión de la ciencia del Derecho penal hasta nuestros días y que en su evolución también ha supuesto el desarrollo de la dogmática penal.

²² *Ibíd.* Pág. 72.

Por otro lado, la necesidad de incorporar en la ciencia jurídica penal el método positivista, inicialmente, justificó un rol distinto del Derecho penal, porque se necesitó de una nueva forma de ver la realidad, lo objetivo, apartándose de lo intangible, lo subjetivo, y fueron determinantes para esa visión los trabajos de Comte²³, para que se aparte del Derecho toda aquella abstracción en el que se encontraba el hombre debido a las concepciones propias del iusnaturalismo. Augusto Comte, padre del positivismo sociológico, a partir de la interpretación de los fenómenos sociales, frente a las fundamentaciones filosóficas vigentes en su época, expuso: “Pero cuando la metafísica amolda la naturaleza a sus concepciones ontológicas a priori, en lugar de deducir esas leyes del estudio de la naturaleza, cambiando así el carácter inmanente y experimental de ellas, en un sentido trascendental y abstracto, se convierte en una hipótesis falaz. La metafísica no como la ciencia que comprende la mayor generalidad de nuestros conocimientos, teniendo a la unificación científica de ellos, sino como el sistema filosófico de las razones últimas de las cosas, de las ideas absolutas, de las causas trascendentales, es, permitidme, señores, la crudeza de la frase, la más engañosa teoría sustentada por la soberbia humana”²⁴ “Inútil es seguir citando otras ciencias que como la Economía Política, la Historia y en general la Sociología, han abrazado, con decidido empeño y buenos resultados, el método positivo. Basta creo, lo expuesto para hacer ver la generalidad de su aplicación en nuestro siglo y la urgencia de que las otras ramas del saber humano que se manifiestan aún reacias, lo adopten inmediatamente, bajo pena de quedarse rezagadas y olvidadas en el escabroso y elevado camino ascendente por el que suben, orgullosas las demás sostenidas por el mismo suelo que pisan. En aquella condición se encuentra la ciencia del Derecho, muy especialmente la Penal, por la índole y trascendencia de los estudios que esta comprende.”²⁵

²³ Auguste Comte, francés, es considerado el creador del positivismo y de la sociología.

²⁴ Misión Jurídica. Revista de Derecho y Ciencias Sociales. Cundinamarca-Colombia. N° 4, 2 de noviembre de 2008. Citando el trabajo de Javier Prado Ugarteche “El método positivista en el derecho penal” publicado en Lima, 3 de diciembre de 1871 (fragmento) (1894) (Biblioteca Ayacucho. Vol. 71). Pág. 438

²⁵ *Ibíd.* Pág. 444

Así nace en la evolución del Derecho penal, la llamada Escuela Positiva, denominación que algunos autores como el profesor Fernando Velásquez Velásquez²⁶ señala que “el nombre de “Escuela Positiva” o “Positivista”, como también se le denomina, le fue dado por sus propios partidarios, que reivindicaban para el derecho penal el método inductivo o galileano, propio de una época en la cual –gracias al aporte de las filosofías positivistas– se observa un acelerado desarrollo de las ciencias del ser o naturales, a las cuales tenía que sumarse esta disciplina si quería alcanzar el rango de ciencia. Surge entonces una nueva escuela contrapuesta a la anterior, con postulados completamente diferentes y una concepción unitaria del fenómeno criminal; para ella la elaboración científica de esta rama del saber tendrá que partir de la realidad empírica, social y dejar atrás la época en que el derecho natural era el objeto de estudio de un derecho penal indeterminista, basado en concepciones metafísicas”.

Fue Cesare Lombroso (1836-1909), quien a partir de la observación y estudio de los delincuentes formuló su famosa “antropología criminal”, que también incluía el estudio psicológico del hombre delincuente al lado del orgánico; a él se debe la publicación de una obra titulada “El hombre criminal en relación con la antropología, y la jurisprudencia y la disciplina carcelaria” (1876) en la cual plantea que la ciencia por él descubierta era una “aliada” del Derecho penal. Enrico Ferri (1856-1929) postuló, en su Teoría de la imputabilidad y negación del libre albedrío (1878), “el fracaso total de los pensadores clásicos y que no se trataba de convertir la antropología en una “ciencia aliada” del derecho penal, sino de aplicar el método inductivo (galileano) al estudio de la justicia penal”, como reiteraría muchos años después, esto es, estudiar el delito como fenómeno natural y social, valorándolo como expresión antisocial de cierta personalidad delincuente. Con este pensador irrumpe otra disciplina nueva, la sociología criminal, cuando publica sus “Nuevos horizontes del derecho y del procedimiento penal” (1880), obra de la cual se harían ediciones posteriores

²⁶ VELAZQUEZ VELAZQUEZ, Fernando. “MANUAL DE DERECHO PENAL” Parte General. “2ª Edición. Edit. TEMISS.A. Bogotá. 2004. Pág. 176.

bajo el título de Sociología criminal, en la que planteaba que el delito era la resultante de una triple serie de causas: individuales, físicas y sociales, a partir de lo cual pudo clasificar los delincuentes en cinco categorías: natos, locos, habituales, ocasionales y pasionales. También, en este mismo momento histórico, Raffaele Garófalo (1851-1934) señaló la necesidad de introducir innovaciones jurídicas en la justicia punitiva aportando el concepto básico de “temibilidad del delincuente” como criterio de penalidad, después denominado peligrosidad, así como la noción de “delito natural”; a él se debe la publicación de obras como “Un criterio positivo de penalidad” (1880) y “Criminología” (1885).

Lombroso, Ferri y Garófalo, se convirtieron, pues, en los “tres evangelistas” de la nueva Escuela Positiva del Derecho Penal, a quienes se sumaron luego autores como E. Florian (1869-1945), F. Grispini (1884-1955), en la misma Italia; P. Dorado Montero (1861- 1919), Quiróz y Pérez (1873-1959), Q. Saldaña y Jiménez de Asúa en sus comienzos (1889-1970), en España; J. P. Ramos (1878- 1959), Gonzales Roura, E. Gomez, en Argentina; J. E. Gaitan (1898-1948), C. Lozano y Lozano (1904-1952) y P. Cárdenas (1891-1978), en Colombia.²⁷

El profesor Velázquez, afirma “Desde el punto de vista ideológico, la nueva dirección es producto del tránsito del Estado liberal clásico al intervencionista, el cual traslada su punto de mira de las garantías del individuo a la defensa de la sociedad; los derechos de la colectividad se anteponen a los del individuo, es así que el Estado empieza a intervenir en la vida social y se promueven reformas sociales de diversa índole, con las que se pretende paliar en parte las aspiraciones populares; esta intervención también tocaría sus puertas en el derecho y, más concretamente, en el ámbito del derecho penal.”²⁸

2. CARÁCTER CIENTÍFICO DE LAS CATEGORÍAS DOGMÁTICAS DE LA TEORÍA DEL DELITO.

Más allá de la evolución del positivismo jurídico penal que contribuyó a la

²⁷ Ídem.

²⁸ Ídem.

elaboración de la dogmática penal, es imprescindible atender el carácter científico del Derecho penal para justificar con suficientes grados de coherencia las categorías del delito.

El Derecho penal como ciencia, debe poseer algunos rasgos o elementos que la definan como tal, ese llamado “horizonte de trascendencia o de proyección de la ciencia del derecho penal” que denomina el profesor Zaffaroni²⁹ o saber jurídico penal, distinto de las leyes penales que constituyen las normas objetivas positivas. Si la ciencia es un conjunto de conocimientos sistemáticos y útiles, que se caracterizan por tener un objeto de estudio propio y un método propio³⁰, hay que preguntarse si el Derecho en general y el Derecho penal en particular poseen esos elementos que pueden caracterizar el conocimiento como científico.

El derecho ¿es o no es ciencia? Y conforme a las líneas de argumentación que han dado a conocer los científicos, Mario Bunge, uno de los filósofos científicos más notables, ha distinguido las ciencias exactas de las ciencias fácticas, y dentro de éstas últimas a las ciencias naturales y las ciencias sociales. A partir de esa distinción, el conocimiento de las ciencias naturales, implica el reconocimiento de leyes de validez universal y se asocia a los conceptos de causalidad y de regularidad, por lo que toda ley natural o fenómeno natural aplica el principio de ley de validez universal y los principios de causalidad y de regularidad, por ejemplo, es una Ley de validez universal que todo metal se dilata cuando se le aplica calor, esta es una relación de causa y efecto entre el calor y la dilatación del metal. Esto ocurrirá en cualquier espacio y tiempo, estamos frente a un fenómeno natural, objeto de estudio de las ciencias naturales.

El conocimiento de las ciencias sociales, sin embargo, no aplica principios de causalidad o de regularidad, no existe la causalidad natural y repetitiva en los fenómenos sociales, porque las ciencias sociales se enfocan en el orden social,

²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “TRATADO DE DERECHO PENAL” Ob. Cit. Pág. 27.

³⁰ BUNGE, Mario. “LA CIENCIA, SU MÉTODO Y SU FILOSOFÍA” Ed. Siglo XXI. Buenos Aires, 1966. Pág. 16.

en el hecho social, en las regulaciones normativas de los hechos sociales y de la conducta de los hombres, por tanto, involucran valores o juicios de valor, estamos frente a un fenómeno social, objeto de estudio de las ciencias sociales y añadiendo los aportes del neokantismo cuando divide la ciencias en ciencias del ser que son las ciencias naturales, (causal explicativas) y ciencias culturales (ciencias del deber ser) que son las ciencias culturales, el Derecho ingresa en estas últimas, por tanto el estudio de la norma jurídica en general y en particular de la norma jurídica penal tiene carácter de auténtica ciencia.

Entonces, cuando se afirma que el Derecho penal es ciencia, el concepto del Derecho penal, no debe reducirse únicamente a la ley penal como relación de las normas jurídicas penales que establecen el delito y determinan la consecuencia jurídica, ni al ejercicio del poder punitivo del Estado, esa concepción es incompleta porque simplemente nos aproximaría a una noción de la ley penal o de un Código Penal (como conjunto de normas jurídicas penales que servirían como códigos de funcionamiento social) o a una teoría reflexiva del Derecho penal en su aspecto subjetivo como ejercicio del poder punitivo, el Derecho penal, como saber científico, esto es como ciencia, tiene un objeto de estudio permanente y único, tiene y utiliza métodos de estudio, sistematiza y racionaliza lógicamente los conocimientos, los agrupa analíticamente, formula teorías, máximas, apotegmas jurídicos, estudia principios, contribuye a la evolución de sus instituciones penales, plantea un horizonte de transformación con utilidad pragmática, analiza los fundamentos de la potestad de castigar, los justifica o los deslegitima, pero sobre todo es un instrumento de protección de derechos fundamentales.

Bajo ese contenido conceptual, el objeto de estudio de la ciencia del Derecho penal, es el Derecho penal objetivo y positivo, es decir la norma jurídica penal, que define el delito y fija la sanción y en su dimensión más amplia, el poder punitivo del Estado, sus principios limitativos conforme a sus bases constitucionales, sin embargo, definitivamente las normas jurídicas penales determinarán el campo de estudio de la ciencia del Derecho penal.

Como se trata de una ciencia que estudia las normas jurídicas penales y éstas son cambiantes, mutables en el tiempo, o simplemente desaparecen (toda sociedad puede cambiar sus normas jurídicas penales mediante el Órgano Legislativo); se ha puesto en debate el carácter científico del Derecho Penal, al punto en que se ha dicho que cuatro palabras del legislador son capaces de deshacer la validez de bibliotecas enteras o leyes penales.

Sin embargo, el objeto de estudio no cambia, sigue siendo en abstracto, la norma jurídica penal, sigue siendo el poder punitivo del estado y sus límites, sus principios y sus instituciones, sigue siendo el delito en base a la dogmática penal; así como tampoco varía el método, ni las técnicas interpretativas, aunque es posible aceptar algunas variaciones en las ciencias humanas o culturales.

El método del Derecho, en general es lógico, analítico, racional y jurídico, inductivo y deductivo, dogmático, sistemático y técnico. Es lógico, analítico, racional y jurídico, porque la lógica aplicada a las normas jurídicas, permite razonamientos sobre lo correcto o incorrecto de las proposiciones normativas o de sus presupuestos para validar las proposiciones y sus consecuencias jurídicas, esto implica valoración y análisis, porque las normas jurídicas penales son valorativas en todos sus elementos; es Inductivo y deductivo, porque analizando desde las normas particulares también se analiza los principios rectores y las abstracciones de la norma penal en particular y su aplicación a los casos que deben ser resueltos y juzgados; es Dogmático, porque al ser su punto de partida el orden jurídico, creamos teoría; es Sistemático y técnico, porque hay una integración coherente de normas jurídicas con suficiente racionalidad frente a los fenómenos jurídicos para utilizar reglas técnicas en la elaboración de la norma jurídica penal, adecuándose a los fines del Derecho,

Con esas características metodológicas, se realiza un análisis e interpretación exegética de la norma jurídica penal, de cuya lectura se pretende obtener su significación, el sentido y alcance del lenguaje utilizado en la norma penal, para luego realizar una interpretación dogmática, sistematizándolas unas con otras, con el fin de obtener las características genéricas a todas ellas que sirvan para

la elaboración de las teorías jurídicas sobre el delito y la pena, o para formular una teoría de la Ley penal, con sus principios y fundamentos, aquí es donde se obtienen los conceptos generales que permiten hablar de una ciencia más allá de la simple conjunción de normas jurídicas penales, promoviendo también una crítica sobre la técnica empleada por el legislador en la construcción de la norma penal y si ésta se encuentra en consonancia con los fines que persigue el Derecho penal, la protección de bienes jurídicos mediante la prohibición de conductas, o la eficacia de las prohibiciones como elementos motivacionales para persuadir la no realización de las conductas descritas en el tipo penal; naturalmente, para lograr estos fines, las normas penales tienen que adaptarse al sistema de valores de la Constitución, ajustándose al fin perseguido, tipificando conductas prohibidas y alternando técnicas de tipificación para evitar incongruencias entre las distintas figuras delictivas o entre estas y otros mecanismos de protección del ordenamiento jurídico. La crítica también puede cuestionar los propios valores que constituyen el objeto de tutela penal, cuando el intérprete de la norma jurídica penal, en base a sus criterios personales e ideológicos, tiene la posibilidad de realizar aportes personales, considerando el contexto ideológico, político y filosófico del modelo de Estado.

Se ha señalado que en la utilización del método técnico jurídico, la fase dogmática constituye el núcleo principal en la ciencia del Derecho penal, en consecuencia, la Dogmática penal, realiza el estudio analítico y sistemático de las normas jurídicas penales que definen el delito y fijan las penas y medidas de seguridad como consecuencias jurídicas, proponiendo diversos planteamientos dogmáticos y resolviendo cuestiones tan complejas como la teoría del delito, la teoría de la pena, la teoría de la ley penal, cuyos contenidos teóricos obedecen a diferentes corrientes de análisis y resolución de idénticos problemas empíricos penales, haciendo que la dogmática penal, se constituya en un verdadero instrumento de estudio general, abstracto, sistemático, crítico y axiológico de las normas jurídicas del Derecho penal positivo, cuyos aportes al sistema penal de cada país, deben permitir mejorar los procesos de

criminalización primaria y los procesos de criminalización secundaria. De este estudio, tan profundo y complejo, se podrá encontrar el verdadero sentido y alcance de las normas jurídicas penales, los principios generales utilizados para su interpretación y aplicación, pero sobre todo las valoraciones políticas constitucionales sobre las que descansan o se inspiran.

Tal es la importancia de la teoría jurídica del delito o de la teoría de la pena, que el sistema de administración de justicia, no tendría un soporte técnico legal para justificar una sentencia penal, al contrario, la decisión jurisdiccional sería caótica, discrecional, fortuita, hasta casual y arbitraria, si no se apoyaran en los contenidos teóricos de las categorías conceptuales involucradas, estas son las condiciones para que una sentencia penal utilice los instrumentos conceptuales de la dogmática, para contestar de una manera técnicamente aceptable, si un hecho o conducta es delito, si el autor de ese hecho es responsable penalmente y cómo debe ser punible.

Según el profesor Gonzalo Quintero Olivares³¹, “la dogmática penal se caracteriza por la elaboración de un sistema, porque fuera de ser un imperativo metodológico, ese sistema ha permitido la aplicación del Derecho penal, en ese sentido, no es arriesgado afirmar que la perfección sistemática y la evolución dogmática, juntas, proporcionan una mayor facilidad para conocer las leyes, para aplicarlas y así obtener soluciones más justas”, “aunque el sistema no siempre es un “sistema lógico puro” cerrado a toda consideración meta jurídica, es decir, las ventajas del sistema no pueden conducir a una supervaloración del pensamiento lógico sistemático”.³²

Consecuentemente, frente a la diversidad de planteamientos dogmáticos, la teoría del delito en su evolución nació acompañada de una concepción básicamente liberal del Derecho penal, que identificaba a la libertad y a la propiedad como valores importantes en el Estado a ser objeto de tutela, y conforme al modelo de Estado Constitucional de Derecho, bajo las líneas de

³¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “MANUAL DE DERECHO PENAL”. Parte General. Edit. Aranzadi. 2ª. Edición. Palma de Mallorca-España. 2000. Pág. 217.

³² Ídem.

evolución del constitucionalismo, se hizo necesario asentar ideológicamente el Derecho penal y la construcción de la dogmática penal al servicio de los principios, sistema de valores, fines y funciones de éste modelo de Estado Constitucional de Derecho. Esta podría ser la aspiración de la dogmática penal, que además le otorgaría sistemática y bases a un Código Penal eficiente y eficaz, permitiendo que muchas de las instituciones dogmáticas se encuentren al día, no solo conforme al modelo de Estado, principios y valores, sino con los nuevos problemas que surgen, porque el reto de la dogmática penal, la función de la dogmática es resolver los problemas que se le plantean al operador de la justicia, como los delitos de peligro abstracto, las normas penales en blanco, las normas penales abiertas, los ilícitos contravencionales policiales o administrativos, los ilícitos penales en el Derecho penal ambiental, en el Derecho penal económico, en el Derecho penal informático, la aparición de bienes jurídicos colectivos, los delitos de comisión por omisión, etc.

Aunque en la actualidad, la dogmática ha transformado algunas de las instituciones tradicionales del Derecho penal y está volviendo su vista a la Política Criminal, es necesario analizar las relaciones de la Dogmática con otros conocimientos que se ocupan del delito, es decir, con la Criminología y la Política criminal, cuyo ámbitos de estudio del fenómeno criminal y de la conducta desviada, o las políticas de prevención y represión, contribuyen notablemente al estudio y verificación del funcionamiento del sistema penal, incluida la realización del Derecho penal. Quintero Olivares señala que “se registran cambios metodológicos, que orientan el estudio a un creciente método mixto dogmático-político criminal, mientras que el puro dogmatismo, entra en abierta crisis de utilidad”³³.

3. EL CONTENIDO Y EL CARÁCTER AXIOLÓGICO DE LA NORMA JURÍDICA PENAL.

El Profesor Luis Gracia Martín señala que, “el concepto de tipo parece tener su anclaje histórico en un concepto procesal propio del proceso inquisitorial italiano

³³ Ídem.

de la Alta Edad Media”³⁴, posiblemente sea importante estudiar los sistemas de enjuiciamiento penal que en aquella época inquisitorial demandaban del soberano una decisión sobre la configuración del delito cometido por los súbditos, realizando, como señala el profesor Gracia Martín una especie de Inquisición general para determinar si se había cometido o no un delito, denominándose a esta comprobación “constare de delicto” El juez del proceso inquisitorial tenía que plantearse la cuestión relativa a qué elementos fácticos debería de reunir para poder formular cargos en la inquisición especial contra una persona determinada. “Estos elementos integran el concepto el llamado corpus delicti que fue desarrollado por los procesalistas en un sentido marcada y fundamentalmente objetivo”³⁵

Para un estudio apropiado de la norma penal abierta, no cabe duda que hay que tomar en cuenta los esquemas del delito que paralelamente dieron lugar a la evolución de la dogmática penal, por eso se toma en cuenta tanto el desarrollo del pensamiento jurídico sobre los valores con los que se relacionan como las circunstancias históricas que han dejado sentir la necesidad de contar con un esquema de comprensión adecuado sobre el delito. El desarrollo de la teoría jurídica del delito, no es más que el resultado de las aportaciones dogmáticas de los diferentes sistemas que contribuyeron en diversas etapas a la construcción de una teoría del delito.³⁶

La visión conjunta de los diversos esquemas que se dieron para explicar el delito, tal como lo conocemos ahora para comprender la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, explica de algún modo la dificultades que tuvo que enfrentar la evolución doctrinal del Derecho penal y la imprecisión axiológica que trajo consigo la determinación de la conducta objeto de valoración. A partir de Francisco Carrara y Enrico Ferri, representantes de la Escuela Clásica y de la Escuela Positiva, respectivamente, y luego con los

³⁴ GRACIA MARTÍN, Luis. FUNDAMENTOS NORMATIVOS, NORMATOLÓGICOS Y MATERIALES DEL DERECHO PENAL. Ulpiano Editores. Sucre 2015. Pág. 350

³⁵ *Ibíd.* Pág. 351

³⁶ JESCHECK, Hans Heinrich. “TRATADO DE DERECHO PENAL”. Parte general. Edit. Bosch. Barcelona 1981. Pág. 272

esquemas Clásico, Neoclásico y Finalista podemos observar un desarrollo más sistemático sobre los contenidos proporcionados a los elementos del delito, pero sobre todo se puede observar la evolución del tipo a partir de la simple descripción de la conducta hasta los contenidos valorativos y subjetivos con los que se comprende actualmente en la dogmática penal.

Entonces, no ha sido estéril la evolución de la teoría del delito en la construcción adecuada del esquema actual con la finalidad de sostener su aplicación efectiva en un proceso penal, pero esa evolución implica necesariamente considerar la precisión conceptual de la norma jurídica penal, comprendiendo previamente el término “norma” como “regla” de conducta, como forma de regulación de la conducta humana, buscando en general la coexistencia humana pacífica y armoniosa, por eso, existen normas morales, normas éticas, normas sociales, normas jurídicas, etc.

Para regular eficazmente la convivencia humana, se requiere de normas vinculantes que deben ser respetadas por la comunidad o sociedad, normas que deben ser acatadas como condición de una convivencia y coexistencia pacífica, normas que de acuerdo al positivismo jurídico kelseniano, establezcan derechos y deberes jurídicos en expresas proposiciones y conforme a determinados presupuestos, así aparecen las normas jurídicas con sentido de generalidad, obligatoriedad y coercibilidad.

Dentro de las normas jurídicas, las más importantes e imprescindibles para la convivencia humana, son las normas jurídicas penales que regulan las conductas que más gravemente atacan la convivencia humana, esas conductas que lesionan los bienes jurídicos más preciados para la convivencia humana son sancionadas por el Estado con el recurso más severo y eficaz, la pena, exteriorizándose de ese modo, el poder punitivo, así se concibe la norma jurídica penal, que se presenta como el “ius poenale” y como una expresión del poder punitivo del Estado, enunciando una norma jurídica penal que asocia a la realización de un delito como presupuesto, la aplicación de una pena y/o medida de seguridad como principales consecuencias jurídicas.

A través de la norma jurídica penal se espera que no se realicen las conductas descritas en ella y al mismo tiempo la norma jurídica penal expresa una prohibición o un mandato, es decir, prohíbe en el fondo esa conducta, u ordena la realización de la conducta esperada por el ordenamiento jurídico, si en ambos casos, se realiza la conducta o acción o no se la realiza la conducta esperada o se la omite, se espera también una reacción con la pena prevista en la norma jurídica penal, porque la conducta activa u omisiva, ha lesionado uno o varios bienes jurídicos, por eso la norma jurídica penal expresa un proceso de valoración negativa de conductas y de valoración positiva de bienes jurídicos.

En la estructura de la norma jurídica penal se pueden apreciar, el supuesto de hecho legal y la consecuencia jurídica, estos dos elementos, al representar descriptivamente la estructura básica de la norma jurídica penal, conforman una unidad indisoluble e inquebrantable en la misma norma penal, sin embargo, la norma jurídica penal también es prescriptiva, porque impone la idea del “deber ser” de la conducta deseada mediante prohibiciones o mandatos.

En el supuesto de hecho legal, la conducta descrita por el legislador como conducta abstracta, como presupuesto hipotético, en el fondo representa la expectativa de la norma jurídica penal al determinar una prohibición o un mandato como imperativos de conducta para proteger bienes jurídicos, de ese modo la norma jurídica penal cumple una función específica prescriptiva más allá de su estructura descriptiva y objetiva, porque cuando exterioriza una determinada conducta desvalorada en el tipo, al mismo tiempo, imperativamente prohíbe la realización de esa conducta (tipos activos) u ordena la realización de otra conducta (tipos omisivos) mediante la conminatoria de la sanción descrita en la misma norma penal con la pena y/o medida de seguridad.

La norma penal es por tanto, descriptiva y prescriptiva, cuya formulación político criminal, justifica la distinción entre norma y ley penal que en un momento apropiado de la evolución dogmática penal, ha sido formulada por el gran penalista alemán Karl Binding en su obra “Las normas y su infracción”,

pues como señala el profesor Zaffaroni, “Binding se consideraba a sí mismo un positivista jurídico, no obstante, Binding enunciaba su teoría de las normas, según la cual la conducta delictiva no chocaba contra la ley penal, sino contra la norma que permanecía ajena a la misma y de la que la ley penal (el Tatbestand) era el instrumento que posibilitaba su conocimiento”³⁷, por tanto, le corresponde a Karl Binding, el haber puesto de relieve los fundamentos para la distinción posterior entre norma primaria y norma secundaria.

Binding ha distinguido la norma y ley penal, señala que una conducta prohibida realizada o a una conducta que se manda realizar y no se realiza, trae consigo una violación, una infracción, que de acuerdo a Binding citado por el profesor Mir Puig³⁸ al distinguir la norma de la ley penal, pero la norma en su sentido más amplio y general, conceptúa a la norma como juicio de valor, como un deber ser, como una prohibición de hacer algo o un mandato de hacer algo, ambos como imperativos categóricos, Binding, nos dice que la ley penal describe delitos (supuestos de hecho en la norma jurídica penal) o conductas definidas en los tipos penales, y cuando un sujeto comete un delito, no viola la ley penal, lo que viola es la norma, esa prohibición o ese mandato, esa norma no escrita que se encuentra por encima o por detrás del tipo penal y que hay que inferir al leer la conducta descrita en el supuesto de hecho; en efecto, ha violado la norma que prohíbe hacer algo o que manda hacer algo y el delito es la adecuación de la conducta a la definición que da la ley, la ley es la voluntad del Estado que describe las conductas delictivas, es decir define delitos, mediante el tipo penal, sancionando esas conductas; por ejemplo en el robo que es apropiarse de lo ajeno con violencia contra las personas y fuerza sobre las cosas, quien se apropia de lo ajeno usando violencia o fuerza, según sea sobre las personas o cosas, está adecuando su conducta a la definición que da la ley para el robo, consiguientemente lo que viola por el contrario es la norma que crea lo antijurídico y nos dice lo que es injusto, mientras que la ley penal

³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ob. Cit. Pág. 263.

³⁸ MIR PUIG, Santiago. “INTRODUCCIÓN A LAS BASES DEL DERECHO PENAL” Euros Editores SRL. Tercera Edición. Buenos Aires. 2009 Pág. 22.

crea el delito.³⁹

Por el carácter preceptivo de la norma jurídica penal, al señalarse una pena para una conducta activa u omisiva, el legislador pretende algo más que informar sobre el castigo que le espera a quien realice esa conducta, pretende prohibir la realización de esa conducta activa u ordena que se realice la conducta omisiva, bajo la advertencia de imponer una pena o medida de seguridad, a quien desobedezca la prohibición o el mandato, por ejemplo 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, por tanto, de acuerdo con el profesor Santiago Mir Puig⁴⁰, este enunciado legal que castiga un hecho con una pena ha de interpretarse como una comunicación de dos formas distintas: como una norma prohibitiva o norma de mandato dirigido al ciudadano denominada norma primaria y como una norma que obliga al juez a realizar el Derecho penal o a imponer una pena, cuando se realiza la conducta, denominada norma secundaria.⁴¹, así se expresa el “deber ser” ideal del Derecho penal.

En el mismo sentido, el profesor Diego Manuel Luzón Peña⁴², 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, señala que cuando se habla de la infracción de la norma, se está aludiendo a una faceta de la norma jurídica penal, la “norma primaria”, es decir a la norma no escrita que prohíbe o manda realizar la conducta, mientras que cuando se dice que la conducta cumple o encaja en la previsión o descripción de la conducta en el supuesto de hecho, aparece la “norma secundaria”, es decir, la

³⁹ MIGUEL HARB, Benjamín. DERECHO PENAL. Tomo I, Parte General. Edit. Juventud. La Paz. 1987. Pág. 87.

⁴⁰ MIR PUIG, Santiago. Ob. Cit. Pág. 21.

⁴¹ MIR PUIG, Santiago. Ob. Cit. Pág. 28

⁴² LUZON PEÑA, Diego Manuel. “CURSO DE DERECHO PENAL” Parte General I. Edit. Universitas S.A. Madrid. 1996. Pág. 65.

que ordena al juez la imposición de una pena si se realiza el supuesto de hecho definido en la norma jurídica penal⁴³, ambas tienen el carácter imperativo o el carácter de norma de determinación.

En síntesis, la norma jurídica penal 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.

En ambos casos existe una advertencia, un mensaje que prohíbe o manda la realización de una conducta, y por otro lado, una instrucción para el juez, que le ordena realizar el Derecho penal, sin embargo, en ambos casos la norma penal es una sola, la norma primaria espera que los ciudadanos no realicen la conducta activa u omisiva del tipo penal, ahí se encuentra la prohibición de hacer o el mandato de hacer, y la norma secundaria, espera la aplicación de la sanción por parte del Juez a quien realice la conducta activa u omisiva descrita en el supuesto de hecho legal. Diego Manuel Luzón Peña, explica que 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 o mande realizar una conducta, 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, por lo que el delito simultáneamente cumple e infringe uno y otro

⁴³ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Ob. Cit. Pág. 50

aspecto de la norma penal.⁴⁴ Por ejemplo, en el delito de robo previsto en el Art. 331 del Código penal boliviano, el sujeto que realiza la conducta de apoderamiento de una cosa mueble ajena con fuerza en las cosas o con violencia o intimidación en las personas, está adecuando su conducta a la definición que da la ley para el robo y al mismo tiempo está infringiendo o vulnerando la norma de prohibición que crea lo antijurídico y nos dice lo que es injusto, es decir, la prohibición de apoderarse de una cosa mueble ajena con fuerza en las cosas o con violencia o intimidación en las personas. En el delito de homicidio previsto en el Art. 251 Código penal boliviano: “El que matare a otro, será sancionado con 5 a 20 años de privación de libertad”. El supuesto de hecho legal es: “El que matare a otro...” y la consecuencia jurídica: “...será sancionado con 5 a 20 años de privación de libertad”. Cuando alguien quita la vida a otro, está adecuando su conducta a la descripción que de esa conducta se realiza en el supuesto de hecho del Art. 251 del Código penal, por tanto no está violando la ley penal o la norma jurídica penal, sino al contrario se está adecuando o está encuadrando típicamente su conducta, si se quiere, está “cumpliendo” la ley penal, porque su conducta se subsume en el tipo penal de homicidio; lo que se infringe, viola o quebranta es la norma de prohibición que se encuentra en el tipo penal, la prohibición de quitar la vida a otro, es decir la “norma”, ese juicio de valor o imperativo axiológico categórico que establece cómo debe ser la conducta de los hombres: de respeto a la vida de los demás. Con relación a la norma de mandato, cuando el Art. 262 del Código penal boliviano, Omisión de Socorro, establece que el autor que omitiere detenerse en el lugar del hecho (accidente de tránsito en el que se producen muerte y lesiones) para prestar socorro o asistencia a las víctimas, será sancionado con privación de libertad de uno a cuatro años. La norma de mandato ordena al autor del accidente o a otro conductor que pasa por el lugar (segunda parte del Art. 262 CP) socorrer o auxiliar a las víctimas, es decir, se les manda u ordena la realización de una acción concreta, que el sujeto no realiza; por tanto, el

⁴⁴ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Ob. Cit. Pág. 51

autor de la omisión, no está violando la ley penal, porque su conducta se encuadra en el tipo penal del Art. 262, lo que infringe, lo que se vulnera es el mandato de auxilio, la obligación de socorrer, de prestar asistencia a las víctimas, es decir, una norma de mandato. Con otro ejemplo podemos destacar la norma de mandato que se infringe, el Art. 178 del Código Penal, omisión de denuncia, señala que “ El Juez o funcionario público que, estando por razón de su cargo 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 está constituido por un mandato de hacer, es decir por 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 normativas se encuentran en el mundo del deber ser y la ley penal que crea y define el delito se encuentra en el mundo del ser, el derecho objetivo, el derecho positivo, lo que existe y ha sido creado mediante una declaración legislativa.

La norma de prohibición o la norma de mandato tiene la función de motivar a los ciudadanos para que no realicen las conductas del supuesto de hecho, sea prohibiéndoles una acción o mandando la realización de una acción concreta, entonces cuando el delito se comete, se viola la norma.

Como una derivación concreta del aporte de Binding, el profesor Santiago Mir Puig, también señala que se puede identificar una norma primaria y una norma secundaria, entonces lo que en realidad afirma el precepto del Art. 251 del Código Penal boliviano, es que está prohibido quitar la vida a una persona, 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.⁴⁵

La teoría de Binding ha sido objetada por Hans Kelsen quien señala 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 legalista⁴⁶, 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 expresa 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 referirnos a la norma primaria y a la norma secundaria.

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

⁴⁵ MIR PUIG, Santiago. Ob. Cit. Pág. 27

⁴⁶ MIGUEL HARB, Benjamín. Ob. Cit. Pág. 88.

juicios de valor sobre 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 de una prohibición.

4. LA FINALIDAD DE LA NORMA JURÍDICA PENAL.

Muy apegado al carácter axiológico de la norma jurídica penal, su sentido teleológico puede definirse cuando la norma jurídica penal se admite como una norma objetiva de valoración o como una norma subjetiva de determinación a partir de su desdoblamiento valorativo con la protección de bienes jurídicos y con las normas de prohibición o las normas de mandato que trae consigo.

La identificación de las proposiciones normativas en el tipo penal y su contenido, se agotan en juicios de valor, en un deber ser, y según el profesor Gracia Martín, lo único que expresan tales proposiciones, son relaciones de adjudicación de deber ser, por tanto todos los juicios de valor, y más aún los juicios de deber ser, tienden ciertamente a realizarse⁴⁷. En este sentido, si la norma jurídica penal es una norma de valoración, señala Hans Heinrich Jescheck, la antijuridicidad será determinada conforme a esa dirección doctrinal, mediante la cual el legislador ordena la convivencia humana mediante la constatación por las normas jurídicas de los estados y acontecimientos que se corresponden con el orden por él imaginado para la colectividad y de aquellos otros que se oponen a él, entonces, el Derecho no es sino la suma de

⁴⁷ GRACIA MARTIN, Luis. Ob. Cit. Pág. 91.

los juicios de valor con cuya ayuda se distingue el comportamiento jurídico del antijurídico⁴⁸, de ese modo, la norma penal es una norma objetiva de valoración, señala Jescheck, porque permite enjuiciar el actuar del hombre desde la perspectiva de orden comunitario, representa un orden de valoraciones por parte del legislador sobre determinadas acciones y sus resultados, es decir, el legislador, al disvalorar conductas, establece una serie de prohibiciones o mandatos que constituyen el “deber ser” del Derecho penal, pero también realiza una valoración positiva de los bienes jurídicos que se busca proteger de esas conductas, en ese sentido la norma jurídica penal es una norma objetiva de valoración, porque el legislador ha establecido un orden de valores que se quiere preservar con los bienes jurídicos y del que se deriva necesariamente la valoración negativa y selección de las conductas prohibidas o las conductas omisivas, contrarios al deber ser ideal que se vulnera cuando se realiza la conducta activa u omisiva, en este sentido los imperativos de las normas se dirigen a todos aquellos sujetos a los que afecta su contenido y esta concepción resulta confirmada también por el fin de protección de la norma, si el fin de la norma es la protección de bienes jurídicos que se reflejan en los concretos objetos de la acción, habrá de ser decisiva para la violación de la norma, la forma y medida de la puesta en peligro del objeto de la acción previsto en el tipo⁴⁹, por tanto la protección de los bienes jurídicos, importa una valoración positiva sobre aquellos derechos o intereses que tengan relevancia constitucional, para hacerlos objeto de tutela penal como bienes jurídicos, e importa una desvaloración de las conductas más graves que van en contra de aquellos bienes jurídicos, formulándose en los supuestos de hecho de la norma jurídica penal.

La doctrina actual admite que la norma jurídica penal presenta una valoración de la conducta prohibida, es decir, que prohíbe una conducta disvaliosa (matar, apropiarse ilegítimamente con fuerza de un bien mueble, abusar sexualmente)

⁴⁸ JESCHECK, Hans Heinrich. Ob. Cit. Págs. 318-319

⁴⁹ *Ibíd.* Pág. 320

u ordena o manda la realización de una conducta (la obligación de auxiliar por parte del conductor que ha ocasionado un accidente de tránsito o el mandato de declarar los bienes o su patrimonio en los delitos de omisión de declaración de bienes). La determinación de la conducta disvaliosa es una tarea legislativa en la creación de la ley penal, en la construcción de la norma jurídica penal, sentando las bases para crear la antijuridicidad.

Por el contrario, la opinión doctrinal por la que el orden jurídico penal se integra según la manifestación de voluntad del legislador que impone un determinado comportamiento de parte de sus destinatarios, suelen ser proposiciones de deber ser dirigidas a todos, por lo que las normas jurídicas han de entenderse como imperativos. La misión del Derecho es determinar en el hombre “un querer objetivamente correcto” antes de la acción que puede valorarse como antijurídica⁵⁰, por tanto la norma jurídica penal en una norma subjetiva de determinación, entonces basado en la concepción imperativa de la norma, se busca eficacia en el acatamiento de las prohibiciones y mandatos, se trata de determinar o motivar a los ciudadanos para que no cometan delitos, se busca que la norma motive eficazmente en las personas para que no realicen la conducta prohibida o realicen la que manda el ordenamiento jurídico, esta advertencia busca identificar el momento subjetivo de la determinación del sujeto para acatar la prohibición o el mandato.

La norma jurídica por tanto, no ha de concebirse solo como norma de determinación, sino al mismo tiempo también como norma de valoración⁵¹. La importancia de ambos aspectos valorativos de la norma jurídica penal, ha servido para realizar las diferencias entre antijuridicidad y culpabilidad, pues, la infracción de la norma objetiva de valoración provoca un juicio de desvalor que recae sobre la conducta, es un juicio objetivo de valoración que emerge cuando se realiza la conducta que infringe la prohibición o el mandato, permitiendo apreciar el contenido del injusto penal o la antijuridicidad en sus dos facetas, el

⁵⁰ Ídem. Pág. 320

⁵¹ *Ibíd.* Pág. 321

desvalor de la acción (conducta contraria a la prohibición o mandato) y el desvalor del resultado (conducta que lesiona o pone en peligro el bien jurídico). La infracción de la norma subjetiva de determinación, provoca un juicio de desvalor que recae sobre el autor de una conducta, es un juicio subjetivo de determinación que permite apreciar la culpabilidad o responsabilidad como reproche individual al sujeto por la infracción del imperativo (prohibición y mandato). La doctrina lo conoce como imputación subjetiva o culpabilidad.

Al apreciar estos dos elementos valorativos de la norma penal, estamos frente a un sujeto que ha infringido la norma objetiva de valoración, la prohibición o el mandato y ha lesionado o puesto en peligro un bien jurídico, pero también ha infringido la norma subjetiva de determinación, cuando pudiendo haberse comportado conforme a la norma de prohibición o norma de mandato, conforme a ese deber ser ideal, no lo hizo por lo que el hecho le es subjetivamente imputable o se le impone el juicio de reproche, emergiendo la culpabilidad.

Sin embargo, a la infracción de la norma objetiva de valoración puede que no le siga la infracción de la norma subjetiva de determinación, o sea que no se pueda evidenciar el incumplimiento de la prohibición o del mandato en sentido subjetivo, sea por la falta de la capacidad para dejarse motivar por la norma de prohibición o de mandato y que no le permite comprender la antijuridicidad de su conducta (inimputabilidad) u por otras causas de exclusión de la culpabilidad como el error de prohibición; solo cuando se han infringido, la norma objetiva de valoración y la norma subjetiva de determinación, estamos frente a la contrariedad completa de la norma jurídica penal.

5. LA PROSCRIPCIÓN DE LA ANALOGÍA.

En el ámbito de estudio de las normas penales abiertas, el principio de legalidad de los delitos y de las penas, exige que la ley que determina el delito y la pena, tiene que ser previa al hecho delictivo, la conducta rigurosamente formulada, expresamente incorporada en forma escrita con la ley penal y claramente entendida, esto es que “No hay delito ni pena, sin ley previa, estricta, escrita y taxativa”. Así se derivan los principios rectores de la ley penal previa, la ley

penal escrita, la ley penal estricta y la ley penal taxativa

En lo que corresponde a este estudio, la ley penal estricta o “lex scripta”, supone que la ley penal implica una exclusión de la analogía, mediante la cual un hecho o una conducta constituyen delitos merecedores de la pena sólo si corresponde exactamente o fielmente a la descripción de ese hecho o conducta contenida en la ley previa, aquí se realiza una comparación entre el hecho concreto sometido a su juzgamiento y el tipo penal que contiene la descripción abstracta de la conducta, mediante el proceso de subsunción, encuadramiento típico o tipicidad.

Cuando el texto legal se interpreta, se confunde la comprensión del contenido y alcance de cada norma jurídica penal, el sentido del lenguaje de la ley, con la intención de encontrar la voluntad de la ley (voluntas legis), es decir, la búsqueda de la voluntad del legislador, o el espíritu de la ley. En otros ámbitos del Derecho puede ser importante la búsqueda de la voluntad del legislador o el espíritu de la ley, pero en el Derecho penal, en virtud del principio de legalidad de los delitos y de las penas, en su vertiente de ley estricta, no es posible por lo que es rechazable, pues lo que importa no es lo que el legislador consiguió o pretendió expresar, sino lo que efectiva y realmente expresó, lo que la ley estrictamente señala, por esa razón, la interpretación no tiene que rebasar el tenor literal de las leyes penales, ni el sentido del lenguaje de la norma jurídica penal, sólo la interpretación en el límite del principio de legalidad será una interpretación justificada, incluso la interpretación analógica autorizada por la ley, todo lo demás sería analogía, prohibida y proscrita en el Derecho penal, entonces, consecuencia jurídica directa de la lex scripta, es la prohibición de la analogía.

La analogía consiste en la aplicación de una ley penal a un supuesto fáctico no previsto en ella, pero que tiene similares características a otro supuesto fáctico o hecho que si pertenece a su ámbito de aplicación o se encuentra en la ley penal; constituye una absoluta vulneración del principio de legalidad de los delitos y de las penas, y de la seguridad jurídica, una clara transgresión de la

voluntad legislativa, porque supone una creación judicial del Derecho penal que no se puede admitir, una forma de suplir o llenar los vacíos internos del ordenamiento jurídico penal, la analogía no es una forma de interpretación, es una forma de aplicación de la ley, por ejemplo en caso de la figura del incesto, descrito como relación carnal entre consanguíneos, no se encuentra prevista en la legislación penal boliviana, consecuentemente no puede aplicarse la ley penal por analogía comparando los hechos de incesto con los hechos de estupro o violación por tener cierta “similitud”.

De las dos clases de analogías existentes, analogía “in malam partem” y analogía “in bonam partem”, la analogía “in malam partem” pretende la aplicación de disposiciones penales a hechos no previstos en la ley penal, pero parecidos, generando un mayor perjuicio para el imputado o acusado, por tanto, no sólo la analogía está prohibida, sino que la prohibición se vigoriza por realizarse una analogía en perjuicio del imputado o acusado, por ejemplo, aplicar una circunstancia modificativa de responsabilidad penal, como circunstancia agravante, no prevista en el Código penal boliviano, pero que tiene similitud con otra circunstancia sí prevista, en este caso se compara con las circunstancias previstas en el Art. 38 del Código Penal⁵², es analogía, tal es el caso de considerar la personalidad o conducta del autor de un delito contra la libertad sexual cuando el presunto violador tiene 40 años de edad y vive en un mismo domicilio con su madre sin haber logrado su independencia, situación de vida que marca su personalidad, este hecho bajo la analogía in malam partem se puede considerar como circunstancia agravante en una posible condena, sobrepasándose el tenor literal y el sentido del lenguaje de la norma jurídica que establece las circunstancias agravantes en la conducta del autor, en perjuicio del mismo, sin que la ley expresamente los establezca, sólo con el fin de fundamentar las circunstancias agravantes.

⁵² El Código penal boliviano en su Art. 38 inc. a) establece que para apreciar la personalidad del autor, se tomará principalmente en cuenta: la edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente y posterior del sujeto, los móviles que lo impulsaron a delinquir y su situación económica y social.

En la Analogía “in bonam partem”, se pretende la aplicación de la ley penal a supuestos no contemplados en ella, pero parecidos, generando beneficios para el imputado o acusado, significa que si bien la prohibición de la analogía perjudicial resulta perfectamente clara, existen supuestos en los que se acepta la analogía beneficiosa para el reo puesto que no le perjudica, al contrario lo favorece, en el mismo ejemplo anterior, al considerar las circunstancias personales de un violador como la edad de 40 años de edad y viviendo en el mismo domicilio con su madre, sin haber logrado su independencia, se puede interpretar a su favor esas circunstancias personales, afirmándose que su dedicación y amor a su madre le obligó a sacrificar sus objetivos personales, circunstancias personales que pueden funcionar como atenuantes personales para rebajar la condena, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia de algunos países expresan que la analogía “in bonam partem” debe considerarse igualmente prohibida.

6. EL PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD DENTRO DE LA RESERVA DE LA LEY PENAL.

Bajo la concepción tradicional del principio de legalidad penal y además uno de los principios limitativos al poder punitivo del Estado, la exigencia de taxatividad tiene suficiente arraigo teórico, porque constituye una expresión del principio de legalidad penal y una expresión de seguridad jurídica en el Derecho penal; esto representaba que las normas penales tenía que lograr una suficiente y precisa determinación de la conducta o del hecho delictivo como de la sanción, porque si ese requisito, incluso las demás garantías del principio de legalidad no tendrían vida.

En su génesis, la taxatividad emerge como una exigencia de la ley penal y para el legislador que dicta la ley penal, porque cuando se exige que solo la ley debe determinar los delitos y las penas, como señalaba Beccaria, expresando la voluntad general rousseaiana, también se exigía que la ley determine claramente qué conductas debían ser tipificadas en la ley, esta atribución radicaba solo en el legislador democrático, entonces nace el principio de

reserva de la ley muy fuertemente unido al principio de legalidad.

El principio de taxatividad exige del legislador, el empleo de técnicas de creación o procesos de redacción de la norma jurídica penal adecuados para la comprensión, que permitan que de una simple lectura del tipo penal, entender la conducta prohibida o la conducta que se ordena realizar, entonces, la racionalidad abstracta de las normas penales requiere que cada destinatario de la ley penal sepa dónde comienza el Derecho penal y hasta dónde llega, hasta dónde puede actuar o no actuar, para ello, la descripción objetiva de la conducta en el tipo, requiere el mayor esfuerzo posible de concreción y claridad, o la mayor taxatividad. Así se le exige al legislador utilizar conceptos y términos claros y precisos en la elaboración del tipo; el legislador debe agotar los recursos técnicos para otorgar la mayor precisión y claridad posible al lenguaje de la ley penal.

Los profesores Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán⁵³, agregan que la garantía por la que la definición de delitos y penas se reserva al legislador (reserva de la ley) no es una exigencia formalista, sino que se relaciona con el contenido material del principio de legalidad: para que realmente la ley penal cumpla la función de establecer las conductas punibles de forma clara y concreta, sin acudir a términos vagos, imprecisos o ambiguos, porque esto eliminaría la seguridad jurídica.

Del principio de taxatividad legal, se genera el principio de la ley cierta o *lex certa*, por el cual se prohíben leyes penales y penas indeterminadas con su expresión latina “*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*”, como el que señalaba el profesor Roxin con el precepto penal que hacía referencia a la “infracción del bien común de modo intolerable...”⁵⁴, pues claramente no permitiría identificar la conducta prohibida ante la imprecisión del concepto “bien común”, dejando en manos del juez el cierre de la conducta mediante su interpretación. Asimismo, el profesor Roxin señala la inadmisibilidad de las

⁵³ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN Mercedes. “DERECHO PENAL” Parte General. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004. Pág. 103.

⁵⁴ ROXIN, Claus. “DERECHO PENAL” Parte General. Tomo I. Ob. Cit. Pág. 141.

penas totalmente indeterminadas, 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.

Frente a esta precisión y exigencia teórica constitutiva de la acción punible como típica, que por su naturaleza comprende todo concepto del delito formal y material, solo el Órgano Legislativo es el único poder de donde debe provenir la descripción de una conducta merecedora de una pena, surgiendo el principio de reserva de la ley, porque la ley penal en la que se describe la conducta punible, es la expresión máxima de la voluntad general y soberana, nadie más podría crear conductas activas u omisivas merecedoras de una sanción, así como nadie más podría fijar o establecer las sanciones, pero como la ley penal debe provenir solamente del Órgano Legislativo, tiene que cumplir con las condiciones de legitimidad formal del procedimiento legislativo constitucional y las condiciones de legitimidad material al acceder al sistema de valores y principios constitucionales, para justificar la tutela bienes jurídicos con la amenaza de la pena ante una conducta descrita como prohibida, sentando las bases de los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de ofensividad.

El producto legislativo así generado, debe considerar el principio de taxatividad de la conducta merecedora de una pena, exigiéndose al legislador, el empleo de una técnica sencilla de construcción del tipo, con un lenguaje claro, preciso y de entendimiento general cuando se define la conducta, en virtud de la cual sea posible, con una simple lectura del tipo, conocer hasta dónde llega el poder punitivo del Estado, qué puede hacer o no hacer el ciudadano, por lo que la construcción de la norma penal requiere el mayor esfuerzo posible de concreción y claridad, exigiendo del legislador del cual emana una proposición normativa, un lenguaje prescriptivo con conceptos y términos claros y precisos en la descripción de una conducta punible, en el entendimiento de una conducta merecedora de una pena, cuya interpretación gramatical sea posible realizarla

por cualquier ciudadano, aun cuando existan elementos normativos de valoración jurídica para comprender la conducta merecedora de una pena, por lo que no basta que el proceso de creación de la ley llene los procedimientos formales constitucionales, sino que la misma debe hacerse en forma taxativa, es decir, las normas penales deben contener certeza típica o certidumbre de comprensión aunque no con la exigencia de precisión técnica posible como alude el profesor Zaffaroni al referirse al principio de “máxima taxatividad legal”, porque *“aunque la ley penal se expresa en palabras y estas nunca son totalmente precisas,⁵⁵ no por ello debe 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”*.⁵⁶

Ciertamente todo lenguaje genera dudas, en cualquier ámbito del derecho se puede encontrar un lenguaje impreciso, vago y con una textura abierta, muchas veces se presenta de manera incompleta, insuficiente o no muy clara, que a veces tiene un significado genérico, contrario al deseo de que sean comprensibles por todos los ciudadanos a los que se dirige la ley penal, ese lenguaje idealmente requiere claridad, precisión, coherencia con el ordenamiento jurídico y univocidad, sin embargo es un ideal ingenuo de la Ilustración que planteaba la confección de leyes con un lenguaje claro, preciso, simple y de entendimiento general. Ese ideal no se logra por las características propias del lenguaje natural utilizado por el Derecho, por las malas construcciones sintácticas y otras veces por el uso poco riguroso de la

⁵⁵ Las cursivas son propias.

⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. DERECHO PENAL. Parte General. Editorial EDIAR. Buenos Aires 2002 Ob. Cit. Pág. 110.

Vale la pena adelantar un criterio político 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 los delitos de medio ambiente, con los delitos informáticos, empero, el principio por ser legitimante del Estado Constitucional de Derecho, requiere acatamiento para garantizar plenamente la seguridad jurídica, por ello quizá la insistencia de “máxima taxatividad legal”.

terminología, que en conjunto fundan las imprecisiones semánticas, todo contribuye a que pueda aumentar el grado de incompreensión de los elementos objetivos del tipo penal y el grado de dificultad para aplicar los términos o palabras que fueron concebidos por el legislador, razón suficiente para que las normas penales sean susceptibles de ser interpretadas, temática con la que se vincula la presente investigación.

Sin embargo, no queda duda de que con las exigencias constitucionales legislativas para definir un delito y una sanción, el tipo garantiza al ciudadano que la conducta merecedora de una pena no se basa en las costumbres, en el derecho natural y menos en la construcción judicial, sino en la ley, por la que se protegerá a todas las personas de las abstracciones del poder humano para penalizar conductas humanas, de las veleidades del poder político para responsabilidad penalmente a una persona cuando su conducta no se halle legislativamente dispuesta por voluntad de los mismos que le dieron razón para definir el delito y la sanción, mediante el principio de legalidad penal, en cuyo contenido se encuentra el desarrollo de la teoría del tipo, legalidad que ha tenido un desarrollo histórico y humano significativo para la garantizar la convivencia humana y los límites al poder público permitiendo el mayor grado de libertad de los seres humanos, sin menoscabo de las otras libertades e impidiendo que esas libertades que también se manifiestan en acciones, conductas o hechos, no sean restringidas sino es en virtud de la ley.

En la concepción clásica, esa atribución democrática de dictar leyes penales como atribución propia del legislador y no de ningún otro poder, no podía ser comprendida sino es a través de la exigencia de precisión de la conducta delictiva, ya que al contrario, si la norma penal poseía indeterminación, ello suponía que el legislador estaba no solo incumpliendo su labor democrática y deber de taxatividad en la norma penal, sino que también delegaba en el juez la tarea de definir ex post facto la conducta imprecisamente definida en la norma penal, por lo que sin taxatividad, la reserva de la ley deja de ser un límite constitucional impuesto al Órgano Legislativo y pasa a constituirse simplemente

en una facultad de libre disposición⁵⁷.

No obstante, la *lex certa* puede ser demasiado espinosa de seguir, por las propias palabras o términos que utiliza el legislador, el lenguaje del legislador, cuando pretende un riguroso respeto a la seguridad jurídica y genera una renuncia a las necesidades político criminales o de defensa social que incluyen las garantías para que el ciudadano conozca con precisión la conducta prohibida punible haciendo posible la intervención punitiva, previniendo una forma de protección individual frente a cualquier consecuencia punitiva no previsible de sus actos, frente a la posibilidad de encontrarse con la intervención del aplicador de la norma penal cuando interpreta la norma penal y decide la tipicidad aun cuando los términos o palabras utilizadas en la norma penal no sean precisos o claros, pero que requieren de esa labor interpretativa dentro de los límites de lo predecible en razón de lo decidido por la voluntad general expresada en la ley.

El planteamiento parece sencillo, porque se pide que se proteja la confianza del destinatario de la norma penal mediante la taxatividad y previsibilidad de la conducta prohibida en la norma penal, adquiriendo certeza que solo puede adquirirla conociendo y comprendiendo el texto de la norma penal, pero por otro lado se facilita una interpretación apropiada de las prohibiciones o mandatos de la norma penal por parte de su aplicador en su función jurisdiccional penal.

Asimismo, observar el principio de taxatividad parece ya no ser un derrotero válido para lograr un efectivo sistema de administración de justicia penal, debido a los múltiples factores sociales que concurren en los procesos de criminalización secundaria, factores que pueden ocasionar la relatividad del principio de taxatividad a partir de la ruptura de la relación existente entre lo normativo y la realidad, cuando el legislador en un nivel de abstracción o de comprensión común de los términos utilizados en el tipo penal, se sustrae de su obligación constitucional de construir normas penales claras y precisas, dejando

⁵⁷ COBO DEL ROSAL, Manuel/BOIX REIG, Javier. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES. Conesa, Madrid. Pág. 199. Doval País. POSIBILIDADES Y LÍMITES PARA LA FORMULACIÓN DE LAS NORMAS PENALES. EL CASO DE LAS LEYES EN BLANCO. Valencia 1999. Pág. 43.

de ese modo un vacío en el contenido del principio de taxatividad, y por tanto quitándole una vigencia irrestricta frente al conjunto de transformaciones globales que incorporan nuevos intereses para proteger que provocan o generan las causas de la indeterminación en las normas penales, además de nuevas formas de relación entre la ley y el juez, mediante los procesos de interpretación que satisfagan las necesidades de protección de aquellos nuevos intereses o de los ya existentes como expresión y decisión del soberano expresado en la ley penal en virtud de cumplir las necesidades político criminales de defensa social o de seguridad ciudadana.

Dada la exigencia constitutiva de la acción punible como típica, que por su naturaleza comprende todo concepto del delito formal y materialmente, emerge el principio de reserva de la ley, es decir que además de ser escrita formalmente, solo el Órgano Legislativo es el único poder de donde debe provenir la descripción de una conducta merecedora de una pena, porque la ley penal en la que se describe la conducta punible, es la expresión máxima de la voluntad general y soberana, nadie más podría crear conductas activas u omisivas merecedoras de una sanción, así como nadie más podría fijar las sanciones, pero como la ley penal debe provenir solamente del Órgano Legislativo, tiene que cumplir con las condiciones de legitimidad formal del procedimiento legislativo constitucional y las condiciones de legitimidad material al acceder al sistema de valores y principios constitucionales, para justificar la tutela bienes jurídicos con la amenaza de la pena ante una conducta descrita como prohibida, sentando las bases de los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de ofensividad.

CAPITULO III

LAS EXIGENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY PENAL

1. EL ORDEN JURÍDICO PENAL EN CONEXIÓN IDEOLÓGICA Y DIALÉCTICA CON EL SISTEMA CONSTITUCIONAL.

Sin duda alguna, la norma jurídica penal tiene un contenido ideológico que se encuentra arraigado, (o por lo menos debería estarlo), en el sistema ideológico y político vigente en un determinado Estado. Es una condicionante lógica, porque coadyuva a la interpretación y aplicación de la norma jurídica penal al atender la finalidad común de la estructura normativa dirigida a obtener, niveles de convivencia armónica entre los miembros de una sociedad, con mayor efectividad, cuando se trata de una norma penal, independientemente de la existencia plural de sistemas normativos dentro de un mismo Estado, pero en definitiva, siempre direccionadas hacia la construcción de una sociedad justa y armoniosa, por lo menos visto desde la ideología básica de convivencia humana.

Por tanto, esa base conceptual lógica de la norma jurídica penal en vigor, no puede apartarse del condicionamiento ideológico y político, al igual que cuando se impone gran carga ideológica en la aplicación de la norma penal o en el discurso académico. La estructura lógica del sistema normativo imperante en un Estado, responde entonces, al sistema ideológico y político que se encuentra en la base constitucional de un Estado, representa el último armazón o si se quiere, la camisa de fuerza para contener y limitar la discrecionalidad en la elaboración, interpretación y aplicación de la norma penal.

El sentido teleológico de la norma jurídica penal, necesariamente nos propone dos cuestiones que generan posición y decisión, ¿buscamos aproximarnos a la justicia como interés de la sociedad para resolver los conflictos jurídicos mediante normas penales “más efectivas” que se constituyan en mecanismos eficaces para recluir a las personas en las cárceles? o ¿debemos encontrar en la norma penal los límites al poder punitivo del Estado, cuya base constitucional nos permita generar una perspectiva garantista y una política de reducción de la

violencia estatal a la par de obtener mayor seguridad ciudadana?⁵⁸ En cualquiera de estas cuestiones, existen referencias constitucionales, sin embargo, no es posible desechar la violencia, porque como señala el profesor Alberto Binder, “la cuota de violencia social que encierran los conflictos captados por el sistema penal es muy grande y la “solución” que propone el Estado suele contener también una alta cuota de violencia. Baste considerar que, muchas veces la “solución estatal” reside en encerrar a seres humanos en jaulas que para tranquilidad de los que quedamos afuera, hemos aprendido a llamar “cárceles”⁵⁹.

De ahí que resulta necesario considerar un imperativo metodológico en la construcción de la norma jurídica penal, acudiendo al marco constitucional, ideológico y político de un determinado Estado, sin descuidar por supuesto, los principios y fundamentos del Derecho penal que tradicionalmente comportan las barreras necesarias para el ejercicio del poder punitivo, de los que precisamente emergerá una estructura normativa penal apropiada; este enfoque metodológico vale también para las otras estructuras normativas sustantivas y adjetivas, permitiéndonos crear y utilizar las herramientas conceptuales y un conjunto de principios necesarios en la elaboración, construcción, interpretación, análisis normativo y aplicación de las normas penales en particular, que siempre tendrán un fundamento constitucional impregnado del contenido ideológico y político que fue acordado por el poder constituyente en la Constitución.

2. EL CONSTITUCIONALISMO Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.

Sobre la premisa anterior, el estudio del constitucionalismo, sus fundamentos, su dimensión histórica y política, que más allá de la evolución del

⁵⁸ BINDER, Alberto M. “INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL PENAL”. Edit. ADHOC SRL, Buenos Aires. 1993. Pág. 20. El profesor Binder, indudablemente asume una posición garantista y de pleno respeto a los derechos fundamentales, los que se constituyen en bastiones de la dignidad humana, al punto de expresar que su libro “es una introducción al estudio de los mecanismos que utilizamos los seres humanos para encerrarnos unos a otros dentro de unas jaulas”. Se advierte una posición minimalista del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal, contraria a la violencia estatal expresada en el poder penal del Estado,

⁵⁹ *Ibíd.* Pág. 28

constitucionalismo, identifica la “íntima relación entre democracia, gobierno y Derecho, fundamentos del constitucionalismo en general, y del Derecho constitucional, entendido como la dimensión jurídica del constitucionalismo, en particular”,⁶⁰ expresa el contenido ideológico y político del Estado en un determinado momento histórico del constitucionalismo, sin duda alguna, surge de la relación existente entre el poder constituyente y el poder constituido, más allá de las condiciones o innecesarias discusiones de la legitimidad de la voluntad del constituyente, cuya materialización es la única que cuenta para limitar permanentemente a los poderes constituidos y limitar “sus poderes”, entre ellos el poder punitivo, así ha sido históricamente desde el surgimiento del primigenio Estado de Derecho en la época del constitucionalismo liberal.

Como señalan Roberto Viciano y Rubén Martínez,⁶¹ “el Derecho constitucional sigue fundamentándose en categorías intrínsecamente liberales, y que son difíciles de cuestionar sin crear discordias. Este planteamiento, desde luego, tiene sus ventajas. Establecer modelos teóricos y estudiar casos prácticos en torno a los mismos conceptos fortalece la creación de un entramado académico que otorga seguridad investigadora, expositiva y, especialmente, argumentadora”. Entonces, si es ventajoso involucrar categorías liberales, el tiempo histórico nos ha permitido demostrar la consolidación de dichas categorías como fundamentos de los actuales Estados modernos, incluido el Estado boliviano como Estado Plurinacional, Comunitario e Intercultural.⁶² Sin embargo, en el fondo, el constitucionalismo liberal tiene un fundamento filosófico e ideológico cuya incidencia en la materialización constitucional de los Estados, es difícil de negar, pues el pensamiento liberal con el que emerge la decisión de defender los derechos individuales de la persona durante el siglo

⁶⁰ VICIANO PASTOR, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. “EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO: FUNDAMENTOS PARA UNA CONSTRUCCIÓN DOCTRINAL”. Ponencia defendida en el Congreso Mundial de Constitucionalistas realizado el 2010 y publicada en la Revista General de Derecho Público Comparado N° 9. 2011. Pág. 1

⁶¹ *Ibíd.* Pág. 2.

⁶² Art. 1 Constitución Política del Estado de 2009, proclama que “Bolivia se constituye en un Estado Unitario, Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”

XVIII, en sus orígenes, podemos identificarlo en la crisis del Estado monárquico-absolutista, una crisis que también alcanza a la justicia o a la forma en que se administraba justicia y a la forma en que arbitrariamente se concebían los delitos, en aquella época absolutista de concentración del poder. El denominado Estado Monárquico Absolutista de los siglos XVII y XVIII, se caracterizó por tener un rey soberano, que por encima de su poder no había otro poder humano, porque el origen de su poder era divino, venía de Dios y solamente Dios se lo otorgaba, el concentraba todo el poder público, el Rey hacía la ley, el Rey la aplicaba y el Rey la interpretaba, tenía además tenía derecho sobre la vida, la libertad y la propiedad de todos sus súbditos determinando el orden jurídico y económico, en fin, tal era el poder del Rey que sólo respondía ante el poder divino; Jules Michelet, importante historiador francés afirmaba que en la Edad Media el Rey decía: “la Justicia está en mí, yo puedo juzgar o hacer juzgar; ¿por quién?; no importa: por mi teniente, mi criado, mi intendente, mi portero. Privilegio de personas puesto que juzga quien el privilegiado quiere. Privilegio de tiempo: te juzgo a voluntad mía, mañana, dentro de diez años; nunca. Y privilegio de lugar: de 150 leguas y más lejos el Parlamento se trae a cualquier pobre diablo que ha desagradado a su señor”.⁶³ Por tanto, el Rey ejercía tutela sobre las personas, el imponía la justicia por efecto de la concentración del poder, solo él resolvía los conflictos entre sus súbditos bajo una particular forma de concebir la justicia directa o encargada a alguien, una justicia vindicativa y solo a veces conmutativa.

La concepción de los delitos supuso un absoluto sometimiento a los designios de la omnicompetencia monárquica que se expresaba en el omnipoder del Juez a quien el “soberano” delegaba parte de su poder, supuso también la influencia de la Iglesia Católica con el panteísmo penal, como concepción religiosa-punitiva dominante en la época con gran influencia de la Inquisición, concibiendo al delito como pecado y la sanción como purgación expresada con

⁶³ Citado por CLAUDIO MOVILLA ÁLVAREZ, en su Conferencia “Independencia del Juez y Derechos Humanos” en el II Seminario Internacional sobre la Independencia Judicial en Latinoamérica. Sao Paulo, Abril de 1996.

la muerte, los castigos corporales, la tortura y la crueldad. El poder y la actividad del Juez, tanto en el sistema inquisitivo canónico como en el sistema inquisitivo laico, concentraba facultades para denunciar, investigar, acusar y juzgar, representó un entremezclamiento de las funciones procesales, paralelo a su arbitrariedad y abuso en la calificación de los delitos y en la imposición de las penas, como ocurrió con el ajusticiamiento del caballero Damiens, enjuiciamiento acontecido en plena época absolutista (1757) prolijamente relatado por Foucault en el capítulo “El cuerpo de los condenados” de su obra “Vigilar y Castigar”⁶⁴.

Estas son las razones históricas por las que se justifica el surgimiento del principio de legalidad de los delitos y de las penas, con la pretensión de eliminar la omnicompetencia monárquica y el panteísmo penal, para apartar la arbitrariedad absolutista de un sistema de justicia, cruel e injusto, impuesto por los jueces y el poder absoluto del monarca, quienes definían despóticamente lo que era delito y la sanción que le correspondía, se creó un marco de seguridad jurídica a partir de la predeterminación legal de las conductas delictivas y la concreción de la sanción en la ley, que a pesar de generar la aparición de lo que se denominó “vocación legicentrista” con el sentido de perfectibilidad y perdurabilidad de la ley para poner fin a la arbitrariedad del monarca, supuso un hito fundamental en la evolución del Derecho penal como producto de la voluntad general para permanecer inalterable y vigente toda la vida, porque la ley penal lo era todo adquiriendo una fuerza totalitaria, impidiendo que el juez tuviera libertad de actuación en la aplicación e interpretación de la ley penal, reduciendo al máximo su omnicompetencia y arbitrio con la abstracción contenida en la ley vista desde arriba, para someterlo acriticamente a la ley omnimoda, donde la única interpretación que podía realizar, era la interpretación gramatical, prohibiéndose la analogía por la que no se podía admitir hechos no previstos en la ley, aunque tuvieran similares características

⁶⁴ FOUCAULT, Michel. VIGILAR Y CASTIGAR. Nacimiento de la prisión. Traducción de Aurelio Garzón del Camino. Editores Siglo XXI. Buenos Aires 2003. Pág. 6

a otros hechos sí previstos en la ley, por tanto el Juez estaba llamado a subsumir el hecho en la norma penal basado en una especie de aritmética judicial, donde el hecho debía encuadrarse a la ley aplicando un método lógico silogístico, mediante el cual se estableció que la premisa mayor era la valoración jurídica, la premisa menor el hecho y por último la conclusión que representaba la subsunción; ese esquema silogístico aprisionaba al Juez, lo encasillaba y generaba diques a su función interpretativa jurisdiccional.

La aparición del constitucionalismo terminó con ese poder absoluto del monarca, se constituyó en el punto de partida de la evolución del Derecho penal al sustituir la soberanía del monarca por la soberanía del pueblo, por la voluntad general, permitiendo que los Estados modernos enunciaran su contenido ideológico y político en el sistema penal, con efectos legitimantes en los procesos de criminalización primaria y en los procesos de criminalización secundaria, mediando un conjunto de principios y valores asumidos por la voluntad del constituyente como formas de regulación de la convivencia humana y limitando el ejercicio del poder punitivo con el respeto a los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, que en conjunto, expresaron las condiciones de legitimidad de la voluntad del constituyente para concebir un determinado Derecho penal.

Con el surgimiento del Estado liberal, indudablemente se crea un paradigma constitucional importante en la concepción y defensa de los derechos fundamentales de la persona; bajo ese paradigma liberal centrado en la defensa los derechos individuales y la necesidad de limitar al poder político para que aquellos no se vean afectados por éste, la Constitución Boliviana de 2009, emerge no solo como idea de legitimidad democrática del poder, sino como una muestra de aceptación de aquellos principios liberales, así el Estado Plurinacional de Bolivia también acoge principios liberales, aunque por antonomasia constituye la expresión más sólida del reconocimiento de los derechos fundamentales.

Estos principios liberales, paradigmáticos y cardinales en la historia del constitucionalismo y en la historia de la evolución de los derechos fundamentales, se han constituido en las banderas de las revoluciones liberales a finales del siglo XVIII, que se han mantenido en la mayoría de los sistemas constitucionales de los Estados, con el rótulo de Estados Democráticos, Sociales y de Derecho. Estos modelos de Estado se apropian del concepto de justicia como un valor sustancial en la regulación de las conductas humanas a través del imperio de la ley como uno de los principios del Estado de Derecho, del cual emerge el principio de legalidad de los delitos y de las penas, como una garantía de seguridad individual para limitar el ejercicio del poder punitivo del Estado, expresando mejor la idea elemental de aproximación a la justicia. Es cierto que en la evolución del constitucionalismo, la defensa de los derechos individuales, o derechos fundamentales, considerando la materialización de los mismos en una Constitución, han posibilitado la construcción del Estado de Derecho, en su versión o concepción más primigenia como en su versión o concepción más progresista, para resolver el problema de la vigencia y respeto de los derechos fundamentales, asegurando la legitimidad del Derecho y un sistema de garantías de carácter jurisdiccional para hacer efectivos esos derechos, dentro de los cuales se encuentran los principios del Derecho penal. Norberto Bobbio, nos decía que uno de los grandes problemas de nuestro tiempo con relación a los derechos humanos, no radicaba en la fundamentación de los mismos, sino en la protección, un problema político, más que filosófico o jurídico, por tanto, no se trata de saber cuáles y cuántos derechos tenemos, sino cuáles son los mecanismos para cumplirlos, para impedir que sean infringidos⁶⁵, a pesar de las solemnes declaraciones que las rodean; por eso la concepción de los derechos se encuentra estrechamente vinculada a las garantías, porque suponen dos elementos integradores de la concepción de justicia tan anhelado en el constitucionalismo revolucionario liberal frente al

⁶⁵ BOBBIO, Norberto. EL TIEMPO DE LOS DERECHOS. Edit. Sistema. Traducción de Rafael de Asís Roig. Madrid 1991. Pág. 64

poder absoluto del monarca y tan reconocidos en las evoluciones del Estado moderno, que incluso ahora se difunden y patentizan con los derechos sociales al emerger el concepto de justicia social dentro del marco del constitucionalismo democrático y social, en particular dentro del neoconstitucionalismo y del nuevo constitucionalismo latinoamericano en actual proceso de construcción como paradigmas de evolución constitucional.

Las políticas sociales que caracterizaron al Estado del Bienestar, ajustado en los llamados Estados Social Democráticos de Derecho, siguen conteniendo en su raíz, el reconocimiento de los derechos individuales, propios de la filosofía liberal, como el derecho a la dignidad humana, el derecho a la libertad personal, el derecho a la propiedad individual, baluartes significativos para sostener todavía la vigencia de principios liberales, plasmados en la Constitución, como ordenamiento jurídico supremo, dentro de estos principios se encuentra el postulado liberal de justicia con el que arranca el constitucionalismo liberal revolucionario.

Sin embargo, como revelan los profesores Viciano y Martínez, “En la teoría constitucional, principalmente a raíz de la consolidación de la corriente neoconstitucional -que es, al mismo tiempo, neoconstitucionalista-, se ha avanzado hacia la diferenciación entre el concepto formal y material de Estado Constitucional. La distinción estriba en entender que no es un Estado (neo) constitucional aquel Estado con presencia de una constitución únicamente en sentido formal, sino el que cuenta con una Constitución capaz de incidir realmente y que plasma sus principios y reglamentaciones en el resto del ordenamiento jurídico. Se incide, por ello, en la normatividad constitucional”⁶⁶

En el propósito de esta investigación, la formulación del Estado Constitucional de Derecho y del neoconstitucionalismo como fundamento ideológico del sistema constitucional vigente, sirve para plantear la admisibilidad de las leyes penales y en particular la admisibilidad de las normas penales abiertas con los principios y valores vigentes en un modelo constitucional que busca concretar la

⁶⁶ VICIANO PASTOR, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Ob. Cit. Pág. 3.

voluntad jurídica y política del constituyente, más allá de ser una mera limitadora del poder público, como se ha caracterizado a los modelos constitucionales paradigmáticos del constitucionalismo, pero al mismo tiempo, esos principios y valores deberán sentar las bases de la construcción de la ley penal y en particular de la norma penal abierta con la pretensión de considerar su eficacia y efectividad en función de la protección de los bienes jurídicos con relevancia constitucional y en función de mandar un mensaje motivacional de respeto a esos bienes jurídicos, obteniendo el mayor grado de eficacia de la norma subjetiva de determinación.

Tal vez, también se pueda empezar a considerar la génesis de una política criminal basado en un sistema de derechos y garantías, pero a contrapelo del surgimiento de una política criminal de seguridad ciudadana, para atender un proceso de criminalización primaria que no ponga el riesgo el Estado Constitucional de Derecho al admitir normas penales abiertas, riesgo que puede deslegitimar el sistema de garantías jurisdiccionales de carácter constitucional y cuya implicancia en el proceso penal puede generar un costo político e ideológico elevadísimo, al contraponerse a la materialización de la voluntad jurídica y política del constituyente que precisamente ha establecido el principio de legalidad de los delitos y de las penas sobre la base de ese conjunto de valores y ese sistema de principios, ambos constitucionales, pero particularmente sobre la “lex certa” como una garantía de seguridad individual.

Por lo pronto, el constitucionalismo liberal, en su labor de fundamentar sus principios, no puede dejar de lado aquellos principios y la filosofía liberal con los que se impulsa la conformación del Estado de Derecho. En esta configuración, la referencia inmediata al Estado de Derecho, tiene que ser la tesis contractualista de Rousseau⁶⁷, porque con 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

⁶⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. EL CONTRATO SOCIAL O PRINCIPIOS DE DERECHO POLÍTICO. (Título original *Du contrat social*, 1762). Estudio preliminar y trad. de María José Villaverde. Tecnos 5ta Ed. Madrid 1972. Libro I, Capítulo VI

acto de voluntad del pueblo soberano, mediante su 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. Esa voluntad jurídica y política es el armazón de la voluntad general para lograr los mayores grados convivencia armónica y pacífica.

La constitucionalización de los Estados tiene su punto de partida en el constitucionalismo liberal que surge a partir de una 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”, por tanto, la justicia era una labor exclusiva y privativa del soberano monarca. El liberalismo original no solo tiene una dimensión política, económica, sino fundamentalmente filosófica vinculada a las ideas de libertad, igualdad y justicia, basamentos principales del funcionamiento del Estado, aunque el proceso revolucionario de carácter político social en Francia coincide con la primera Revolución Industrial, para dar lugar a una sociedad capitalista y a un nuevo tipo de Estado, el Estado Liberal Burgués ⁽⁶⁸⁾, no puede pasar inadvertido que sólo con los principios de libertad, igualdad y justicia, podrían construirse los nuevos cánones de convivencia social, aún cuando en este nuevo Estado Liberal, la desigualdad material contradice la igualdad formal.

Bajo las características del Estado liberal⁽⁶⁹⁾, 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, en el marco de los principios que sostienen que “la soberanía reside en el pueblo”, el derecho al voto, la democracia representativa, la división de poderes, es decir

⁶⁸ KRADER, Lawrence. “LA FORMACIÓN DEL ESTADO”. Edit. Labor SA, Nueva Colección Labor, Barcelona, 1972.

⁶⁹ DURAN, Víctor M. “EL NEOLIBERALISMO, ANTECEDENTES, FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS Y PROYECTO POLÍTICO”, Universidad de los Trabajadores de América Latina, Mimeo, San Antonio de los Alto, Venezuela, 1997.

un Estado no arbitrario ni absolutista que respete los derechos humanos individuales en un proceso histórico en el que los seres humanos y los pueblos vayan tomando en sus manos su propio destino. Esto supone concebir al pueblo soberano en sus plenas facultades para crear los mecanismos más adecuados de convivencia armónica y pacífica, constituyéndose en una de sus principales aspiraciones, la eficiente y efectiva forma de administrar de justicia mediante la realización de un Derecho penal eficiente y efectivo, pero protector de derechos y garantías constitucionales.

Bajo esa concepción del Estado de Derecho o Estado de Derecho burgués, como sinónimo de democracia liberal o clásica, surgen las ideas renovadoras del constitucionalismo social, planteando un Estado promotor del bienestar colectivo y de la justicia social en el marco del Derecho, así se plantea el Estado Social de Derecho, donde el Estado sometido al Derecho, debe promover la educación, el trabajo, la salud, la seguridad social, la cultura, el bienestar, la recreación y la justicia, en síntesis un orden social más justo compatible con la existencia digna del ser humano, apartándose de los excesos que se generaron en el individualismo para inspirar sistemas constitucionales más democráticos en los siglos XVIII y XIX, recuérdese por ejemplo las reformas del constitucionalismo contemporáneo que se incorporaron en las Constituciones de Querétaro (México) de 1917, de Weimar (Alemania) de 1919, de España de 1931 o de la U.R.S.S de 1936.

En ese contexto ideológico constitucional, la revalorización del Derecho en general y de la justicia penal en particular, de un derecho para todos y de una justicia individual a una social, le otorga al constitucionalismo social, una característica tal que le permite concebir adecuadamente los mecanismos que se encarguen de alcanzar ese Derecho y esa justicia social, imponiendo, indudablemente, responsabilidades al poder político a la hora de formular y materializar el Derecho bajo una dimensión valorativa de la justicia diferente en la resolución de conflictos individuales, cuya tutela jurisdiccional tiene la función de lograr la construcción de una sociedad justa, armónica y pacífica, ello se

conseguirá con la implementación de los mecanismos más adecuados para resolver los conflictos, el proceso judicial, que en el ámbito de la administración de justicia penal traduce la necesidad de establecer modelos procesales penales adecuados a los modelos de Estado, como fiel reflejo de los centros de poder político e ideológico, así se conciben el sistema procesal inquisitivo y el sistema procesal acusatorio.

Sin embargo, ante el surgimiento del Estado Social, Democrático de Derecho, la idea de concebir al Derecho y a la justicia adecuada en la sociedad, 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, pero que no han resuelto el problema básico de crisis de la legalidad⁷⁰ que de acuerdo con el profesor Luigi Ferrajoli “se expresa en la ausencia o ineficacia de los controles, y, por tanto en la variada y llamativa fenomenología de la ilegalidad del poder” y la injusticia social, frente a la tendencia punitivista actual de modelos de Estado surgidos de la evolución del constitucionalismo, que pretenden arraigarse en un concepto puro de justicia, para justificar ideas como la seguridad ciudadana o la lucha contra la criminalidad y que han dado lugar a una “inflación legislativa en materia penal, habitualmente bajo el signo de la emergencia y de la excepción”⁷¹

Si se revisa la historia de las Constituciones bolivianas, todas ellas, incluso las Constituciones que sufrieron reformas constitucionales realizadas por el poder constituido, tienen moldes liberales, por ejemplo, la Constitución de 20 de septiembre de 1851 por primera vez consigna los derechos y las garantías individuales de manera expresa, luego la Constitución de 30 de enero de 1938, modificando algunos conceptos liberales incorpora los regímenes social, familiar, cultural y del campesinado como expresión de los intereses sociales, y la Constitución de 1967 con las reformas constitucionales introducidas por el poder constituido constituyente, consagra definitivamente que el ser humano

⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. “DERECHOS Y GARANTIAS” La ley del más débil. Editorial Trotta. 2ª Edición. Madrid. 2001. Pág. 15.

⁷¹ *Ibíd.* Pág. 16.

tiene dignidad y libertad, estableciendo garantías penales y procesales, y dentro de ellas el principio de legalidad de los delitos y de las penas.⁷²

La Constitución de 1967 bajo el molde liberal y del constitucionalismo social inaugurado con el Referéndum de 1931, deriva la propia proclama de derechos fundamentales sobre la base del reconocimiento de la dignidad y la libertad⁷³

De estas proclamas es posible extraer la noción de la conciencia fundamental de justicia en el Estado boliviano, vinculada a las facultades concedidas al Poder Judicial expresadas en las funciones jurisdiccionales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del Tribunal Constitucional, de las Cortes Superiores de Justicia, de los tribunales y jueces de instancias y demás tribunales y juzgados establecidos por ley.⁷⁴ Esta fue la expresión de los derechos y las garantías de la persona vinculadas a la sociedad en las Constituciones del constitucionalismo liberal, social, democrático de derecho, discurso formal de las Constituciones liberales con la pretensión de lograr niveles de convivencia armónica y pacífica en la sociedad.

Con la instauración de una nueva configuración del sistema de valores y conjunto de principios y una nueva concepción de derechos fundamentales (derechos civiles y políticos y derechos sociales económicos y culturales), se ha dado un paso enorme en la configuración, concepción y construcción del Estado Constitucional de Derecho, cuya característica fundamental es la de encontrarnos frente a un Estado que se define por la Constitución y se somete a la Constitución, de tal modo que un Estado no es Estado Constitucional sólo por tener una Constitución, sino aquel en el que la Constitución subordina a los poderes y realiza la voluntad política y jurídica del pueblo como poder constituyente, cuerpo político que dicta las normas fundamentales para la organización y funcionamiento de su convivencia política y jurídica. Esta potestad es la “suprema capacidad y dominio del pueblo sobre sí mismo al

⁷² Constitución Política del Estado de 1967 Reformada. Art. 16, p. IV. “...La condena penal debe fundarse en una ley anterior al proceso y sólo se aplicaran leyes posteriores cuando sean más favorables al encausado”.

⁷³ Constitución Política del Estado de 1967 Reformada. Art. 6. P. II. “La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado”.

⁷⁴ Constitución Política del Estado de 1967 Reformada. Título Tercero, Parte Segunda.

darse por su propia voluntad una organización política y un ordenamiento jurídico”⁷⁵ convirtiendo al Estado de derecho en un Estado Constitucional de Derecho, cuestionando precisamente aquel modelo de Estado Social Democrático de Derecho por su falta de efectividad en la realización de los derechos y garantías. Esto trajo consigo las diferencias entre el concepto formal y el concepto material del Estado Constitucional.

La conversión del Estado de Derecho en Estado Constitucional de Derecho, más allá de los elementos formales que caracterizan al Estado, ciertamente se aleja de los esquemas del positivismo jurídico clásico, accediendo a los elementos materiales que soportan la normatividad constitucional, cuando se proclama el carácter normativo y superior de la Constitución frente al resto del ordenamiento jurídico. Sin embargo, el rostro constitucional del Estado, se encuentra identificado con la profusa carta de derechos fundamentales, con la pretensión de consolidar la caracterización del Estado Constitucional de Derecho, apoyado o impulsado por el conjunto de principios que irradian de la Constitución, tanto implícitos como explícitos, cuya presencia es necesaria para articular la voluntad constituyente, por tanto, como lo señala Luigi Ferrajoli, existen dos formas de entender el derecho, para el positivismo jurídico, el criterio de reconocimiento tanto de la existencia como de su validez es la forma como se producen las leyes, independientemente de su contenido, mientras que el constitucionalismo jurídico, condiciona la validez de las leyes también a la sustancia de las decisiones, o sea, a la coherencia de sus contenidos con los principios de justicia establecidos por las constituciones⁷⁶, es decir, un Estado Legislativo de Derecho dentro del positivismo jurídico y un Estado Constitucional de Derecho dentro del constitucionalismo jurídico.

El efecto jurídico de los principios en el Estado Constitucional de Derecho, principalmente como criterios de interpretación, es incuestionable, pero lo es

⁷⁵ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. EL PODER CONSTITUYENTE. Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1957, pág. 564.

⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. POSITIVISMO CRÍTICO, DERECHOS Y DEMOCRACIA. En Revista Isonomía N° 16, abril 2002. Pág. 7. Ver: <http://www.cervantesvirtual.com>.

aún más la configuración y aplicación del sistema de garantías jurisdiccionales, para hacer efectivos los derechos fundamentales.

La construcción teórica y práctica del Estado Constitucional de Derecho, nos sirve para entender el sistema constitucional boliviano y para explicar las bases fundamentales del Estado boliviano, en sus principios y valores, pero sobre todo para entender los fines del Estado en la Constitución, si no tuviéramos como referente esta construcción teórica del Estado Constitucional de Derecho, difícilmente podemos saber frente a qué tipo de Constitución nos encontramos y consecuentemente, qué tipo de leyes en general y leyes penales o procesales penales en particular deben emerger de este Estado constitucional considerando sus bases fundamentales

La Constitución del Estado constitucional y cómo se plantea en la práctica este Estado constitucional, se puede observar a partir de las diferencias entre la concepción formal del Estado Constitucional y la concepción material, hay Estado Constitucional formal simplemente porque hay una Constitución en un país, el concepto en sentido material, refiere que hay Estado Constitucional cuando cumple tres requisitos, en primer lugar es una Constitución legitimada por el pueblo, democráticamente, en segundo lugar, es una Constitución normativa, es decir, es una constitución jurídica, no solo política, no sólo hay un conjunto de buenos deseos políticos, su normas jurídicas, sus principios y los derechos y las garantías se aplican directamente, no requieren de desarrollo legislativo, y en tercer lugar es una Constitución suprema, que se coloca en la cúspide del ordenamiento jurídico; ahí es donde surge El Estado Constitucional. Este concepto todavía es un planteamiento teórico al que se acerca la Constitución boliviana. La Constitución de Ecuador en su Art. 1 incorpora el término de Estado Constitucional de derechos y justicia en reemplazo del Estado Democrático Social de Derecho.⁷⁷

Tal es la significación de la Constitución normativa que en el ámbito del

⁷⁷ Art. 1 Constitución de la República del Ecuador. “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”.

Derecho penal, principios tan importantes como el principio de legalidad de los delitos y de las penas que se encuentran dentro del sistema de garantías jurisdiccionales, no pueden ser contradichos por una legislación derivada del poder constituido, por tanto, ese sistema de garantías jurisdiccionales previstos a partir del Art. 109 de la Constitución del 2009, no es programática, sino que tiene carácter jurídico y se aplica directamente, conforme lo ha configurado el constituyente en el Art. 410, p. I de la Constitución, cuando obliga a todas las personas naturales y jurídicas así como los órganos públicos a someterse a la Constitución, esto es, aplicación directa.

Consecuentemente, las bases del Derecho penal boliviano se encuentran constitucionalizadas, el principio de legalidad está constitucionalizado, no hay nada fuera de la Constitución. Con la nueva Constitución se incorpora una cultura jurídica penal, porque el abogado, el Fiscal, el juez tendrán presente siempre el texto constitucional, porque la Constitución es un documento político jurídico basado en principios, así se produce la “constitucionalización del derecho” y la “constitucionalización del Derecho penal”.

3. EL PODER CONSTITUYENTE COMO VOLUNTAD LEGITIMADORA DE LAS LEYES PENALES.

Para ingresar en el razonamiento constitucional del Derecho penal en el Estado boliviano, es indispensable recordar y en su caso informar sobre las categorías conceptuales que subyacen en el concepto de soberanía del pueblo o en la voluntad del constituyente, como una categoría histórica y legitimante del orden constitucional.

De las muchas teorías que se han dado para estudiar y comprender el poder constituyente como una categoría esencial en la configuración del Estado Constitucional de Derecho y por extensión de la propia voluntad general del Derecho penal, quizá no encontremos una definición que conceptualmente satisfaga los requerimientos de legitimidad para el Estado Constitucional de Derecho, por ejemplo la definición de Emmanuel Sieyes sobre el poder constituyente como “la fuerza política que crea la Constitución de un Estado en

una instancia racional, voluntaria y deliberativa”⁷⁸ no representa un fundamento para considerar el Estado Constitucional de Derecho a pesar de constituirse en un cambio dentro de las categoría del pensamiento jurídico constitucional, sin embargo, pretende establecer la separación entre Estado y sociedad. En el caso de Maurice Hauriou, el poder constituyente se le ha conferido una particularidad original, la super legalidad constitucional, como lo ha señalado Vladimiro Naranjo, más que una Constitución escrita incorporando los “principios fundamentales del régimen” que llegan a sostener su legitimidad constitucional, superior a la Constitución escrita⁷⁹. Entre esas definiciones, también es importante la definición de Kelsen, cuando se dice que “la doctrina del poder constituyente no puede tener otro sentido que el de poner dificultades a la modificación de las normas que fundamentan ciertos casos del derecho positivo”, por eso para Kelsen el contenido de la Constitución proviene del acto de la voluntad empírica de la autoridad constituyente⁸⁰.

Sin embargo, Antonio Negri, señala que “el paradigma del poder constituyente es el de una fuerza que irrumpe, quebranta, interrumpe, desquicia todo equilibrio preexistente y toda posible continuidad. El poder constituyente está ligado a la idea de democracia como poder absoluto. Es por consiguiente, el del poder constituyente, como fuerza impetuosa y expansiva, un concepto ligado a la pre-constitución social de la totalidad democrática”.⁸¹

En todo caso, como señala Albert Noguera, en la noción del Poder constituyente, es evidente que existen notas diferenciadoras que se encuentran determinados por momentos políticos y jurídicos, por la concepción de la

⁷⁸ SIEYES, Emmanuel. ¿QUÉ ES EL TERCER ESTADO? Ediciones Aguilar, Madrid. 1973. Pág. 42

⁷⁹ NARANJO MESA, Vladimiro, TEORIA CONSTITUCIONAL E INSTITUCIONES POLÍTICAS. Edit. Temis. Colombia 2003. Pág. 351

⁸⁰ LINARES QUINTANA, Segundo. TRATADO DE LA CIENCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL, tomo II. Editorial Alfa. Buenos Aires 1953. Pág. 117.

⁸¹ NEGRI, Antonio. EL PODER CONSTITUYENTE. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad. Traducción de Clara de Marco. Edit. Libertarias/Prodhufi. Madrid 1994. Pág. 29.

política y del Derecho como momentos contradictorios y por la consecución de la emancipación a partir del Derecho estatal positivos formales⁸²

Bajo en el poder constituyente, surge el paradigma de la soberanía popular, que hoy en día tiene nuevos matices adecuados a la realidad social, con las características propias del llamado constitucionalismo latinoamericano moderno, donde el pueblo, el soberano, es el que considera si requiere de un cambio del orden constitucional, permitiendo reflexionar nuevamente y con gran fuerza, sobre la naturaleza del poder constituyente, la reivindicación de los derechos fundamentales, por eso la fuerza y validez de las decisiones del Poder constituyente, que increpan el cumplimiento de su voluntad en la misma Constitución, asegurando las normas constitucionales como expresión de la soberanía popular.

Aunque, basta tener vigente una Constitución para concebir la existencia de la voluntad del soberano, es también posible construir el concepto de Estado Constitucional, con una justificación sólida del poder constituyente, instituido en un poder real y originario del pueblo, que sirve para evolucionar en el constitucionalismo y respaldar su voluntad, merced a la concurrencia de dos elementos significativos: la legitimidad del poder constituyente y la convicción de la necesidad de armonizar nuestra convivencia social en un marco de seguridad jurídica-política constitucional que no atente contra los valores supremos o fundamentales que sostiene el ordenamiento constitucional, la libertad, la dignidad, la igualdad y la justicia; sobre todo si estos elementos contribuyen a la construcción del Estado Constitucional de Derecho, antes de mantener la primigenia y retórica concepción del Estado de Derecho.

Rousseau decía⁸³ “sólo cuando la razón política encuentre plena proyección en la razón jurídica, es cuando nos encontraremos frente a un Estado de Derecho legitimado, que refleje el propio sentir y la necesidad de la soberanía del pueblo, con instituciones necesarias para ella, con la posibilidad de construir al menos

⁸² NOGUERA, Albert. HACIA UNA REDEFINICION DEL PODER CONSTITUYENTE. En teoría y práctica del Poder Constituyente. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia 2014. Págs. 6 y 13

⁸³ ROUSSEAU, Jean Jaques. Ob. Cit. Libro I, Capítulo I

un Estado de Bienestar basado en el cumplimiento de la ley, sobre todo, en el cumplimiento de la norma constitucional”; por esa razón, cuando menos, cobra tremenda importancia la concepción de soberanía como poder para fundar, para constituir, como lo refieren John Locke, Paine, Sieyes y Schmitt, citados por Kalyvas Andreas en su artículo “Soberanía Popular, Democracia y el Poder Constituyente”, frente a una concepción teológica, absolutista, jerárquica con características de mandato y obediencia que se pretendió otorgar a la soberanía por Jean Bodin, Hans Kelsen o Foucault, citado también por el mismo autor.

La concepción de la soberanía como poder para fundar, para constituir, supone también la legitimidad del poder soberano frente a los poderes constituidos, porque es un poder que viene de abajo hacia arriba, como realización del ideal democrático y que por eso mismo, este poder constituyente es excepcional, no sometido a normas, sino más bien generador de normas fundamentales que deben ser obedecidas, como refiere Andreas Kalyvas⁸⁴, al decir que el acto soberano que funda reglas fundamentales, escapa a la sumisión de cualquier regla o norma, porque si estuviera determinado por un orden legal anterior o por una Constitución preexistente, no sería un poder constituyente, sino un poder constituido, de hecho, esta es la concepción primera y última de la voluntad soberana, para comprender su papel frente a la Constitución escrita, que al fin y al cabo no es más que el instrumento escrito del soberano, Constitución que recién posee las características de mandato y obediencia.

En consecuencia, no podríamos hablar de poder constituyente si no existe una referencia a la soberanía, así como no podríamos hablar de Constitución, si no hay poder constituyente, como tampoco podríamos hablar de poderes constituidos si no existiera poder constituyente que sea capaz de incorporar elementos normativos en la Constitución, trascendentales para la convivencia humana y para que los poderes constituidos se encuentren regulados

⁸⁴ KALYVAS, Andreas. Artículo “SOBERANÍA POPULAR, DEMOCRACIA Y EL PODER CONSTITUYENTE”. Revista Política y Gobierno. Volumen XII, Núm. 1. 1er Semestre de 2005. México. Pág. 95.

normativamente; de esta manera, ningún poder constituido puede oponerse al poder constituyente y nunca debería estar por encima del mismo, porque quien modifica la Constitución es el pueblo, el poder que viene de abajo hacia arriba, y aún cuando se trate de modificar parcialmente la Constitución, acuñando el concepto de poder de reforma o poder constituyente constituido o derivado, existe un atentado contra la soberanía del pueblo, porque la soberanía popular es única y es el origen del poder.

El Poder constituyente, así legitimado, es la soberanía del pueblo y es el mismo pueblo el que debe legitimar al poder constituyente y esta legitimidad emerge del sistema democrático, como señala Andreas Kalyvas, “el poder constituyente responde a la necesidad de legitimidad democrática y sólo se conoce como Constitución legítima a la que descansa en el poder constituyente y es sujeto de este poder, el pueblo expresado en el régimen democrático y la participación de los ciudadanos durante el momento extraordinario y excepcional de la creación constitucional”. Por tanto, frente a esta dimensión del poder, no es posible pensar que los poderes constituidos pretendan interferir en el cumplimiento de las decisiones del constituyente, que por su propia naturaleza constituye la génesis del poder.

La interferencia grave y lesiva de un poder constituido a los mandatos del poder constituyente, se constituye en una acción deslegitimadora y arbitraria, con abuso de poder, por tanto fuera del marco constitucional, fuera del Estado Constitucional de Derecho. El Poder constituyente no tiene una norma previa, ni puede admitir el incumplimiento de sus mandatos constitucionales, porque simplemente es el soberano, por esa razón la naturaleza del poder constituyente hace referencia a la búsqueda de sus elementos idiosincrásicos como un poder distinto de los poderes constituidos que existen, porque así lo quiere el soberano y que subsiste no solo cuando se desarrolla el acto constituyente a través de la Asamblea constituyente que es por antonomasia la expresión de la legitimidad del soberano, sino también cuando se pone en vigencia la Constitución, esto responde a la lógica de creación constitucional

con capacidad real de creación, esto respeta la soberanía popular y la legitimidad de los poderes formales constituidos.

El pacto social dentro de la teoría contractualista de Rousseau, representa el contenido filosófico político del Estado Constitucional de Derecho, cuyo punto de partida se encuentran los valores de igualdad y libertad, frente a lo que fue la vigencia de un derecho natural de origen divino imperante en los regímenes monárquicos, donde el poder absoluto estaba concentrado en el monarca, y de ese poder absoluto devenían las reglas, las normas de convivencia que le parecían al monarca, él como representante de Dios en la tierra estaba legitimado para impartir e imponer normas, para administrar el Estado, para aplicar la justicia.

Si bien la Revolución Francesa fue el hito histórico y paradigmático para instaurar el concepto y alcance de los derechos individuales, también es cierto que la teoría del pacto social, se constituyó en el basamento filosófico e ideológico para legitimar la idea del poder a cargo del verdadero soberano, el pueblo, y no del monarca, el clero o la nobleza. Las leyes se creaban por el legislador, no venían de ningún ente superior, el creador de las normas era el hombre, quien tenía que demostrar la justicia de las mismas por su propio contenido, el pacto social legitimó las leyes, pero al mismo tiempo la legitimidad de las normas jurídicas se derivaba también de los mismos hombres que se encontraban sometidas a ellas, de ese modo en la concepción inicial y básica, el pacto social enunciaba que el ciudadano renunciaba a una parte de su libertad conjuntamente otros ciudadanos que igualmente renunciaban a una parte de su libertad para generar la posibilidad de su convivencia armónica y pacífica en sociedad o como señala Rousseau, “toda fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y por virtud de la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y quede tan libre como antes”.⁸⁵

La teoría del pacto social, emerge después de una larga evolución del derecho natural, de ser cosmológico, es decir, de concebir la deducción del deber, del

⁸⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Ob. Cit. Libro I, Capítulo VI

derecho a partir del ser, el orden del deber humano derivaba del orden real de la naturaleza. De esta tradición aristotélica, de ese derecho natural clásico, surge el derecho natural de origen divino, típico del pensamiento medieval europeo, que consideraba que el deber estaba indisolublemente ligado al destino de una divinidad inmanente, de un ser que no sólo era la fuente incuestionable del puro deber, sino que también era el que revelaba ese deber a las personas. Surge así el derecho natural racionalista, donde la ordenación de los deberes es producto de la razón humana, colocando por primera vez al hombre como responsable y autónomo. En esta evolución surge la filosofía del contrato social, que a partir de la libertad y de los límites a este valor, identifica el papel del legislador, que de simple interprete se convirtió en creador, de tal modo que las leyes ya no eran simples concreciones adaptadas a una ley superior, el derecho natural, el legislador tenía que legitimar su actuación, ya no a partir de un derecho suprapositivo, sino que tenía demostrar la justicia de las normas a partir de su propio contenido, contenido que evidentemente era normativo, y esta legitimación de su actuación, también tenía la legitimidad de las urnas, la legitimación del Poder constituyente para realizar esta tarea de creación normativa, por eso es que la teoría del contrato social, fue la respuesta a este problema de la legitimación⁸⁶, donde la legitimidad de las prescripciones jurídicas se deriva de los mismos que estas sometidos a ellas, es decir de los gobernantes y de los gobernados, pero a partir de la concepción y obediencia de las normas fundamentales, de las normas supremas contenidas en la Constitución, que era el verdadero instrumento del pacto social, previo a la tarea de creación normativa y a la institucionalización del legislador como poder constituido.

Por tanto, no resulta difícil proyectar la teoría del Contrato Social de Rousseau como condición legitimante de la norma jurídica penal, desde dos planos, un plano horizontal, que contribuye a formar nuestra convicción de que hemos concertado un pacto social, un acuerdo imaginario (voluntad general) entre

⁸⁶ ROUSSEAU, Jean Jaques. Ob. Cit. Libro II, Capítulo VI

todos los ciudadanos (voluntad individual), primero sobre la existencia de una norma fundamental, una norma suprema llamada Constitución, dentro de la cual se encuentra la voluntad del constituyente ordenando que sea la ley la que determine el delito y la pena (principio de legalidad penal y sus principios derivados como la “lex certa”), y luego sobre un orden jurídico general vinculante para todos, donde se concreta la norma jurídica penal, vinculante para nuestro comportamiento jurídico y social, norma penal que representa el mecanismo más eficaz para lograr ese comportamiento. Desde un plano vertical, ese contrato social tiene que ser garantizado institucionalmente y esto se produce instituyendo una autoridad superior a la que corresponde vigilar que la Constitución se cumpla, que las cláusulas contractuales se cumplan, es el Estado entonces, aquella autoridad superior que comprometerá su participación ejercitando su poder punitivo y librará las normas jurídicas penales como parte de aquel ordenamiento jurídico vinculante para todos. La máxima de este acuerdo, señala que quien se exceda en el uso de su libertad o limite la libertad ajena, o se desvincule de la norma suprema o del orden jurídico general, lesionará las bases del contrato; así queda claro que la autoridad superior también tiene que observar los límites impuestos a su actuación en el poder, con los límites constitucionales al ejercicio de su poder punitivo, atender sus funciones, imponer razonablemente medidas de control y reacción social a los ciudadanos, restringiendo sus libertades dentro de los alcances de la Constitución, instrumento básico del contrato social.

Por eso, el Estado, desde su concepción más simple, tiene al poder como uno de sus atributos para imponer la voluntad de todos como lo había configurado Rousseau en su tiempo, tiene el encargo de imponer la voluntad de todos en cuanto manifestación del poder político, pero no arbitraria manifestación del poder, sino un ejercicio legítimo del poder, sin embargo limitado hoy en día por el propio delegante del poder, el pueblo como poder constituyente. Ese poder es político, ese poder es necesario en la conformación del Estado, ese poder es expresión de todos, contrariamente a lo que ocurría en los regímenes

monárquicos absolutistas, por eso, la legitimidad de los poderes del Estado, también representa el grado de aceptación de su ejercicio por la sociedad y en tanto así lo acepte el ciudadano, el poder del Estado, como poder único, se manifestará a través de los órganos del poder, legislativo, ejecutivo, judicial o electoral; su legitimidad se encontrará en la noción formal del poder desde el punto de vista constitucional, como en la concepción material de ese poder, es decir, en la voluntad constituyente, en la convicción ideológica mayoritaria de la formación del poder a través del pacto social de Rousseau, aun cuando, en el caso del Órgano Electoral, que sin poseer representación democrática, es decir, sin haber salido de las urnas, ha sido conformado democráticamente sobre las reglas constitucionales de selección y elección por el poder legislativo..

4. LA REAFIRMACIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA CON EL DERECHO PENAL.

A partir de los procesos en los que se habla de la constitucionalización del derecho, que según Comanducci⁸⁷, “se trata de un proceso al término del cual el derecho es “impregnado”, “saturado” o “embebido” por la Constitución: un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos” El nuevo paradigma en la evolución del constitucionalismo, se presenta con la corriente del neo constitucionalismo, que emerge como una tesis para configurar el Estado de Derecho como Estado Constitucional de Derecho, para ello en su base teórica comprende la concepción de la Constitución como voluntad jurídica y política de un poder constituyente, que pretende materializar su voluntad soberana en la Constitución a la que da origen, es decir, si en el constitucionalismo revolucionario liberal y en el constitucionalismo democrático y social tradicional, la Constitución colocaba los límites a los poderes constituidos, ahora, en la Constitución concebida por el neo constitucionalismo, no solo se limita a los poderes públicos, sino que la

⁸⁷ COMANDUCCI, Paolo. Artículo “FORMAS DE (NEO) CONSTITUCIONALISMO: UN ANÁLISIS METATEÓRICO” ISONOMÍA. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. N° 16, Abril 2002. Alicante-España. Pág. 95.

Constitución es el instrumento básico de la voluntad constituyente donde expresa su voluntad jurídica y política y pretende materializarla.

Como señalan los profesores Viciano y Martínez⁸⁸, el neoconstitucionalismo desde este punto de vista es una teoría del Derecho y no, propiamente, una teoría de la Constitución, para esos autores, el neoconstitucionalismo reivindica el Estado de Derecho en su significado último, después de explicar la evolución del concepto hasta lo que representaría en la actualidad. Citando a Luigi Ferrajoli, jurista florentino y uno de los principales teóricos del garantismo jurídico, señalan que este autor se refiere a dos modelos de Estado de Derecho: “el modelo paleo-iuspositivista del Estado legislativo de Derecho (o Estado legal), que surge con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica, y el modelo neo-iuspositivista del Estado constitucional de Derecho (o Estado constitucional) producto, a su vez, de la difusión en Europa, tras la Segunda Guerra Mundial, de las constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias”⁸⁹.

Citando a Miguel Carbonell⁹⁰, los profesores Viciano y Martínez, señalan que “el constitucionalismo surge del análisis teórico del conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial, en particular a partir de la década de los setenta, que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos”. Afirman que “el neo constitucionalismo pretende, sin ruptura, alejarse de los esquemas del positivismo teórico y convertir al Estado de Derecho en el Estado constitucional de Derecho. La presencia hegemónica de los principios como criterios de

⁸⁸ VICIANO PASTOR, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. “EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO. Ob. Cit. Pág. 6

⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. GARANTISMO. UNA DISCUSIÓN SOBRE DERECHO Y DEMOCRACIA. Ed. Trotta, Madrid, 2006. Pág. 97.

⁹⁰ MIGUEL CARBONELL SÁNCHEZ, investigador en áreas de Derechos Humanos y Derecho Constitucional, académico mexicano, miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Catedrático de la misma Universidad en la Facultad de Derecho.

interpretación en el constitucionalismo ha sido, como afirma Sastre⁹¹, la principal herramienta de ataque al positivismo jurídico. Estos principios, que aspiran a conceder unidad material al sistema jurídico aunque estén presididos por el pluralismo, han hecho inservibles las tesis mecanicistas de la interpretación, que era uno de los pilares del positivismo teórico”.⁹²

En consecuencia, cuando accedemos a la visión del neoconstitucionalismo, es evidente que, como lo ha señalado Favoreau,⁹³ que el neoconstitucionalismo se caracteriza por ser una Constitución invasora, por la positivización de un catálogo de derechos, por la omnipresencia en la Constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y aplicación de la ley; en buenos términos, se trata de constitucionalizar el orden jurídico otorgando certidumbre al ciudadano para que ese orden jurídico constitucionalizado, exprese positivamente la voluntad del constituyente, donde el sentir de la sociedad justa y armoniosa que expresa esa voluntad política, se concrete en el ordenamiento jurídico con la aplicación del catálogo de derechos y garantías fundamentales establecido en la Constitución, así el orden jurídico será también expresión de la voluntad jurídica del poder constituyente, como una derivación de la Constitución invasora, al pretender su presencia en todos los órdenes y actividades del ser humano dentro del espacio sociopolítico y territorial de un Estado, generando seguridad jurídica.

Ahora bien, como la Constitución boliviana de 2009, resulta ser expresión de la voluntad del constituyente, una declaración de voluntad política y jurídica, necesaria para lograr la construcción de una sociedad justa y armoniosa, tal

⁹¹ SASTRE ARIZA, Santiago. Profesor de la Universidad de Castilla-La Mancha en España. CIENCIA JURÍDICA POSITIVISTA Y NEOCONSTITUCIONALISMO. Edit. McGraw-Hill, Madrid, 1999.

⁹² VICIANO PASTOR, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Ob. Cit. Pág. 6

⁹³ FAVOREAU, Louis. “LEGALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD: LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO” Traducido por Magdalena Correa Henao. Edit. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Bogotá. 2000. Pág. 52.

como lo proclama el Art. 9 constitucional⁹⁴, también es principista, es decir, se encuentra transversalizado con principios, que más allá de ser orientadores para comprender la estructura y aplicación de la Constitución, son resortes positivizados en el ordenamiento jurídico que el Tribunal Constitucional, guardián de la Constitución, tendrá siempre en cuenta a momento de dictar sus fallos, logrando materializar la voluntad del constituyente expresada también en principios. Precisamente de esos principios y valores contenidos en el Art. 8 de la Constitución,⁹⁵ y el propio principio de legalidad penal, irradian los valores de justicia y subyacen en la sociedad justa y armoniosa que pretende la voluntad constituyente dentro de un marco de seguridad jurídica cuando también le asigna fines y funciones al Estado en el Art. 9 constitucional.

Bajo la corriente del neoconstitucionalismo, la Constitución sigue respondiendo a la idea de la limitación del poder político y a la garantía de los derechos, es decir, asume los valores y fines del constitucionalismo como ideología, pero la Constitución tiene que ser practicada, es decir, que para hablar del Estado Constitucional de Derecho, la Constitución debe ser aceptada como conjunto de normas fundamentales de un sistema jurídico y político, en otras palabras, el Estado Constitucional de Derecho tiene que haber consolidado una práctica jurídica y política que permita afirmar que de hecho en torno a una Constitución formal se ha producido la estabilización de conductas jurídicas y políticas de la comunidad, de forma que ella pueda ser considerada como norma fundamental. Pues bien, así se puede concluir que el Estado Constitucional de Derecho, es una fórmula mejor de convivencia humana, una forma general de ideología común aceptada por el pacto social, una forma de expresar seguridad jurídica y responde a una evolución del Estado de Derecho, porque no solamente se exige respeto a las normas jurídicas creadas por el Estado o reconocimiento de

⁹⁴ Constitución Política del Estado Art. 9. Son fines y funciones esenciales del Estado, además de lo que establece la Constitución y la ley: 1. Constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales (...)

⁹⁵ Constitución Política del Estado Art. 8. I Se destacan los principios éticos morales de la sociedad plural, así como los valores de dignidad, libertad, equilibrio, justicia social, entre otros, culminando en su parte in fine con la frase, “para vivir bien”.

las normas fundamentales de un determinado sistema jurídico-político, sino también el reconocimiento por todos de la idea de un principio supremo que determina el orden estatal y las normas de convivencia general en su totalidad para lograr de esta manera una regulación de la conducta recíproca de los miembros de la comunidad estatal y que el ciudadano se encuentre seguro o tenga la certidumbre de que puede acudir a ese sistema jurídico político que le brinda el Estado Constitucional de Derecho para precautelar sus derechos y garantías, de modo tal que la Constitución de ese Estado, al ser practicada, tiene que haber consolidado una práctica jurídica y política que permita afirmar que de hecho puede producirse también una estabilización de conductas jurídicas y políticas.

Significativamente, no es sólo la idea de Estado Constitucional de Derecho la que nos permite concebir el imperio de la ley como obligatorio para gobernantes y gobernados, esto es para el poder público y para los habitantes y estantes de nuestro país, sino también la idea de reconocer que la Constitución como norma fundamental de convivencia y de reconocimiento de todos los derechos fundamentales y garantías, es una norma fundamental que representa nuestros propios valores y a la estabilidad jurídica y política de nuestra sociedad, convicción última y profunda que reproduce nuevamente la vigencia del pacto social, su legitimidad y la necesidad de mantenerlo vigente con la norma fundamental en nuestro comportamiento como gobernantes y gobernados, bajo el riesgo de que si no existe esa convicción ideológica, hagamos pedazos el acuerdo y nuestra convivencia.

En consecuencia, la derivación natural de Estado Constitucional de Derecho es la seguridad jurídica⁹⁶, es una de sus características, en su concepción general, refiere que los individuos deben tener certeza de la vigencia del sistema constitucional y político y de la recta y efectiva aplicación del derecho en todos los casos, es decir, que el individuo, quiere certidumbre sobre la posibilidad de

⁹⁶ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. FILOSOFÍA DEL DERECHO. Decimaséptima edición. Edit. Porrúa. Mexico 2009. Pág. 477

disponer del ordenamiento jurídico creado en el Estado, cuando lo necesite y que ese ordenamiento jurídico resuelva cualquier conflicto suscitado en las relaciones jurídicas materiales. Entonces, bajo una primera aproximación la existencia de un Estado Constitucional de Derecho y a existencia del orden jurídico derivado de ese Estado, genera la sensación de seguridad, vale decir, genera la convicción de que nuestros actos tienen que estar amparados por el Derecho o las reglas normativas que demandan el “deber ser” buscado por el Derecho, por tanto, la seguridad también alude a un contenido valorativo, a un contenido de justicia, expresado en términos de derechos, libertades y garantías, que la conciencia humana e histórica siempre ha buscado que se encuentren suficientemente protegidos y realizados.

El Derecho Penal, tiene el objetivo de otorgar seguridad jurídica, posibilita algo más que la armonía de intereses en la convivencia humana con las relaciones materiales de derecho, posibilita la existencia humana, entendiendo por existencia la relación de cada hombre con su ser, por eso la seguridad jurídica introduce mecanismos de control social 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 valores que se consideran necesarios para que el hombre se realice en coexistencia; esos valores, elevados a un plano jurídico son los bienes jurídicos, por tanto, la función de la seguridad jurídica no puede entenderse sino como la de protección de bienes jurídicos como forma de asegurar la coexistencia, porque el bien jurídico es la “ratio esendi” del Derecho Penal, es la piedra angular de esta disciplina, que genera un fuerte arraigo de sentimiento de justicia en la población, de modo tal que las leyes injustas o imperfectas dan motivos para que los jueces elaboren hermenéuticas más o menos artificiosas y alambicadas, precisamente para eludir su aplicación, porque en el espíritu y la ideología del buen juez, está primero en el interés general de justicia que el interés particular del grupo gobernante.⁹⁷

⁹⁷ FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. DERECHO PENAL FUNDAMENTAL. Vol I. Edit. Temis. Bogotá 1989. Pág. 111.

Sin embargo, la seguridad jurídica no solo se refiere a la certeza de la protección de bienes jurídicos, sino que extiende su alcance a la función jurisdiccional penal y que en todo caso se constituye como un principio de la administración de justicia en general, pero no es aquella seguridad jurídica basado en las posiciones tradicionales de la interpretación jurídica expresadas en la absoluta subsunción a la norma penal, en las limitaciones a la interpretación judicial para evitar la discrecionalidad judicial, el subjetivismo y la arbitrariedad, predominantes en el siglo decimonónico y generadoras de inseguridad jurídica, a contrario, la seguridad jurídica en el marco del Estado constitucional de Derecho, ciertamente significa certeza de orden, claridad, precisión y congruencia de las prescripciones legales⁹⁸, y que en el ámbito jurisdiccional requiere de una “correcta inteligencia de esas prescripciones por parte de los encargados de aplicarlas...”, sin embargo, aunque el deseo de univocidad de las prescripciones legales se encuentra vinculado tradicionalmente a la función judicial como un ejercicio mecánico en la aplicación de la leyes, la noción de certeza en la comprensión de la norma penal, adoptado del positivismo jurídico, no puede dejar de desconocer que en la realidad, las leyes en general y algunas normas penales abiertas en particular, ni son claras, ni son precisas y en general el ordenamiento jurídico tampoco es coherente, quizá entonces la “correcta aplicación” es un deseo nunca realizable por no ser posible ponerse de acuerdo sobre el entendimiento correcto de las normas penales abiertas.

5. EL PODER PUNITIVO CONSTITUCIONAL DEL ESTADO.

Teniendo presente que el poder público se encuentra estrechamente ligado a un modelo de Estado, es natural 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 ese poder sobre

⁹⁸ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Ob. Cit., Pág. 478

todos, gobernantes y gobernados, 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.

¿Cómo se desenvuelve este poder en el ámbito penal? ¿Dónde encuentra su fundamento y legitimación? Se ha identificado el principio de legalidad de los delitos y de las penas siempre al lado del poder punitivo del Estado (en este sentido es incorrecto referirnos a un “ius puniendi” que no tiene)⁹⁹ logrando institucionalizarlo con bases ideológicas, filosóficas y políticas. El poder punitivo del Estado, ha sido considerado a lo largo de la historia del Derecho Penal¹⁰⁰ como uno de los elementos justificantes de la actividad estatal para lograr la convivencia armónica y pacífica de los hombres en sociedad, esta función estatal¹⁰¹ para determinar los delitos y fijar las sanciones, puede encontrarse como un elemento importante dentro de los conceptos del Derecho Penal que se han brindado por diferentes autores; el profesor Juan Carlos Carbonell Mateu, 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

⁹⁹ Tradicionalmente se ha distinguido el “ius poenale” como el Derecho penal objetivo referido a las normas jurídicas penales propiamente y el “ius puniendi” como el Derecho penal subjetivo, expresiones latinas utilizadas para representar el poder punitivo del Estado como potestad para sancionar delitos o el “derecho a penar” del Estado, efectivamente, la expresión “ius puniendi” se traduce literalmente como el “derecho a penar”, el “derecho a castigar” o el “derecho a sancionar” que tendría el Estado, “derecho” que no resulta adecuado concebir en el ámbito de las relaciones existentes entre el poder constituyente y los poderes constituidos dentro de la teoría constitucional cuando se entiende que la voluntad del constituyente solamente le asignó funciones y fines al Estado con el uso de determinados poderes para definir delitos y establecer sanciones, pero no un “derecho a castigar” porque la naturaleza de un derecho es subjetivo, potestativo, facultativo, derecho que no tiene el Estado frente a los ciudadanos, ciertamente el constituyente le ha otorgado potestades, dentro de ellas la potestad punitiva a la que puede recurrir cuando sea necesario para reprimir las conductas más graves e intolerables, por eso es correcto utilizar el término “poder punitivo” que contempla, además de la potestad de crear delitos, la fijación y aplicación de una sanción a aquellos que realizan el injusto penal y que no cumplen con la norma primaria planteada como exigencia de la conducta deseada contenida en las normas penales del Derecho penal objetivo.

¹⁰⁰ Más que historia del Derecho penal, 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.

¹⁰¹ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. “DERECHO PENAL, CONCEPTO Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES”. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia 1996. Pag.102. En criterio acertado del profesor Carbonell, “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”.

consecuencias jurídicas penas y/o medidas de seguridad”.¹⁰²

Tanto el poder punitivo del Estado como el ordenamiento jurídico penal como norma positivizada que define los delitos y las 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, 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 Conde¹⁰³ llegando a la conclusión de que el Derecho penal subjetivo, comprende a un Estado con potestad para definir delitos y fijar sanciones, esta potestad significa que “es al Estado, a través del órgano legislativo, bajo el principio de reserva de la ley, a quien le corresponde la prohibición de las conductas que atenten bienes jurídicos y el monopolio de la pena”.¹⁰⁴ Su materialización concreta y objetiva se expresará en el Derecho penal objetivo, con el “ius poenale”, como las leyes penales vigentes o conjunto de normas jurídicas penales.

El peso de las consideraciones valorativas de la legislación penal creada, se encuentra en la valoración negativa y descripción de las conductas punibles, así como en la valoración positiva de los bienes jurídicos, pretendiendo la protección de nuestros valores e intereses o derechos, 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”.¹⁰⁵

¹⁰² *Ibíd.* Pág. 27.

¹⁰³ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARÁN, Mercedes. *Ob. Cit.* 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

¹⁰⁴ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Ob. Cit.*, Pág. 30

¹⁰⁵ *Ibíd.* Pág. 26

Por tanto, cuando se trata de identificar los bienes jurídicos que comprometen los intereses, valores, principios y derechos, aparece o emerge el Estado con todo su poder, como una forma superior de control social, punitivo e institucionalizado, con fines y funciones dispuestos para el Estado por el poder constituyente en la Constitución, consecuentemente, en ese marco, existe la necesidad de reconocer estas formas de control social y dentro de ellas, el sistema penal como control social institucionalizado, para que la misma sociedad utilizando estas formas de control obtenga un mínimo de estabilidad y seguridad jurídica cuando se producen ataques contra los valores o intereses reconocidos y protegidos por el Estado.

Por esa razón, con el control social punitivo a través del sistema penal, como ejercicio de potestades y facultades para el 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”.¹⁰⁶ En esta afirmación hay que tener presente que esa potestad deriva de la soberanía del pueblo, la delegación originaria que hace el pueblo de sus facultades de autodeterminación para lograr la convivencia pacífica mediante un sistema penal determinado.

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 y para tener seguridad ciudadana.

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 realización del Derecho penal, a esta posición se acompaña su fundamento funcional,

¹⁰⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. Cit. Pág. 63

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 poder punitivo depende del modelo de Estado, pues si existe un modelo absolutista o un modelo democrático de Estado, entonces está 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.”¹⁰⁷ Con estos fundamentos políticos y funcionales, se genera un problema constitucional y un problema jurídico, porque de acuerdo a la Constitución boliviana, al identificarse las características de un Estado Constitucional de Derecho, propugnándose valores superiores como la dignidad, la libertad, la justicia, la igualdad, la soberanía del pueblo o la tripartición de poderes, son principios que también inspiran al Estado Constitucional 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 señala que: “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.”¹⁰⁸ Este fundamento constitucional, emana de una Constitución propia del Estado Constitucional de Derecho, una Constitución que deviene del poder constituyente que es la que en primer lugar legitima el poder punitivo, sin

¹⁰⁷ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Ob. Cit. Pag.79.

¹⁰⁸ MAURACH, Reinhart. “DERECHO PENAL”, Parte General 1, Buenos Aires, 1994, Edit. Astrea, Pág. 154.

embargo, no se puede perder de vista que las formas de Estado y sus contenidos ideológicos determinan también la existencia de valores y principios propios conducentes a la vigencia del Estado que se trate, 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”.¹⁰⁹Siendo 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”.¹¹⁰Consiguientemente, 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 profesor Muñoz Conde cuando señala que esa legitimidad del Derecho Penal o del poder punitivo del Estado que proviene de la Constitución, donde halla su fundamento, es extrínseca e intrínseca,¹¹¹es extrínseca no sólo porque sus

¹⁰⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes. Ob. Cit. Pag.64.

¹¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “MANUAL DE DERECHO PENAL” Parte General. Edit. Ediar. Buenos Aires 1987. Paginas. 275, 277 y 279

¹¹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes. Ob. Cit. Pág. 64.

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 suscrita en fecha 22 de noviembre 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 boliviana 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 poder punitivo al que se refiere el profesor Muñoz Conde, está 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 principio de legalidad de los delitos y de las penas tiene positividad constitucional recogido en el párrafo II del Art. 116 de la Constitución Política del Estado.

6. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL.

La constitución invasora de Favoreau, mencionada anteriormente, requiere la constitucionalización del orden jurídico, pero sobre todo cuando se trata de delitos y penas, requiere la positivización de los principios, derechos y garantías en el sistema normativo penal, requiere constitucionalizar el Derecho penal, a tono con el contenido de la voluntad jurídica del constituyente, por eso, 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, este es el fenómeno de la constitucionalización del Derecho penal, porque existe una relación sólida y firme 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 señala el profesor 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”.¹¹² Así como existe el respeto a valores proclamados por la Constitución en 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”, en la constitucionalización del Derecho penal, también se pide que valores y principios tan importantes como la dignidad, la libertad, la igualdad, la seguridad, características del Estado Constitucional de Derecho, sean observados y cumplidos, tal es así que el Art. 9 de la Constitución Política del Estado de Bolivia, contiene una legítima formulación del Estado Constitucional de Derecho, al referirse a los fines y

¹¹² CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Ob. Cit. Pág. 80.

funciones del Estado¹¹³, está claro que el constituyente se refiere a los tres órganos de poder del Estado boliviano para precautelar los principios, valores, derechos y garantías constitucionales, de tal modo que se deben promover las condiciones y remover los obstáculos para hacer efectivas la dignidad, la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, entonces, a través de estos valores, de estos principios previstos por la voluntad jurídica y política del constituyente, el Estado debe garantizarlos porque así se encuentra obligado por el constituyente,¹¹⁴ al corresponder a los órganos de poder la promoción de las condiciones para hacer efectivos esos derechos, valores y principios, cumpliendo el Estado con sus funciones y finalidades, por tanto la Constitución contiene una serie de reglas que no pueden ser contradichos por los poderes públicos, un sistema de valores que debe respetarse a partir de los límites al poder público, un conjunto de derechos que debe promover, respetar y proteger, por eso la Constitución contiene referencias muy concretas al Derecho penal en tres ámbitos determinados, dentro de los cuales existe la posibilidad de afirmar la indeterminación de algunas normas penales abiertas cuando el fundamento democrático del principio de taxatividad afirma la potestad normativa del Órgano Legislativo, legitimando la decisión de la voluntad general, estos ámbitos son:

Un primer ámbito, a partir de los bienes jurídicos, considerando que la función última del Derecho penal es la de proteger los bienes jurídicos más importantes de los ataques más intolerables, conforme a la voluntad general. Para ser objeto de tutela penal, los bienes jurídicos tienen que tener relevancia constitucional, y está claro que bajo la reserva de la ley penal, el legislador, construye los tipos penales considerando la tutela de bienes jurídicos que

¹¹³ Art. 9 Constitución Política del Estado. “Son fines y funciones del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley: Núm. 4. Garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución”

¹¹⁴ Art. 9 numeral 4 Constitución Política del Estado: “Son fines y funciones esenciales del Estado además de las que establece la Constitución y la ley: Garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución. Art.13. p. I “Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos”.

interesan a la sociedad, y si esa construcción típica emerge de los valores y derechos que proclama y protege la Constitución, entonces, lo prohibido bajo conminatoria de la pena representa la voluntad del pueblo que actúa indirectamente mediante el legislador, por tanto la garantía de legitimación democrática al crear los tipos penales y proteger los valores y derechos como bienes jurídicos de las conductas prohibidas es una expresión de la voluntad general.

Un segundo ámbito, a partir de los principios y garantías penales sustantivas que se encuentran en la Constitución, por ejemplo, el principio general de libertad previsto en el Art. 22 constitucional (fundamento del principio de prohibición de exceso), el principio de legalidad de los delitos y de las penas y el principio de benignidad, ambos previstos en el Art. 116 constitucional, o el principio de prohibición de retroactividad de la ley penal, con las excepciones señaladas en el Art. 123 constitucional, o la prohibición de la infamia, la muerte civil y el confinamiento, la determinación de 30 años como máxima sanción penal; la finalidad perseguida con el cumplimiento de las sanciones privativas de libertad y las medidas de seguridad, orientadas a la educación, habilitación e inserción social de los condenados previstos en el Art. 118 constitucional.

Estos principios y garantías de carácter constitucional, también constituyen una forma de expresión de la voluntad general mediante la actividad del legislador y sientan las bases y el contenido del Derecho penal del Estado boliviano y le otorgan su sentido ideológico y político, condicionando la creación y aplicación de las normas jurídicas penales.

Un tercer ámbito, a partir de la tipificación de conductas delictivas, como el delito de traición a la patria previsto en el Art. 124 constitucional. La voluntad del constituyente expresada en la Constitución ha definido la conducta delictiva de traición a la patria y ha fijado la pena que le corresponde. Esta labor normalmente corresponde al poder constituido, pero ha sido el constituyente el que ha decidido asumir esa función como expresión material de su voluntad jurídica y política, porque interesa a la sociedad la tutela de bienes jurídicos

vinculados a la integridad.

El propio Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, se ha referido a los valores supremos como “base del ordenamiento jurídico y a la vez presiden su interpretación y aplicación”, señalando en la SC 1846/2004-R¹¹⁵ que estos valores tienen una triple dimensión: a) Fundamentadora, no solo de las otras normas constitucionales, sino también de todo el ordenamiento jurídico, considerándose como el núcleo básico e informador de todo el sistema jurídico político; b) orientadora del orden jurídico hacia fines predeterminados; c) crítica, por cuanto permite que las normas del ordenamiento jurídico sean sometidas a juicio para determinar si están conformes o infringen valores constitucionales.

En consecuencia, cuando el Órgano Legislativo materializa el Derecho penal definiendo delitos y conminándolos con una pena, sus funciones y facultades se someten y se limitan por la propia Constitución, encontrándose obligado a respetar los valores y los principios proclamados por la misma.

De esta relación entre el Derecho penal y la Constitución, emerge el llamado “fenómeno de la constitucionalización del Derecho penal, por tanto, también se puede afirmar que el Derecho penal boliviano se encuentra constitucionalizado, con los valores, principios, derecho y garantías previstos en la Constitución, correspondiéndole acatar la voluntad general del poder constituyente, no solo expresado en la Constitución, sino también en la potestad normativa del Órgano Legislativo, donde también expresa su voluntad general indirectamente, cuando se construyen los tipos penales.

En esa acreditación del tipo legislativo, la calificación de una acción típica deviene de la ley, y solo la ley puede describir una conducta para hacerla merecedora de una pena y ninguna decisión humana que no sea el de la voluntad general traducida en la voluntad legislativa, puede autorizar la descripción de una conducta como merecedora de una pena, ni existe la

¹¹⁵ La SC 1846/2004-R emitida el 30 de noviembre de 2004 por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, ha establecido los criterios para constituir los mecanismos de interpretación sobre los que consideró, “el canon de constitucionalidad en la interpretación” para sostener el ordenamiento jurídico sobre los valores supremos proclamados constitucionalmente.

posibilidad de justificar la conducta punible a través de una decisión immanente de la divinidad como se hacía en la época de la Inquisición medieval o como parte de la naturaleza para hablar del delito natural (*delicta iuris naturalis*) como se proponía en la filosofía aristotélica. Esta extraordinaria función de garantía del tipo, destacada por la mayoría de los autores, es un signo demostrativo de su conexión constitucional con el principio de legalidad de los delitos y de las penas, pero en particular con la descripción de la conducta merecedora de una pena, cuando solo la ley puede definir una conducta como delito y solo ella puede establecer la sanción para dicha conducta, a tal punto que la voluntad del constituyente boliviano, lo ha colocado dentro de las garantías jurisdiccionales en la Constitución Política del Estado¹¹⁶ como un verdadero derecho porque indudablemente la privación de la libertad implica el derecho de contar con una ley que defina el delito y la pena, una verdadera garantía a ser observada por las autoridades judiciales y un límite a las arbitrariedades que puedan surgir del poder público, a partir de la referencia al sistema de valores recogidos por el constituyente en armonía y equilibrio con los límites en los procesos de criminalización primaria dentro del ejercicio de la actividad punitiva, para rendir el máximo tributo a la voluntad del poder constituyente que ha decidido colocar límites al poder punitivo.

En consecuencia puede afirmarse que entre el Derecho penal y la Constitución, surge el fenómeno de la constitucionalización del Derecho penal y de cualquier manera, en ambas cuestiones, Derecho penal y Constitución, existe un fundamento básico de respeto a valores, principios y derechos proclamados por la voluntad jurídica y política del poder constituyente, dentro de los cuales, se encuentra la libertad, el principio de legalidad de los delitos y de las penas, como emblemas característicos del Estado Constitucional de Derecho, por tanto, también se puede afirmar que el Derecho penal boliviano se encuentra

¹¹⁶ Constitución Política del Estado. Art. 116, p. II “Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible”. Bajo una elemental interpretación, si acaso la sanción debe encontrarse fijada previamente en una ley, entonces la conducta merecedora de sanción también tiene que estar en la misma ley, por esa estrecha vinculación que compromete la misma norma jurídica penal entre el supuesto de hecho o tipo y la consecuencia jurídica o sanción.

ideológica y políticamente constitucionalizado con el principio de legalidad constitucional, con sus valores y principios previstos en la Constitución, pero sobre todo se encuentra históricamente compatible con la conquista de las libertades individuales en la evolución del constitucionalismo liberal hasta su consolidación en el espectro de los intereses de la comunidad internacional, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano,¹¹⁷ la Convención Americana sobre los Derechos Humanos,¹¹⁸ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,¹¹⁹ entre otros han logrado consolidar implícitamente la función del tipo.

Aquí es donde se incorpora el carácter constitucional del tipo, al constituirse descriptivamente en la conducta prohibida por el legislador que en razón de su actividad legislativa, le otorga a la ley penal, esto es al tipo, un carácter constitucional, para permitir la construcción teleológica del concepto de la tipicidad como una categoría perteneciente a los elementos del delito; se reafirma la tipicidad del acto en sentido necesario para predicar los demás elementos del delito, para expresar una conducta prohibida en su sentido preventivo general para la sociedad, además de ser un componente esencial de política criminal, supone la comprensión de la forma en que el Derecho penal reacciona para proteger bienes jurídicos necesarios y de relevancia constitucional configurando el delito y la pena de manera formal y exenta de la posibilidad de construcción artificiosa de una conducta prohibida por parte del órgano jurisdiccional, exenta de los caprichos de tipificación y de construcción de responsabilidad penal que no sea a través de una ley derivada de la Constitución.

¹¹⁷ Art. 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789: “La Ley no debe establecer, sino las penas estricta y evidentemente necesarias. Nadie puede ser castigado más que en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada”

¹¹⁸ Art. 9 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, más conocido como el Pacto de San José de Costa Rica de 1969. “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

¹¹⁹ Art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966. “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional”.

Es el tipo que al amparo de la Constitución que autoriza la construcción de la ley penal, también posee sus propios cánones categoriales para llevar adelante su fin último, la prevención general, recordando la famosa teoría de la coacción psicológica desarrollada por Feuerbach para sentar las bases de la intimidación general o de la prevención general para que los individuos no realicen las conductas prohibidas y merecedoras de pena, efecto psicológico inherente perseguido con el tipo.

Nace así un deber jurídico no general, sino particular para cada uno de los individuos de la sociedad, un deber de respeto a los bienes jurídicos tutelados por la norma penal y un deber de acatamiento de las prohibiciones y mandatos contenidos en el tipo penal.

Por tanto la observancia de la conducta ya es un deber constitucional, que no toma en cuenta los intereses individuales, pero es un deber para cada uno de los individuos, bajo la amenaza de la coacción para que observe la norma primaria, de tal modo que el Estado espera un comportamiento conforme al tipo penal y cuando no se realiza esa conducta esperada o se ejecuta la conducta no esperada, el sentido preventivo del tipo no ha sido observado por lo que merece aplicarse la pena.

7. LAS FISURAS EN LA CONTENCIÓN 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 esa potestad punitiva, según el profesor 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 de delitos, han 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.

En efecto, frente a la dinámica de los procesos de criminalización primaria, se han observado algunas fisuras a los límites cuando se manifiestan los clamores de seguridad ciudadana y convivencia social pacífica y justa frente al aumento cuantitativo de la criminalidad, de tal modo que los límites basados en el “contrato social”, en la libertad y en la dignidad humana, al parecer ya no son suficientes para limitar el ejercicio del poder punitivo, ocasionando que el legislador democrático y con fundamento político representativo construya nuevos delitos, incorpore nuevos elementos asociados al efecto de la pena en los delitos más graves, con la sola idea de generar un efecto preventivo

intimidatorio general en la sociedad para que no se realicen las conductas delictivas.

Los límites al ejercicio del poder punitivo, señalan 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, lo que no se encuentra en duda, porque por la significación y trascendencia de este principio, existe una referencia a la esencia de un Estado de Derecho, tal vez por ese motivo las normas jurídicas 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 penal creada, siendo el principal límite al poder punitivo del Estado, expresado primordialmente bajo la concepción materializada del “ius poenale”, es decir, con el conjunto de normas jurídicas objetivas y positivas que determinan los delitos y fijan las sanciones penales que a ellas deben aplicarse.

No obstante, con la diversidad de estudios que se han realizado sobre los principios limitadores del poder punitivo, 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 “ne bis in idem”, el juez natural, el debido proceso, el derecho a la defensa, “in dubio pro reo”, todos ellos pretenden proteger al ciudadano frente al poder público, procurando generar un equilibrio, por lo menos simbólico, entre el poder punitivo y el ciudadano.

Los principios de prohibición de exceso, intervención mínima, de exclusiva protección de bienes jurídicos, de ofensividad, y sobre todo el principio de legalidad penal¹²⁰, se entroncan en la dirección teleológica del presente trabajo,

¹²⁰ En la obra de Juan Carlos Carbonell Mateu, Ob. Cit. Pág.191, y en la obra de Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, Ob. Cit. Pág.65, podemos encontrar desarrollados estos principios. La cuestión de los límites y los principios limitadores del poder punitivo del Estado, han sido ampliamente desarrollados por los profesores españoles, sobre la base de un modelo de Estado Social democrático de Derecho, acuñando los principios limitadores a nuestra

y quizá en la realidad del trabajo legislativo, no se están observando a cabalidad. Veamos someramente esos principios.

El principio de prohibición de exceso.

Básicamente este principio inspira la actividad o las funciones de cada uno de los órganos de poder, pero particularmente la potestad normativa del órgano legislativo. El presupuesto básico de la prohibición se concentra en uno de los valores más significativos del Estado Constitucional de derecho y esenciales para el ser humano, la libertad, que en el caso boliviano, como herederos de una tradición jurídica del pensamiento liberal ilustrado, se ha contemplado en el Art. 8 p. II y Art. 22, ambos de la Constitución Política del Estado; es la expresión más clara de un Estado liberal que procura y hace lo posible por proteger ese valor fundamental, desde la Constitución hasta el ordenamiento jurídico vigente. Ahora bien, si el poder punitivo afecta, privando o restringiendo ese valor esencial 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 injerencia del Estado si no es necesario para conseguir ese grado de libertad”¹²¹.

El fundamento de este principio se expresa al existir un aparente contrasentido cuando el Estado Constitucional de Derecho, protege o tutela la libertad como uno de sus principales valores y al mismo tiempo lo restringe con la pena, aunque procure su mínima restricción posible en razón de que el Derecho penal ha sido y debe ser siempre un instrumento de defensa de los valores fundamentales del individuo y de la comunidad. Esa intervención justificada sólo cuando se producen ataques muy graves a los valores constitucionales, es una intervención controlada y limitada por la ley con el fin de garantizar la libertad del individuo utilizando el menor número de injerencias posibles a esa libertad.

realidad constitucional y jurídica. A pesar de estas corrientes, es destacable la contribución de Zaffaroni en su obra “Derecho penal”, parte general, 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 presentes en el ejercicio de la actividad punitiva.

¹²¹ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Ob. Cit. Pág. 192.

Consiguientemente, el Estado debe crear un conjunto de condiciones que posibiliten el desenvolvimiento de la libertad, como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, un valor primordial después del valor vida¹²². Esas condiciones, hacen 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”. “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” ¹²³, se pretende que al restringir en lo mínimo posible las libertades es para alcanzar el mayor estado de bienestar y por ello mayor libertad para todos, pero si el Derecho penal es el que mayor injerencia tiene sobre la libertad individual, está justificado que se le coloque un límite para que la injerencia en la libertad del individuo sea de manera proporcional, ahí radica la prohibición de exceso.

Si este principio inspira la actuación de todos los poderes públicos, en los hechos, el legislador ha ido creando nuevos tipos penales y agravado algunos, por ejemplo en los delitos contra la seguridad del Estado como el terrorismo¹²⁴ o el genocidio¹²⁵ o en los delitos de racismo y discriminación¹²⁶ o los delitos de tenencia de armas¹²⁷ o en los delitos de violencia sobre la mujer ¹²⁸ o en los

¹²² No obstante la inexistencia de jerarquía en los derechos fundamentales, la vida es un valor fundamental en el Estado Constitucional de derecho, generando un criterio de clasificación de bienes jurídicos en la legislación penal cuando se empieza desarrollando los delitos contra la vida e integridad corporal, tal como ocurre en la legislación comparada, como el Código Penal español que en su parte especial se ha logrado una ordenación de bienes jurídicos considerando el criterio de las bases de existencia del sistema social, criterio que entre otros, 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, se entiende 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.

¹²³ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Ob. Cit. Pág. 193.

¹²⁴ Art. 133 Código Penal boliviano Terrorismo. Establece una pena privativa de libertad de 15 a 20 años. Art. 133 bis. Financiamiento al terrorismo. Establece la misma pena.

¹²⁵ Art. 138. Código Penal boliviano. Establece la pena de 15 a 30 años.

¹²⁶ Ley 045 Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación, de 8 de octubre de 2010.

¹²⁷ Ley N° 400. Ley del control de Armas de Fuego, de 18 de septiembre de 2013.

¹²⁸ Ley N° 348. Ley Integral para garantizar a las Mujeres una vida Libre de Violencia, de 9 de marzo de 2013

delitos de trata y tráfico de personas¹²⁹. Tampoco ha limitado la actividad del Órgano Judicial a momento de imponerse la pena privativa de libertad o cuando los jueces instructores o garantistas deciden por una medida cautelar de carácter personal como la detención preventiva¹³⁰ o cuando el Órgano Ejecutivo, a través de la Policía, en la intervención policial preventiva dispone “discrecionalmente” el arresto o la aprehensión de una persona. Es evidente que el principio de prohibición de exceso no detiene la discrecionalidad del ejercicio del poder punitivo del Estado, contrariamente a lo expresado por Maurach, al considerarlo “como un principio básico, respecto de toda intervención estatal gravosa, directamente a partir del principio del Estado de Derecho...”¹³¹.

El principio de intervención mínima o Derecho penal mínimo.

Tomando el criterio del profesor Juan Carlos Carbonell¹³², este principio limita al poder punitivo, así el Derecho Penal debe intervenir lo mínimo posible sobre la condición ya establecida con el principio de prohibición de exceso de conseguir el máximo de libertad; no significa que el Derecho penal deba desaparecer o que se deba prescindir del poder punitivo del Estado, sino que debe haber la mínima intervención posible para tutelar de manera efectiva un máximo de bienes jurídicos necesarios, reconducidos siempre por la prohibición de exceso. Para comprender el principio de la intervención mínima del Derecho penal, el profesor Carbonell señala que deben tomarse 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. En un Estado Constitucional de Derecho, el bien jurídico digno de tutela penal, requiere de un elevado consenso en su valoración que se traduce en la relevancia

¹²⁹ Ley N° 263 Ley Integral contra la Trata y Tráfico de Personas, de 31 de julio de 2012.

¹³⁰ Código de Procedimiento Penal, Art. 232, (improcedencia de la detención preventiva) y Art. 233 (requisitos para la detención preventiva)

¹³¹ MAURACH, Reinhart. Ob. Cit. Pág. 110

¹³² CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Ob. Cit. Pág. 194.

constitucional y su posterior protección, es decir, 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 injerencia 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 coherencia que se busca en la actividad del Derecho penal que no puede prestarse para proteger valores constitucionales de menor rango, si al mismo tiempo, cuando se impulsa su intervención tiene que afectar valores constitucionales de mayor jerarquía; conforme al citado autor, un sistema constitucional establece un sistema de valores y 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,¹³³ por ejemplo, no podría ser objeto de protección la moral sexual dominante, construyendo un tipo penal que dijera “El que atentara contra la moral sexual de la sociedad será sancionado con...” ¿Qué formas de conductas contra la moral sexual tenemos en nuestra sociedad o mejor dicho, qué formas de orientación o identificación sexual existen en nuestra sociedad, que pudiesen atentar contra la moral sexual dominante? Paradójicamente, el poder constituyente ha determinado que la identificación sexual dentro del cual se puede expresar la relación homosexual o el lesbianismo entre adultos, sea objeto de tutela

¹³³ *Ibíd.* Pág. 34. Tal es la relevancia constitucional del bien jurídico para construir el tipo y deducir el imperativo categórico de prohibición o mandato.

constitucional¹³⁴ con posibilidades de ser protegidos penalmente. Por tanto, bajo una interpretación constitucional no es posible proteger la moral sexual dominante, porque carece por completo de relevancia constitucional, encontrándose vigente la libertad de identificación u orientación sexual. Quizá sobre esa característica de bien jurídico digno, el profesor 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”¹³⁵

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 manera menos costosa para la libertad. Esta es otra de las cualidades del bien destacado por el profesor 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”¹³⁶

Sin embargo, el legislador al crear el Art. 340 del Código Penal boliviano¹³⁷, cuando se trate del consumo de algún alimento de pago inmediato, los bienes jurídicos protegidos son el patrimonio y la buena fe del comerciante que presta servicios de bebidas o alimentos; si bien se considera el carácter constitucional de los bienes a ser protegidos, no son bienes necesitados de protección, porque pueden encontrarse otras formas de protección eficaz de los intereses del dueño de la prestación de servicios alimentarios, por tanto, no existe necesidad de pena más aún

¹³⁴ Constitución Política del Estado. Art. 14. II. El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género...”

¹³⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes. Ob. Cit. Pág. 75

¹³⁶ Ídem.

¹³⁷ Código Penal boliviano, 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.

cuando se prevé doble pena, una pena privativa de libertad y una pena pecuniaria, afectando la libertad y el patrimonio del autor del delito.

El bien jurídico también debe ser susceptible de protección, es decir, capaz de ser protegido, por ejemplo, si se construyen tipos penales que refieran el consumo habitual de drogas, de antemano se puede demostrar la absoluta ineficacia del Derecho penal, dado el extenso y abigarrado consumo habitual de drogas en un determinado país, por lo que el bien jurídico protegido no susceptible de tutela penal, así lo señala también el profesor Luzón Peña, cuando indica que la tercera cualidad del bien jurídico es “su capacidad de protección”, “No todos los bienes jurídicos merecedores y necesitados de protección penal son igualmente capaces e idóneos para esa protección”¹³⁸.

Como se observa, esta capacidad interpretativa sobre los bienes jurídicos, como dignos, necesitados y susceptibles de tutela penal, expresa la necesidad de tomar en cuenta la realidad cultural de una determinada sociedad y sus propios valores, los que finalmente determinan la tutela de un bien jurídico y su eficacia, trascendente en la redacción del tipo penal, aún cuando puedan utilizarse términos ambiguos e indeterminados como el de moral sexual dominante, que acaso hubiese tenido sentido interpretativo en nuestro caso, si es que la Constitución no lo hubiera colocado dentro de su ámbito de protección.

- 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 la gama de acciones prohibidas y bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico, el Derecho penal sólo se ocupa de una parte o

¹³⁸ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Ob. Cit. Pág. 84.

fragmento, si bien la de mayor importancia”.¹³⁹ “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”¹⁴⁰ 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) 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. El Derecho penal, tiene la tarea de imponer las sanciones más graves a los ataques más intolerables a los bienes jurídicos más 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, el Derecho penal 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 u ordenadas por las normas cuando se infringen estas.¹⁴¹ Diego Manuel Luzón Peña, señala que “el Derecho penal ha de

¹³⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes. Ob. Cit. Pág. 74.

¹⁴⁰ MIR PUIG, Santiago. Ob. Cit. Pág. 90.

¹⁴¹ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes. Ob. Cit. Pág. 66. Está 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 profesor Muñoz Conde con respecto al carácter subsidiario de la ley penal que se aplica cuando se infringen la 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 surgen 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 supuesto de hecho para hacerlo

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, como las civiles, por ejemplo la reparación de daños y perjuicios, y administrativas, como las multas, sanciones disciplinarias, privación de concesiones. Sólo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente estará legitimado el recurso de la pena o de la medida de seguridad”¹⁴² “También debe haber subsidiariedad dentro de las propias sanciones penales, no imponiendo sanciones graves si basta con otras menos duras”.¹⁴³

El Órgano Legislativo y el Órgano judicial se encuentran limitados por el primer presupuesto, la no-utilización del Derecho penal para proteger cualquier bien jurídico; con el Órgano ejecutivo no funciona como limitante, salvo el segundo presupuesto, 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, es una limitante para el Órgano Ejecutivo en las investigaciones policiales de carácter procesal.

Tanto 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

merecedor de una pena, incuestionablemente tendrá que definir la “norma primaria”, es decir, el imperativo categórico del mandato o la prohibición que hará disvaliosa la conducta. Su relación es por demás lógica y necesaria.

¹⁴² MIR PUIG, Santiago. Ob. Cit. Pág. 89.

¹⁴³ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Ob. Cit., Pág. 82.

complementan, y permiten tener una proyección reflexiva sobre el Derecho penal, basados indudablemente en una concepción profundamente humanista del Estado de Derecho.

Sin embargo, el Derecho penal tiene una orientación pragmática, vuelca su mirada a la praxis judicial por la necesidad de dar respuestas inmediatas a los problemas que se producen por los cambios y desarrollo experimentado por la sociedad, por lo que no existe la posibilidad de afirmar un Derecho penal mínimo como un componente de equilibrio frente a la tendencia punitiva de todos los Estados para resolver sus problemas de criminalidad, buscando respuestas adecuadas. Con estos justificativos se generan las excepciones en la construcción de las normas penales y también se puede encontrar el fundamento democrático representativo para consentir la admisibilidad legislativa y constitucional de las normas penales abiertas.

El Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

Es irrefutable el papel del Derecho penal dentro de una comunidad políticamente organizada, dentro del orden jurídico general, pues cumple una función represiva al intimidar con la pena para que no realicen conductas delictivas, pero también cumple una función preventiva y una función de protección de los valores elementales de la sociedad.

Al proteger los valores de la sociedad, se pretende lograr un mínimo de comportamiento ético social para la convivencia, consecuentemente, se puede decir que del Derecho penal se deducen reglas ético sociales del comportamiento en sociedad como señalaba el profesor Hans Welzel ¹⁴⁴, protegiendo valores ético sociales mínimos y necesarios, por eso prohíbe una serie de conductas cuya realización lesiona o pone en peligro un interés espiritual o material como la vida, el honor, la libertad, etc., esos intereses

¹⁴⁴ WELZEL, Hans. "DERECHO PENAL ALEMÁN" Parte General. Edit. Jurídica de Chile. 11ª edición. 4ta Edición Castellana. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile 1997. Pág. 2

vitales reciben el nombre de bienes jurídicos como lo señala Franz Von Liszt ¹⁴⁵, que la mayoría de la sociedad los aprecia y sienten que deben ser protegidos. Pero la ley penal no es un Código ético, aunque sí es un referente para contar con un mínimo de reglas de convivencia, en la vida comunitaria y social, un mínimo ético social, como señala el profesor Quintero Olivares¹⁴⁶, a partir del respeto a los bienes jurídicos observamos una conducta ética, o las reglas de convivencia. En ese sentido, todas las leyes penales deberán proteger bienes jurídicos, y para que sean bienes jurídicos es preciso que el interés que lo encarna, tenga una valoración positiva y esencial por parte de la sociedad, de lo contrario no sería un bien jurídico, y si la ley penal no tutela valores e intereses, o sea bienes jurídicos, entonces la ley no será Derecho penal, estará más bien al servicio de un grupo dominante o intereses de grupo.

El bien jurídico contiene la voluntad mayoritaria para proteger intereses de esa voluntad, y ciertamente gran parte de esos intereses derivan de los derechos humanos, de la dignidad del ser humano, de los derechos fundamentales, de los valores, como la vida, la integridad física y otros intereses que sean necesarios para el funcionamiento de la relación social, como la fe pública, la honestidad de los servidores públicos. Cuando esos intereses son considerados imprescindibles, entonces se transforman en bienes jurídicos penalmente tutelados.

Esa es la función esencial de Derecho penal, la protección de bienes jurídicos, para asegurar un mínimo de comportamiento social ético necesario para la convivencia, por tanto, el legislador tiene que crear el bien jurídico para hacerlo objeto de tutela del Derecho penal describiendo luego la posible conducta que lesione o ponga en peligro ese bien jurídico.

Ese es el punto de vista democrático del legislador para crear nuevos delitos y las razones para proteger los bienes jurídicos ante la insuficiencia del principio

¹⁴⁵ VON LISZT, Franz. "TRATADO DE DERECHO PENAL" Tomo Tercero. Traducido de la 20ª Edición alemana por Luis Jiménez de Asua y Adicionado con el Derecho Penal Español por Quintiliano Saldaña. Editores hijos de Reus. Madrid. 1917. Pág. 6.

¹⁴⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Ob. Cit. Pág. 89.

de confianza en los niveles de seguridad ciudadana que busca el destinatario de la ley penal y con el que se legitima y justifica la aparición de nuevos bienes jurídicos, para fundamentar la intervención de juez en los casos de indeterminación de las conductas cuando estas tutelan claramente bienes jurídicos, precisamente en razón del principio de confianza. La real dimensión del principio de taxatividad solo podría ser entendida considerando su fundamento democrático, es decir, el interés del ciudadano y la relación que existe entre los poderes del Estado para brindar seguridad ciudadana.

El Principio de ofensividad.

Como principio limitativo del poder punitivo del Estado, se basa en el hecho de que cada delito, cada conducta prohibida en su realización, tiene que lesionar o poner 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”.¹⁴⁷ Véase que al 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 como un mandato, es decir, la “norma primaria”, sin antes haber establecido ese bien jurídico, el interés valorado y elevado a categoría jurídica, por tanto el legislador debe agotar la construcción del bien jurídico para generar la inferencia lógica de la norma primaria en la descripción de la posible conducta que lesione o ponga en peligro ese bien jurídico. Este razonamiento es de una necesidad capital para la vigencia del principio de ofensividad.

Cuando se justificaba el principio de intervención mínima, se ha destacado la dignidad del bien jurídico como una de sus cualidades, llegando a adquirir autonomía con el principio de ofensividad. Según el profesor Juan Carlos

¹⁴⁷ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Ob. Cit. Pág. 207.

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 éticas 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".¹⁴⁸ 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 existe una amenaza de 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".¹⁴⁹

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 de resultado, porque es una conducta que tiene la

¹⁴⁸ *Ibíd.* Pág. 209.

¹⁴⁹ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Ob. Cit.* Pág. 82.

desaprobación del ordenamiento jurídico al lesionar o poner en peligro un bien jurídico.

Esta apreciación se hace evidente cuando el principio de lesividad se manifiesta en la labor de tipicidad del Juez que califica el hecho, no sólo encontrará que la conducta es antinormativa (contrariedad con la norma primaria, ahí su importancia como juicio de valor por detrás del tipo penal), sino que la conducta también es lesiva o ha puesto en peligro el bien jurídico tutelado. Si bien al juzgador no le corresponde construir el tipo, podrá sin embargo justificar la labor legislativa al acreditar el resultado jurídico de la conducta y en ese proceso de interpretación de la ley penal pondrá en evidencia conductas que no representan lesividad penal o no lesionan los derechos y libertades de los demás, o considerada por lo menos socialmente, y consecuentemente, se reflexionará sobre los 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”.¹⁵⁰

Junto a este postulado democrático y garantista de los límites, la realidad sostiene que en el mundo globalizado de hoy, no es posible evitar el aumento cuantitativo de la criminalidad, y tampoco es posible evitar mayores exigencias o clamores de seguridad ciudadana cuando se aumentan criminológicamente conductas desviadas o aumentan los daños a los derechos, intereses o bienes jurídicos de las personas, y si bien desde esta perspectiva no es posible satisfacer la voluntad del constituyente en la construcción de una sociedad justa y armoniosa, mediante el Derecho penal sometido a los límites constitucionales, por lo menos, sino es desde el punto de vista discursivo técnico, es necesario admitir que existe un perfil político para incorporar mecanismos e instrumentos

¹⁵⁰ Ídem.

que hagan posible una mayor y efectiva protección de los bienes jurídicos, relativizando los principios limitativos al poder punitivo en aras de precautelar eficazmente los valores, derechos e intereses que el poder constituyente ha identificado en la Constitución. Por tanto, las actuaciones de los órganos de poder, cuando ante la necesidad de que la determinación precisa de la conducta punible ciertamente deba reservarse al legislador, es posible que constitucionalmente se pueda evitar que se reserve en exclusiva y completamente al legislador la determinación y precisión de la conducta en el tipo, accediendo de manera práctica a que se establezcan competencias para el órgano jurisdiccional mejor preparado para llevar adelante la valoración de los hechos y consecuentemente la tipicidad de los mismos, aunque ciertamente lo deseable es que se evite en lo posible la intervención del juez a través del uso de preceptos y conductas perfectamente determinadas en los tipos penales, condiciones que no siempre se cumplen por el legislador cuando redactan los tipos penales. De lo contrario también habría que observar el aumento cuantitativo de la legislación penal o el aumento de la dureza en la represión punitiva, todo lo cual también desestabiliza la percepción doctrinal de los límites, en este sentido, las consideraciones no son solamente técnicas, sino también político criminales.

8. BASES POLÍTICO CRIMINALES CONSTITUCIONALES DE LAS NORMAS PENALES ABIERTAS.

El recordatorio de algunos principios del Estado de Derecho, pero sobre todo vinculados a la concepción sobre el Estado Constitucional de Derecho, no se encuentran en un plano metafísico, abstracto o etéreo, al contrario, cuando se trata de sentar las bases de legitimidad de las normas penales jurídicas, conforme a los elementos de la dogmática, tienen una relación más estrecha con la política criminal, porque contienen principios tangibles y elementos evidentes de aplicación en las relaciones entre Estado y los ciudadanos, por eso, muchos autores señalan que las instituciones dogmáticas requieren una puesta al día, no sólo conforme al modelo de Estado, sus principios y valores,

sino con relación a los nuevos problemas que surgen en la realidad, porque la dogmática penal tiene la función de resolver los problemas que se le plantean al operador jurídico, por ejemplo con los delitos de peligro abstracto, los delitos de omisión impropia, las normas penales en blanco, y en este caso con las normas penales abiertas, nuevos ilícitos penales construidos en el contexto del vertiginoso desarrollo científico, económico, social y cultural, que al mismo tiempo acarrea problemas en el medio ambiente, en la informática, en el campo virtual de las comunicaciones, en el campo de la economía, etc.

No obstante que la dogmática penal ha contribuido a la transformación de las instituciones tradicionales del Derecho penal y pretende dar respuestas al sistema de administración de justicia penal, hay una pretensión de volver la mirada a la Política Criminal generando cambios en el tratamiento metodológico de sus instituciones para generar un estudio mixto conjunto de la dogmática penal y la política criminal, porque esta última, sobre la base de las propuestas teóricas de la dogmática penal, funda sus criterios de lucha y prevención de la criminalidad, de tal modo que el puro dogmatismo, sobre todo si es profundo, entraría en crisis, si no contara con las medidas o mecanismos propuestos por la política criminal, que le acercan a la realidad, para que sus propuestas teóricas sean más efectivas. Esta suerte de equilibrio entre ambas disciplinas de las ciencias penales, alejaría además la tendencia hacia el populismo penal irracional del que se han adueñado los gobiernos de turno para encarar los problemas de la inseguridad ciudadana y las complicaciones que trae consigo el aumento cuantitativo y cualitativo de la criminalidad, dando como resultado la construcción de leyes penales irracionales y populistas.

Afirmar que el orden jurídico penal garantiza una convivencia armónica de actividades humanas en la sociedad, es retórica insuficiente, más aún cuando no tiene en su base el aporte de las disciplinas que se constituyen en el soporte de la construcción de ese orden jurídico penal, la Política criminal, la dogmática criminal y un enfoque criminológico de estudio de la criminalidad, conforme a un orden constitucional que otorgue a la ciudadanía, la confianza política de que

sus instituciones resolverán el problema de la criminalidad y la inseguridad ciudadana.

Los principios del Estado de Derecho, como el imperio de la ley, la división de poderes, el reconocimiento de los derechos fundamentales y la legalidad administrativa, nos recuerdan que estamos frente a un verdadero concierto de voluntades que el constituyente ha decidido establecer, pero el Estado Constitucional de Derecho, no solo rescata esos principios, sino que se constituye en la expresión materializada de la voluntad general con la presencia hegemónica de sus principios constitucionales y el sistema de valores acordados por el constituyente, sobre la vigencia plena de nuestros derechos fundamentales, entre los que la dignidad, la libertad, la igualdad y la justicia, constituyen la base para generar el ordenamiento jurídico; sin embargo, los principios del Estado de Derecho y la particular concepción del Estado Constitucional de Derecho que se ha señalado en el presente trabajo, no sólo sirven a ese objetivo de concordancia, justificación y aplicación de la norma fundamental y del derecho en general, sino también expresan la legitimidad, la concordancia, coherencia y conexión con la potestad punitiva del Estado, donde se siente con mayor fuerza y gravedad la coerción y la compulsión del Estado para hacer cumplir un orden jurídico penal y por el que imprescindiblemente existe la necesidad de delinear una política criminal conforme a ese modelo de Estado Constitucional de Derecho.

Por tanto, la concepción de instrumentos, medios o mecanismos en la lucha y prevención de la criminalidad, a la que haría alusión el contenido mínimo de una política criminal, debe tener una conexión directa con el modelo de Estado y su sistema ideológico, político y social, porque solo así se puede pretender diseñar una política criminal, o por lo menos intentar estructurar los principios básicos de una política criminal.

El modelo de Estado boliviano que define el Art. 1 de la Constitución

boliviana,¹⁵¹ tiene un contenido muy complejo, del que es posible destacar tres dimensiones de Estado para comprenderlo: a) Recoge de la concepción liberal, el Estado Social, Democrático de Derecho, b) Consagra el Estado Plurinacional Comunitario, y c) Es un Estado Unitario, pero descentralizado y con autonomías. A partir del alcance de este modelo de Estado, más los principios que asume, los valores que sustenta y los fines esenciales que persigue; el Estado Plurinacional de Bolivia, tiene una muy particular y compleja tarea en la construcción de los principios político criminales.

Comprender con carácter previo, la “plurinacionalidad”, supone reconocer enfoques políticos, económicos, culturales y jurídicos propios de determinadas identidades culturales-territoriales en Bolivia, configurándose así las naciones y pueblos indígena originario campesinos y las comunidades interculturales y afrobolivianas;¹⁵² por eso el modelo del Estado Plurinacional o intercultural de Bolivia es prescriptivo, porque importa la transformación del Estado con las naciones y pueblos indígena originario campesinos, estas realidades culturales y políticas ahora se incorporan a la institucionalidad del Estado, cuando la Constitución consagra en el Art. 30, los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y en su párrafo II, numeral 5, determina que estas identidades culturales, tienen derecho a que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado, respetando sus modelos normativos basados en usos y costumbres¹⁵³ comprometiendo un principio de “inclusión” pero al mismo tiempo, ratificando su condición de destinatarios de las normas jurídicas de un modelo de legalidad positiva, incluido, las normas jurídicas penales de ese modelo, por tanto, pese a ser diversos, institucionalmente

¹⁵¹ La Constitución Política del Estado de 2009, en su Art. 1 establece que “Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”.

¹⁵² El Art. 3 de la Constitución boliviana establece que “La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que conjunto constituyen el pueblo boliviano”.

¹⁵³ El Art. 190 p. I de la Constitución boliviana establece que “Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.”

tenemos una estructura política común en principios y valores en el diseño constitucional.

Todo ese reconocimiento normativo constitucional, ha dado lugar al denominado “pluralismo jurídico”, que reconoce formas jurídicas que pueden coexistir en la sociedad, reconocimiento de prácticas existentes en las comunidades, con valores y tradiciones culturales, que conjuntamente con los modelos normativos de legalidad positiva, convergen hacia la construcción de una sociedad justa y armoniosa, fin del Estado Plurinacional y Comunitario de Bolivia.

Ahora bien, el problema político criminal es muy complejo en un Estado “Unitario” como Bolivia, con entidades territoriales culturales y políticas muy diversas, con modelos normativos que coexisten, porque la profunda transformación del Estado, a través de la norma fundamental pretende el reconocimiento de las identidades culturales y políticas.

Los diferentes modelos de política criminal, analizados y comparados por el profesor José Luis Díez Ripollés,¹⁵⁴ como modelos de intervención penal asumen la realidad del desarrollo del Derecho penal en los países caracterizados o influenciados por la cultura occidental, básicamente liberales, clásicos y de legalidad positiva. En la actualidad, la visión político criminal de cualquier Estado de Derecho, a juzgar por la tendencia punitivista en el mundo, ha generado leyes penales con nuevos delitos o modificado las penas ya existentes con una tendencia al endurecimiento y a la intimidación, adoptándose un modelo de política criminal de seguridad ciudadana como ocurre en Bolivia, en los que hay que considerar la significación e implicancia que tienen los elementos culturales, sociales y políticos con los que se desarrolla una sociedad, aspectos que no se agotan en este trabajo ni tendrán el tratamiento adecuado, dada la complejidad del tema, sin embargo, es pertinente analizar el modelo político criminal de un Estado Constitucional de

¹⁵⁴ DIEZ RIPOLLES, José Luis. “LA POLÍTICA CRIMINAL EN LA ENCRUCIJADA”. Edit. Bdef. Montevideo-Uruguay. 2007. Pág. 62.

Derecho, para considerar la eficacia de las normas penales o en particular de las normas penales abiertas, si se admite su constitucionalidad.

Un modelo político criminal garantista, como lo expresa el Prof. Díez Ripollés, tiende a “desarrollar una estructura de intervención penal autolimitada, hasta el punto de que se ha llamado a sí mismo derecho penal mínimo”,¹⁵⁵ este modelo o sistema, señala la desconfianza que se tiene en la actuación de los poderes públicos y otorga una cierta ventaja a los ciudadanos con sus garantías y principios frente a la actuación de los poderes públicos que pueden abusar fácilmente de la potestad punitiva, las bases de este modelo también se expresan en la Constitución boliviana¹⁵⁶. Este es un modelo compatible con el Estado Constitucional de Derecho.

El modelo político criminal resocializador, es un modelo de intervención del Derecho penal que toma en cuenta la resocialización del delincuente y como lo asevera el Prof. Díez Ripollés¹⁵⁷, se actúa sobre el delincuente, así lo tiene establecido la Constitución boliviana¹⁵⁸ y el Código penal boliviano¹⁵⁹, por lo que se puede afirmar que en el Estado Constitucional de Derecho existe un modelo resocializador que actúa sobre el delincuente y una finalidad de la pena que debe atenderse.

A pesar de tener una Constitución que se coloca a la vanguardia del constitucionalismo moderno, un modelo político criminal resocializador requiere que se actúe sobre aquellos factores en los que ocasionalmente radican las causas de la delincuencia, en las carencias sociales, educativas, afectivas, familias desestructuradas, pobreza, falta de empleo o falta de educación o formación, y como no se trabaja sobre esos factores sino sobre el delincuente,

¹⁵⁵ Ídem.

¹⁵⁶ Capítulo Primero de las Garantías jurisdiccionales, del Título IV, Primera Parte de la Constitución boliviana de 2009.

¹⁵⁷ DIEZ RIPOLLES, José Luis. Ob. Cit. Pág. 65.

¹⁵⁸ Art. 118, p. III de la Constitución boliviana que establece: “El cumplimiento de las sanciones privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas a la educación, habilitación e inserción social de los condenados, con respeto de sus derechos”

¹⁵⁹ Art. 25 del Código Penal boliviano: “La sanción comprende las penas y las medidas de seguridad. Tiene como fines la enmienda, y readaptación social de delincuente, así como el cumplimiento de las funciones preventivas en general y especial”

la reacción social en Bolivia frente al delito se expresa con un pensamiento de “obtención de seguridad”, afirmándose un modelo de política criminal de seguridad ciudadana, con el riesgo de renunciar a determinadas garantías individuales si eso le permite a los ciudadanos vivir con mayor seguridad, por eso en Bolivia, por lo menos en las ciudades capitales, el Gobierno de turno y los ciudadanos pretenden tener un mayor control en la lucha y prevención de la delincuencia, se exige una mayor participación ciudadana en la lucha contra la delincuencia, tal es así que en los barrios y en las zonas comerciales; se ha generado un fenómeno de participación ciudadana en la lucha contra la criminalidad, con el incremento de la seguridad privada, los ciudadanos utilizan recursos privados para contratar empresas privadas de seguridad, asimismo, en barrios populares, se han colocado en los postes de luz, muñecos de trapo colgados por el cuello, advirtiendo a los posibles delincuentes la justicia por propia mano que les espera si cometiesen delitos, utilizándose frases como: “Ladrón pillado será quemado”. Frente a esta realidad, se pretende instaurar un modelo político criminal de seguridad ciudadana, con una clara tendencia política hacia el endurecimiento de penas, porque hay que actuar con penas disuasivas, duras e intimidatorias, comportando una mayor tendencia o amplificación punitiva para reducir la criminalidad.

En este modelo político criminal, paradójicamente instituido en los hechos dentro del Estado Constitucional de Derecho, no importa, que la pena no sea proporcional, pues solo se busca intimidar o disuadir al potencial delincuente, no se busca la resocialización del delincuente, se pretende únicamente aislarlo por el mayor tiempo posible con penas muy largas que no son proporcionales, con el solo objetivo de reducir las tasas de criminalidad, causando un efecto devastador con el hacinamiento de las cárceles, sin considerar los efectos de la prisionización; no importa la reducción de sus derechos y garantías, pues importa la eficacia del sistema penal, no importa un Derecho penal racional, pues importa el rédito político que se obtiene por leyes penales populares que calman las demandas de seguridad ciudadana.

Esta es la realidad político criminal de nuestro país, estas son las exigencias de seguridad con las que también podrían existir elementos comunes para justificar la protección efectiva de los bienes jurídicos con las normas penales abiertas interpretadas y comprendidas en la función jurisdiccional penal cuando se realiza el trabajo de la tipicidad.

Sin embargo, un Derecho penal efectivo y eficiente en la sociedad, tiene que poseer fundamentos criminológicos que devienen de la realidad criminal de un país y del funcionamiento de su sistema de administración de justicia o de los procesos de criminalización secundaria, para luego plantear las ideas fundamentales que constituirán los principios rectores de la lucha contra la criminalidad o su prevención, principios que también podrían darse con el planteamiento coordinado de políticas públicas dentro de las cuales, porque la Política Criminal, es parte de la política general del Estado, o parte de las políticas públicas y sociales de Estado, consiguientemente, la construcción y aplicación del Derecho penal sólo puede darse a través de una Política Criminal, identificando factores sociales o de otra naturaleza que promueven la implementación de políticas públicas como medios alternativos de control social.

Es una cuestión de política criminal la forma en que la conciencia y el sentir social de la comunidad concibe la inseguridad, el sistema de garantías que existen en el proceso penal, los principios limitativos del poder punitivo del Estado y el deseo de solución de un conflicto penal aplicando e interpretando correctamente la ley penal para permitir el restablecimiento de la justicia; es una cuestión de política criminal, el buscar un adecuado funcionamiento del sistema de administración de justicia penal; es una cuestión de política criminal el hacer entender a la población las reglas de juego constitucionales, es una cuestión de política criminal el diseño eficaz de los mecanismos de prevención institucionales antes que la retribución o represión como única alternativa para evitar la comisión u omisión de delitos; es una cuestión de política criminal atender la resocialización constitucional del delincuente, revisando las políticas

penitenciarias para los recintos carcelarios; es una cuestión de política criminal resolver el conflicto penal impidiendo la impunidad del hecho delictivo y lograr el resarcimiento de los daños provocados por el hecho punible; es una cuestión de política criminal contar con normas penales como “ultima ratio” para aplicarlos en la resolución del conflicto penal, y finalmente es una cuestión de política criminal lograr el ejercicio eficaz de la función jurídica de la jurisdicción penal permitiendo adecuados procesos de interpretación de la norma penal, incluso de las normas penales abiertas para proteger efectivamente los bienes jurídicos aceptados por la sociedad.

Un Estado Constitucional de Derecho no puede contener una excesiva concepción represiva con leyes penales irracionales o por lo menos aplicadas irracionalmente, apartándose de los valores, principios y derechos fundamentales de la persona, de los fines y funciones del Estado y de los fines de la pena; por tanto, hay que desarrollar las capacidades institucionales y humanas, como formas de superación de las condiciones simplemente políticas que han dominado las tareas de creación e interpretación de las leyes penales, desprovistas del sustrato criminológico y de una expresión estratégica político criminal, dificultando enormemente la resolución de conflictos jurídicos penales.

En un Estado Constitucional de Derecho, debe existir una política criminal “bienestarista” como lo propone el profesor Diez Ripollés, que atienda las etiología social de la delincuencia, que ataque las causas y no los síntomas, que atienda aquellas carencias sociales, afectivas, educativas, laborales o familiares, señaladas, mediante instrumentos precisos de políticas públicas, para que la cuestión político-criminal no se transforme en una forma de política penal circunstancial o coyuntural para resolver demandas sociales. La Política Criminal representa mucho más que eso, representa la sistematización, comprensión y concordancia de principios constitucionales propios del Estado Constitucional de Derecho, la racionalidad del sistema penal, de la justicia penal y la racionalidad teleológica de la interpretación y aplicación de la ley penal en particular.

La Constitución se constituye en el marco general de la política criminal de un Estado, precisamente por establecer principios penales y procesales en conjunción con los principios del Estado Constitucional de Derecho, sin embargo, está claro que la Constitución no forma parte de ninguna política criminal determinada, esta tarea corresponde a los gobernantes, tampoco establece criterios fijos de política criminal, porque si así lo hiciera, dejaría de ser el instrumento básico regulador de la convivencia social y jurídica.

Prever la forma en que la comunidad puede asimilar con cierta certidumbre las conductas delictivas descritas en las normas penales abiertas sujetas a una interpretación racional, con base empírica social, puede permitir generar confianza en la administración de justicia penal, porque a la comunidad le interesa el restablecimiento de la paz y armonía, el sentimiento de seguridad ciudadana.

A partir de los valores y principios constitucionales, una política criminal debe tomar en cuenta esencialmente, las prioridades que resultan de la evaluación empírica o del rechazo social a la impunidad delictiva cuando se trata de aplicar una norma penal abierta, por eso la cuestión político-criminal es compleja cuando incorpora también en la función jurídica jurisdiccional penal, la interpretación de la norma penal, bajo criterios de comprensión y concordancia con principios y categorías conceptuales penales dentro del contexto de los límites al ejercicio del poder punitivo del Estado, que no solamente deben reducirse a principios dogmáticos, sino que como disciplina científica y en función de satisfacer demandas de justicia, debe interpretar los fundamentos de la ley penal, su sentido teleológico, debe interpretar sus alcances conforme a sus principios generales, que hagan visible la totalidad del Derecho penal, su función y eficacia, conjuntamente con el Derecho Procesal penal, el Derecho Penitenciario, la Criminología y la Victimología, conformando una unidad funcional dentro de las formas de control social formal.

CAPITULO IV

EL LEGALISMO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

1. EL ORIGEN HISTÓRICO, FILOSÓFICO, IDEOLÓGICO Y POLÍTICO DEL LEGALISMO PENAL.

No se debe olvidar, como lo recuerda Bobbio,¹⁶⁰ que el principio de legalidad es un postulado ético del positivismo jurídico así como el orden como fin principal del Estado y la certeza como valor del derecho, precisamente estos son los fundamentos del principio de legalidad de los delitos y de las penas.

Hay que distinguir sin embargo el principio de legalidad desde el punto de vista genérico, abstracto y constitucional. Se puede afirmar que su consagración constitucional tiene su origen en el Siglo XVIII, cuando se elabora la doctrina liberal para contener el despotismo, o sea, como frenos al arbitrio del príncipe, como defensa de la libertad individual en contra de la extralimitación del Poder Ejecutivo, como garantía de igualdad de trato frente a los privilegios,¹⁶¹ así abordado el estudio, el principio de legalidad abstracto tiene carácter constitucional y en términos generales es 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.

El principio de legalidad se halla ligado indisolublemente al Estado de Derecho, configurado como tal por el poder constituyente, el 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 aplicar aquel orden normativo. Así nace el Estado de Derecho y así nace el principio de legalidad en el Estado de Derecho, como la máxima expresión del positivismo jurídico, 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.

¹⁶⁰ BOBBIO Norberto. Ob. Cit. Pág. 53.

¹⁶¹ *Ibíd.* Pág. 54

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.¹⁶²

El principio de legalidad nace con la ley en su sentido formal, como voluntad popular, como decisión del soberano 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 a su sentido material referido al contenido de las leyes, el mandato normativo se legitima cuando se produce dentro de la Constitución y especialmente conforme a su orden de valores, que no atente más bien sirva, a los derechos fundamentales.¹⁶³

En esas condiciones, el principio de legalidad es ideología, pero también un método para comprender la importancia del Estado de Derecho en el orden jurídico concreto, es ideología porque fundamenta un sistema jurídico que impone a los ciudadanos la conciencia y obligación de cumplir el orden constitucional y el orden jurídico general, y es un método porque afirma con certeza valorativa la eficacia del derecho, para que los actos de gobernantes y gobernados tengan fidelidad a la ley, estableciéndose como un postulado o un criterio rector sustancial para la vida jurídica de la sociedad. La conceptualización que se lanza para el principio de legalidad, es de carácter genérico, válida para todo el derecho en sus diversas aplicaciones.¹⁶⁴

En el Derecho penal, el principio de legalidad relacionado con los delitos y las penas, cuando se exige que solo la ley puede establecer delitos y fijar 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 principio del imperio de la ley, con el añadido de que al

¹⁶² 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

¹⁶³ *Ibíd.* Pág. 89

¹⁶⁴ En la Constitución boliviana, el principio de legalidad se expresa en su numeral 1 del Art. 108 al establecer que es un deber de las bolivianas y los bolivianos, “Conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes”, su aplicación es para todas las áreas del derecho.

determinarse una pena por parte del Legislativo, su importancia adquiere dimensiones políticas, jurídicas y sociales, que son objeto de mayor cuidado en su análisis, pues después de la vida se afecta otro de los valores más preciados del hombre, la libertad, entonces, la importancia que tiene el Órgano 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.¹⁶⁵

Las bases de la concepción liberal del principio de legalidad, se encuentran en los antecedentes históricos del fin de la monarquía absoluta en el siglo XVIII, con la Revolución Francesa, inaugurando el nacimiento del Estado Liberal. La época absolutista, se caracterizó por una serie de problemas económicos y sociales que no tuvieron solución en el régimen absolutista, como la profunda crisis económica en el reinado de Felipe de Orleans, la pésima administración de Luis XV que no pudo sanear la economía nacional, hasta Luis XVI con los mismos problemas de una mala administración que a su vez provocó el descontento y los reclamos del pueblo que se moría de hambre. En el contexto social y económico de los últimos 15 años del reinado de Luis XVI, la burguesía que emergía como una nueva clase social, habiendo acumulado mucho poder económico, pretendió 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 con los intereses del clero que en ese momento representaba a la Iglesia Católica.

En esa situación, se dio origen al movimiento ideológico de crítica al

¹⁶⁵ El profesor 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 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. Pág. 274.

absolutismo, el pensamiento ilustrado, se elaboraron propuestas de reformas políticas, modelos de Estado alternativo, basados por ejemplo en las ideas políticas de Maquiavelo quien inaugurando formalmente el pensamiento político con su obra "El Príncipe", separa lo político de la moral, estableciendo su famosa frase "todos los medios son buenos si conducen al poder y permiten mantenerse en él". Luego Hugo Grocio y Bodino con sus ideas del poder absoluto y paralelamente a estas reflexiones sobre el hecho político como tal, se efectuaron reflexiones sobre el hecho político ideal, por Ej. El inglés Tomas Moro, describió una sociedad futura ideal a la que denomina utópica, Campanella con su obra "La ciudad sol" y en el terreno de la reflexión política, con Hobbes que sobre la base de que el "hombre es lobo del hombre" fundamenta la necesidad del absolutismo del soberano rey 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 y en los hombres que redactaron luego la Constitución Política de Estados Unidos.

En el siglo XVIII el movimiento intelectual encumbra a la razón sobre la base de los adelantos de la ciencia y de la técnica que apartarían los credos religiosos y divinos, así nace el pensamiento ilustrado o Ilustración para sustituir el lugar que Dios ocupaba en el campo de los conocimientos y de los valores. En Francia 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 conocedor a profundidad de la obra de Locke introdujo el liberalismo en Francia 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 pacto 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.

En ese contexto surge el principio de legalidad penal con Beccaria y Voltaire, fundamentalmente el primero, con su obra: “De los delitos y las penas”¹⁶⁶, que se constituyó en 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, 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 principio¹⁶⁷, 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 realización de un delito, exigencias que se entendieron también como las primeras manifestaciones de colocar límites a la potestad punitiva del Estado. Sin embargo, la Obra de Beccaria es una obra de filosofía penal y de política criminal y su objeto de estudio es el problema penal, propuso un nuevo sistema de administración de justicia penal basado en el dogma moral de amor a la humanidad, que refleja su filosofía profundamente humanista, propuso la suavidad de las penas, la abolición de la pena de muerte por su carencia de

¹⁶⁶ BECCARIA, Cesare. “DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS”. Título original “DEI DELITTI E DELLE PENE (1764). Traducción de Juan Antonio de las Casas. Introducción, apéndice y notas de Juan Antonio Delval. Alianza Editorial. Madrid. 1998. 10ª reimpresión, Pág. 25-28.

¹⁶⁷ VON FEUERBACH, Ansel. “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.

utilidad social, el fin preventivo de la pena, propuso que el Derecho penal debía ser concebido 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 devastador del sistema de administración de justicia cruel, con la tortura como un medio de prueba, procesos penales 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, por eso la infracción penal era considerada pecaminosa y la sanción era vista como purgación estando vigente el Panteísmo penal, que concebía a Dios en todas las cosas y que todo ofendía a Dios, por eso la tortura era el medio para averiguar la verdad y la pena era el sufrimiento o expiación, la filosofía en la que se inspiraba la concepción penalista, era religiosa, se basaban en la purgación del pecado con los castigos corporales o la muerte, las propuestas de Beccaria pretendieron separar el delito del pecado para estructurar una justicia humana y no religiosa.¹⁶⁸

La legalidad penal se puede justificar y explicar a partir de un hecho que se dio en la sociedad francesa, el ajusticiamiento de un hombre, del caballero Roberts Damiens,¹⁶⁹ quien fue torturado y ajusticiado cruelmente el 28 de marzo de 1757 por haber intentado dar muerte con un cuchillo a Luis XV, 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 pecado y la sanción era la purgación, también muestra la atrocidad de la justicia religiosa con el ajusticiamiento del Caballero De la Barre quien habría cometido el delito de

¹⁶⁸ BECCARIA, Cesare. Ob. Cit. Pág. 27

¹⁶⁹ En la Introducción realizada por Juan Antonio Delval, se señala cómo se había detenido in fraganti al caballero Roberts Damiens, fue juzgado y condenado a muerte, se utilizó el tormento extraordinario denominado Borceguíes para que pudiera confesar los detalles 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 fue llevado a la plaza pública al mediodía, donde lo esperaba el verdugo con unas tenazas calientes con los que iba sacando pedazos carnosos del cuerpo, luego del ensañamiento, lo ataron a seis caballos para romper sus extremidades hasta que dejó de existir. 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. *Ibíd.* Pág. 7.

“blasfemia”,¹⁷⁰ sumado a la concentración del poder absoluto del Juez que tenía la facultad de investigar, acusar, juzgar y condenar como una réplica exacta del centro de poder político absolutista que existía en la época, generando un entremezclamiento de las funciones procesales y ejerciendo funciones jurisdiccionales con absoluta arbitrariedad al imponer las torturas como medios de prueba, al admitir pruebas secretas, al imponer penas con absoluta falta de proporcionalidad.

En la actualidad, muchos de los postulados de Beccaria, como principios, 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 para sustituir el gobierno de los hombres por la voluntad general del pueblo expresada en la ley penal.

Según el tratadista Hans Heinrich 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,¹⁷¹ 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,¹⁷² señala que el origen de este principio se remontaría a 1776, en las Constituciones de algunos Estados federados americanos, Virginia y Maryland. Finalmente, el profesor Juan Carlos Carbonell Mateu,¹⁷³ señala que el principio de legalidad es consustancial con el Estado de Derecho y tiene su origen histórico en la Revolución Francesa y su origen ideológico en el pensamiento de la Ilustración. 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

¹⁷⁰ En 1766, dos años después de la aparición del libro de Beccaria se desarrolló el terrible e infundado 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. *Ibíd.* Pág. 10.

¹⁷¹ JESCHECK, Hans Heinrich. *Ob. Cit.* Pág. 177.

¹⁷² ROXIN, Claus. DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. TOMO I. *Ob. Cit.* Pág. 142

¹⁷³ CARBONEL MATEU, Juan Carlos. *Ob. Cit.* Pág. 104

1789 y finalmente en el Código de Legislación General Prusiano de 1794¹⁷⁴. Sin embargo, ha sido el famoso Beccaria quien incorporó el principio de legalidad de los delitos y de las penas en su concepción primigenia cuando en su obra señaló que “solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social”¹⁷⁵.

Se puede afirmar que con la obra de Beccaria surge una concepción clásica o primigenia del principio de legalidad de los delitos y de las penas, considerando el arbitrario y cruel sistema de justicia de la época, así como el despertar de la conciencia que se produce.

La aparición del Estado moderno con la Revolución Francesa, permite apreciar la exigencia de la ley como centro de toda la actividad humana y bajo los antecedentes del sistema jurídico y judicial romano tiene su base en la recepción del Derecho Romano Canónico¹⁷⁶ para comenzar a gestarse el principio de legalidad con el propósito de desterrar la idea de que la administración de justicia estaba al servicio del monarca ajusticiando cruel y e injustamente a todo aquel que se levantara contra el soberano rey o contra los intereses de la Iglesia Católica, como el ajusticiamiento de los Caballeros Damians y De la Barre, es decir, se pretendió eliminar la omnicompetencia monárquica y el panteísmo penal, a partir de la vigencia de la ley y la creación de un marco de seguridad jurídica como derivación natural del Estado de Derecho, mediante la predeterminación legal de las conductas delictivas y la concreción de la sanción. Ciertamente así se generaba seguridad jurídica para el ciudadano, como la certeza para saber cuándo empieza el Derecho penal y la confianza de que sus actos de hoy mañana no sean considerados delitos, sino es por una ley previa, por tanto la ley era el centro de todo y así como Diderot y D'alambert, dijeron que a la Enciclopedia debe ir todo el saber humano, los

¹⁷⁴ ROXIN, Claus. Ob. Cit. Pág. 142.

¹⁷⁵ BECCARIA, Cesare. Ob. Cit. Pág. 34

¹⁷⁶ MAIER, Julio B.J. “DERECHO PROCESAL PENAL” Tomo I. Fundamentos. Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires. 1996. Pág. 293.

juristas con esa concepción legalista de los delitos y de las penas decían que al Código debe ir todo el saber normativo y paralelamente al movimiento de la codificación se genera un sentido de perdurabilidad de la ley, porque esta era perfecta y debía permanecer inalterable y vigente toda la vida, así la ley es omnímoda y el principio de legalidad inmanente a la ley que se reinstala en el Estado Liberal.

Sin embargo, se buscaba también un sistema de administración de justicia más justo en términos de selección criminalizante dentro de los procesos de criminalización secundaria, un tratamiento igualitario de los ciudadanos ante una ley que definía delitos y penas, un juicio público, contradictorio y oral, razones todas que actualmente permiten justificar un sistema de administración de justicia con equidad y con jueces que aplicaran la ley desde su abstracción, limitando su libertad para interpretar la ley, porque la ley en su conceptualización y sistematización de categorías no permitía criticarla o interpretarla, sino solo acatarla, no se podía enjuiciar a la ley, no era legítimo que el juez criticara su aplicación en un caso específico, pues el juez estaba sometido acríticamente en la aplicación e interpretación de la ley bajo el aforismo que decía que la ley clara no necesita interpretación, el Juez solo debía subsumir el hecho en la norma penal basado en una aritmética judicial cerrada cuando el hecho se adecuaba típicamente a la norma penal, una especie de silogismo judicial mediante el cual se realizaba el encuadramiento típico o el proceso de subsunción típica, donde la premisa mayor era el hecho, la premisa menor la valoración jurídica y por último la conclusión, proceso penal, detención o libertad, el Juez no puede salirse de ese esquema silogístico y naturalmente era una forma de maniatar al Juez en su libertad interpretativa y creadora; por eso Gustav Radbruch, Hans Jeschek, Albin Eser critican esta posición, porque si el Juez puede atender a una ley desde arriba hecha a un nivel abstracto, ¿cómo aplicar la ley sin juicio crítico a un caso concreto?, ¿cómo aplicar una ley abstracta a un individuo en una situación concreta?

La doctrina penal ha señalado de manera uniforme que el principio de legalidad de los delitos y de las penas constituye uno de los bastiones fundamentales del Derecho penal actual, producto de una larga evolución histórica de la humanidad pensante a partir del pensamiento ilustrado¹⁷⁷, aunque se señala que el principio de legalidad tiene su origen en la famosa Charta Magna de 1215 del Rey Juan Sin Tierra, otros autores señalan que se encuentra en el instrumento germánico Constitutio Criminalis Carolina de 1532, o mucho más atrás, en el Derecho romano ¹⁷⁸.

Según Cuello Contreras¹⁷⁹ “la historia del principio de legalidad penal es inseparable de la historia particular de cada una de las garantías implicadas”, bajo esta afirmación es posible encontrar los elementos que hacen al contenido del principio de legalidad de los delitos y de las penas, como una garantía fundamental de carácter individual en todas sus expresiones, producto de una evolución de las líneas de pensamiento que nos pueden permitir concluir que se trata de un principio fundamentalmente democrático que nunca ha logrado expresarse de la forma en que ahora se expresa en la doctrina.

Por el alcance democrático del principio de legalidad de los delitos y las penas, los precedentes históricos nos pueden permitir el hallazgo de algunos elementos racionales y utilitarios para su aplicación.

Para comprender la eficacia del principio de legalidad de los delitos y de las penas como una formulación sólida en el funcionamiento de las sociedades, recordemos que en las Polis griegas se inscribían las leyes en piedras o bronce, exhibiéndoselas en el ágora o en algún lugar público, el simple hecho de ser publicitados permitía que fueran observados con suficiente regularidad, como un reconocimiento de las reglas de conducta que se establecían

¹⁷⁷ Conforme coinciden varios autores, la ilustración tiene un anclaje político filosófico fundamentales en el contrato social como una de las teorías contractualistas más relevantes para justificar los principios del Estado y del Derecho, además como una expresión de la soberanía del pueblo o de su voluntad general. MIR PUIG, Santiago. DERECHO PENAL. Parte General. Reppertor, 8ª Ed. Barcelona 2008. Pág. 105. CEREZO MIR, José. CURSO DE DERECHO PENAL ESPAÑOL. Parte General. Tecnos 6ta Edición. Madrid 2004. Pág. 198.

¹⁷⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, TRATADO DE DERECHO PENAL. TOMO II. Losada, 4ª ed. Buenos Aires 1964. Pág. 388-387. CEREZO MIR, José. Ob. Cit. Pág 198; MIR PUIG, Santiago. Ob. Cit. Pág. 105.

¹⁷⁹ CUELLO CONTRERAS, Joaquín. EL DERECHO PENAL ESPAÑOL, PARTE GENERAL. Dykinson, 3ª ed. Madrid 2002. Pág. 196

anticipadamente, precisamente por su contenido punitivo, lo que justificaba su publicidad y mensaje preventivo.

En el Derecho Romano, es bastante conocida la “Provocatio ad Populum”, como una institución del régimen republicano introducida por la Lex Valeria¹⁸⁰ en el año 509 a.C., la que establecía que a ningún ciudadano se le podía ejecutar la pena capital impuesta por el magistrado dotado de imperium, sin antes recurrir ante el pueblo, cuando se trataba de delitos públicos excluyéndose los delitos privados. Como una antigua institución de la República romana, la “provocatio ad populum”, esa llamada “apelación al pueblo cuando un magistrado dicta un fallo injusto, según Teodoro Mommsen ¹⁸¹, ha sido considerado siempre desde el punto de vista jurídico, sin embargo también ha sido considerado como una expresión de la lucha de clases por el control del poder político, en el que siempre se encuentra el Estado, empero, tanto el Estado como el Derecho han observado presupuestos que no políticos, ni jurídicos, aspectos que pueden permitirnos comprender la “Provocatio ad Populum”. Considerando esta institución romana, Jimenez de Asúa señala que se puso en vigencia la prohibición de la analogía¹⁸², que como sabemos constituyen uno de los resortes más importantes del efecto que posee el principio de legalidad penal, sin embargo, más preciso es Rodriguez Mourullo quien recordando un texto de Ulpiano previsto en el Digesto 50, 16, 131 que decía: “poena non irrogatur, nisi quae quoque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est”¹⁸³ en su traducción refería que “no debía imponerse una pena salvo que la ley o cualquier otro derecho especial establezca un delito”. Estos componentes históricos suman la importancia del principio de legalidad que ahora conocemos en el Derecho penal, como los antecedentes más antiguos.

¹⁸⁰ La Lex Valeria de provocazione era una ley de la antigua Roma que concedía a todos los ciudadanos el derecho de apelar a la asamblea del pueblo contra la sentencia de los magistrados.

¹⁸¹ MOMMSEN, Teodoro, DERECHO PENAL ROMANO, trad. P. Dorado. Temis, 2ª ed. Bogotá 1999. Pág 37.

¹⁸² JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Ob. Cit. Págs. 383-384.

¹⁸³ RODRIGUEZ MOURULLO, D. Gonzalo. PRINCIPIO DE LEGALIDAD en Nueva Enciclopedia Jurídica, Editorial Francisco Seix. Tomo XIV. Barcelona 1978. Págs. 882-883.

Posiblemente con la Magna Charta Libertarum, encontramos el precedente histórico más importante del principio de legalidad de los delitos y de las penas, pues en su significación política, la Carta Magna procede del término anglosajón rule of law, que significa imperio de la ley lo que permite aproximarnos al principio de legalidad. Fue en el año 1215 cuando el Rey Juan Sin Tierra, en el artículo 39 de la Magna Charta determinó que: “Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre”.¹⁸⁴, traducido significa que: “Ningún hombre libre será detenido, preso o desposeído, o proscrito, o muerto en forma alguna; ni podrá ser condenado, ni podrá ser sometido a prisión, si no es por el juicio de sus iguales o por las leyes del país.”, aunque se deduce también que tiene un sentido procesal más que sustantivo como lo afirman también varios autores, entre ellos Mezger.¹⁸⁵

La Constitutio Criminalis de Carolina, fue también considerada como un antecedente del principio de legalidad cuando se la utilizó como un derecho supletorio frente a los derechos locales que se encontraban vigentes, estableciendo las “buenas costumbres”, pero cambiando aquellas que fueron estimadas como “costumbres irracionales, malas”, y con ello se ha podido observar importantes garantías procesales penales,¹⁸⁶ precisamente porque desarrolló el concepto de culpabilidad logrando que a comienzos del siglo XVI las penas fueran proporcionales a la gravedad del delito, especificando que los culpables de causar un daño a través de la brujería debían ser ejecutados en la hoguera. Según Jescheck, la importancia de la Carolina radicó en que se posibilitó una “concepción jurídico-pública de la pena”, dejando de depender de la arbitrariedad del más fuerte, y aunque tenía un contenido procesal, tenía

¹⁸⁴ La referencia al Art. 39 de la *Magna Charta Libertarum*, se encuentra en http://www.orbilat.com/Languages/Latin/Texts/06_Medieval_period/Legal_Documents/Magna_Carta.html

¹⁸⁵ MEZGER, Edmund, DERECHO PENAL. PARTE GENERAL, trad. de Conrado A. Finzi, de la 6ª ed. Alemana de 1955, Din Editora, Buenos Aires 1989. Pág. 63.

¹⁸⁶ VON WEBER, Hellmut, “LA CONSTITUTIO CRIMINALIS CAROLINA DE 1532”, Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época, Núm. 86, Julio 2005. Págs. 129-131.

también disposiciones sobre los delitos y su castigo”.¹⁸⁷

En conclusión, la doctrina está de acuerdo en señalar que estos antecedentes históricos, promueven el principio de legalidad al referirse a la seguridad jurídica (componente esencial del principio), pero que en su contenido y trascendencia, como menciona Cerezo Mir¹⁸⁸, son diferentes con la concepción actual del principio de legalidad penal o por lo menos aparece de manera parcial como lo señala Bustos Ramírez ¹⁸⁹, sin embargo, a pesar de no construir ni fundamentar completamente la actual significación del principio de legalidad de los delitos y de las penas, ciertamente tiene un significado político diferente, como bien lo expresa Mir Puig¹⁹⁰, al señalar que los principios que inspiraron el proyecto reformista de la Ilustración hunden sus raíces en el iusnaturalismo racionalista del siglo XVII, convirtiendo a la razón en el motor fundamental para la moral, la política, el Derecho y el Estado. Opinión similar tiene Ferrajoli¹⁹¹ cuando afirma que el principio de mera legalidad puede hacerse remontar al Derecho romano y el principio de legalidad queda elaborado por el pensamiento ilustrado

Sin embargo, cuando el principio de legalidad penal se constituye en un principio rector de la legislación penal sustantiva, es absolutamente imprescindible realizar un análisis de su basamento ideológico que al mismo tiempo resulta ser la expresión ideológica del Derecho penal vigente en un determinado Estado, por lo que más allá de la naturaleza y alcance, el fundamento ideológico y político del moderno Estado constitucional de Derecho, pone en vigencia la legitimidad del principio de legalidad penal, considerando el nivel de aceptación y por tanto de obediencia que trae consigo dicho principio por parte de la sociedad, es decir, su legitimidad, más allá de la eficacia que trae consigo, ya que según Weber, la autoridad es el poder aceptado como

¹⁸⁷ JESCHECK, Hans Heinrich, TRATADO DE DERECHO PENAL, PARTE GENERAL, trad. de Miguel Olmedo. Comares, 5ª Ed. Granada 2002. Pág. 100.

¹⁸⁸ CEREZO MIR, José. Ob. Cit. Págs. 198-199.

¹⁸⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, MANUAL DE DERECHO PENAL ESPAÑOL, PARTE GENERAL, Ariel, Barcelona, 1984, Pág. 68.

¹⁹⁰ MIR PUIG, Santiago. Ob. Cit. Pág. 105.

¹⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. DERECHO Y RAZÓN. TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez Edit. Trotta. 10ª ed. Madrid, 2011, 1ª reimpresión 2014. Pág. 382.

legítimo por aquellos sometidos a ella y los Estados pasan de la autoridad carismática a la autoridad tradicional y finalmente llegan al estado de autoridad racional-legal el cual es característico de una democracia liberal moderna.¹⁹²

Uno de los hechos históricos, que marcaron huella en el desarrollo del pensamiento humanístico, sin duda alguna fue la Ilustración, abriendo las fronteras del conocimiento y de las luces, para contrarrestar, modificar e innovar las ideas yacientes sobre el conocimiento humano claramente influenciadas por ideas religiosas con la finalidad de incorporar al Estado y al Derecho, cuya justificación ya no se encontraría en función de un derecho natural supradivino como rector de los comportamientos humanos, sino en la racionalidad de la ley en la propia capacidad reguladora del hombre que ejercía su razonamiento crítico. En consecuencia, con la aparición del Derecho resulta fácil identificar la aparición de la ley con toda su fuerza totalitaria para reemplazar el lugar que Dios ocupaba en el mundo, la ley se justificaba por los propios creadores de la norma de simples intérpretes pasaron a ser los creadores que le dieron una legitimidad ya no supra legal, sino humana.

Quizá se deba a Rousseau, uno de los filósofos contractualistas más importantes, la legitimidad de las leyes y con ello, como él mismo señalaba que “el objeto de las leyes es siempre general”¹⁹³ para que otro gran filósofo político como Montesquieu señalara que “la fuerza de la ley consiste en estatuir para todos”¹⁹⁴

Conjuntamente a la convicción del Derecho en sentido de que no podría imaginarse desigualdades para su vigencia, como ocurría en el absolutismo, surge también la idea del monopolio de producción de la ley atribuido al legislador¹⁹⁵ y aunque esta idea también existía en el absolutismo, la diferencia

¹⁹² PAMPLOMA, Francisco. LEGITIMIDAD, DOMINACIÓN Y RACIONALIDAD EN MAX WEBER. Revista Economía y Sociedad. Año V, No. 8. Septiembre 2000 - Febrero 2001. Pág. 192

¹⁹³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Ob. Cit. Págs. 41-42.

¹⁹⁴ 28 MONTESQUIEU, Charles de Secondat, barón de. DEL ESPÍRITU DE LAS LEYES, intr. TIERNO GALVAN, Enrique, trad. Mercedes Blázquez y Pedro de la Vega. Edit. Tecnos. 6ta. Ed. Madrid 2007. Págs. 227-228.

¹⁹⁵ PRIETO SANCHIS, Luis. LA FILOSOFÍA PENAL DE LA ILUSTRACIÓN. Palestra. Lima 2007. Pág. 14.

estriba en que en éste el legislador era el monarca soberano, quien no estaba siquiera vinculado a su propio derecho, porque era el representante de Dios en la tierra, pero para la Ilustración, la filosofía del contrato social y la separación de poderes, obligaban a plantear que la ley debía ser creada por el legislador que encarnaba la voluntad general, para garantizar una ley racional y más justa para todos, entendiéndose claramente que debía ser contrario o mejor dicho una reacción al absolutismo.

De ese modo, los aportes filosófico políticos de Rousseau y de Montesquieu, llegaron a Beccaria para realizar su obra “De los delitos y de las penas”, afirmando que “...sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social”¹⁹⁶.

Según Prieto Sanchis¹⁹⁷ Beccaria al reivindicar una legalidad en sentido amplio, al proponer que la definición de los delitos y sus penas se encuentre reservada a la esfera legislativa, excluyendo a los poderes intermedios y el arbitrio judicial, quiere tener más efecto su proposición, cuestiona la forma en que deben ser estas leyes respondiendo que las leyes que determinaban delitos y penas debían ser generales, sin que existan excepciones y que además debían cumplir aquellas exigencias que hoy en día adornan sustancialmente el principio de legalidad de los delitos y de las penas, es decir, debía tener precisión, claridad y taxatividad, proponiendo así una interpretación estricta del principio de legalidad, para que se constituya en un “límite al propio legislador”, coincidiendo con Mir Puig¹⁹⁸, y Cerezo Mir ¹⁹⁹.

No cabe duda entonces que el principio de legalidad de los delitos y de las penas llegó a constituirse en un límite al poder punitivo del Estado y en una garantía de libertad para el ciudadano²⁰⁰, sustituyendo el gobierno caprichoso

¹⁹⁶ BECCARIA, Cesare. Ob. Cit. Pág. 34

¹⁹⁷ PRIETO SANCHIS, Luis. Ob. Cit. Pág. 106.

¹⁹⁸ MIR PUIG, Santiago. Ob. Cit. Pág. 106.

¹⁹⁹ CEREZO MIR, José. Ob. Cit. Págs. 199-200

²⁰⁰ MIR PUIG, Santiago. Ob. Cit. Pág. 105.

de los hombres por la voluntad general, por la voluntad expresada a través de la norma, a través de la ley²⁰¹.

Debido a la importante concepción del principio de legalidad penal en su primigenia concepción, los aportes de Beccaria, fueron recogidos en los primeros textos constitucionales y en varios instrumentos jurídicos internacionales, por ejemplo se lo encuentra en las Constituciones de las ex colonias inglesas en América tras obtener su independencia, como Filadelfia (1774), Virginia (1776) y Maryland (1776); en Europa, en la legislación de Pedro Leopoldo de Toscana de 1786 y en la Josefina austriaca de 1787. Asimismo, en los instrumentos internacionales de derechos humanos con carácter universal como la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto 1789²⁰², estableciendo en el artículo 8 que: “La ley no debe establecer más que penas estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida con anterioridad al delito y legalmente aplicada”. Las Constituciones francesas también lo incorporaron, por ejemplo la de 1791 en su Art. 8, la de 1793 en su Art. 14. En Bolivia se incorpora en la Constitución de 1938, llegando a consolidarse como un principio constitucional

Se ha señalado también que en su trascendencia dogmática, se le atribuye a Feuerbach²⁰³, quien en su famosa teoría de la coacción psicológica, ha señalado que era un presupuesto necesario para su concepción de la pena, entendida como prevención general a través de la coacción psicológica, que requería de una amenaza previa establecida en la ley, con suficiente precisión y claridad, para disuadir al posible delincuente. La formula latina “nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali”, o más brevemente “nullum crimen sine lege”, para hacer referencia al principio de legalidad penal,

²⁰¹ CARBONEL MATEU, Juan Carlos. Ob. Cit. Pág. 108.

²⁰² La Declaración de 1789 se puede encontrar en versión electrónica en: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

²⁰³ FEUERBACH, Paul Johann Anselm, Ritter von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts: mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagraphen und mit einer vergleichenden Darstellung der Fortbildung des Strafrechts durch die neuen Gesetzgebungen*, 2. Neudruck der 14. Aufl. Aalen, Scientia, 1973, parágrafo 20.- (Publicación original de 1847).

fue expresada a mediados del siglo XIX, lo que le valió para que algunos autores como Bustos Ramirez ²⁰⁴ lo consideraran como el fundador o el padre del Derecho penal moderno. Sin embargo, fue Beling quien introdujo en su teoría del delito, mediante la tipicidad, las exigencias materiales del principio de legalidad de los delitos y de las penas²⁰⁵

El principio de legalidad penal fue recogido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948,²⁰⁶ más tarde en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950,²⁰⁷ y tiempo después en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966,²⁰⁸ en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969,²⁰⁹ en la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981,²¹⁰ y más recientemente en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.²¹¹

Son muchas las definiciones que se han dado sobre el principio de legalidad

²⁰⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, OBRAS COMPLETAS, Ara eds. colección Iustitia. Tomo I. Lima 2005. Pág. 359.

²⁰⁵ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. Derecho Penal. Parte general. Tirant lo Blanch. 5ta. Ed. Valencia 1999. Pág. 75. Ver también RODRÍGUEZ MOURULLO, D. Gonzalo. Ob. Cit. Pág. 887

²⁰⁶ En el art. 11.2 que dispone: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional”.

²⁰⁷ En el art. 7. “No hay pena sin ley: 1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. 2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas.”

²⁰⁸ Art. 15: “1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.”

²⁰⁹ Art. 9: “Principio de Legalidad y de Retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

²¹⁰ Art. 7.2: “Nadie puede ser condenado por un acto u omisión que no constituya una ofensa legalmente punible, en el momento en que se cometió. No se puede infligir pena alguna por una ofensa contra la que no existe ninguna disposición en el momento de ser cometida. Las penas son personales y sólo pueden ser impuestas al transgresor”.

²¹¹ 61 Artículo 49. “Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas. 1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o el Derecho internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si, con posterioridad a esta infracción, la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada ésta. 2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento de su comisión, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones. 3. La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción”.

penal, pero el notable profesor alemán Claus Roxin, define el principio de legalidad de los delitos y de las penas, señalando que “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”.²¹²

2. DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD AL PRINCIPIO DE TIPICIDAD

Las normas penales abiertas, obligan a realizar un estudio exegético del principio de legalidad de los delitos y de las penas, obligan a considerar los fundamentos del Estado Constitucional de Derecho, para que puedan tener vida y aplicación. Este relacionamiento con el Estado Constitucional de Derecho, involucra necesariamente, el reconocimiento de un auténtico y legítimo poder constituyente como poder social, para crear el ordenamiento jurídico a partir de la Constitución Política del Estado, y 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, al mismo tiempo como fuente del principio de legalidad, y como señalaba Recasens Siches “el poder constituyente es por esencia unitario e indivisible, es el fundamento omnicomprendido 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 ésta es obra del poder constituyente, derivan de él”; lo cual permite que finalmente, citando al jurista suizo Batel del siglo XVIII, “los legisladores que derivan su poder de la Constitución, no pueden cambiarla

²¹² ROXIN, Claus, ARZT, Gunther y TIEDEMANN, Klaus. INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL Y AL DERECHO PENAL PROCESAL. Traducido por Luis Arroyo Zapatero y Juan Luis Gómez Colomer Editorial Ariel. Barcelona 1989. Pág. 34.

sin destruir los fundamentos de su autoridad”.²¹³

Este es el cimiento teórico constitucional 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 fundado en la Constitución y luego reproducido en las leyes.

Entonces, el principio de legalidad de los delitos y de las penas no tiene sólo un armazón legal y abstracto en el que formalmente se definen los delitos y las penas mediante el Órgano Legislativo, al contrario, bajo determinadas condiciones ideológicas, políticas y culturales, la formulación del principio de legalidad se da al amparo de una Constitución material, se propone también la aplicación de la ley penal en resguardo y protección de los derechos fundamentales, de los derechos humanos, de los intereses de la sociedad, por tanto el Juez ya no es simplemente un aplicador de la norma, es decir de la norma por la norma, porque la ley no es solo una abstracción universal, sino que también es un intérprete de la norma penal vinculado a un sistema de valores, a un conjunto de principios y derechos fundamentales proclamados en una Constitución material y que tienen su base en las condiciones sociales, económicas, culturales e históricas y los nuevos valores que surgen como conjunto de factores que determinan la validez y eficacia de la ley penal, por tanto, esos factores también condicionan y motivan la aplicación y la interpretación de la ley penal, logrando que se analice el caso concreto, al hombre en particular para el que se ha legislado en su dimensión social y no solo individual, no en abstracto, sino considerando una realidad humana con intereses individuales y sociales expresados en la efectiva protección de bienes jurídicos individuales y colectivos.

Por esa razón, en la ley penal no existe solo un problema lógico, sino también semántico, porque en la norma penal si bien hay una pluralidad lingüística, no sólo se reduce al empleo de una interpretación gramatical y lexicológica, sino

²¹³ RECASENS SICHES, Luis. “ESTUDIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO”. Tomo I, parte sistemática. Edit. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, Tercera edición. México 1946. Pág.287.

también se debe encontrar el sentido teleológico de la misma, compatibilizando la interpretación con los significados propios que traen consigo algunos términos, por ejemplo los elementos normativos del tipo penal o una interpretación con los significados amplios de los términos y conceptos que incorporan las normas penales abiertas, que por ser algunas veces ambiguos y ambivalentes, requieren de un proceso interpretativo reglado, frente a un juez con libertad para definir la conceptualización y sistematización de categorías en la norma penal basado en su concepción y actitud frente a la vida, su particular concepción, valores y principios que le permiten entender el supuesto de hecho de la norma jurídica penal no más allá del sentido del lenguaje de la ley, para no violentar el principio de legalidad de los delitos y de las penas, al contrario, tal vez para que más allá del tecnicismo acabado de la norma penal y del culto a la norma, se pueda comprender el carácter prescriptivo de la misma, porque la norma penal no es solamente descriptiva y valorativamente neutra, no solo describe conductas humanas objetivamente, corriendo el riesgo de caer en un positivismo puro, sino que la norma penal asigna conductas, espera conductas, confía en que se produzca un diálogo motivacional entre el Estado y el destinatario de la ley penal, los hombres, un diálogo motivacional por el respeto de valores, por el respeto de los bienes jurídicos, cuando por ejemplo en el homicidio la norma primaria prohíbe matar, está tratando de estimular una conducta positiva de respeto a la vida de los seres humanos, por tanto no solamente existe una prevención general negativa que prohíbe y amenaza con la pena, sino también una dimensión positiva, pues al decir “no mates”, al mismo tiempo estoy estimulando actitudes positivas de respeto por la vida humana, es el denominado núcleo esencial del tipo el que permite el diálogo motivacional entre el Estado y los hombres como destinatarios y al final también expresa un diálogo entre el Juez y la norma penal, 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.

Del principio de legalidad de los delitos y de las penas, se concreta el principio

de tipicidad que 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.

De todos los elementos genéricos que integran el delito, el más relevante jurídica y penalmente es la tipicidad, como la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal, por tanto solo los hechos tipificados en la ley penal pueden ser considerados como delitos, “nullum crimen sine lege”. 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.²¹⁴ Se utiliza un lenguaje descriptivo, afirmando un hecho futuro, incierto, un hecho hipotético y abstracto.

3. EL “TATBESTAND” DE ERNEST VON BELING. EL TIPO PENAL.

En el análisis del tipo, importa recordar retrospectivamente a uno de los más grandes precursores en la evolución de la dogmática de la teoría del delito, Ernest von Beling, quien en su obra “Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del delito tipo”²¹⁵, propone la tesis de que el delito es una acción típica. De acuerdo con la traducción del profesor Soler,²¹⁶ la expresión Tatbestand, se interpreta según Beling, como “sentido de delito-tipo” contrario a “tipo de delito” que haría alusión a las figuras delictivas que tiene la ley penal, y esa expresión literal derivaría de Tat- hecho y bestehen-la esencia legal del hecho.

Inicialmente refiere Beling, que “toda figura delictiva autónoma se compone de una pluralidad de elementos, los cuales se encuentran en la correspondiente ley penal previstos a veces *expressis verbis*, a veces *sub intelligenda*, para precisarse o completarse por interpretación. Encuéntense esos elementos en parte en la faz externa (objetiva)...”; de esta inicial observación que dio base a su teoría, Beling afirma que “La faz externa presenta siempre, en efecto, un elemento al cual debe referirse también lo interno del autor para que se dé esta figura delictiva correspondiente”²¹⁷ colocando como ejemplo el delito de asesinato en el que ese elemento interno es la realización de la muerte de un hombre, como el dolo necesario en su faz interna, es decir que no solo existe una acción objetivamente ejecutada, sino que a ella debe dirigirse la intención del autor. Así Beling señala que “en toda figura delictiva existe un esquema rector dominante común para la faz objetiva como para la subjetiva” e indica

²¹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN Mercedes. Ob. Cit. Pág. 232.

²¹⁵ VON BELING, Ernest. *Grundzüge des Strafrechts*, (ESQUEMA DE DERECHO PENAL) *Die Lehre von Tatbestand*, 1930 (La Doctrina del Delito-Tipo) Traducido por Sebastián Soler. 11ª Edición 1930. Edit. Librería “1 Foro” Buenos Aires. 2002

²¹⁶ VON BELING, Ernest. Ob. Cit. Pág. 77. Nota de aclaración del traductor.

²¹⁷ VON BELING, Ernest. Ob. Cit. Pág. 78

que "Este esquema lo legisla el Art. 59 del C. P. llamándolo "gesetzlicher Tatbestand" (delito-tipo)".²¹⁸

Este esquema rector de Beling, ha contribuido notablemente la dogmática de la teoría del delito y ha permitido consolidar la formulación del "tipo" o del "tipo penal" como uno de los puntos cardinales imprescindibles e inobjetable del delito dotando a la técnica legislativa y la aplicación de la ley penal de una exigencia constitucional de seguridad jurídica para que la conducta merecedora de una pena, tenga el mayor grado de precisión y exactitud al comprenderse "positivamente" en un tipo, es decir, en el supuesto de hecho de la norma jurídica penal, cuyo desarrollo posterior ha permitido construir toda una base teórica sobre la teoría del tipo, desarrollándose sus elementos constitutivos, objetivos, subjetivos y normativos, fundamentalmente para lograr un sentido de apreciación y certidumbre sobre lo que debe entenderse como conducta punible por parte del ciudadano, destinatario final de la ley penal.

El desarrollo de la teoría del tipo y la importancia que actualmente tiene en un proceso penal para justificar el ejercicio del poder punitivo del Estado, no solo permite conocer la descripción objetiva de una conducta punible definida por el Estado, sino que esa descripción es legislativa, es decir, hecha por la ley y por los legisladores que tributan a la voluntad general, logrando que el tipo traduzca una acción inicialmente anti-normativa, (contraria a la prohibición o contrario al mandato) mediante la descripción del carácter "injusto" de la conducta (el tipo de injusto), pero de manera concreta y con un grado de especificidad del comportamiento humano que la voluntad general hace punible, a través de una figura específica en el Código Penal.

Beling, señala que "el contenido de cada delito-tipo debe considerarse

²¹⁸ El profesor Sebastian Soler traduce el Art. 59 del Código Penal Aleman: "Wen jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung das Vorhandensein von Tatumständen nicht kannte, welche zum *gesetzlichen Tatbestande* gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, son sind ihm diese Umstände nicht zuzurechnen". "Bei der Bestrafung fahrlässig begangener Handlungen gilt diese Bestimmung nur insoweit, als die Unkenntnis selbst nicht durch Fahrlässigkeit verschuldet ist". Traducción: "Cuando alguien, al cometer una acción punible no conocía la existencia de circunstancias de hecho que pertenecen al *Tatbestand* legal o que agravan la penalidad, no se le computarán esas circunstancias. Esta disposición rige para la punición de los delitos culposos sólo en cuanto el desconocimiento mismo no es imputable a culpa".

aisladamente para cada figura autónoma de delito. El delito-tipo significa sólo la función de los distintos contenidos como "esquema" para la figura delictiva correspondiente. La "parte especial" del Derecho penal es la que regula la construcción de esos contenidos. Las insuficiencias de la letra de la ley en las disposiciones especiales deben salvarse por medio de la interpretación, porque todo delito-tipo traza fundamentalmente el cuadro abstracto de un acontecimiento vital de determinada clase, y cuenta con que el examen de los hechos humanos establezca si éstos corresponden a ese cuadro".²¹⁹

Beling abrió la brecha de la consideración constitucional, al proporcionar el contenido sustancial del principio de legalidad de los delitos y de las penas, la consolidación de uno de los principios rectores más importantes del Derecho penal, el fundamento esencial para referirse a esta disciplina en su vertiente práctica, el principio de tipicidad, incorporando al esquema clásico del delito, la tipicidad como un elemento genérico del delito, que Franz von Liszt ²²⁰, lo ignoraba cuando definía al delito como "El acto culpable contrario al derecho" destacando que el delito era un acto humano voluntario y trascendente para cambiar el mundo exterior, pero además contrario al derecho, contraviniendo formalmente un mandato o una prohibición del orden jurídico que implicaba materialmente la lesión o peligro de un bien jurídico, y culpable por ser doloso o culposo en el individuo responsable. El Profesor de Derecho penal de la Universidad de Berlín, en la primera edición de su Tratado en 1882 concibió el delito como la conducta antijurídica y culpable sancionada con una pena.

Con la trascendental transformación que promovió la tipicidad en la definición del delito, una conducta activa u omisiva tiene que ser típica, es decir descrita en la ley para ser merecedora de una pena, estableciendo los límites positivos de la exigencia legal para luego considerarla como antijurídica y culpable, por lo que si una conducta no es típica, no podría ser merecedora de una pena, por

²¹⁹ VON BELING, Ernest. Ob. Cit. Pág. 78

²²⁰ VON LISZT, Franz. TRATADO DE DERECHO PENAL. Traducido de la 18 Edición alemana y adicionado con la Historia del Derecho penal en España por Quintiliano Saldaña, Profesor de. Estudios superiores de Derecho penal y de Antropología criminal en la Universidad de Madrid, Tomo II, Madrid, Hijos de Reus Editores, Cañizares, 3 duplicado. 1914. Pág. 262.

más antijurídica y culpable que sea, destacándose así la extraordinaria función que cumple el tipo al tener subyacente una referencia legislativa como condición necesaria para establecerla en la ley, sin cuya referencia, no habría posibilidad de encaminar el encuadramiento típico o la subsunción típica de una conducta.

Por ese sentido preventivo que cumple el tipo, es indudable que la conducta merecedora de una pena no puede basarse en la analogía, y menos la responsabilidad penal a determinarse por los jueces en base a casos similares o idénticos pero no previstos en la ley penal, tampoco puede basarse en la descripción de conductas absolutamente indeterminadas, cuya imprecisión no solo ataca los elementos técnicos de la construcción del tipo penal, sino que sobre todo desnaturalizan y se pierden en la generalidad sin vínculo con el objeto de protección del tipo penal, las leyes penales indeterminadas absolutamente, por tanto son inconstitucionales.

Sin embargo, si la descripción de la conducta tiene al menos un derrotero de interpretación claro y común para concordar en la apreciación de la conducta prohibida, aunque sea en principio indeterminada o imprecisa, tiene al menos un elemento de admisibilidad, al establecer genéricamente una prohibición general de comportamiento humano, dada la dificultad para precisar exactamente la conducta prohibida.

Esto es lo que sucede con las normas penales en blanco, en cuya estructura la norma de prohibición es genérica y no detalla específicamente la conducta prohibida, reenviando a otra norma jurídica para la averiguación de la conducta merecedora de la pena, en este reenvío a otro lugar de la misma ley o del ordenamiento jurídico, el juzgador averigua y completa la norma penal, así se da un proceso de vinculación del juez a la ley, cuya sujeción acrítica le permite resolver el conflicto normativo cuando no puede establecer el injusto penal a partir de la prohibición, permitiéndosele que el reenvío si le otorgue los elementos del injusto para la tipicidad de la conducta.

En cuanto a la norma penal abierta, también se permite la comprensión de la

conducta prohibida pero en el sentido de la interpretación a la que está obligado el juzgador, un sentido finalista para hacer efectiva la prevención general y la protección efectiva del bien jurídico, por tanto la norma penal abierta también requiere un mínimo de comprensión en la prohibición genérica aunque aparentemente o inicialmente aparezca como indeterminada, pero si la prohibición genérica vincula al juez a una interpretación en el sentido de protección del bien jurídico, es admisible.

4. LAS GARANTÍAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA “RELATIVIDAD” DE LA “LEX CERTA”.

De la noción conceptual básica del principio de legalidad, se han generado específicas garantías en relación con el ejercicio del poder punitivo como potestad exteriorizada en cada uno de los órganos de poder y ha generado al mismo tiempo, los célebres aforismos jurídicos: “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, está claro que existe la necesidad de garantizar la correcta ejecución de la pena.

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 Constitucional de Derecho, por tanto también permiten su legitimación constitucional. El Órgano 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.

La garantía criminal y la garantía penal constitucionalmente exige una ley anterior al hecho punible, así lo consagran la mayoría de las Constituciones ²²¹ y también el Código Penal boliviano²²² entonces, no sólo la conducta delictiva y la pena deben encontrarse previstas en la ley, sino también, deben ser predeterminadas, es decir, previstas en una ley anterior al hecho criminoso.

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 eficacia en el proceso 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.

Está claro que el principio de legalidad de los delitos y de las penas, tiene una

²²¹ Constitución Política del Estado. Art. 116 p. II. “Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible”

²²² Art. 4 del Código Penal señala: “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”

significación política, 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”²²³, 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 de la voluntad general, ni el poder judicial puede aplicar más derecho que el que emana de esa voluntad general”²²⁴.

En su significación técnica, se puede acudir al primer tratadista que sistematizó técnicamente el principio, el alemán Ansel Von Feuerbach 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,²²⁵ 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.

²²³ JESCHECK, Hans Heinrich Ob. Cit. Pág. 177

²²⁴ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Ob. Cit. Pág. 104

²²⁵ *Ibíd.* Pág. 106

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 Roxin, 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 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,²²⁶asimismo, afirma “que toda realización de estos principios es transitoria y perfectible, y toda enunciación de los mismos es provisional”.²²⁷

La doctrina ha señalado que el fundamento de la legalidad penal es el principio de seguridad jurídica o lo que es lo mismo, la exigencia de certeza. Inicialmente la necesidad de seguridad jurídica se apoya en la exigencia de un texto legal escrito, que con precisión describa el tipo, o el supuesto de hecho legal contenido en la norma penal y la misma pena, reivindicando la prohibición de la analogía, entonces los ciudadanos podrán conocer la conducta prohibida así como todas las consecuencias que asumirían de incurrir en la conducta prohibida, por tanto, un efecto directo de la seguridad jurídica haría previsible la reacción punitiva del Estado, previsibilidad que sería de todas formas el mecanismo para garantizar la seguridad jurídica.²²⁸ De ese modo, el ciudadano puede disfrutar de su libertad, siempre y cuando conozca los límites que la ley

²²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Ob. Cit. Pág. 104.

²²⁷ *Ibíd.* Pág. 111.

²²⁸ MADRID CONESA, Fulgencio. “La legalidad del delito” Universidad de Valencia. Valencia. 1983. Pág. 10.

penal le impone en el desarrollo de su libertad, porque de lo contrario, si “las leyes no reúnen suficiente grado de claridad y determinación, la inseguridad jurídica reinará en la sociedad y la libertad será inexistente”.²²⁹

Entonces, no solamente estamos frente a un individuo plenamente informado y consciente de sus actos en relación a la ley, como se manejaba en el pensamiento ilustrado, sino que desde este “concepto subjetivo de previsibilidad se transitó a un concepto mucho más objetivo, como es aquel de la cognoscibilidad”²³⁰, es decir, no se puede presuponer que el sujeto conoce la norma, pero al menos ella misma debe ser cognoscible.

Los alcances de la previsibilidad de la actividad represiva del Estado pueden permitir explicar la exigencia de un texto jurídico escrito en el que con certeza y precisión determinada conste qué es delito y cuál es la pena y su medida.²³¹

Pero, “los ciudadanos ¿leen la ley penal? Y aunque lo hicieran tampoco podrían llegar a entenderla, siendo la publicación una mera ficción de que se está dando a conocer la ley a los ciudadanos, ficción que se basa a su vez en la ficción de que todo ciudadano debe conocer la ley”²³²

También se dice que “ni siquiera un experto puede predecir con certeza cuál será la interpretación de la ley y por consiguiente la reacción estatal, por lo que menos podrá hacerlo un lego, todo lo cual dificulta, cuando no imposibilita conocer el contenido exacto de muchas disposiciones legales”²³³

Doctrinalmente, si bien la “lex stricta” o prohibición de analogía orienta al juez, en tanto esté relacionada con la aplicación de la ley penal, la “lex certa”, es una exigencia dirigida al legislador en cuanto a “cómo” deber ser hecha la ley penal,²³⁴ por eso es que el requisito de la “lex certa” denominado también principio de taxatividad o mandato de certeza,²³⁵ exige al legislador que la descripción de las conductas punibles se haga de forma clara y concreta, “sin

²²⁹ *Ibíd.* Pág. 9

²³⁰ *Ibíd.* Págs. 10-11

²³¹ CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *Ob. Cit.* Pág. 202.

²³² MADRID CONESA, Fulgencio. *Ob. Cit.* Pág. 15.

²³³ *Ídem*

²³⁴ PRIETO SANCHIS, Luis. “Garantismo y Derecho penal” *O. Cit.* Pág. 103.

²³⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Ob. Cit.* Pág. 103

acudir a términos excesivamente vagos que dejen de hecho en la indefinición el ámbito de lo punible”,²³⁶ ni al empleo de cláusulas generales absolutamente indeterminadas,²³⁷ ya que si así procede, privaría de contenido material al principio de legalidad, disminuyendo, cuando no eliminando, seguridad jurídica.²³⁸ Por eso, en la descripción de los tipos penales el legislador ha de ser lo suficientemente concreto, no solo para que “queden satisfechas las exigencias de seguridad jurídica”,²³⁹ sino además para garantizar una aplicación igualitaria de la ley penal como señala el Prof. Díez-Picazo, al afirmar que “si la ley penal es suficientemente clara, precisa y determinada, dejará un estrecho margen de libertad de apreciación al juez, y ello no sólo satisfará el requisito democrático de que la voz principal en la definición de los delitos y las penas corresponda al legislador –y no al juez- sino que, además, redundará a favor de una aplicación igualitaria de la ley penal, cuyo significado y alcance dependerá poco de las inclinaciones subjetivas de cada órgano judicial”.²⁴⁰ Este mandato de certeza “se concreta en la teoría del delito a través de la exigencia de tipicidad del hecho, y en la teoría de la determinación de la pena obliga a cierto legalismo que limite, por otra parte, el “arbitrio judicial”.²⁴¹

La doctrina también es consciente que precisión y certeza en la descripción de la conducta punible, no son susceptibles de plena realización,²⁴² en el mismo sentido el Prof. Díez-Picazo, sostiene que “La taxatividad absoluta resulta, sin duda, inalcanzable”, ya que “una ley penal tan precisa que convierta en puramente mecánica las operaciones judiciales de aplicación de la misma no deja, en efecto, de ser una quimera”.²⁴³ “No es posible en la práctica legislativa

²³⁶ *Idem.*

²³⁷ MIR PUIG, Santiago. *Ob. Cit.* Pág. 107.

²³⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Ob. Cit.* Pág. 103. MIR PUIG, Santiago. *Ob. Cit.* Pág. 107.

²³⁹ CEREZO MIR, José. *Ob. Cit.* Pág. 207.

²⁴⁰ DÍEZ-PICAZO GIMENEZ, Luis María. “Sistema de Derechos Fundamentales” Edit. Thomson/Civitas. Madrid. 2003. Pág. 448 En este mismo sentido PRIETO SANCHIS, Luis. “Garantismo y Derecho penal”. *Ob. Cit.* Pág. 105.

²⁴¹ MIR PUIG, Santiago. *Ob. Cit.* Pág. 107.

²⁴² CEREZO MIR, José. *Ob. Cit.* Pág. 206

²⁴³ DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Ob. Cit.* Pág. 449.

recoger absolutamente todos los matices con que se expresa la realidad”²⁴⁴ teniendo en cuenta además, que se está legislando para sucesos que eventualmente acaecerán en el futuro, sin embargo, si se ha caído en la utilización de enumeraciones casuísticas, que tampoco logran agotar todas las posibilidades fácticas,²⁴⁵ haciendo los textos penales sumamente farragosos,²⁴⁶ obligando a los jueces a interpretaciones forzadas para evitar lagunas de punibilidad;²⁴⁷ es por ello que, inevitablemente, al describir la conducta punible el legislador debe utilizar términos más o menos amplios, como los elementos valorativos y normativos, que deben posteriormente ser concretados por los jueces en su función interpretativa de las normas.²⁴⁸

¿Cómo evitar que los términos y las palabras sean vagas e imprecisas y al mismo tiempo, cómo evitar un excesivo casuismo que termine siendo contraproducente, tanto que los textos penales se vuelvan incomprensibles para el ciudadano como por la posibilidad de dejar fuera conductas que se desea sanciona penalmente? La respuesta parece encontrarse en la técnica legislativa, por el que el legislador necesita encontrar un punto de equilibrio, sin embargo, ese “punto justo es, en ocasiones, tan difícil de establecer que quizá por ello la jurisprudencia constitucional es especialmente cauta al referirse al principio de taxatividad”,²⁴⁹ empero se pueden plantear distintos grados de taxatividad,²⁵⁰ de modo que “por un lado, el legislador puede acudir en ocasiones a conceptos que necesiten de la concreción jurisdiccional” a condición de que su significado genérico se desprenda de la propia ley o sea deducible de su finalidad, y no dependa exclusivamente de la valoración personal del juez, ya que estos conceptos, pese a ser amplios, “tienen límites

²⁴⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. Cit. Pág. 103

²⁴⁵ Ibid. Pág. 104.

²⁴⁶ CEREZO MIR, José. Ob. Cit. Págs. 206-207

²⁴⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. Cit. Pág. 104

²⁴⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. Cit. Pág. 103-104. CEREZO MIR, José. Ob. Cit. Págs. 206-207.

²⁴⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. Cit. Pág. 104

²⁵⁰ Ibid. Pág. 104

cognoscibles”.²⁵¹

5. LAS FUNCIONES DEL TIPO PENAL.

Alfonso Reyes Echandía, señala 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.²⁵² De ahí que pretendiendo analizar cuál es el funcionamiento de la norma penal y sobre todo saber qué mecanismos utiliza para lograr lo que se pretende con su creación y vigencia en un Estado constitucional de Derecho donde la garantía de la seguridad jurídica es el derrotero fundamental, el profesor Juan Carlos Carbonell nos señala que el funcionamiento de la norma penal que puede sintetizarse de la siguiente manera:²⁵³ “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 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

²⁵¹ Ibid. Pág- 104-105.

²⁵² REYES ECHANDÍA, Alfonso. “TIPICIDAD”. Edit. Temis S.A. Bogotá 1999. Pág. 13

²⁵³ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Ob. Cit. Pág. 47

superiores del ordenamiento, la vida, la libertad, la dignidad, la igualdad, la justicia, y el conjunto de derechos fundamentales de la persona, concluye el profesor español señalando 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 ejemplo 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 profesor español, también afirma que la norma penal cumple una función motivadora general, 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 incriminado 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 jurídica²⁵⁴ 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 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.²⁵⁵ 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 Código de Procedimiento Penal boliviano. 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

²⁵⁴ MAURACH, Reinhart. DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. Ob. Cit. Pág. 348

²⁵⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARÁN, Mercedes. Ob. Cit. Pág. 232

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.²⁵⁶

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 mezgeriano 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 afirma 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

²⁵⁶ Es pertinente observar que en el Código de Procedimiento Penal boliviano, 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 párrafo II del Art. 116 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 acreditando los elementos constitutivos del tipo en la conducta imputada, de haberse mantenido dicha disposición, se hubiera explicitado mejor esta garantía procesal.

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 suficientes para entender la importancia del tipo, porque se requiere cierta certidumbre para conocer la decisión del legislador en la valoración de los bienes jurídicos, a cuya consecuencia determina la selección de las conductas más intolerables para esos bienes jurídicos y la justificación para hacerlos objeto de tutela penal, motivándonos a no realizar dichas conductas y cumpliendo así la función de garantía penal y procesal penal y la función indiciaria de antijuricidad de la conducta. Estas son funciones que también son inherentes a los llamados tipos penales abiertos, sin duda alguna, aunque se alegue mayor imprecisión, pero la indeterminación también existe en los delitos de comisión por omisión en los delitos de peligro, y se sigue realizando la tipicidad, por eso es que Gustav Radbruch ha señalado que la tipicidad es uno de los elementos de la idea del derecho, junto con la justicia y la adecuación a un fin,²⁵⁷ 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, para no dejar sin resolución de justicia casos en los que el tipo penal se presenta con imprecisión cuando se desarrollan las conductas prohibidas, simplemente porque se antepone el valor justicia adecuado hacia un fin, la resolución de un conflicto jurídico penal.

6. LAS CIRCUNSTANCIAS OBJETIVAS Y PERSONALES EN LOS TIPOS PENALES.

El profesor Muñoz Conde, nos dice que algunas veces es imposible comprender en un solo tipo las diversas formas de aparición de un mismo

²⁵⁷ RADBRUCH, Gustav. "INTRODUCCIÓN A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO". 1ra Edición, Brevarios del Fondo de Cultura Económica. México 1951. Pág. 40.

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.²⁵⁸ 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 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

²⁵⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes. Ob. Cit. Pág. 237

matrimonial.

Para estar frente a un tipo autónomo, (o especial como lo denomina Alfonso Reyes Echandía) Juan Bustos Ramírez²⁵⁹ 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 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.

²⁵⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "MANUAL DE DERECHO PENAL", Parte especial, Edit. Ariel S.A. Barcelona 1991. Pág. 8

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 propia, 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 que necesariamente deben ser sometidos a procesos interpretativos para graduar la antijuridicidad determinando la mayor gravedad a la conducta. Entonces el Juez interpreta de acuerdo a los casos y hechos para ejercer su función jurisdiccional penal

El tipo penal también requiere un proceso de interpretación, cuando el legislador al elaborar el tipo penal, describe 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, emergiendo los tipos elementos y los tipos compuestos.²⁶⁰ Está 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 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

²⁶⁰ REYES ECHANDÍA, Alfonso. Ob. Cit. Pág. 121

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”.

Mayor complejidad para la interpretación tienen los tipos completos e incompletos, cuando estos, siguiendo al profesor Reyes Echandía, pueden contener o no en forma plena la descripción de la conducta y la conminación penal. 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 suprimiere, 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.

Los profesores Cobo del Rosal y Vives Antón²⁶¹ 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.

7. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL TIPO PENAL ABIERTO.

En estos elementos podrían radicar los problemas de las normas penales abiertas, cuando el tipo penal en su función de describir legalmente la conducta prohibida que se quiere evitar tutelando el bien jurídico que se quiere proteger, acude al mundo exterior corporal, a la vida anímica del agente o a la violación que juzga.

En efecto, los elementos materiales, objetivos o descriptivos, considerados también como 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. Corresponde a esta especie la acción externa, el resultado material, el nexo 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

²⁶¹ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomas. DERECHO PENAL. Parte general. Ob. Cit. Pág. 335.

sentidos y verificar experimentalmente. El profesor Renén Quirós Pérez, 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.²⁶² 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 identificar el elemento objetivo del tipo penal contenido en el Art. 251 del Código Penal. En los tipos compuestos existen varios verbos.

Desde un punto de vista gramatical, los tipos penales abiertos, poseen también verbos rectores transitivos o intransitivos, simples y compuestos, transitivos cuando el verbo traduce 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 subjuntivo presente con el infinitivo, por ejemplo: el que trate de impedir, el que haga conocer, el que haga circular, otras veces la frase

²⁶² QUIRÓS PÉREZ, Renén. "MANUAL DE DERECHO PENAL I, Editorial Félix Varela. La Habana 1999. Pág. 163.

verbal se forma de la combinación de un futuro hipotético con un infinitivo, por ejemplo quien ayudare a eludir.²⁶³

Como se advierte, los verbos rectores del tipo, o el núcleo rector del tipo se someten a una interpretación gramatical, que debe realizarse basándose en la significación y sentido teleológico del tipo, es decir, en la determinación del objeto de tutela penal, y efectivamente este trabajo interpretativo también se realiza en las normas penales abiertas con los términos o vocablos indeterminados o imprecisos, aun cuando se extienda la interpretación de los verbos o frases verbales.

Asimismo, no se puede dejar de señalar que los tipos penales poseen elementos subjetivos distintos al dolo o la culpa, o distintos a la culpabilidad en general, son 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 que hay que interpretar y descubrir en el caso penal para la tipicidad, actitudes que aunque son dependientes del fuero interno del agente, son tomados en cuenta para descubrir el tipo penal de la conducta.

Ciertamente 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 señala²⁶⁴ 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 va más allá del puro resultado o producción de la objetividad típica, que trasciende al querer del tipo objetivo. Ej. En el cohecho activo previsto en el Art 158 CP cuando se ofrece, da o promete dinero, dádivas o cualquier otra ventaja a un servidor público para que haga o deje de hacer, retarde o agilice la

²⁶³ REYES ECHANDÍA, Alfonso. Ob. Cit. Pág. 51

²⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. MANUAL DE DERECHO PENAL, Ob. Cit. Pág. 423

realización de un acto relativo a sus funciones; o también los fines lascivos en el rapto previsto en el Art. 313 CP. 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 CP) se cometiere aprovechando las facilidades de cualquier desastre. Bigamia Art. 240 CP sabiendo que el anterior matrimonio no se encontraba disuelto. Estas tendencias internas descriptivamente fijadas, agravan el injusto penal, pero deben ser comprobados por el Fiscal y por el Juez o Tribunal de sentencia para que puedan realizar adecuadamente la tipicidad al igual que los elementos objetivos.

Sin embargo, 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,²⁶⁵ aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social, es decir, son elementos normativos jurídicos o elementos normativos sociales o elementos normativos científicos, que complementan el tipo para comprender el injusto penal y realizar la tipicidad, 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 es por ejemplo, el término genotipo del Art. 277 bis CP (Alteración genética), merece una valoración científica médica en la especialidad de Genética para entender ese concepto. Otro

²⁶⁵ MIR PUIG, Santiago. Ob. Cit. Pág. 211

elemento normativo como el de actos obscenos en el Art. 323 CP genera una valoración social cultural, es decir, que es lo que la sociedad entiende por acto obsceno.

Pueden existir elementos normativos equívocos, es decir, se observa una remisión a pautas éticas o normativas extrajurídicas que disminuyen considerablemente el grado de certeza típica, o elementos normativos unívocos que contribuyen a la 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 términos 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., ello permitirá descubrir la conducta prohibida o la conducta que se ordena, aunque es imposible desterrar los elementos normativos e incluso los puramente descriptivos, como el de domicilio en el delito de allanamiento de domicilio, que requieren de una valoración para ser aplicados en la práctica.

Por tanto, se puede afirmar que los elementos normativos al afectar sensiblemente el principio de legalidad penal, también han sido incorporados legislativamente, cuya determinación queda confiada a la valoración que realice el juzgador, pero no podría existir posibilidad alguna cuando los tipos penales emplean conceptos absolutamente multívocos e indeterminados sobre los que no existe uniformidad absoluta u homogénea en su significación, como los

términos de moral, buenas costumbres, orden público, porque no existen coincidencias en su significación o la pretensión de univocidad de los términos o palabras generalmente aceptados en la sociedad, con lo que aproximáramos su constitucionalidad. Los términos o las palabras multívocas generan un caos interpretativo lesivo a la seguridad jurídica que entraña el principio de legalidad penal y discrecionalidad para precisar claramente la prohibición o el mandato.

8. LOS BIENES JURÍDICOS COMO OBJETO JURÍDICO A VECES IMPRECISO EN LA NORMA PENAL.

No es extraño que precisamente en el Derecho penal, el bien jurídico haya sido objeto de varias interpretaciones, no solo para su incorporación dentro del tipo penal, sino también para identificarlo y precisarlo a los fines de la tipicidad. Esto permite que el Derecho penal sea de última ratio, cuando se pretende proteger de manera eficaz un interés vital constitucional de carácter individual o social de la colectividad, mediante la conminatoria de la sanción; sin embargo, la incorporación del bien jurídico en el tipo penal y su precisión, se realiza también bajo un proceso de interpretación jurídica, que muchas veces no tiene concreción, es decir, no permite conocer de manera precisa o no permite identificar de manera precisa, el bien jurídico objeto de tutela penal, lo que desde ya contribuye a su indeterminación en el tipo penal, perjudicando la acreditación de la ofensividad o lesividad que se requiere para determinar la ilicitud de la conducta. Ciertamente, aquí tenemos un tipo penal indeterminado a partir de la imprecisión que existe en el objeto de tutela penal.

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,²⁶⁶ 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

²⁶⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Ob. Cit. Pág. 3

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.

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:²⁶⁷Uno 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 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 penal. Estos son los intereses vitales que señalaba el notable autor Hans Welzel,²⁶⁸cuando 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 injerencia 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

²⁶⁷ Ibid. Pág. 5

²⁶⁸ WELZEL, Hans. Ob. Cit. Pág. 5

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 cambios sociales. Por tanto el Derecho Penal tutela los valores proclamados en la constitución y los que de ella emana.²⁶⁹ 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.²⁷⁰

²⁶⁹ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Ob. Cit. Pág. 34-35

²⁷⁰ ROXIN, Claus. Ob. Cit. Pág. 55

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, 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, incluidas las normas penales abiertas, como se tratará más adelante. En algunos casos, los bienes jurídicos son indeterminados, porque concurren varios intereses o derechos a ser tutelados en el tipo penal, como es el caso de los delitos contra la seguridad del Estado, en los que se identifican también, la soberanía, la independencia o el respeto a la personalidad jurídica del Estado o a sus normales relaciones diplomáticas con otros países.

Vinculado al objeto jurídico se encuentra el objeto material del delito, señalándose que es la persona, el animal o cosa en que se concreta el derecho subjetivo o bien jurídico lesionado 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 algunos concretar el bien jurídico y en otros casos no de manera clara o evidente, como es el caso del delito de uso indebido de influencias previsto en el Art. 146 CP, el que a pesar de ser un delito de resultado (con las ventajas patrimoniales y económicas obtenidas), no se puede identificar el objeto material en el que se concreta el bien jurídico confianza o fe en la integridad ética y moral del servidor público, o el correcto funcionamiento de la administración pública.

De acuerdo a Cobo del Rosal y Vives Antón, ciertos valores también 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, precisamente porque no se tiene un resultado material externo, el delito solo está 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. Por otro lado el profesor Renén Quiroz²⁷¹ refiere el 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 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.

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.

Como se ha analizado, los tipos penales provocan una verdadera interpretación por parte del operador de justicia, cuando se trata de encontrar la significación del objeto material o del objeto jurídico, que en algunos casos pueden ser

²⁷¹ QUIRÓS PÍREZ, Renén. Ob. Cit. Pág. 249

indeterminados o no muy claramente especificados, tornando al tipo penal en un tipo abierto con relación a esos elementos.

9. LA INDETERMINACIÓN EN LOS DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN.

Sabemos que la acción, en sus formas conocidas, como acción en estricto sentido y como omisión, no precisa el concepto de acción porque al referirnos a la omisión parece que su 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 y así se incorpora la conducta activa y la conducta omisiva.

Es conocido también que del juicio de valor involucrado en la norma, se puede desprender un deber de abstenerse de actuar o por el contrario un deber de actuar, y de ello, se deducen generalmente prohibiciones y excepcionalmente mandatos, por ello se afirma que los tipos delictivos se dividen en dos grandes grupos, un primer grupo de tipos penales, 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 del Código Penal boliviano, en el que 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, o el tipo penal de hurto previsto en el Art. 326 del Código Penal boliviano, en el que como consecuencia de proteger la propiedad o el patrimonio, se prohíbe, conminándose con una pena, la conducta activa de apoderarse de cosas muebles ajenas. Por tanto, resulta claro que estos tipos penales se caracterizan en su realización por un simple no hacer.

Un segundo grupo de tipos penales, cuya realización exige al contrario de la acción positiva, una inactividad, que en sentido jurídico penal, serían aquellos de los que se deriven mandatos, por ejemplo el Art. 262 del Código penal boliviano, la omisión de socorro, es un tipo penal 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, violándose en sentido jurídico

penal con ese simple no hacer u omitir, una norma de mandato, un deber jurídico de auxilio; o en el delito de omisión de denuncia del Art. 178 del Código Penal boliviano, que establece la obligación del juez o funcionario público de promover una denuncia o persecución de delitos y delincuentes, que conozcan en el ejercicio de sus funciones, conminándoles con una pena si no cumplen con esa obligación, violándose en sentido jurídico penal con ese simple no hacer u omitir, una norma de mandato, un deber jurídico de hacer, el 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, aunque sabemos que esa preponderancia 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,²⁷² 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 quiere la muerte de su hijo recién nacido y no lo amamanta o alimenta 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.

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 ha confiada especialmente, por ejemplo la omisión de denuncia,

²⁷² PAVON VASCONCELOS, Francisco. “LA CAUSALIDAD EN EL DELITO”. Edit. Porrúa S.A. México 1993. Pág. 61

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, está 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.

La posición de garante es 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.

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.

Es evidente que como no se encuentren escritos los tipos omisivos impropios, existe un problema de vulneración al principio de legalidad, al principio de determinación y consecuentemente un problema de admisibilidad constitucional, sin embargo, en el caso boliviano, el legislador lo ha previsto en el ordenamiento jurídico como regla general y el juzgador realiza un proceso de interpretación cuando se encuentran casos penales en los que se produce un resultado a consecuencia de una omisión.

10. LA INDETERMINACIÓN EN LOS DELITOS DE PELIGRO.

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.

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 tiene una importancia en la tipicidad, sin embargo las dificultades que existen para determinar el resultado material o la inexistencia del mismo, se somete a procesos de interpretación cuando algunos tipos penales no se presentan con la claridad suficiente para determinar la existencia de un resultado material, lo que supone también una infracción al principio de taxatividad de la legalidad penal.

El surgimiento de los delitos de peligro, presenta mayores problemas de determinación y consiguiente interpretación por parte de los operadores jurídicos. En los delitos materiales y delitos formales, debe existir una lesión al bien jurídico, y por ello reciben también la calificación de delitos de lesión o de daño o de lesión, porque son aquellos delitos que consumados causan daño directo y efectivo a los intereses o valores jurídicamente protegidos.

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. Entonces, en los delitos de peligro, a diferencia de estos delitos de lesión, no se presenta la lesión al bien jurídico, sino solo su puesta en peligro, suficiente para considerarlo como un delito consumado, más aún, en esos delitos de peligro, se pueden admitir dos posibilidades de peligro, el peligro abstracto y el 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 con el incendio se ha creado un peligro común para bienes y personas.

Nuevamente, la doctrina penal y el legislador acuden a esta formular técnicas de construcción, sin especificar o precisar claramente en qué consiste el peligro al que se coloca un bien jurídico, o peor aún, dejando al criterio del juzgador, en definitiva, que es lo que debe entender como peligrosa una conducta. Es evidente que aquí también estamos en presencia de una norma penal abierta, porque el peligro abstracto se determina sobre bases interpretativas no muy claras vinculadas a los elementos objetivos del tipo, del que precisamente se quiere determinar la existencia del peligro “jure et de jure”.

CAPITULO V

LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL TIPO PENAL Y EL LENGUAJE

1. LA FALACIA DE LA INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA Y EL DESTIERRO DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL.

La vinculación del juez con la ley penal, mediante la interpretación judicial, tiene algunas características que precisan una retrospección histórica hacia el ideario del pensamiento ilustrado, sin cuya referencia no se podría justificar una labor de interpretación judicial.

Tradicionalmente se ha señalado que la interpretación auténtica es la interpretación que realiza el propio legislador (auténtica) bien por otro precepto contenido en el mismo cuerpo legal (contextual), o bien por otra ley posterior a la que se trata de interpretar (posterior). Existirá una interpretación auténtica contextual cuando se realiza en el propio texto o está contenida en el mismo cuerpo legal, por ejemplo el concepto de funcionario público contenido en el Art. 165 del Código penal²⁷³, y una interpretación auténtica posterior cuando se realiza con otra ley sancionada posteriormente.

Una ley posterior representa una genuina interpretación auténtica si se vincula a la misma norma jurídica penal, puede ser favorable generando un efecto retroactivo, por lo que la nueva ley interpretativa, adquiere vigencia desde el momento en que lo estaba la ley principal que se quiere interpretar y surte efecto en forma favorable en los procesos y casos juzgados conforme al principio de favorabilidad²⁷⁴, pero la nueva ley no tendrá efectos si la interpretación legislativa es más gravosa.

Esta forma de interpretación auténtica, realizada por el legislador, no tiene que rebasar el tenor literal de las leyes penales, ni el sentido del lenguaje de la

²⁷³ El Art. 165 Código Penal boliviano aclara el significado de los términos “funcionario público”, “empleado público” y “autoridad”

²⁷⁴ Art. 123 Constitución Política del Estado. “La ley solo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en material laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución”.

norma jurídica penal, porque si la interpretación se refiere a lo que el legislador ha querido decir, más allá del sentido y del lenguaje de la norma jurídica penal, estaría lesionando el principio de legalidad de los delitos y de las penas, entonces sería mejor que el legislador en vez de interpretar, más bien elija por crear una nueva norma jurídica.

El origen de la interpretación auténtica, como un método tradicional de interpretación de la ley, tiene antecedentes remotos que giran en torno a la voluntad del poder constituyente en la confección de los poderes del Estado. En Bolivia, la interpretación auténtica, ha sido establecida en el Art. 158 constitucional²⁷⁵ gira en torno a la expresión del principio democrático que se plasma en la Constitución material. Esta atribución ha sido establecida desde la Constitución de 1839 hasta la Constitución de 2009, cuyos antecedentes se encuentran en la Constitución Francesa de 1791.

La correlación lógica entre quien dicta la ley y quien la interpreta, se basaría precisamente en la potestad otorgada al Órgano Legislativo, que legalmente y de manera formal es responsable de la gestación y sanción de una ley, esto parece comprensible porque solo quien ha participado en la construcción de la norma jurídica puede comprender sus elementos, contenidos, alcances, propósitos y formas, es decir su sentido.

La importancia del siglo XVIII como el fin de la época absolutista del poder, tiene su significación histórica cuando se inaugura otra época con la Revolución Francesa de 1789 dando nacimiento al Estado moderno y al Derecho penal como disciplina jurídica sobre la base de la voluntad política de los hombres que legitiman la ley penal con los niveles de racionalidad ausentes en la época absolutista, pero también permitieron que el Juez penal ejercite su sacerdocio al legalismo al atender su función jurisdiccional penal con la tipicidad.

²⁷⁵ Art. 158 p. I, numeral 3 de la Constitución Política del Estado. “Son atribuciones de la Asamblea Legislativa Plurinacional, además de las que determina esta Constitución y la Ley:...3. Dictar leyes, interpretarlas, derogarlas, abrogarlas y modificarlas”.

Ha sido en el Congreso Constituyente de 1839 donde se incorporó esta atribución del Poder Legislativo en la atribución 25 del Art. 48 de la Constitución de 1839 que señalaba lo siguiente: “ Son atribuciones comunes a ambas cámaras: 25 Interpretar, reformar o derogar las leyes establecidas”.

La razón para que la Asamblea Constituyente de Francia atribuyera la facultad interpretativa al mismo poder que había creado la ley, se encontraba en la finalidad de garantizar la separación de poderes y porque el Poder Legislativo era el representante de la soberanía del pueblo a quien se le dio la potestad normativa o la potestad de crear leyes en representación de la voluntad soberana, por tanto, la ley era la expresión de la voluntad general, estos fueron los mecanismos de regulación aceptados por el propio soberano que veía en las leyes los instrumentos limitadores de la libertad individual para garantizar la libertad de todos, en los términos de Rousseau. Esta idea de prevalencia y hegemonía de la ley, tiene su origen en Tomas Hobbes al haber definido a la ley como un mandato dado por el Estado, que es el único legislador, “la interpretación de todas las leyes depende de la autoridad soberana, los intérpretes no pueden ser sino aquellos que designe el soberano...de otro modo la sagacidad de un intérprete puede hacer que la ley tenga un sentido contrario al del soberano; entonces el intérprete se convierte en legislador”²⁷⁶ Asimismo, Pufendorf definió a la ley como expresión de la voluntad superior concediendo al legislador la facultad para interpretar la ley.

Sin duda, esas fueron las razones por las que el Poder Judicial no podía ni tenía esa atribución de interpretar las leyes, como de manera expresa se señaló en el Art. 12 de la Constitución Francesa de 1791, cuando para interpretar una ley, el juez tenía la obligación de dirigirse al cuerpo legislativo todas las veces que crea necesario.²⁷⁷

Por tanto, había una clara diferencia de funciones entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial, el primero tenía la función de producir la ley y el segundo tenía la función de aplicación de la ley, por lo que los jueces no podía interpretarla, facultad simplemente otorgada a los legisladores como intérpretes auténticos,

²⁷⁶ HOBBS, Thomas. LEVIATHÁN: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil, parte II, Capítulo XXVI.

²⁷⁷ Constitución Francesa de 1791, Art. 12. Tampoco podrán hacer reglamentos y se dirigirán al cuerpo legislativo todas las veces que crean necesarios, ya sea para interpretar una ley o ya sea para hacer una nueva.

apareciendo, según Rousseau, el “referé legislatif”.²⁷⁸ La interpretación de la ley se reservaba al legislador y en los juicios los jueces debían seguir la letra de la ley sin tener facultad para interpretarlas, impidiéndoles incorporar criterios bajo la excusa de interpretarla, sin embargo, Rousseau en su Contrato Social ingresa aparentemente en una contradicción cuando señala “...con unas pocas leyes, claras y simples, e incluso con pocos jueces, la justicia puede ser bien administrada con solo dejar en sus manos el poder de interpretarlas y de suplirlas en casos de necesidad con instrumentos naturales de la rectitud y el buen sentido”²⁷⁹

Su pensamiento y obra en el Contrato Social se plasmó en el Art. 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, con la única finalidad de garantizar la supremacía de la ley y alejarla de la influencia de los jueces, que “per se”, en aquella época iluminista tenía un contenido corruptor. A pesar de que su discurso tiene una dosis lírica y mucho idealismo en las funciones legislativas, al destacar los atributos, condiciones, inteligencia, creatividad en los legisladores que eran una especie de iluminados en aquella época de las luces, que conocen de las necesidades individuales y sociales, ello no importa más que una descripción de lo que quisiéramos que sea el legislador, de lo que debe ser un legislador a diferencia de lo que realmente es un legislador.

Fundado en esa diferenciación de funciones, al sistema interpretativo basado en la misma fuente productora de la ley se conoció como “interpretación auténtica”, tradicionalmente aceptada y fundada en la época del iluminismo, como un reflejo de la estructura política y organización de poderes de un Estado moderno contestatario a un Estado absolutista con acumulación de poderes como el que existió antes de la Revolución Francesa. En el Estado moderno como Estado liberal y de Derecho no se puede aceptar ninguna otra forma de

²⁷⁸ El “referé legislatif o ínterin legislativo, es una institución prevista en las primeras leyes revolucionarias francesas que establece la prohibición de interpretación de las leyes para los jueces y tribunales. Un procedimiento por el cual, en caso de conflicto de interpretación de la ley entre el juez de casación y los jueces de fondo, el primero estaba obligado a referirse al legislador que zanja el conflicto, mediante una ley interpretativa.

²⁷⁹ ROUSSEAU, Jean Jacques. Ob. Cit. Libro II, Capítulo VI.

interpretación, que no sea de la fuente de producción de la ley, el intérprete auténtico, por tanto, así como los jueces estaban impedidos de ejercer una actividad normativa, así también estaban impedidos de interpretar las leyes.

El periodo de la Ilustración generó la convicción de que la interpretación era algo pernicioso, pero poco a poco en el sistema político constitucional francés la interpretación auténtica que obligaba a los jueces a remitir la ley al Órgano legislativo para su interpretación, empezó a perder fuerza cuando el Código Civil francés de 1804 en su artículo cuarto estableció que los jueces no podían dejar de fallar alegando la falta de ley, toda vez que debido al “referé legislatif” cualquier proceso interpretativo de la ley por parte del órgano legislativo generaba una dilación del proceso judicial y en muchas ocasiones el poder legislativo tomaba para sí la atribución de modificar la ley, aprovechando que cuando se le confiaba la interpretación de la ley, se atribuía también la modificación de la ley, lo que significó una contradicción porque se generaba mayor incertidumbre hasta que en Francia en 1837 se elimina la interpretación auténtica, cuando una ley anula los casos en los que podía generarse una interpretación legislativa.

Se decía entonces que una legislación que tenía contornos de redacción claros y precisos, estaba protegida de la discrecionalidad de los jueces impidiendo generar inseguridad jurídica o en el peor de los casos arbitrariedad de los jueces, frente a la seguridad y exigencia de respeto a la labor del órgano legislativo, que además representaba al pueblo, como expresión de la voluntad general, que no admitía en plena época de las luces que un juez tuviera facultades de interpretar la ley, porque la ley lo era todo, tenía un sentido de perfectibilidad y era el centro de todo, cuya vocación legicentrista impidió cualquier forma de interpretación judicial, porque no podía tener esa función, era un contrasentido en la aplicación de la ley, representaba la corrupción de la ley, según Voltaire, o un sinónimo de incertidumbre y de despotismo según

Montesquieu²⁸⁰; simplemente por eso había que prohibir la labor interpretativa de los jueces, estableciendo los mecanismos que aseguren la supremacía de la ley y su aplicación, en este caso de la ley penal, simplemente porque el juez estaba sometido a una aritmética judicial, un silogismo judicial que exigía la comprobación del hecho como premisa mayor y la valoración jurídica como premisa menor, resultando como conclusión la tipicidad o atipicidad, su tarea era simple, no podía realizar otra función, no tenía posibilidad alguna de desarrollar su capacidad interpretativa.

Esta fue la base de la interpretación auténtica a la que se refirió Tomas Hobbes al destacar la hegemonía de la ley y que solo quien produce la ley podía interpretarla,²⁸¹ aunque aceptaba que todas las leyes escritas y no escritas tienen necesidad de interpretación, decía que cuando son breves, fácilmente son mal interpretadas, por los diversos significados de una o mas palabras, si son largas, resultan más oscuras por las significaciones de diversas palabras, por tanto, ninguna ley escrita promulgada en pocas o muchas palabras puede ser bien comprendida sin una perfecta inteligencia de las causas finales para las cuales se hizo la ley “y el conocimiento de estas causas finales reside en el legislador”²⁸². Spinoza, veía en la interpretación auténtica un asunto meramente utilitario señalando que “El único motivo, en efecto, de que la autoridad suprema para interpretar las leyes y el juicio definitivo sobre los asuntos públicos residan en un magistrado, consiste en que son de derecho público”²⁸³. Rousseau decía que la ley era la expresión de una “voluntad general” señalando que “Toda función que se refiera a un objeto individual no pertenece en modo alguno al poder legislativo”²⁸⁴, distinguiendo entre legislación como “acto de magistratura” que no es mas que la voluntad particular y lo que produce es un decreto,

²⁸⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, barón de. DEL ESPÍRITU DE LAS LEYES. Ob. Cit. libro VII, capítulo III

²⁸¹ HOBBS, Tomas. LEVIATHÁN: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil, parte II, capítulo XXVI.

²⁸² Ídem.

²⁸³ SPINOZA, Baruch. TRATADO TEOLÓGICO POLÍTICO. Publicado en los primeros meses de 1670, de forma anónima y con falso pie de imprenta. Editorial Laetoli. Traducción, realizada directamente del latín por José Luis Gil Aristu. París, 1999. Pág. 218.

²⁸⁴ ROUSSEAU, Jean Jacques. DEL CONTRATO SOCIAL, libro II, capítulo VI.

dirigiendo su atención a las funciones legislativas y ejecutivas, la judicial es inexistente. Finalmente, Rousseau concluye que “Quien hace la ley sabe mejor que nadie cómo debe ser ejecutada e interpretada”.²⁸⁵ El pensamiento de Rousseau en el Contrato Social se plasmó en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789²⁸⁶ y logró que se garantice la supremacía de la ley y que se aparte la influencia corruptora de los jueces y confiar la interpretación al propio órgano que la produce, y aunque son funciones legislativas idealistas, también alberga el deseo de confeccionar a un verdadero legislador frente a lo que en realidad es un legislador.

Esta forma de interpretación tuvo un arraigo histórico importante, era la única interpretación valedera frente a la interpretación de cualquier origen, por tanto, obligaba a concluir que los jueces no tenían la facultad de interpretar la ley, porque estaba reservada al órgano que producía la ley, esto es lo que se conoció como la interpretación auténtica, exigiendo ideológicamente que el sistema interpretativo tuviera un apego a la autenticidad como elemento de legitimidad para que la interpretación de la ley fuese válida, prohibiendo a los jueces cualquier forma de interpretación de la ley penal inmutable, inamovible, permitiéndoles únicamente aplicar la letra muerta de la ley.

La afirmación de que los jueces solo aplican la ley y de ninguna manera la interpretan, actualmente no tienen bases para su vigencia, porque toda aplicación de la ley implícitamente lleva consigo una actividad interpretativa judicial o inicialmente una interpretación jurídica de la norma jurídica.

En el siglo XXI, particularmente la interpretación jurídica de las leyes penales no puede pasar por alto la organización del sistema jurídico penal, es decir, la codificación, cuya característica fundamental se refleja en el conjunto ordenado de normas jurídicas escritas, que aunque no es obligatoria ni exigible normativamente, porque existen leyes que contemplan una estructura sistemática y ordenada, constituye una aproximación para apoyar una

²⁸⁵ *Ibíd.* Libro II, capítulo III.

²⁸⁶ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Art. 6. “La ley es expresión de la voluntad general...Debe ser la misma para todos, tanto cuando protege como cuando castiga”.

interpretación sistemática de las normas penales. En el sistema jurídico angloamericano, es posible organizar el Derecho penal a partir de lo que se conoce como el “case law”, es decir, aquellas reglas jurídicas fundamentales que no deben estar fijadas de antemano y por escrito, sino que pueden ser elaboradas paso tras paso a partir de la decisión de un caso jurídico y los casos similares subsiguientes. La pregunta es si ese derecho casuístico se encuentra en peores condiciones que la codificación para satisfacer las necesidades del mundo moderno en cuanto a seguridad y previsibilidad de las decisiones jurídicas.²⁸⁷

Las formas de organización de las normas jurídicas penales, mediante la codificación, tendrán importancia en cuanto al lenguaje del derecho, porque la ley adquiere una función de parámetro que no se puede comparar con el rol de los precedentes, en cuanto sean decisiones similares de un caso concreto, porque la ley no solamente antecede a la decisión, sino que es creada por medio de un procedimiento específico, con competencias particulares, publicada según reglas especiales, y elaborada y decidida cuidadosamente por los representantes del pueblo electos, lo que permite determinar que la interpretación jurídica como interpretación cognoscitiva del sentido de las normas jurídicas no podrá llenar las lagunas jurídicas, toda vez que su objetivo no es crear derecho o no tiene ninguna función jurídica política como la tiene el órgano legislativo, como señala Kelsen “El abogado que, en interés de su parte, solo invoca ante el tribunal una de las varias interpretaciones posibles de la norma jurídica aplicable al caso; el escritor que en su comentario caracteriza una determinada interpretación entre varias posibles, como la única correcta, no cumplen una función científico-jurídica, sino una función jurídico-política”²⁸⁸

En ese sentido Hassemer señala que “con la ley, también el lenguaje adquiere importancia. La justicia, el poder ejecutivo, asociaciones, instituciones, particulares, todos aquellos que tienen que preguntarse acerca de cuál es el

²⁸⁷ HASSEMER, Winfried. CRÍTICA AL DERECHO PENAL DE HOY. Ob. Cit. Pág. 15.

²⁸⁸ KELSEN, Hans. TEORIA PURA DEL DERECHO. Traducción de la segunda edición en alemán por Roberto J. Vernengo. Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad Universitaria. México 1982. Pág. 356.

derecho que aquí rige, son remitidos a la ley, y de este modo, a un objeto que no es solamente lenguaje, sino, al mismo tiempo, el resultado de esfuerzos específicos en pos de la corrección idiomática, y objeto de múltiples esfuerzos en cuanto a la precisión y la seguridad del significado del lenguaje”²⁸⁹ Hassemer termina señalando que, “la ley es, por un lado, el punto de cristalización de la teoría del derecho y de la teoría del método, y por el otro, de la dogmática; está flanqueada por reglas incluso acerca del manejo de las leyes, y enriquecida con paráfrasis de su contenido respectivo; está rodeada por el derecho judicial y por las aclaraciones y complementaciones practicadas científicamente por la dogmática; es, en síntesis, el centro de una empresa gigantesca relativa a la significación de los símbolos del lenguaje”²⁹⁰

2. EL RETORNO DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL CON LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA.

En el siglo XXI es inevitable reconocer el rol que tienen los jueces en la interpretación y la creación, por eso Kelsen señalaba que el intérprete auténtico ya no es el órgano productor, sino el órgano aplicador del derecho, deja sin efecto la “teoría tradicional de la interpretación”, considerando que la determinación del acto jurídico por cumplirse pueda obtenerse mediante alguna especie de derecho ya existente, por tanto la interpretación efectuada por el órgano de aplicación es una función volitiva y por tanto creadora del derecho, concluyendo que “La interpretación que efectúa el órgano de aplicación del derecho es siempre auténtica. Crea derecho” ²⁹¹

La función interpretativa, sin duda alguna es una tarea intelectual, pero también es subjetiva, sin embargo va de la mano de la capacidad cognoscitiva del intérprete, de su experiencia y de su voluntad. No existe duda de que la interpretación tiene soportes normativos para ser realizada, establecidas incluso en la Constitución Política del Estado de 2009 como facultades establecidas

²⁸⁹ HASSEMER, Winfried. Ob. Cit. Pág. 16.

²⁹⁰ Ibid.

²⁹¹ KELSEN, Hans. Ob. Cit. Pág. 354.

para el Tribunal Constitucional Plurinacional²⁹² y en otros lugares del ordenamiento jurídico, como el Art. 6 del Código Procesal Civil²⁹³ y el Art. 5 del Código Procesal del Trabajo.²⁹⁴

Sin embargo, la naturaleza de la interpretación provoca consideraciones teóricas sobre que debemos entender por una actividad interpretativa y ciertamente es una actividad intelectual y cognoscitiva, pero también una actividad volitiva.

Luis Prieto Sanchis, ha señalado que frente a esas dos posiciones, la interpretación, en algunos casos es una actividad de conocimiento para descubrir algo en la norma jurídica, pero en otros casos la interpretación es un actividad volitiva, en virtud a que en algunos casos no existe un significado preconstituido al acto interpretativo,²⁹⁵ o simplemente porque no toda atribución de un significado a un documento es interpretación, sino solamente cuando surgen dudas o contrastes acerca de cuál es el significado que debe adscribirse al mismo.²⁹⁶

La actividad interpretativa basado en el conocimiento, pretenderá indagar sobre el significado de la norma jurídica y el intérprete lo que hace es descubrir ese significado en las normas jurídicas que se encuentra oculto. Fue Aristóteles quien dio a conocer la interpretación como acto de conocimiento. Aquí es donde aparece la voluntad del legislador o su voluntad legislativa, pero esta forma de interpretación y sus resultados pueden ser correctos o incorrectos, exactos o inexactos, tomando en cuenta que se pretende descubrir el significado propio

²⁹² Constitución Política del Estado, Art. 196. p. I señala: “En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto”

²⁹³ Código Procesal Civil. Art. 6 (Interpretación). Al interpretar la Ley Procesal, la autoridad judicial tendrá en cuenta que el objeto de los procesos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Ley sustantiva. En caso de vacío en las disposiciones del presente Código, se recurrirá a normas análogas, la equidad que nace de las leyes y a los principios generales del derecho, preservando las garantías constitucionales en todo momento.

²⁹⁴ Código Procesal del Trabajo Art. 5.- La administración de justicia en materia del trabajo, seguridad social y vivienda de proyección e interés social, es un servicio público que se presta gratuitamente en todo el territorio de la República y se instituye para decidir las controversias en la rama social del Derecho.

Sus titulares intervendrán en todos los conflictos que se originen entre los diversos elementos de la producción, juzgando y resolviendo los actos de aquellos en cuanto se refieren al Derecho Social establecido. Al efecto, interpretarán y aplicarán las normas legales pertinentes y ejecutarán sus propias decisiones.

²⁹⁵ PRIETO SANCHIS, Luis. Apuntes de Teoría del Derecho. Edit. Trotta. Madrid 2016. Pág. 245.

²⁹⁶ Ídem.

de la norma jurídica.

En cambio con la concepción de la interpretación mediante la voluntad, la norma jurídica tendría varios significados, por lo que hay que elegir un significado sobre cómo debe entenderse la norma jurídica, formular un significado como resultado del entendimiento de la norma jurídica, por lo que no representa acto de conocimiento, sino de utilización de criterios valorativos para decidir sobre el significado de la norma jurídica.

Sin embargo, la interpretación no puede concluir con criterios determinantes en virtud a que no existe una realidad objetiva que descubrir, es decir, no habría un significado preexistente que descubrir, porque al fin y al cabo, la interpretación puede develar preferencias subjetivas o personales que no pueden ser calificados de correctos o incorrectos, el intérprete únicamente está otorgando un significado a la norma jurídica a sabiendas de que existen otros significados.

Existe una concepción de la interpretación, denominada hermenéutica que no se basa en la voluntad del interprete ni en el conocimiento objetivo, se afirma más bien que la interpretación comienza con la subjetividad y del presente, cuyos representantes son Schleiermacher, Dilthey y Heidegger, así como Gadamer y Betti. Gadamer reconocía que los prejuicios en el intérprete tienen incidencia en el proceso interpretativo, no puede existir interpretación sin presuposición, se apoya en la regla que dice: “comprender el todo desde lo individual y lo individual desde el todo”, señalaba que “cuando intentamos entender un texto, no nos desplazamos hasta la constitución psíquica del autor, sino que, ya que hablamos de desplazarse, lo hacemos hacia la perspectiva bajo la cual el otro ha ganado su propia opinión”²⁹⁷

Ahora bien, cómo se relaciona con la función jurisdiccional estas formas de interpretación; con la teoría del conocimiento, los jueces cumplen una función mecánica, en cambio con las teorías que señalan que la interpretación es una función de la voluntad, se dice que la interpretación en la función judicial es creación porque los jueces no se limitan a aplicar el derecho, de un modo

²⁹⁷ GADAMER, Hans Georg. “Verdad y método”. Ediciones Sígueme. Salamanca 1993. Pág. 361.

lógico, sino que buscan en otras fuentes que no sean estrictamente legales, la solución a los problemas que el caso jurídico les plantea, de tal modo que si se trata de interpretar el derecho desde la teoría objetiva o del conocimiento, entonces sólo el legislador deberá interpretar la norma jurídica porque es su creador, en este caso, solo el poder legislativo podrá estar autorizado para crear derecho, de tal modo que quienes apliquen el derecho en casos concretos, no podrían ser creadores del derecho, es decir, que los tribunales y jueces tienen prohibiciones expresas para producir derecho.

Entonces para la teoría de la interpretación como acto de conocimiento, la finalidad de la interpretación siempre es conocer la voluntad del legislador y para la teoría de la interpretación como acto de voluntad, lo importante es siempre encontrar el sentido mismo de la ley, independientemente de quien ha producido la norma jurídica.²⁹⁸

Por eso en el Siglo XX, Santi Romano señalaba, “La verdadera interpretación es una actividad intelectual que ha de poderse realizar del mismo y con los mismos resultados”²⁹⁹

En el ámbito del Derecho penal, los postulados teóricos de la interpretación tendrían que acogerse inicialmente bajo la premisa básica del principio de legalidad de los delitos y de las penas, prohibiéndose una interpretación bajo la tesis cognoscitiva, porque si con la interpretación jurídica se pretende conocer la voluntad del legislador en la norma jurídica penal, estaría haciendo trizas el principio de legalidad penal, ni siquiera con una ley interpretativa a cargo del Órgano Legislativo, porque de hecho, la realidad contenida en el supuesto de hecho de la norma jurídica penal, es decir los tipos penales que se proyectan para ser delitos, básicamente no han sido concebidos ni comprendidos por el legislador, sino más bien han sido originados en el Órgano ejecutivo en un área específica de la administración central, por lo que se tendría que averiguar la voluntad específica del proyectista de la ley penal o de la norma jurídica penal y

²⁹⁸ LARENZ, Karl. Metodología de la Ciencia del Derecho. Ediciones Ariel. Barcelona 2001. Pág. 313.

²⁹⁹ Citado por Luis Prieto Sanchis en Apuntes de la Teoría del Derecho. Pág. 241.

si esto ya representa un inconveniente, el problema de una interpretación cognoscitiva será el de conocer la voluntad o la intención de los cientos de diputados y senadores que aprobaron aquella ley penal o la norma jurídica penal que se quiere interpretar, por esa razón sería mejor pedirle una interpretación subjetiva al juzgador que nos daría a conocer los significados propuestos de las normas jurídicas penales.

Específicamente, si la voluntad del legislador se encuentra en conflicto sobre la ley penal o la norma jurídica penal, el problema es mucho mayor cuando se le pretenda exigir una función interpretativa sobre algún término, palabra o concepto que hace a la norma penal abierta, porque por su propia naturaleza, el intérprete en la función cognoscitiva tendrá una interpretación subjetiva a partir del significado que le otorgue a esa palabra, término o concepto ambiguo o indeterminado en la norma penal.

Por tanto, seguir con un criterio de interpretación a partir de la voluntad de legislador, conlleva en la interpretación jurídica una interpretación de la letra muerta de la ley buscando históricamente “lo que quiso decir el legislador” con esa palabra, término o concepto, y esto supone que no existirá la posibilidad de adaptar la interpretación a los cambios o transformaciones sociales que se producen cada día que permitan una interpretación del significado de aquellos términos, palabras o conceptos que se presentan con rasgos de incertidumbre haciendo que el Derecho penal y la concepción de la norma penal abierta sea mucho menos pragmática y solucionadora de los conflictos jurídicos penales.

Dejamos de lado la búsqueda de la intención del legislador en los términos, conceptos o palabras que generan diversos significados, dejamos de lado la interpretación jurídica bajo la tesis cognoscitiva de la interpretación pretendiendo encontrar el verdadero sentido de la norma jurídica penal, porque sería un trabajo inútil y dilatorio, encontrar la voluntad del legislador.

Kelsen en su Teoría Pura del Derecho sostiene que aquella teoría de la interpretación como acto cognoscitivo es una teoría tradicional de la interpretación, es una postura de “autoengaño lleno de contradicciones” porque

la determinación del acto jurídico, no puede obtenerse mediante alguna especie de conocimiento del derecho ya existente y señala que la tarea de aplicar el derecho, en el fondo conlleva una tarea de interpretar que es similar a la tarea de crear el derecho, concluyendo que: “Si hubiera que caracterizar no solo la interpretación de la ley por parte de los tribunales u órganos administrativos, sino en forma enteramente general, la interpretación del derecho por los órgano de aplicación del derecho, habría que decir: en la aplicación del derecho por un órgano jurídico, la interpretación cognoscitiva del derecho aplicable se enlaza con un acto de voluntad en el cual el órgano de aplicación del derecho efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra con ese acto o bien se produce una norma jurídica de nivel inferior o se lleva a cabo el acto coactivo estatuido por la norma jurídica aplicable”³⁰⁰ Señala así que la actividad de los jueces en su función interpretativa es volitivo.

Engisch, considera que desde hace decenios ha ganado terreno la teoría objetiva de la interpretación, señala que “los objetivistas dicen que con el acto de la legislación la ley se libera de su creador y se transforma en un ser objetivo. El creador ha desempeñado ya su papel y retrocede detrás de la obra”, por eso considera que estamos en mejor situación de comprender la ley que el legislador histórico mismo, y señala “Nuestra tarea no puede consistir en retroceder años y decenios desde el presente y sus problemas hasta el alma de un legislador que en realidad ya no interesa...Desde aquí y ahora, nosotros, que somos aquellos a quienes la ley refiere y quienes tienen que conformar su existencia de acuerdo con ella, tenemos que recoger de la ley lo que desde nuestro punto de vista es más racional, funcional y adecuado. La tarea del jurista, consiste en interpretar de acuerdo con los tiempos, contemporáneamente. Su mirada no está dirigida hacia el pasado, sino hacia el presente y el futuro”³⁰¹

3. LA INTERPRETACIÓN SEMÁNTICA O GRAMATICAL PARA EL

³⁰⁰ KELSEN, Hans. Ob. Cit. Pág. 355.

³⁰¹ ENGISCH, Karl. Introducción al pensamiento jurídico. Ediciones Guadarrama. Madrid 1967. Pág. 117

LENGUAJE CORRECTO.

En el Derecho, los métodos de interpretación jurídica siempre tienen un sentido teleológico y práctico, aunque no puede exigirse un carácter científico, por cuanto el intérprete se desenvuelve en el contexto ideológico y político de la norma penal que pretende interpretar, contexto que a su vez tiene un componente fundamentalmente social que va a justificar la interpretación jurídica, por tanto no puede existir una interpretación verdadera o exacta cuando las propias leyes son “inexactas” o cuando las propias categorías e instituciones penales son “imprecisas” y debatibles dentro del contexto ideológico, político y social.

En consecuencia, es natural que las leyes pretendan establecer disposiciones que pretendan regular los métodos de interpretación, como ocurre con el Código Tributario boliviano³⁰² que abre la puerta a la utilización de métodos de interpretación admitidos por el Derecho y en particular, dispone la utilización del método literal para las exenciones tributarias.

Ahora bien, si para el Derecho penal, no es aceptable democráticamente la interpretación auténtica, pues lo que el legislador quiso decir, ya lo expresó en la norma penal, es posible que los métodos de interpretación aceptados en el Derecho penal puedan ser autorizados por el legislador ante la eventualidad y presencia de una norma penal abierta, en concreto, de un término ambiguo, impreciso o indeterminado, para que los operadores jurídicos del sistema de administración de justicia penal, particularmente el juez que realiza siempre una interpretación jurídica de la norma jurídica penal puede alternar con varias formas de interpretación como la interpretación gramatical o semántica, la interpretación sistemática, la interpretación teleológica, la interpretación restrictiva, la interpretación extensiva o la interpretación doctrinal, dentro de las que, inicialmente, la interpretación gramatical o literal, por excelencia o

³⁰² Código Tributario boliviano. Art. 8. (Métodos de interpretación y analogía). I Las normas tributarias se interpretarán con arreglo a todos los métodos admitidos en derecho, pudiéndose llegar a resultados extensivos o restrictivos de los términos contenidos en aquellas. En exenciones tributarias serán interpretados de acuerdo al método literal.

denominada también interpretación lógica, se constituye en la forma más simple de la interpretación.

En la teoría tradicional se han establecido varios métodos de interpretación, fundamentalmente los propuestos por Savigny, a mediados del siglo XIX en su obra “Sistema del derecho romano actual” de 1840³⁰³, propuso cuatro grandes elementos en la interpretación jurídica: los elementos gramatical, lógico, histórico y sistemático. El elemento gramatical tiene por objeto la palabra y se rige por “leyes lingüísticas” aplicadas por el legislador. El elemento lógico, por su parte, es aquel que tiende hacia la “estructuración del pensamiento”. En tanto que el elemento histórico tiene por objeto la situación de la relación jurídica regulada por reglas jurídicas en el momento de la promulgación de la ley y el elemento sistemático se refiere a una conexión interna que enlaza a todas las instituciones y reglas jurídicas dentro de una unidad.

Por el método gramatical o literal, o también denominado semántico o semiótico, se entiende el significado del texto normativo a partir del significado que habitualmente tienen las palabras en la lengua con el empleo de un lenguaje general o un lenguaje técnico que sería el lenguaje del derecho con una precisión mayor, pero que “no es capaz de alcanzar la exactitud de un tal lenguaje de signos”³⁰⁴

En algunos casos, cuando la ley señala que debe prevalecer el método literal en la interpretación, como el caso del Art. 8 del Código Tributario, ello paraliza totalmente la interpretación de quienes deben aplicar la norma jurídica, porque el intérprete sólo debe ver el significado de las palabras.

Ahora bien, en algunas leyes penales, como la Ley N° 045 Contra el racismo y toda forma de Discriminación o la Ley N° 004 de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”, sin explicar la intención del legislador, han incorporado un glosario de

³⁰³ SAVIGNY, Friedrich Carl von. Sistema del Derecho romano actual. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México 2004. Edición original: Madrid F. Góngora y Compañía. Editores Puerta del Sol N° 13 1879. Tomo I Cap. IV. Pág. 145.

³⁰⁴ LARENZ, Karl. Ob. Cit. Pág. 317.

términos o un capítulo de definiciones que pretenden constituirse en una ayuda para la interpretación gramatical y restringir el significado de los términos utilizados, sin embargo, genera mayor confusión en materia penal, porque se constituye en un paralelismo típico de las definiciones que contiene la norma jurídica penal con el tipo, lesionando el principio de legalidad en su vertiente de “lex certa” y con ello se advierte que el legislador al pretender un lenguaje claro, simple y preciso, sólo confunde aún más la descripción que trae consigo el tipo penal. Sería mejor que no se incorpore el glosario de términos para que el aplicador del Derecho penal pueda recurrir mejor a los diccionarios de lengua española obteniendo el significado descriptivo que traen consigo las palabras o términos utilizados, cuando en realidad tienen un carácter prescriptivo al tomar en cuenta estos significados como lo que debemos entender, por tanto, los diccionarios se convierten en un elemento extralegal pero decisivo.

No obstante, el método gramatical comienza por una labor de análisis del lenguaje, cuya finalidad es descifrar el significado de todos y cada uno de los términos empleados en la norma jurídica penal, es decir utiliza métodos semánticos y se analiza el lenguaje gramatical empleado en la descripción de la conducta, observando que las reglas gramaticales cumplan su función, como la coma, el punto y coma, o el punto seguido, cuya ubicación le otorga el sentido al texto literal. Esta es la interpretación más primaria de todas, pero es imprescindible a la hora de la lectura de un texto, de ahí que las normas jurídicas penales deben encontrarse correctamente escritas y exista una total coincidencia entre lo que la norma jurídica penal pretende decir y lo que efectivamente dice; principio de taxatividad.

Según el profesor Roxin, “La vinculación de la interpretación al límite del tenor literal no es en absoluto arbitraria, sino que se deriva de los fundamentos jurídico políticos y jurídico penales del principio de legalidad...además el ciudadano sólo podrá incluir en sus reflexiones una interpretación de la ley que se desprenda de su tenor literal, de tal manera que pueda ajustar su conducta a la misma. Por ello una interpretación dentro del marco del sentido literal posible

puede asegurar el efecto preventivo de la ley y hacer que sea censurable la prohibición de interpretación”³⁰⁵

En algunos casos, se presentan problemas con esta forma de interpretación porque algunas palabras tienen un significado técnico jurídico y otras veces científico y social, por ejemplo, el desacato Art. 162 del Código Penal boliviano³⁰⁶, cuya significación técnica legal es calumniar o injuriar a un funcionario público, pero gramaticalmente significa irreverencia, falta de respeto. En otros casos, se incorporan elementos valorativos de carácter jurídico, científico o social, como elementos constitutivos del tipo penal, como el caso de la frase “fines lascivos” en el Art. 313 (Rapto) o armas en Art. 332 (Robo agravado) o Actos obscenos en el Art. 323, todos del Código penal boliviano.

Como señala el profesor Diego Manuel Luzón Peña, la interpretación gramatical o literal tiene mucha mas importancia de la que a veces se le concede, el sentido literal posible es el límite máximo de toda interpretación, sin embargo hay que acudir a otros medios de interpretación”³⁰⁷.

El profesor Roxin señala que “la concepción mecanicista del juez es impracticable. Todos los conceptos que emplea la ley admiten en mayor o menor medida varios significados. Y ello sucede no sólo en los conceptos normativos, es decir que predominantemente son sólo asequibles a la comprensión intelectual como por ejemplo injuria, sino también en los conceptos legales ampliamente descriptivos, es decir que por su objeto son perceptibles sensorialmente, como el de hombre o ser humano”³⁰⁸. Consiguientemente “el contenido de un precepto penal solo es determinado en el sentido de una claridad excluyente de dudas, mediante la interpretación judicial”³⁰⁹

³⁰⁵ ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte General Tomo I. Ob. Cit. Pág. 150.

³⁰⁶ La Sentencia Constitucional N° 1250 de 20 de septiembre de 2012 declaró la inconstitucionalidad del tipo penal de desacato contenido en el Art. 162 del Código penal.

³⁰⁷ LUZON PEÑA, Diego Manuel. Curso de Derecho Penal. Parte General I. Ob. Cit. Pág. 166

³⁰⁸ ROXIN, Claus. Ob. Cit. Pág. 148

³⁰⁹ *Ibíd.*

En todos estos casos de interpretación semántica o gramatical, es indudable que pueden complementarse con la interpretación que realizan los teóricos, los científicos del Derecho, a través de la doctrina científica, la teoría del delito, a través de sus libros, manuales, monografías, artículos o ensayos científicos, la importancia de esta forma de interpretación radica solo en la que quieran darle los doctrinarios para obtener solidez y congruencia en la utilización de los términos y conceptos, aunque ciertamente, en esta forma de interpretación se evidencia la separación que existe entre teoría y práctica, sin embargo, en materia jurídica, las teorías están destinadas a servir a la práctica, y ya se sabe que una práctica carente de científicidad o de teoría no es mas que mera rutina o empirismo, por esa razón la interpretación doctrinal se encuentra ligada a la jurisprudencia en materia penal, genera la doctrina legal aplicable con carácter obligatorio y vinculante, cuando se resuelven recursos de casación.

En realidad no son clases de interpretación, sino diferentes actividades que deben contribuir para que la interpretación jurídica pueda tener éxito, dejando resaltar uno de los elementos como los más importantes frente a los otros que en el caso concreto no lo son. Como se ha referido anteriormente, en muchos casos, las leyes incorporan un glosario de términos o un capítulo de definiciones que tratarán de resolver la imprecisión o ambigüedad de los términos utilizados, aunque ello no puede enfrentar la definición típica de la conducta en el tipo objetivo, pero si aclararlo como un elemento normativo, o en todo caso, se pueden recurrir a diccionarios de lengua general para comprender el significado de los términos descriptivos de la norma jurídica penal, sin que ello agote el significado, el contenido y la finalidad de la norma penal, apenas si es un elemento de apoyo elemental para comprender esencialmente la prohibición o el mandato de la norma penal.

4. LA CONCIENCIA JURÍDICA DEL LEGISLADOR EN LA CREACIÓN LEGISLATIVA E INTERPRETACIÓN JURÍDICA DE LOS TIPOS PENALES.

Nuestro Código Penal boliviano, cuya data es de 1972³¹⁰ no ha logrado superar las transformaciones de las técnicas de interpretación tradicionales del siglo XIX con las que se pretendía establecer el “espíritu de la ley” y menos ha considerado los grandes aportes de la Filosofía de Derecho en cuanto a la interpretación jurídica, entre los que se debe citar a Luis Recasens Siches en su obra “Nueva Filosofía en la interpretación del Derecho” escrita en el año 1956 con gran actualidad a la fecha, base para encarar y afirmar que la labor de la función jurisdiccional penal no solo se limita a una labor meramente mecanicista o de puras operaciones silogísticas a la hora de encarar la tipicidad de una conducta.

En Bolivia, frente a la proficua actividad legislativa en materia penal, al menos durante los dos últimos decenios, no es necesario elucubrar o realizar grandes esfuerzos intelectuales para concluir que las leyes penales se caracterizaron por el síndrome del formalismo jurídico, antes que con la exigencia material o sustancial en la redacción de los tipos penales, lo que ha originado obstáculos en la solución de los problemas de la interpretación penal.

El déficit de formación que tienen los legisladores o sus asesores a la hora de redactar los tipos penales, han generado en muchos casos, que se acuda a copiar redacciones de otras legislaciones extranjeras, muchas veces empeorando la redacción cuando se pretendió adecuarla a la realidad boliviana. Esta ausencia de conciencia jurídica en los legisladores penales, ha influido en los procesos de interpretación jurídica, haciendo que se tornen más disímiles y difíciles, incluso en los círculos académicos, donde en general es aceptable observar diferentes formas de interpretación doctrinal, en consecuencia, salir de estos anclajes de comportamiento, buscando una mejor y renovada conciencia jurídica en las labores de construcción de los tipos penales, fundamentalmente en cuanto a los elementos constitutivos del tipo penal, puede ser tomado como contra ruta cuando en la intención de buscar la mayor taxatividad posible en los

³¹⁰ Código Penal boliviano aprobado por Decreto Ley N° 10426 de 23 de agosto de 1972, puesto en vigencia el 2 de abril de 1973 y elevado a rango de ley por Ley N° 1768 de 10 de marzo de 1997.

tipos penales únicamente se basa en la realización de una interpretación jurídica buscando la comprensión final de la norma primaria, al utilizarse cánones de interpretación que respondan a exigencias concretas de taxatividad. Si se toma en cuenta que un principio fundamental del Estado de Derecho es la División de poderes, el sistema jurídico integra a los tres poderes del Estado, que según el profesor Hassemer, “siempre y cuando el lenguaje de la ley tenga éxito, sabiendo que el órgano legislativo tiene una función conductora y de delimitación frente a los otros dos poderes, que se ejerce mediante el instrumento de la ley, donde la “sujeción a la ley” determina que el juez solamente debe ejecutar la ley, sin poder agregarle nada a su contenido”, Hassemer agrega “...pero si el legislador no logra expresarse con la suficiente precisión como para que el marco semántico de los conceptos que emplea sea claro, coloca al poder judicial y también al ejecutivo, en el lugar que conforme a la división de poderes, le está reservado a él. La división de poderes deja de funcionar, porque uno de los poderes ocupa el campo del otro, o lo que es peor, no se sabe con exactitud dónde están los límites. Estos límites son en buena medida, construcciones del lenguaje, con el lenguaje tiene éxito o fracasa una parte de la división de poderes”³¹¹

Por eso, la interpretación jurídica como ideología representa el desarrollo del pensamiento jurídico, al que no se podrá renunciar, si se pretende estar a tono con las corrientes actuales del pensamiento jurídico penal, a pesar de que como parte de la evolución y debate del pensamiento de la Filosofía del Derecho, podemos seguir desarrollando la interpretación jurídica, tal como en su momento lo ha expresado el profesor Recasens Siches o en el debate entre Hart y Dworkin, a finales de los años sesenta del siglo XX.

Se trata entonces, de discernir sobre los procesos de interpretación jurídica para neutralizar poco a poco, los niveles de simplicidad en algunos casos o los niveles de abstracción de la ley penal en otros casos, cuando el intérprete de la

³¹¹ HASSEMER, Winfried. Ob. Cit. Pág. 16.

ley penal es un aplicador de esa ley penal o es quien procura el desarrollo doctrinal de las ciencias penales, respectivamente.

Cambiar la conciencia jurídica sobre las formas de interpretación, no supone acceder a corrientes libres de interpretación del derecho, sino cambiar la mentalidad de los operadores jurídicos tienen que realizar una labor de calificación jurídica del hecho presuntamente delictivo cuando deben interpretar jurídicamente la norma penal, lo cual supone lógicamente tener problemas interpretativos que deben discutirse en la teoría del derecho.

Se pretende entonces, establecer las formas de interpretación jurídica frente a los problemas que plantean las normas penales abiertas, en el afán de precisar conceptos o de poner al descubierto la utilización de algunos términos mistificados incorporados en los tipos penales abiertos, para lograr la comprensión más clara de la norma primaria en función de la comprensión de los elementos constitutivos del tipo penal, conforme a una interpretación que se encuentra a tono con los paradigmas culturales de base empírica social en nuestra sociedad cultural, logrando que el Derecho penal sea un instrumento que sirva mejor a las relaciones sociales y sirva también de mejor manera en la aplicación de la ley penal cuando proceda con estos procesos de interpretación jurídica, en particular aquellos que desarrollan los operadores jurídicos del sistema de administración de justicia penal, utilizando métodos que contribuyan a la realización de la ley penal, métodos que resuelvan en la mayor cantidad de casos los problemas del lenguaje o de la semántica empleada en los elementos constitutivos del tipo penal considerando el alcance de la protección constitucional que realiza el tipo penal, que es en definitiva la de proveer certeza jurídica cuando se desarrolla la adecuación típica del hecho o la conducta al tipo penal.

Teniendo en cuenta lo anterior, los mecanismos democráticos de creación de la ley penal, están subordinados a procesos de interpretación posterior en manos de los jueces, que también representan democráticamente la aplicación de la norma penal, por tanto frente a las particularidades de un sistema jurídico

normativo penal que trae consigo nuevos problemas producto de la globalización, el legislador toma una posición sensible que en muchos casos lo aparta de la construcción adecuada del lenguaje penal, dejando para el aplicador del derecho, como señala el profesor Hassemer, mayor movilidad con la jurisprudencia, que permitiría una mejor adecuación del sistema jurídico a los cambios que se producen en la sociedad, lo cual importa que se modifiquen reglas legales, los principios de la codificación y la división de poderes, haciendo que el legislador se abandone cada vez más a la complementación de su tarea por parte de quien aplica la ley: las leyes no son claras, y el ámbito para la decisión es mayor.³¹²

5. BÚSQUEDA DE CLARIDAD CONCEPTUAL EN LOS ELEMENTOS MATERIALES DEL TIPO.

En esa particular situación del legislador de redactar las leyes penales de forma incompleta o poco clara, y dejar en el aplicador del derecho la decisión de la tipicidad de la conducta y consecuentemente, la determinación de la responsabilidad penal, la exigencia de mayor claridad en el lenguaje cobra una especial significación, cuando las normas penales se ejecutan en virtud de los componentes éticos que trae consigo en la sociedad, porque, como señala el profesor Hassemer, si el Derecho penal nos provee de las sanciones más severas frente a las lesiones normativas, como la pena de prisión, la pena de multa, la inhabilitación, esos instrumentos son tan peligrosos que una sociedad civilizada debe asegurarlos de distintas formas y protegerlos de modo tal que no caigan en manos indebidas.³¹³

Frente a esas consecuencias, donde el Derecho penal tiene una relación especial con los derechos fundamentales de los intervinientes en el conflicto penal al proteger los bienes jurídicos y al utilizar los instrumentos para su protección, de acuerdo con el profesor Hassemer, el lenguaje jurídico penal utilizado en la norma penal le ayuda a asegurar importantes instrucciones para

³¹² HASSEMER, Winfried. Ob. Cit. Pág. 17.

³¹³ *Ibíd.* Pág. 19.

el legislador y el juez penales, para el legislador cuando debe formular sus normas con tal precisión como sea posible, conforme al mandato de certeza o *lex certa*, por tanto la legalidad no es una característica del sistema de justicia penal, sino su misión y objetivo. Es un principio político, discutido y siempre lesionable, según Hassemer, que los juristas penales al esforzarse por crear y asegurar los presupuestos de la fidelidad a los principios, transparencia y controlabilidad de la acción del Derecho penal, lo hacen a través de la teoría del derecho y la teoría del método, como una forma de asegurar el lenguaje correcto utilizado en el Derecho penal. En estos instrumentos metódicos se pretende asegurar la aplicación igualitaria de la ley con las teorías de la interpretación, utilizando en primer lugar la interpretación gramatical como consecuencia de que las leyes son construcciones de lenguaje y que los jueces están vinculados a esas leyes, respetando el contexto sistemático en que se encuentra la palabra, oración o la norma para proporcionar informaciones materiales en cuanto a la semántica.³¹⁴

Sin embargo, el profesor Hassemer también señala que “la elección de la vía interpretativa y, de este modo, también el resultado de la interpretación son metodológicamente arbitrarios. Las reglas de interpretación servirían, quizá, para la justificación, pero no para la decisión del derecho”.³¹⁵

En todo caso, la interpretación de los elementos materiales del tipo de injusto, siempre se encontrarán reguladas por una forma de interpretación general cuando la ley trate también una regulación general, porque como señala el profesor Gunther Jakobs, la ley no regula un solo supuesto concebible, sino siempre una clase de supuestos. La interpretación de la ley consiste en especificar los elementos de una clase de supuestos. Tal especificación no puede ser sencilla en algunos casos. Pero incluso en los supuestos de máxima sencillez de la interpretación ésta solo tiene éxito debido a que el intérprete parte de una hipótesis previa del fin de la regulación. Esta dependencia del

³¹⁴ *Ibíd.* Pág. 24.

³¹⁵ *Ibíd.* Pág. 26.

entendimiento de la ley con respecto a la hipótesis previa de aquello que persigue la regulación es inevitable.³¹⁶

De ahí que los elementos materiales que hacen a la objetividad del tipo objetivo, como señala el profesor Welzel, se constituyen en el núcleo real-material de todo delito, es la objetivación de la voluntad de un hecho externo que en definitiva se constituye en la base de la estructuración dogmática del delito³¹⁷, esa objetivación de la voluntad se encuentra en el tipo objetivo para Welzel, por tanto todos los elementos materiales con los que se caracteriza el tipo objetivo son aprendidas con la voluntad de quien las conduce.

Consiguientemente, desde el punto de vista objetivo, el tipo se debe redactar de la manera más clara posible para poder comprender la conducta prohibida, pero como no siempre es posible encontrar esa claridad en la construcción del lenguaje que permita comprender la conducta, los jueces tienen la obligación de encontrar el significado del lenguaje en la palabra, oración, sentido dentro del contexto sistemático en el que se encuentran, con el fin de obtener la comprensión de los elementos materiales del tipo, ahí la función de aplicador del derecho penal será mucho más legítima para resolver un problema heredado del legislador al no proporcionar una adecuada información objetiva del tipo.

6. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL PENAL FRENTE A LA CREACIÓN DEL TIPO.

Está claro que la labor judicial en la aplicación del Derecho penal, no es tan simple, no puede ser concebida como una labor mecánica o automática sin ningún margen de interpretación y comprensión de la conducta prohibida, aduciendo únicamente que no le corresponde realizar la interpretación de la ley penal, porque esta se encontraría reservada para al legislador. Más allá de esa posición y sin atentar la separación de funciones entre el legislador y el juez, el aplicador del derecho requiere contar con reglas claras y simples o con un

³¹⁶ JAKOBS, Gunther. DERECHO PENAL, PARTE GENERAL. Fundamentos y teoría de la imputación. Editorial Marcial Pons. 2da Edición. Corregida. Madrid 1997. Pág. 92.

³¹⁷ WELZEL, Hans. Ob. Cit. Pág. 75.

sentido unívoco, pero si estos presupuestos no se consiguen, por qué dejar de aplicar la ley y generar desconfianza en la labor de interpretación que puede realizar el aplicador del derecho, cuando el ordenamiento jurídico presenta lagunas jurídicas o vacíos en sus expresiones, particularmente al describir conductas típicas con términos o palabras ambiguas o indeterminadas, la falta de reglas claras y conceptos unívocos, no puede coonestar la actividad de los jueces que se limitan a aplicar las disposiciones generales a los casos concretos despojados de su labor interpretativa, aunque esta pueda representar un peligro para el sentido del lenguaje de la ley, pero quien se posiciona como el aplicador del derecho, también representa una expresión del principio democrático del Estado Constitucional de Derecho por el contenido ideológico y político de la norma penal a ser interpretada.

Por tanto, la labor judicial no es una labor mecánica y Luis Recaséns Siches lo expresa de la siguiente manera: “El juez aparecía poco más o menos como una especie de máquina automática con tres ranuras y un botón: se introducía en una de ellas la constatación de los hechos, la cual se creía desde luego que coincidía exactamente con la figura de unos hechos previsto por la ley; y se introducía en otra ranura las normas legislativas pertinentes; entonces se apretaba un botón o se daba vuelta a una manivela y la máquina soltaba el fallo”.³¹⁸ En esta particular función jurisdiccional, el juez no puede ser solamente el instrumento o la boca que pronuncia las palabras de la ley, como lo señalaba Montesquieu,³¹⁹ o como lo ratificó Beccaria, cuando justificó la necesidad de que las leyes sean observadas a la letra y que la facultad de los jueces esté limitada a examinar y juzgar las acciones verificando si son o no conforme a la ley escrita. La legislación napoleónica, también exigió el dogma de la subsunción a la ley y la subordinación de los jueces como meros autómatas,

³¹⁸ RECASENS SICHES, Luis. NUEVA FILOSOFÍA DE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO. Editorial Porrúa. México. 1980. Pág. 202.

³¹⁹ MONTESQUIEU. DEL ESPÍRITU DE LAS LEYES. Ob. Cit. L. XI, cap. VI.

carentes de voluntad propia.³²⁰

En el sistema anglosajón, si bien la constitución norteamericana no se encuentra ninguna disposición que establezca alguna prohibición judicial para interpretar las leyes, ni tampoco la facultad del poder legislativo de interpretarlas, al contrario, según la propia Constitución norteamericana a diferencia de la francés, “La interpretación de las leyes es propia y particularmente de la incumbencia de los tribunales... A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo”. Hamilton, establece que “Los tribunales tienen que declarar el significado de las leyes, y si estuvieses dispuestos a poner en ejercicio la voluntad en vez del juicio, la consecuencia sería la misma de sustituir su deseo al del cuerpo legislativo, por tanto, esta afirmación generó el reconocimiento en los primeros años del siglo XIX de la capacidad del poder judicial de declarar inaplicables las leyes incompatibles con la Constitución, lo que implicaba que no solamente podría interpretar las leyes, sino la propia Constitución”³²¹.

Como uno de los iniciadores de la revuelta antiformalista, Génys³²². Asumió una posición crítica frente al método tradicional de la interpretación, “proclamando abiertamente la necesidad de emanciparse de la sumisión al “yugo de los textos” y al “fetichismo de la ley escrita y codificada” así como del “culto supersticioso de la voluntad legislativa” caracterizados por la vinculación de toda solución jurídica, de manera directa o indirecta, a la ley y porque la aplicación de los elementos de decisión suministrados por los textos, no puede realizarse sino mediante una lógica rígida y partiendo del supuesto de estar basadas en la ley en un número limitado de concepciones abstractas que se consideran impuestas a priori al intérprete y al mismo legislador”. Por tanto, rechaza en la función judicial toda idea que pretenda encerrar al intérprete y a

³²⁰ “Art. 4. El juez que rehusara juzgar bajo pretexto de silencio, obscuridad o de insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia. Art. 5 Se prohíbe a los jueces pronunciar por vía de disposición general o reglamentaria sobre las causas que les son sometidas”.

³²¹ HAMILTON, Alexander. EL FEDERALISTA. Fondo de Cultura Económica. México 1994. Pág. 47.

³²² GENY, François. MÉTODO DE INTERPRETACIÓN Y FUENTES EN DERECHO PRIVADO POSITIVO. Hijos de Reus Editores Madrid 1902. Pág. 84

los jueces en un horizonte puramente legal, proclamando la “libre investigación científica” entendida como un esfuerzo científico, general por su naturaleza, subsidiario por su función, que suple las lagunas de las fuentes formales y dirige todos los movimientos de la vida jurídica. Esta afirmación permite concluir que la función judicial ha dejado de jugar un papel meramente receptivo o mecánico y la misión propia del intérprete, sea del juez, el doctrinario o el abogado, es contribuir a la creación y al desarrollo del derecho. Así se constata nuevamente las limitaciones del legislador que según Jean Cruet ³²³, concluye que es una ilusión pensar que el legislador puede crear totalmente el derecho, pero que esta ilusión suscita otra, creer que el juez puede extraer todo el derecho de la ley.

Frente a estas tendencias de interpretación del derecho, empieza a generarse una corriente para poner en tela de juicio la mayoría de las ideas que se habían formulado acerca del Derecho durante el siglo XIX, surge un pensamiento original y renovador que no solo critica los dogmas de la concepción jurídica tradicional, sino que impone un nuevo enfoque radical sobre la realidad jurídica con una nueva metodología y una nueva teoría del conocimiento jurídico con innegables consecuencias para la teoría y la praxis del derecho, y Hermann Kantorowicz, es su máximo representante, porque reivindica la función creadora de la labor judicial, dejando atrás el dogma de la plenitud de la ley y la concepción mecánica de la función judicial, reconociendo no solo la existencia de lagunas jurídicas, sino también la necesidad de que éstas sean llenadas por medio de la actividad judicial: “hay que completar la ley por medio del Derecho libre; con el hay que colmar sus lagunas...Quien niegue la existencia del Derecho libre no puede afirmar la existencia de lagunas”, así aparece el Movimiento del Derecho Libre³²⁴. Kantarowicz proclama que su movimiento ha echado por tierra los ideales de la legalidad, de la pasividad, de la fundación racional, del carácter científico, de la seguridad jurídica y de la objetividad. No

³²³ CRUET, Jean. LA VIDA DEL DERECHO Y LA IMPOTENCIA DE LAS LEYES. Ediciones Flammarion. Paris 1908. Pág. 22.

³²⁴ KANTOROWICZ, Hermann. LA DEFINICIÓN DEL DERECHO. Colofon. México 1994. Pág. 336.

niega que la jurisdicción siga siendo una función del Estado, pero en cambio considera que el juez puede y debe prescindir de la ley, si le parece que la ley no le ofrece una decisión carente de dudas o si no le parece verosímil, con arreglo a su libre y concienzuda convicción que el poder estatal existente en el momento de fallo habría dictado la resolución que la ley reclama; y en casos “desesperadamente complicados o dudosos”, “el juez resolverá y debe resolver arbitrariamente”

Kelsen, señala que “La interpretación es un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho, en su tránsito de una grada superior a una inferior” y fue más lejos cuando en ocasión del debate que sostuvo con Carl Schmitt sobre el defensor de la constitución, cuestionó el presunto carácter “apolítico” de la función judicial, señalando que “Si se mira a la política como decisión en orden a la resolución de conflictos de interés, entonces está presente en toda sentencia judicial, en mayor o menor medida, un elemento de decisión un elemento de ejercicio del poder”³²⁵ y según Alf Ross³²⁶ estos conceptos van juntos, si es que no son sinónimos: “...es esencial tener una idea clara de la actividad del juez cuando hace frente a la tarea de interpretar y aplicar la ley a un caso específico...El juez no es un autómatas que en forma mecánica transforma reglas y hechos en decisiones”. Karl Larenz,³²⁷ señala que “La tarea de la interpretación se la reparten la jurisprudencia de los tribunales y la ciencia del derecho, de modo que ésta facilita en cierto modo, el trabajo de la jurisprudencia de los tribunales, al mostrar los problemas de la interpretación y las vías para su solución....pero, aunque el juez sea inducido por el caso que ha de resolver a interpretar nuevamente un determinado término o una determinada norma jurídica, debe interpretarlos, por cierto, no solo precisamente para este caso concreto, sino de modo que su interpretación pueda ser efectiva para todos los demás casos similares”. Zagrebelsky

³²⁵ KELSEN, Hans. Ob. Cit. Pág. 352.

³²⁶ ROSS, Alf, “SOBRE EL DERECHO Y LA JUSTICIA”. Ob. Cit. Pág. 174.

³²⁷ LARENZ, Karl. METODOLOGIA DE LA CIENCIA DEL DERECHO. Ariel. Barcelona 2001. Pág. 315.

³²⁸señala que “De cara a la aplicación y aún antes, a la individualización por medio de la interpretación de la regla jurídica, la comprensión del caso presupone que se entiende su “sentido” y que se le de un valor de que disponga el interprete”. Niklas Luhmann³²⁹ contribuye señalando que “A los jueces no se les puede sustraer la competencia de interpretar las leyes”. Y Paolo Comanducci³³⁰, complementa al decir que “La constatación que puede hacerse en el nivel teórico es que el poder normativo, es decir, el poder de producir normas que vinculan a la colectividad, que es el poder más importante y peligroso en los países modernos, está dividido o fraccionado: no lo ejerce solo el legislador, sino que lo ejercen también otros órganos, el tribunal constitucional (si existen), los jueces en alguna medida, y en parte el gobierno y la administración pública”

Sin duda alguna, no puede ser más concluyente la idea de que la labor de interpretación judicial es una de las vertientes más importantes, sobre todo de la administración de justicia penal, pues un Juez penal no puede aplicar el derecho mecánicamente sin interpretarlo en función de los derechos, garantías, intereses o bienes jurídicos involucrados en el caso penal, lo cual resulta una labor compleja más allá de simplemente emplear un sistema silogístico vigente en la concepción de la ley como centro de todo y con poder omnipotente.

Recordando el concepto de ley rousseauiano, las leyes deberían ser aplicables a una pluralidad de situaciones en las que no exista distinción entre sujetos obligados, es aquí donde el principio de generalidad, pero también la abstracción de la ley como método, evitaban situaciones fácticas infinitas.

En el futuro, surge la intervención del legislador para atender los más variados conflictos de daño o lesión a los bienes jurídicos que surgen en la sociedad y que al mismo tiempo generan problemas sociales, obligando al Estado a cumplir sus fines y funciones en la construcción de una sociedad justa y

³²⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. EL DERECHO DUCTIL. Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Edit. Trotta. Madrid 2003. Pág. 136.

³²⁹ LUHMANN, Niklas. EL DERECHO DE LA SOCIEDAD. Universidad Iberoamericana. México 2002. Pág. 365.

³³⁰ COMANDUCCI, Paolo. Artículo “FORMAS DE (NEO) CONSTITUCIONALISMO: UN ANÁLISIS METATEÓRICO” ISONOMÍA. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. N° 16, Ob. Cit. Pág. 93.

armoniosa, en la imperiosa necesidad de corregir las “conductas desviadas” que se plantean en una determinada sociedad, para lo que se debe seleccionar un buen instrumento de legislación penal para lograr los fines motivadores de la norma penal, aunque ello suponga conseguir tan solo fines intimidatorios relacionados con la pena, y no los fines derivados del núcleo esencial del tipo penal, que sería la finalidad real perseguida con las normas penales.

Está claro entonces, que la aplicación de la ley penal, lleva implícita una actividad interpretativa del juez, por lo que más bien interesa saber cómo debe ser esa actividad interpretativa vinculada a la naturaleza de la función jurisdiccional penal del juez penal.

En este entendido es indudable que la construcción de las normas penales abiertas representan una pésima técnica legislativa mediante la que naturalmente se generan ambigüedades que no sean posibles de cerrarlas en su interpretación ni se asuma el compromiso de tutelar eficazmente los bienes jurídicos, dejándose con frecuencia a la discrecionalidad del operador de justicia y con ello generando los efectos negativos para la coherencia y la seguridad jurídica, porque solo crearía ciertas expectativas de variados contenidos.

No está por demás señalar que las leyes penales así elaboradas, pueden responder a la fuerza política mayoritaria parlamentaria para regular una determinada materia de una gran sensibilidad política y social, haciendo que las consecuencias de este tipo de normas penales abiertas, sean perniciosas por generar una gran inseguridad jurídica y desconfianza de la ciudadanía en el poder público, por la imagen de insolvencia que se genera en los procesos de criminalización secundaria.

En esta labor de construcción de la norma penal, se perdieron los cuidados necesarios que tuvo la codificación de la ley durante la ilustración, buscando que los aspectos lingüísticos sean requisitos indispensables para hacer efectivos los principios de seguridad jurídica y de certeza con el fin de comprender la conducta prohibida, en particular cuando se ha desatado una inflación legislativa para criminalizar nuevas conductas y/o aumentar las penas

a los delitos ya existentes, con la consiguiente pérdida de generalidad en las leyes penales, la aparición de diversos tipos de normas penales y de múltiples legisladores en cada época parlamentaria, ocasionando claramente un conflicto dispersivo en el conocimiento del derecho y naturalmente, proveyendo más inseguridad jurídica.

Este proceso de expansión punitiva pero también, de expansión del ordenamiento jurídico, en definitiva, lleva a la doctrina a concluir que no nos hallamos simplemente ante un proceso de expansión del ordenamiento jurídico o de mera respuesta a nuevas necesidades que requieren una mayor precisión en la redacción de las normas penales, sino que los defectos de carácter formal y material inciden en la comprensión de las prohibiciones y de los mandatos, propiciando un giro en los mecanismos de redacción del supuesto de hecho legal contenido en las normas penales, porque las normas defectuosas han generado reformas que tienen a veces la misma calidad de la norma penal reformada, logrando que la devaluación normativa genere nuevas propuestas de mejoras normativas, por ejemplo en materia de delitos contra la libertad sexual o delitos económicos, haciendo que los poderes públicos abusen de las leyes penales, para incriminar cualquier conducta que se considere vinculada con las conductas generales o genéricas, perdiendo categoría la función del Derecho penal.

7. EL LENGUAJE CORRECTO Y LA COMPRENSIÓN UNIVERSAL DE LAS NORMAS PENALES ABIERTAS.

No tendría sentido el análisis de los problemas que representan las normas penales abiertas, si no se tiene presente el trabajo de los jueces cuando deben adecuar un hecho o una conducta al tipo, y cuando el tipo objetivo carece de claridad por la utilización de términos o conceptos ambiguos, eso nos lleva a considerar el lenguaje utilizado en la redacción de las normas penales para encontrar la conducta prohibida. Ciertamente el riesgo de que se realice la analogía es potencialmente latente cuando el juzgador, no puede asegurar la comprensión del lenguaje correcto en la norma jurídica penal y eso es lo que se

debe evitar en el Derecho penal, las alteraciones en la comprensión del lenguaje; por tanto, el problema de encontrar el verdadero sentido del lenguaje de la ley frente al texto literal, es una cuestión que se debe resolver, sin que la interpretación extensiva de una ley llegue más allá del sentido de la ley penal abandonando el significado real de las palabras.

Hassemer nos recuerda que dejando de lado la interpretación extensiva y el sentido de la ley, el problema se manifiesta en lo que se debe entender por el “significado real de las palabras” y cómo debe ser averiguado ese significado en el caso concreto. Señala que para encontrar el significado real de las palabras, se debe acudir al lenguaje técnico jurídico o al lenguaje coloquial o al sentido posible o real de la palabra, su significado natural, y cómo debe ser averiguado nos presenta el problema de la práctica y de la jurisprudencia.³³¹ En todo caso, varios autores coinciden en señalar que el juez, en caso de duda, debería orientarse acerca de la utilización real de la palabra.

Ciertamente la analogía está prohibida y aparta las sorpresas injustas en la tipicidad, por lo que el criterio a ser utilizado es indudablemente el lenguaje ante la falta de claridad, aun cuando el lenguaje sea coloquial, con lo que se tienen otros problemas pues los juristas no hablan ese lenguaje coloquial, sino el lenguaje profesional y técnico aunque muy próximo al lenguaje coloquial.

8. LA JURISPRUDENCIA EXTRANJERA Y EL DERECHO COMPARADO.

El procedimiento para encontrar el significado real de la palabra tiene lugar cuando es el juez el que decide sobre el contenido del significado de la palabra que constituye el parámetro de la interpretación de la ley. Pero cuantas repuestas existen para el Derecho penal o se requiere de una calidad especial de respuestas, cómo saber si puede encontrarse coincidencia entre lo que se habla y lo que se entiende, considerando diversas situaciones o contextos.

Hassemer nos señala un caso interesante que se atendió en el Tribunal Federal Superior Alemán, refiere que en una causa penal el Órgano Jurisdiccional tuvo que responder la cuestión de hurto simple o hurto agravado cuando se utiliza un

³³¹ HASSEMER, Winfried. Ob. Cit. Pág. 34

automóvil para hurtar madera de bosque, entonces, la persona debía ser condenada por hurto agravado o por hurto simple, cuando la ley penal del siglo XIX no se pronunciaba sobre esta cuestión, ocasionando que la significación jurídica del hurto forestal mediante automóvil quedaba fuera de la interpretación judicial, por lo tanto abierta, toda vez que solamente se mencionaba a animales de carga, botes y carros de tiro como instrumentos cualificantes; Hassemer refiere que el Tribunal se enfrentaba a la cuestión jurídica de si también había que contar entre los medios de transporte agravantes del hurto forestal a los automóviles, no mencionados en la ley, que el legislador no había podido prever el desarrollo técnico de los automotores y por consiguiente no podía incluir en los tres medios incriminados. En este punto, decía Hassemer, había que considerar si esos tres medios incluidos en la ley coincidían en la siguiente cualidad: los tres ayudarían a la fuga veloz del imputado, ofrecerían mayores posibilidades para transportar el botín y producirían fuertes daños en la madera, y justamente esas son las cualidades que tiene un automóvil en el bosque y por ello se lo podría considerar como carro de tiro en sentido jurídico y de este modo tratarlo como un medio de transporte cualificante, sin embargo esto es analogía, prohibida por el Derecho penal.

Qué sucede si el legislador en los tipos penales que dañan la integridad física, incorpora el termino instrumentos peligrosos, cuál es el alcance de este concepto, ¿un zapato con clavos o los puños de un boxeador son instrumentos peligrosos?, una copia fotostática no legalizada o autenticada es “documento”, o el homicidio de quien duerme desprevenidamente es “alevoso”. Hassemer señala que en estos casos hay grados de distancia semántica entre las palabras de la ley y en las sensaciones lingüísticas de la mayoría de la gente donde la interpretación y la comprensión de la ley presuponen que el caso por resolver sea comparado con otros casos³³², por lo que no existe interpretación sin comparación, aunque sea pobre en contenido.

Es indudable que la interpretación trae riesgo de analogía, pero su prohibición

³³² HASSEMER, Winfried. Ob. Cit. Pág. 39.

debe ser el límite de la interpretación. La interpretación judicial de las leyes es un acto de comprensión de textos, y por ello marcado también con todas las limitaciones, pre juicios, subjetivismos, rutinas y espontaneidad que las demás formas de comprensión, por esa razón señala Hassemer ³³³ que la cura no se encuentra en las barreras del lenguaje, que a fin de cuentas no detienen nada y como se puede ver en la práctica y comprender en la teoría, sino en una organización y formación de justicia penal que haga real el mensaje de la prohibición de la analogía a partir de la comprensión de su valor para un práctica conforme al Estado de Derecho. Sin embargo, el temor de que la prohibición de la analogía a disposición del juez tenga como consecuencia subjetivismos imprevisibles e indominables, por parte de los jueces en perjuicio del afectado, carecería de fundamento, porque la jurisprudencia tendría un papel de control, información y corrección recíproca, por tanto, como señala Hassemer³³⁴, la lucha a favor de una interpretación de las leyes penales debe acercarse lo mas estrechamente que sea posible al texto dado por el legislador, a favor de que se discuta por medio de argumentos la significación cotidiana y jurídica de las palabras, que no se vaya más allá del límite comprobado del texto recurriendo a un “sentido de la ley” distinto.

Entonces, se encuentra claramente establecido que la interpretación que se ajusta judicial y constitucionalmente, no debe descuidar las razones sociales y culturales que justifican la protección de los bienes jurídicos, con una clara referencia a la prohibición que trae consigo el tipo penal al describir el elemento objetivo o material, con el fin de obtener certeza y efectividad en el objeto de tutela penal, siempre y cuando la interpretación se presente de manera razonable sobre los términos o palabras que inicialmente y descriptivamente se presentan como indeterminadas, de tal modo que la semántica, la sintáctica y la pragmática nos permitan comprender los límites de lo punible y lo permitido para concretar el tipo penal abierto.

³³³ *Ibíd.* Pág. 41.

³³⁴ *Ibíd.* Pág. 42.

En Colombia, la Sentencia de Constitucionalidad N° 539/16 de Corte Constitucional, 5 de octubre de 2016, realizó una interpretación sobre uno de los elementos materiales del tipo penal de feminicidio, concretamente sobre la extensión del término mujer, como sujeto pasivo determinado en el tipo penal. La Ley colombiana 599 de 2000 en su Artículo 104A. Adicionado por el art. 2 de la Ley 1761 de 2015, señala que: “Quien causare la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género o en donde haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias, incurrirá en prisión de doscientos cincuenta (250) meses a quinientos (500) meses.” En este caso la redacción del tipo penal de feminicidio en el Código Penal boliviano es distinta, pues aclara que no solo por la condición de mujer se comete ese delito, sino por las circunstancias objetivas y subjetivas que rodean a la conducta de matar a una mujer.

En la Corte Constitucional colombiana, la tipificación penal de la muerte de una mujer por su condición de ser mujer, inicialmente muestra un tipo penal indeterminado, porque la disposición no ofrece criterios para determinar cuándo el agente que suprime la vida de una persona del género femenino lo hace “por su condición de mujer” o en qué eventos se trata de un homicidio simple, por tanto la norma penal no sería clara ni inequívoca, sin embargo, la Corte determinó que el móvil del agente, al causar la muerte de una mujer “por su condición de ser mujer”, el cual es uno de los elementos esenciales del delito de feminicidio, no desconoce el principio de tipicidad, porque ha considerado que si los tipos penales abiertos, demandan la adscripción de significado a ciertas palabras o expresiones especialmente amplias utilizadas por el legislador, aquellos tipos penales sólo son ajustados a la Constitución si esa indeterminación está justificada, es moderada y existen referencias que permitan precisar su contenido y alcance.

CAPITULO VI

ADMISIBILIDAD CONSTITUCIONAL DE LAS NORMAS PENALES

ABIERTAS

1. CARACTERÍSTICAS DE LAS NORMAS PENALES ABIERTAS.

Las normas penales abiertas no son normas penales incompletas, aunque si imperfectas, pero no en el sentido que no posean precepto o sanción, no en el sentido de que no posean la prohibición o el mandato, como ocurre con las normas penales en blanco, donde el precepto se encuentra determinado por otra norma jurídica distinta que puede ser otra norma jurídica de la misma jerarquía u otra norma jurídica de menor jerarquía. En la norma penal abierta o los tipos abiertos la ley "describe tan sólo una parte de los caracteres del hecho, limitando sensiblemente el principio de legalidad mediante elementos normativos y cláusulas penales, cuya determinación queda confiada a la valoración que realice el juzgador³³⁵

No se pierde de vista que una norma penal abierta resulta vaga, ambigua y no describe de manera clara, inequívoca y expresa la conducta prohibida vulnerando el Art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consagra el principio de estricta legalidad, entonces, el tipo penal abierto, supone una descripción imperfecta de la conducta prohibida o el mandato a cumplirse por el destinatario de la ley penal, y no requiere acudir a otra disposición legal de carácter penal o extrapenal que complete el supuesto de hecho de la conducta prohibida, como ocurre con la norma penal en blanco, el desvalor de la conducta, la prohibición o mandato se encuentra en la descripción imperfecta de la conducta activa u omisiva contenida en el tipo penal, no hay que averiguarla en otra disposición, porque tanto el desvalor de la acción como el desvalor de resultado pueden determinarse a partir de la norma penal abierta, sin dañar sus alcances.

³³⁵ GONZALES FERRER, Campo Elías. Tipo e injusto, Imprenta Universitaria. Panamá, 1979. Pág. 17. Citado por ZAFFARONI, Eugenio Raúl. TRATADO DE DERECHO PENAL. Parte General Tomo II. Ob. Cit. Pág. 182.

Los Códigos penales, al poseer una fuente material de segundo grado exteriorizando las necesidades sociales, de manera indirecta proporcionan al juez una regla general conforme a la cual debe completar la tipicidad con los delitos de la "parte especial" producto de aquellas necesidades sociales, de tal manera que los tipos legales, por muy estrictamente apegados que se encuentren al principio de legalidad, no podrían prescindir de referencias o pautas generales que su propia base empírica social le provee para cumplir la función individualizadora de los tipos con la tipicidad. Ese es el trabajo que se realiza en los delitos culposos que son "tipos abiertos", prescindiendo ostensiblemente o suprimiendo el principio de legalidad³³⁶, por tanto, este principio hay que buscarlo en la proliferación de tipos "abiertos"³³⁷, particularmente en delitos políticos y conexos, y en los delitos de peligro.

En esta insistencia de mantener vigente el tipo penal abierto, salvando la función político-garantizadora de los tipos legales en nuestro sistema penal, se reafirma una de las expresiones del principio de legalidad penal, impuesto por la doctrina y las leyes penales, como un presupuesto esencial para la penalidad, y como en cualquier otro de sus ámbitos se concretizará la seguridad jurídica, que no puede tener un valor absoluto, dada la limitación que le impone la propia naturaleza de las situaciones, existiendo siempre una cierta medida de relativización de la concreción y la certeza³³⁸

De acuerdo con el concepto que nos brinda Klaus Tiedemann, todos los tipos penales "abiertos" podrían ser calificados como leyes penales en blanco en sentido amplio, porque no se describirían enteramente la acción y/o materia de prohibición, por consiguiente se encuentran necesitados de complementación.³³⁹ Sin embargo, la norma penal abierta, si bien no es una técnica legislativa que contenga una técnica de reenvío, utilizado únicamente en

³³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. TRATADO DE DERECHO PENAL. Parte General Tomo II. Ob. Cit. Pág. 180.

³³⁷ *Ibid.* Pág. 181

³³⁸ *Ídem.* Sobre el problema de la afectación del principio de legalidad en la interpretación judicial de los tipos, Müller-Dietz, Verfassungsbeschwerde und richterliche Tabestandsauslegungim Strafrecht, en Fest. F. Maurach, 1972, Müller-Dietz, (Corte constitucional y tabú judicial en la interpretación en derecho penal). F. Maurach. Pág. 41.

³³⁹ TIEDEMANN, Klaus. TEMAS DE DERECHO PENAL ECONÓMICO Y AMBIENTAL. Lima 1999. Edit. Moreno S.A. Pág. 67.

las normas penales en blanco, no genera por su naturaleza problemas para su empleo, aunque si para su interpretación, porque el legislador cuando echa mano de los tipos abiertos, obliga al intérprete de las normas penales a establecer una actividad intelectual para conocer el hecho punible, pues sus imprecisiones abren un espacio a la incertidumbre, creando con ello un peligro para el principio de tipicidad, sin embargo, el principio de legalidad constituye una unidad en la que los distintos significados posibles son manifestaciones separables solo conceptualmente, por eso la norma penal abierta, no quebranta todos sus sentidos, en realidad vulnera solo uno de sus sentidos, pues no viola el “nulum crimen, nulla poena sine lege strícta”, ni tampoco se infringe el “nullum crimen nulla poena sine lege scrípta”, aunque aparentemente no goza de la taxatividad que le exige el principio de legalidad.

El destinatario de la ley penal preexistente, conoce de la prohibición que trae consigo la norma penal abierta y aunque no expresa con claridad y precisión la conducta, la esencia de la prohibición se encuentra visible, por tanto , parece que solo es necesario conciliar una de las funciones que cumple el tipo penal, aquella que refiere el “diálogo motivacional” que existe entre el Estado y los ciudadanos, añadiendo un proceso interpretativo que obliga a desarrollar el proceso psíquico de motivación en el fuero interno de la persona para comprender y decidir por la no infracción de la norma de prohibición o de la norma de mandato, implícitos el tipo penal como norma primaria, las normas penales abiertas se encuentran condicionadas a cumplir efectivamente con este proceso motivacional porque el precepto o supuesto de hecho legal, ha sido conocido por el ciudadano.

No obstante, la obtención de criterios que permitan asegurar el conocimiento de la norma primaria, dentro de ciertos límites o dentro del sentido del lenguaje de la ley, se encuentra en función de las siguientes características de las normas penales abiertas:

a) Solo son normas penales abiertas aquellas que tipifican delitos, por lo que se encuentran fuera de análisis las normas penales de la parte general, cuyo

carácter orientador y complementario tienen una estructura diferente.

b) La norma penal solo es abierta cuando la descripción de la conducta en supuesto de hecho legal genera duda e imprecisión de la conducta punible en su faceta descriptiva, es decir, no es clara ni inequívoca, sin embargo se asume que tiene el núcleo esencial de la prohibición o mandato.

c) La norma penal abierta, al igual que cualquier otra norma penal, exige un proceso interpretativo para determinar los elementos de contenido indeterminado, con la finalidad de lograr el mayor grado de exigencia y certeza típica.

d) La configuración de una norma penal abierta, no presenta dificultades de estructura completa, porque su configuración ya permite conocer la prohibición o el mandato, que a diferencia de las normas penales en blanco cuya configuración es aparentemente incompleta, el precepto no se encuentra en la misma norma penal, sino que se requiere de una disposición complementaria para que se precise la prohibición o el mandato, los tipos penales abiertos no requieren reenvío ni genérico ni específico.

Planteadas estas características, se pueden alternar soluciones adecuadas que despejen su incompatibilidad constitucional, rescatando la realización de procesos de interpretación permitidos, como el que se realiza con toda norma penal, por más clara que ella sea, y apartando la discrecionalidad o arbitrariedad sin razonamiento lógico del juzgador para lograr obtener conceptos que permitan asegurar el conocimiento de la norma primaria, dentro de ciertos límites o dentro del sentido del lenguaje de la ley.

En el XIX Congreso Internacional de Derecho Penal,³⁴⁰ se ha determinado que en el siglo XXI la vida de las personas está fuertemente influenciada y determinada por las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), así como por las oportunidades y riesgos que ofrecen la sociedad de la información y el ciberespacio y que, por lo tanto, los delitos en estos ámbitos afectan a

³⁴⁰ En el XIX Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en Rio de Janeiro del 31 agosto al 6 de septiembre de 2014, se trató el Tema: “*Sociedad de la Información y Derecho Penal*”

importantes bienes jurídicos personales y colectivos; ha definido a las redes TIC como aquellos sistemas que hacen posible la adquisición, procesamiento, almacenamiento y difusión de información sonora, visual, textual y numérica a través de redes informáticas y de telecomunicaciones y el ciberespacio como un espacio de comunicación llevada a cabo con la ayuda de tales redes TIC. En dicho Congreso, considerando la complejidad del tratamiento de las TIC y la importancia de los cambios generados en las realidades social, cultural, económica y jurídica, se ha planteado nuevos retos a los sistemas de justicia penales, tanto nacionales como transnacionales, en el ámbito de la prevención, investigación y persecución de los delitos en general, y de los delitos que se enmarcan dentro de la cibercriminalidad en particular.

La base para tal tratamiento no ha perdido de vista, que incluso en estas realidades tan complejas, donde la realidad es superada por la virtualidad, la tipificación también debe encontrarse de acuerdo con el principio de legalidad de los delitos y de las penas, obligando a la ley a “emplear términos que definan la conducta prohibida en términos funcionales de la manera más precisa posible y que los tribunales no deben ampliar los términos de las prohibiciones penales más allá de su sentido usual”. Tal ha sido la Declaración del Congreso Penal.

Entonces, es fácil colegir que la definición de la conducta prohibida, en términos funcionales, y de la manera más precisa posible, sienta las bases para establecer criterios con fundamento en la regulación de los deberes jurídicos, constituyéndose en un adelanto para considerar “funcionalmente” algunos requisitos para construir normas penales abiertas, demostrándose que en el derecho comparado existen las mismas preocupaciones dogmáticas y principistas formuladas dentro de los principios del Estado de Derecho, cuando se exige que la ley emplee términos que definan la conducta prohibida en términos funcionales, o sea pautas abiertas eficaces, prácticas y utilitarias, lo que obliga a considerar su admisibilidad pero no solo como un problema técnico, sino también como un problema de interpretación de la norma jurídica penal.

Los requisitos de funcionalidad que definan la conducta prohibida de las normas penales abiertas, no son los mismos que se advierten en las normas penales incompletas, aunque si se caracterizan por tener una imperfección, pero no en el sentido que no posean precepto o sanción, no en el sentido de que no posean la prohibición o el mandato, como ocurre con las normas penales en blanco, donde el precepto se encuentra determinado por otra norma jurídica distinta que puede ser otra norma jurídica de la misma jerarquía u otra norma jurídica de menor jerarquía.

2. LA CONCILIACIÓN DE LA NORMA PENAL ABIERTA CON EL PRINCIPIO “NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE CERTA”.

Tomando en cuenta la estructura de la norma jurídica penal, es decir, el supuesto de hecho o precepto y la sanción o consecuencia jurídica, es posible hallar un razonamiento para entender la problemática y la solución de las normas penales abiertas pero completas, y si a veces los tipos penales no consagran con grados de taxatividad la descripción de una conducta activa u omisiva por la utilización de términos y conceptos aparentemente indeterminados, esto las convierte en abiertas a diferencia de los otros tipos penales que son mucho más claros y taxativos, sin embargo, esto no significa que el legislador haya utilizado un lenguaje sin significado, sino que debe ser interpretado constitucionalmente sin lesionar la norma primaria, por tanto, el problema no se relaciona directamente con el precepto, sino con el lenguaje, la expresión, el concepto o el enunciado utilizados en el supuesto de hecho.

Por tanto, la norma penal abierta, no se presenta como un problema relativo a la constitucionalidad de su origen, vigencia temporal o carácter formal y escrito, es decir como una infracción al “nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, stricta y scripta”, sino que las dificultades aparecen con la “lex certa”, esto es, cuando el legislador ha comprometido un lenguaje que merece una interpretación para comprender completamente la conducta prohibida o el sentido del lenguaje de la norma penal.

Al progresar el desarrollo dogmático de la tipicidad y la vertiente del “nullum

crimen, *nulla poena sine lege stricta*”, la exigencia de claridad de los tipos generaba ya el problema de las normas penales abiertas a la interpretación discrecional, porque se creó la responsabilidad de establecer el supuesto de hecho con claridad, aun cuando el precepto se encontraba en la misma norma penal.

Con seguridad, habida cuenta del desarrollo de la dogmática penal y la clasificación de los tipos penales, estos últimos acceden a determinados procesos interpretativos que no se vinculan con ningún otro cuerpo normativo extrapenal, como ocurre con las leyes penales en blanco, sino que la búsqueda de claridad en el supuesto de hecho, atiende procesos interpretativos que limpian la duda inicialmente existente en el tipo penal abierto, sin que constituyan violaciones al principio de legalidad.

Si hay un problema en relación al supuesto de hecho, éste se encontraría en el caso de que la norma penal no tenga posibilidad de ser interpretada, es decir, que no existan alternativas de interpretación que definan con claridad meridiana la descripción de las conductas, por eso es que el “*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*”, más allá de formularse como una garantía que pide además una estricta adecuación típica, supone comprensión de la conducta prohibida integrando procesos de interpretación ajustados a reglas para justificar la comprensión de la norma primaria y viabilizar una conducta típica, de este modo, el tipo penal ya interpretado, sin perjuicio de haberse determinado el imperativo categórico de prohibición o mandato, cumple exactamente las mismas funciones que los otros tipos penales, sobre todo en su significación y proyección hacia el fundamento de la antijuridicidad y como referencia para el juicio de reproche de la culpabilidad al no haberse motivado el autor de un injusto penal con las normas de prohibición o de mandato, por eso lo relevante no es el cumplimiento formal del “*nullum crimen nulla poena sine lege certa*” sino la vigencia del principio de tipicidad, contribuyendo a la seguridad jurídica. No existe ningún criterio doctrinal válido que deslegitime de manera absoluta la norma penal abierta, sin embargo, el denominador común para el problema de

la tipificación es la utilización de términos más comunes que técnicos, más aun cuando dichas normas penales tienen como destinatarios a las personas, por eso es que el proceso de tipificación debe ser alimentado con la interpretación regulada de las normas penales, bajo la convicción de los legisladores de apartar la discrecionalidad y el arbitrio del juzgador a la hora de subsumir la conducta en el tipo, proceso interpretativo cuyas reglas básicas no pueden sustraerse tampoco de la dogmática jurídica penal.

No existe por tanto, riesgo para el “nullum crimen, nulla poena sine lege certa”, principio que tiene un significado independiente frente a los requisitos impuestos por el “nullum crimen, nulla poena sine lege stricta” para cumplir con la tipificación legislativa. En efecto, ningún sector de la doctrina penal que considere las normas penales abiertas, invocan la lesión a la “lege scripta” si la “lege stricta” permite determinar la tipificación resultante.

Sin embargo, su utilización puede ser distorsionada gravemente en un Estado Constitucional de Derecho, en el que los legisladores impulsados por dinámica de gobierno, las políticas públicas, las demandas de mayor seguridad ciudadana y una “lucha frontal contra la criminalidad”, pueden permitirse políticas penales antes que políticas criminales, dejando convenientemente en manos del Juez un sesgo de interpretación muy amplio y peligroso al permitirles discrecionalidad o arbitrariedad al extender los alcances de la norma penal, más allá del sentido del lenguaje de la ley. La única forma para evitar este peligro es que los procesos de interpretación no sean aleatorios o caóticos, sino al contrario, formalmente establecidos y materialmente regulados y considerados ante la eventualidad de la aparición de una norma penal abierta, situación no similar con las leyes penales en blanco, donde los alcances de la norma de complemento se extienden hacia un tercero que no es el Juez, ni el propio legislador, sino el Poder Ejecutivo quien competencialmente desarrollará su facultad reglamentaria, asumiendo una potestad legislativa que no le corresponde y generando un entremezclamiento de las funciones legislativas y las funciones ejecutivas en la construcción de la norma penal en blanco,

advirtiéndose un daño a la virtualidad estructural y funcional de la tripartición de poderes, situación que no ocurre con las normas penales abiertas.

Es posible que en la evolución de la dogmática penal, a partir de la segunda mitad del siglo XX, las normas penales abiertas más ambiguas hayan surgido para la tipificación de hechos punibles vinculados a situaciones sociales imprecisas o insignificantes, pero por la complejidad de la vida contemporánea, especialmente en los países desarrollados o subdesarrollados, las normas penales abiertas trajeron consigo cierto grado de simplicidad para regular muchos campos de actividad humana que no podían ser específicamente identificados, detallados o precisados, tales como el orden público, la seguridad común o el interés público.

La norma penal es cambiante y reconoce una gradual importancia a los intereses sociales o colectivos que resultan comprometidos en el desarrollo humano, por tanto, reconoce al mismo tiempo una gravedad mayor a la infracción de las regulaciones jurídicas diarias, cuyos mecanismos de compensación posiblemente han identificado a las normas penales abiertas como una solución para resolver problemas de tipicidad de manera más cercana a la interpretación del juzgador, para que éste pueda encontrar fácilmente la prohibición o el mandato mediante regulaciones interpretativas más técnicas y no por ello mismo, menos pluralistas para adoptar decisiones con más ecuanimidad o prudencia, conforme al principio democrático del Estado Constitucional de Derecho, al sistema de valores y los principios vigentes en el mismo. Esto ciertamente representa la materialización de la voluntad jurídica y política del constituyente.

Por esa razón, las normas penales abiertas van en aumento en todas las legislaciones, pero ya no se tratan de normas penales que incriminan conductas sin mucha significación social, al contrario, los nuevos tipos penales abiertos intentan describir hechos graves para bienes jurídicos colectivos o individuales más importantes, originando que en gran parte, los tipos penales abiertos se refieran a las conductas propias de las clases socioeconómicas más altas,

como los delitos contra la corrupción pública, los delitos económicos, los delitos contra el medio ambiente, etc., razón por la que en la práctica y en la doctrina, los tipos penales abiertos han sido cuestionados porque afectaban a quienes podían brindarse una defensa más eficiente empleado argumentos más consistentes para excluir la tipicidad por la “ambigüedad” o la incertidumbre que traían consigo algunos términos o conceptos en la norma penal abierta.

Sin embargo, hay que reconocer que en un Estado Constitucional de Derecho en el que se pretende la tutela efectiva de los bienes jurídicos, los tipos penales abiertos, como punto de partida constituyen defectos “subsanales” sin atentar contra el origen de su constitucionalidad, ni el principio de legalidad de los delitos en su vertiente de ley previa o escrita, y por lo mismo, no pueden prescindirse de ellas si no es por su inconstitucionalidad, por tanto, también es justo adoptar medidas de carácter constitucional para disminuir los riesgos de inseguridad jurídica que pudiesen generar las normas penales abiertas, medidas cuya naturaleza indudablemente tienen que estar vinculadas a procesos de interpretación razonables en el proceso de criminalización primaria, para ser utilizados por el mismo juzgador y los operadores en la criminalización secundaria, sin que se acepte un “reenvío” a las facultades del legislador para realizar una interpretación auténtica, lo cual no sería prudente, aun cuando se rodee de mayor exigencia de precisión posible conforme a la interpretación según su origen.

Limitarnos a poner en duda la constitucionalidad de la norma penal abierta, no desecha a posibilidad de su aceptación como necesidad social para aceptarla, obligando a la jurisprudencia penal a que se la considere a condición de que exista la posibilidad, de que la misma ley establezca cánones de regulación interpretativa con suficiente especificidad para determinar el contenido y los límites de la interpretación no legislativa del sentido del lenguaje de la norma penal, cuando realmente rebase los procesos de interpretación a los que se ligan los operadores de justicia cuando se encuentran frente a una norma penal abierta.

El principio de reserva de la ley y el principio de legalidad se mantienen incólumes, pero tampoco se concede carta blanca a la interpretación judicial, sino que la base de la norma penal abierta, por lo menos con sentido de racionalidad, tiene que expresar una enunciación genérica de la conducta y del deber jurídico general que reporte la prohibición o el mandato, mediante la descripción de la conducta punible, concediendo únicamente a la instancia judicial la facultad de interpretar aspectos literales o conceptuales que puedan ser objeto de ambigüedad o imprecisión, siempre y cuando el sentido de racionalidad que rodee a la interpretación sea en función de los disensos o argumentos de quienes se expresan con pretensiones jurídicas, punitivas o tuitivas, dentro del proceso penal, con relación a los detalles descriptivos de la enunciación genérica de la conducta.

Sin embargo, la opinión sobre que el principio de "reserva absoluta" de la ley impediría la alternativa interpretativa dispuesta en la ley penal, tampoco sería contraria a la Constitución", porque existiría una autorización legislativa, más o menos parecida a la cláusulas de analogía dispuestas por el propio legislador, que legítimamente serían formas de concesión al Órgano Judicial, para que las normas penales abiertas, también sean objeto de aplicación de la jurisprudencia.

3. LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA NORMA PENAL.

No corresponde realizar un análisis de los elementos que constituyen piedra fundamental de la independencia judicial en el acto de administrar justicia, ni tampoco, referirnos a la imparcialidad del juzgador; lo que si corresponde analizar es la labor abstracta de pensamiento crítico que compromete la interpretación jurídica de la norma penal cuando el juzgador debe desarrollar y concretar la tipicidad para acreditar el injusto penal

Jescheck señalaba que el contenido político de la ley penal se transforma con la interpretación en la praxis de la aplicación del Derecho, afirma que una interpretación fiel a la ley debe garantizar que las decisiones judiciales

permanezcan subordinadas a la voluntad común manifestadas a través de órgano representante del pueblo.³⁴¹

La interpretación es evidentemente una forma de abstracción humana sobre la norma penal que un juez lleva adelante, más propiamente con el tipo penal y de esa actividad intelectual del juez, nace su vinculación con la ley en la premisa de ser no solo un aplicador de la norma por la norma, sino un garante en la protección de los derechos y garantías fundamentales y en la consecución de las finalidades de tutela penal, ello le permitirá vincularse efectivamente a los principios del Estado Constitucional de Derecho.

De las diversas formas de interpretación de la ley penal, como la interpretación por su origen o según el sujeto que efectúa la interpretación, la interpretación según el medio o métodos que se emplean para la interpretación, o la interpretación según los resultados que con la interpretación se alcanzan, la interpretación jurisprudencial, la interpretación gramatical y la interpretación teleológica son las formas de interpretación que tienen preponderancia para aproximar la constitucionalidad de las normas penales abiertas.

La interpretación jurisprudencial o judicial, como forma o método de interpretación, es la interpretación de la norma jurídica que realizan los jueces al resolver los casos que se les presentan, procesarán la argumentación y luego aplicarán la norma jurídica, es decir, al dictar autos, sentencias, resoluciones, de ahí que esa forma de resolución de conflictos jurídicos, en sentido amplio, se denomina jurisprudencia porque hace referencia a las decisiones o fallos de jueces y tribunales y en sentido estricto, la jurisprudencia se refiere a los pronunciamientos o fallos judiciales del Tribunal Supremo de Justicia que en nuestro sistema procesal penal acusatorio tiene fuerza obligatoria y vinculante.

En la jurisprudencia generada en todas las ramas del derecho y en el sistema procesal inquisitivo mixto de 1973 vigente hasta el 2001, a diferencia de la interpretación auténtica, la interpretación judicial no tiene voluntad generalizadora, se trata de la aplicación al caso concreto, no existe una

³⁴¹ JESCHECK, Hans Heinrich. Ob. Cit. Pág. 204.

vinculación de las decisiones judiciales de unos tribunales respecto a otros, (igual ocurre en otros ámbitos del derecho) sin embargo, es verdad que los jueces y tribunales actuales, apuntan en sus fallos la jurisprudencia actual sin apartarse de ella, funcionando como un verdadero mecanismo de interpretación judicial uniforme, aunque no es obligatorio, ni generalizador, como ocurre con el Derecho anglosajón, basado fundamentalmente en el precedente judicial.

Con el sistema procesal acusatorio actual vigente con la Ley 1970, la interpretación judicial tiene una voluntad generalizadora, cuando a nivel del Tribunal Supremo de Justicia, emerge la doctrina legal aplicable, como resultado de los recursos de casación, esta interpretación ha generado la obligación de aplicar la doctrina penal del Tribunal Supremo de Justicia.

En la práctica, la interpretación judicial ejerce un papel trascendental sobre el sentido y alcance que a la norma jurídica van a dar el resto de los tribunales en el futuro: esto nos obliga a afirmar que la interpretación judicial es de capital importancia práctica, pues los tribunales inferiores acatan las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, para orientarse y unificar criterios interpretativos. Es en el mismo sentido de la interpretación constitucional cuando se refiere a la voluntad del soberano, El efecto jurídico de los principios, principalmente como criterios de interpretación, es incuestionable y, en determinadas ocasiones se hace referencia expresa a ellos al determinar el razonamiento vinculante de los tribunales constitucionales con base en el tenor literal del texto, o en la Constitución en su integralidad.³⁴²

La interpretación judicial o jurisprudencial, no ha generado en el pensamiento jurídico penal, un dilema o una discusión relevante sobre las normas penales abiertas o leyes penales abiertas cuando se empieza el desarrollo de un

³⁴² Art. 196.II Constitución boliviana de 2009: “En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto”; art. 427 Constitución ecuatoriana de 2008: “Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional”.

proceso de interpretación jurídica de los tipos penales abiertos, pues conforme a la doctrina penal dominante, se afirma que las normas penales abiertas son contrarias al principio de legalidad de los delitos y de las penas en su vertiente de taxatividad. Sin embargo, una afirmación tan concluyente como la anterior, no permitiría el desarrollo de las ciencias penales, más aun en una época globalizada y de desarrollo donde se buscan mejorar los mecanismos de tutela penal en función de los intereses de la sociedad, porque las nuevas condiciones imperantes en una sociedad que no detienen su desarrollo científico, tecnológico, industrial y económico y sus nuevas formas de criminalidad, incorporan la nota de relativismo a la vigencia 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.³⁴³ Su importante relevancia práctica, nos obliga a concluir que si los principios del Derecho penal se formularan de modo absoluto, también tendríamos que reconocer su violación cotidiana, tal y como ocurre con las normas penales en blanco forzándonos a admitir la relatividad del principio de legalidad y su aproximación a la admisibilidad constitucional.

Efectivamente, las normas penales abiertas, posiblemente también presentan las condiciones adecuadas para su admisión, a través de exigencias de procesos de interpretación jurídica que por sí mismos son también complejos cuando tienen que enfrentar términos o conceptos ambiguos o imprecisos inicialmente, por ello si se acude a la semiología, a la exégesis o la semántica de la palabra o término, sus contenidos pueden alcanzar la taxatividad constitucional con la finalidad de mantener vigente la tutela de algunos bienes o intereses sociales o individuales jurídica y constitucionalmente relevantes, a través de exigencias de procesos de interpretación jurídica que por sí mismos son también complejos, pero que pueden definir el alcance que tienen las normas penales abiertas para que el legislador pueda realizar a futuro una adecuada labor de tipificación de conductas.

³⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. DERECHO PENAL. Parte general. Ob. Cit. Pág. 104.

De esa complejidad y a veces del surgimiento de los problemas de vulneración de la taxatividad exigida a las leyes penales, es posible que la interpretación jurídica jurisprudencial nos permita comprender la norma primaria de las normas penales abiertas, sin rebasar los contornos del principio de legalidad penal, sin embargo, la interpretación de la norma penal abierta no significa otorgarle un sentido diferente o el verdadero sentido a la norma jurídica penal, sino que la interpretación de la norma penal abierta buscará en este caso el verdadero sentido del término, concepto o palabra que se presenta con cierta ambigüedad o con algún grado de imprecisión o indeterminación, por tanto, no se trata de dotar del verdadero sentido a la norma jurídica penal en su totalidad, sino solo a una parte de ese elemento objetivo que puede encubrir la razón de ser del tipo penal, la protección efectiva del bien jurídico, por tanto, está claro que no se busca encontrar la “verdadera” intención del legislador, o saber lo que quiso decir el legislador, porque lo que quiso decir se encuentra en el tipo objetivo y no existe interpretación auténtica que realizar.

Buscando la claridad conceptual de los elementos objetivos del tipo penal, ciertamente parece una herejía admitir las normas penales abiertas, sin embargo, la ideología jurídica con base constitucional con la que se puede dotar la interpretación jurídica jurisdiccional, aunque pueda ser intelectualmente cuestionada, nos aproxima a la admisión constitucional de la norma penal abierta, donde sus presupuestos básicos nos permitan concebir el ejercicio de la función jurisdiccional no como una labor mecánica, sino como una labor engranada en los principios del Estado Constitucional de Derecho, es decir, protectora de los bienes jurídicos, pero al mismo tiempo respetuosa de los derechos fundamentales, por lo que la aplicación del derecho mediante un puro silogismo jurídico y a un nivel de abstracción de la ley no podría sacrificar la finalidad de la función jurisdiccional penal, la obtención de un determinado grado confiabilidad en la tipicidad en virtud de la certeza jurídica que trae consigo a “lex certa”.

Como se ha referido en otro capítulo, la vinculación del juez a la ley penal, tiene particularmente algunas características que se originan en el ideario del pensamiento ilustrado, sin cuya referencia no se podría justificar una labor de interpretación judicial. La importancia del siglo XVIII como el fin de la época absolutista del poder, tiene su significación cuando se inaugura otra época con la Revolución Francesa de 1789 dando nacimiento al Estado moderno y al Derecho penal propiamente con la voluntad política de los hombres que legitiman la ley penal con los niveles de racionalidad ausentes en la época absolutista, pero también permiten que el Juez penal al atender su función jurisdiccional penal, atienda racionalmente la tipicidad con determinadas formas de interpretación y argumentación jurídica.

Por eso se ha dicho que toda norma jurídica penal necesita ser interpretada, hasta la norma más sencilla merece ser interpretada para ser entendida, para comprender el contenido y alcance de cada norma jurídica, su sentido, “incluso en casos de "claro tenor literal", pues el sentido-jurídico de un precepto legal puede ser distinto a lo que el normal entendimiento deduce del texto literal aparentemente claro”,³⁴⁴por eso decía Eugenio Cuello Calón, que el Juez al aplicar la ley al caso concreto, ha de averiguar su sentido y finalidad, ha de interpretarla, entenderla. Como la aplicación de la ley penal al caso concreto es un proceso de subsunción, esto supone que previamente hay que realizar una interpretación y la interpretación es una actividad intelectual por la que se busca el sentido y alcance de las expresiones utilizadas por la norma jurídica penal, con el fin de entender el supuesto de hecho legal contenido en ella, con la finalidad de aplicarlo al supuesto de hecho factico de la realidad, en el caso penal que se plantea. La labor del penalista es averiguar el sentido y alcance de la norma jurídica penal, por tanto la interpretación no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para la aplicación de la norma jurídica penal a los casos concretos de la vida real.

³⁴⁴ JESCHECK, Hans Heinrich. Ob. Cit. Pág. 208.

La doctrina dominante se inclina por la llamada teoría objetiva de la interpretación consistente, en lo fundamental, en desentrañar el sentido objetivo que tiene la norma en la actualidad. En contraposición a la propuesta anterior, encontramos la denominada teoría subjetiva de la interpretación, referida a la voluntad del legislador histórico.

Jescheck señalaba que “El contenido político de la ley penal se transforma con la interpretación en la praxis de la aplicación del Derecho. Una interpretación fiel a la ley debe garantizar que las decisiones judiciales permanezcan subordinadas a la voluntad común manifestada a través del órgano representante del pueblo. Tanto la seguridad jurídica como la igualdad de todos ante la ley exigen la vinculación del juez a preceptos, cuyo contenido lógico pueda conocerse objetivamente con el empleo de reglas de interpretación reconocidas y que, de acuerdo con ello, puedan aplicarse de la misma manera a casos similares”³⁴⁵

La labor de interpretación es fundamentalmente subjetiva y constituye un problema técnico y práctico, debido a que de la interpretación deriva la individualización de la ley. Toda aplicación de la norma jurídico penal, supone una interpretación, comparando el hecho real o la conducta con el tipo penal contenido en el supuesto de hecho de la norma jurídica penal, a momento de imputar, acusar o dictar una sentencia penal (realización del juicio lógico y jurídico en la calificación), o simplemente a momento de realizar un comentario de la misma norma jurídica penal.

La ley más clara y precisa, también merece una interpretación, por tanto la función de la interpretación es determinar o fijar el sentido que ha de darse al lenguaje de la ley, es decir, que una vez que termina la interpretación literal o gramatical, comienza el trabajo de determinar el sentido del lenguaje de la ley. Con las diferencias señaladas entre la interpretación que busca el sentido del lenguaje de la ley frente a la intención de encontrar la voluntad de la ley (voluntas legis), o la búsqueda de la voluntad del legislador o el espíritu de la ley,

³⁴⁵ *Ibíd.* Pág. 204.

en el Derecho penal, no se busca la voluntad del legislador o el espíritu de la ley, por imperio del principio de legalidad de los delitos y de las penas, en su vertiente de ley estricta, porque sólo la interpretación producida bajo el principio de legalidad será una interpretación justificada, por esa razón esta proscrita la analogía penal, aunque no la interpretación analógica autorizada por la ley. Si el legislador establece como circunstancia atenuante análoga expresamente, entonces sería una cláusula análoga que posibilita una interpretación analógica. Los límites jurídicos de la interpretación se encuentran señalados por la misma Ley penal, en el principio de legalidad de los delitos y de las penas. En sentido estricto, no se puede ir más allá de lo que ella dispone, caso contrario se vulnera el principio de legalidad de los delitos y de las penas, porque el juzgador incurriría en analogía, generando una intromisión de las facultades judiciales en las funciones legislativas.

Se entiende como interpretación analógica, a la autorización expresa contenida en la ley penal o específicamente en una norma jurídica penal para considerar y tomar en cuenta circunstancias semejantes o hechos parecidos que los descritos en la ley penal. Se denominan también cláusulas legales de analogía, cuando estas aparecen en la ley como expresiones destinadas a extender el sentido de los términos o conceptos legales contenidos en la misma norma jurídica penal a supuestos similares. En otras palabras, se pretende extraer de instituciones semejantes, el verdadero sentido que debe atribuirse a la norma jurídica penal. Esta interpretación constituye un medio lícito de comprensión de la ley penal en el sentido de que un término o concepto o una expresión pueden ser interpretados por expresa autorización del propio texto penal conforme a la extensión otorgada a dicho concepto o término, para incluir casos semejantes. Se encuentra en la voluntad del legislador que la ley se aplique a situaciones análogas a las previstas, pero precisamente por estar en el pensamiento de la ley la aplicación de sus preceptos, beneficiosos o perjudiciales, no se trata de una propia o verdadera analogía, sino de una interpretación analógica que lejos de estar prohibida esta aceptada por la misma ley, por tanto aceptada por el

legislador. Por ejemplo el Art. 291 del Código penal boliviano, Reducción a la esclavitud o estado análogo³⁴⁶. El estado análogo reconocería toda forma de servidumbre o degradación de trabajo infrahumano que envilece la dignidad humana, es el caso de los obreros bolivianos explotados en el extranjero. En el Art. 169 Falso testimonio ³⁴⁷ cuando se utiliza la expresión “cualquier otro”, o en el Art. 326 Hurto,³⁴⁸ cuando se utiliza la expresión “otro instrumento semejante”. El riesgo con estas últimas es que pueden considerarse como normas penales abiertas.

Por tanto, la interpretación analógica si se encuentra autorizada por la misma ley, no está prohibido realizarla, tiene un contenido diferente a la analogía que consiste en la aplicación de una ley penal a un supuesto no previsto en ella, pero de similares características (análogos) a otro supuesto o hecho que si pertenece a su ámbito de aplicación o se encuentra en la ley penal; esto constituye una clara vulneración del principio de legalidad penal. La analogía supone una creación judicial del Derecho penal, es una forma de suplir o llenar los vacíos internos del ordenamiento jurídico penal; sin embargo, la analogía no es una forma de interpretación propiamente, sino una forma de aplicación de la ley.

Lo que la ley penal permite es una interpretación analógica, con cláusulas análogas que posibiliten la interpretación analógica.

Por ese sentido preventivo que cumple el tipo, es indudable que la conducta merecedora de una pena no puede basarse en la analogía, y menos la responsabilidad penal a determinarse por los jueces en base a casos similares o idénticos pero no previstos en la ley penal, tampoco puede basarse en la

³⁴⁶ El Art. 291 del Código penal boliviano, señala: Reducción a la esclavitud o estado análogo, El que redujera a una persona a esclavitud o estado análogo, será sancionado con privación de libertad de dos a ocho años.

³⁴⁷ El Art. 169 del Código penal boliviano establece: Falso testimonio. El testigo, perito o intérprete, traductor o cualquier otro que fuere interrogado en un proceso judicial o administrativo, que afirmare una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o parte de lo que supiere sobre el hecho o lo a éste concerniente, incurrirá en reclusión de uno a quince meses.

³⁴⁸ El Art. 326 del Código penal boliviano señala: Hurto, El que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble ajena, incurrirá en reclusión de un mes a tres años. La pena será de reclusión de tres meses a cinco años en casos especialmente graves. Por regla un caso se considera especialmente grave cuando el delito fuere cometido: 1) Con escalamiento o uso de ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante, para penetrar al lugar donde se halla la cosa, objeto de la sustracción.

descripción de conductas absolutamente indeterminadas, cuya imprecisión no solo ataca los elementos técnicos de la construcción del tipo penal, sino que sobre todo desnaturalizan y se pierden en la generalidad sin vínculo con el objeto de protección del tipo penal, las leyes penales indeterminadas absolutamente, por tanto son inconstitucionales.

En consecuencia, una ley penal debe interpretarse aun cuando la norma penal tenga un pasaje ambiguo, indeterminado, impreciso, porque si la descripción de la conducta tiene al menos un derrotero de interpretación o permita una interpretación para apreciar la conducta prohibida, aunque sea en principio indeterminada o imprecisa, tiene al menos un elemento de admisibilidad, al establecer genéricamente una prohibición general de comportamiento humano, dada la dificultad para precisar exactamente la conducta prohibida.

Esto es lo que sucede con las normas penales en blanco, en cuya estructura la norma de prohibición es genérica y no detalla específicamente la conducta prohibida, reenviando a otra norma jurídica para la averiguación de la conducta merecedora de la pena, en este reenvío a otro lugar de la misma ley o del ordenamiento jurídico, el juzgador averigua y completa la norma penal, así se da un proceso de vinculación del juez a la ley, cuya sujeción acrítica le permite resolver el conflicto normativo cuando no puede establecer el injusto penal a partir de la prohibición, permitiéndosele que el reenvío si le otorgue los elementos del injusto para la tipicidad de la conducta.

Por tanto, en la norma penal abierta, también se permite la comprensión de la conducta prohibida pero en el sentido de la interpretación a la que está obligado el juzgador, un sentido finalista para hacer efectiva la prevención general y la protección efectiva del bien jurídico, la norma penal abierta también requiere un mínimo de comprensión en la prohibición genérica aunque aparentemente o inicialmente aparezca como indeterminada, pero si la prohibición genérica vincula al juez a una interpretación en el sentido de protección del bien jurídico, es admisible. Esta es la aproximación a la base esencial de la admisibilidad constitucional de las normas penales abiertas.

Por lo expuesto anteriormente, hay que reconocer que existe una limitada vinculación de la valoración jurídica de la norma penal, que nos permite reconocer que dentro de ese marco, el legislador goza de libertad para distribuir diversos juicios valorativos que nos permiten al mismo apreciar, si se estima conveniente en relación a la protección del bien jurídico, juicios valorativos de los operadores de justicia para indagar sobre los elementos ambiguos que trae consigo una norma penal abierta, más aun si con la interpretación sistemática, se requiere contar en primer lugar con la literalidad de la ley para luego pasar a su sistematicidad, hasta llegar al fin de la norma jurídica penal (distintos grados posibles de argumentación propios de la lógica interpretativa).

Como se ha referido en el capítulo V del presente trabajo, la interpretación gramatical o lógica, es la forma más simple de interpretación a la que acude inicialmente el intérprete judicial penal, cuando analiza el lenguaje de la norma jurídica penal, sin embargo, el intérprete debe diferenciar el significado gramatical del significado técnico jurídico que representan, de acuerdo a la doctrina penal, los elementos normativos del tipo penal.

Si a esta forma primaria de interpretación basados en juicios de valor le añadimos una forma o un método de interpretación sistemática, entonces, a la secuencia metódica que considera en primer lugar la literalidad de la ley, se pasa luego a su sistematicidad, buscando el sentido de los términos legales a partir de su ubicación dentro de la ley y su relación con otros preceptos hasta llegar al fin de la norma jurídica penal, lo que permitirá evidenciar distintos grados posibles de argumentación propios de la lógica interpretativa. Las normas jurídicas penales bajo una interpretación sistemática, permitirán que se encuentre la cohesión y la coherencia del sentido de los términos legales utilizados en la norma jurídica penal, a partir de la ubicación de la norma jurídica penal en un grupo caracterizado por la clasificación de bienes jurídicos dentro de un título o capítulo, así se obtendrá la necesaria coherencia del ordenamiento jurídico, además porque el Código penal constituye un conjunto

de elementos ordenados y enlazados como un verdadero sistema jurídico, buscando establecer relaciones entre las instituciones penales, los bienes jurídicos y las categorías conceptuales con un grado de coherencia sistemática que permita evitar interpretaciones absurdas, ilógicas o irracionales, o como señala el profesor Luzón Peña, “los Códigos suelen constituir un todo orgánico y sistemático...las palabras y disposiciones legales están normalmente coordinadas entre sí e integradas en un sentido general, de lo que se deduce que puede y debe atribuirse un significado lógico a la utilización de un mismo concepto con un determinado sentido en otros preceptos , tanto más si se trata de preceptos próximos o integrados en una misma división (sección o capítulo) dentro de la ley, o a la situación de un precepto en el sistema general de una ley.”³⁴⁹

Las argumentaciones y razonamientos serán sistemáticos cuando buscando el sentido de los términos legales a partir de su ubicación dentro de la ley penal o del Código penal y su relación con otros preceptos, se podrá entender el delito descrito en la norma jurídica penal, por ejemplo, en el Código penal boliviano, el delito de violación dentro del Capítulo de delitos contra la libertad sexual, o el hurto dentro del Capítulo de delitos contra la propiedad, por tanto las normas jurídicas penales no se encuentran aisladas, sino que forman parte del sistema jurídico y normativo, lo que supone que su aplicación en algunos casos se encuentra en relación con diversos preceptos, así por ejemplo, el término servidor público en los delitos de corrupción pública, nos remite al propio texto legal, en el Art. 165 del Código penal

Por tanto, la interpretación gramatical o semántica, no se detiene en el tenor literal de las normas escritas, sino que busca una relación de los preceptos penales en orden a la sistematización de los mismos, muchas veces atendiendo la finalidad de la norma jurídica penal, es decir, el bien jurídico protegido.

Con la interpretación teleológica, se busca conocer la finalidad de la norma penal que luego tendrá una aplicación práctica en el caso penal para establecer

³⁴⁹ *Ibíd.* Pág. 168.

el desvalor de resultado, no se detiene en el tenor literal de las normas escritas, sino que el intérprete atenderá principalmente al bien jurídico protegido, la ratio legis, el bien jurídico tutelado. (Norma objetiva de valoración). Se trata de ver cuáles son los bienes jurídicos que se quieren proteger, lo que en definitiva permite decidir sobre cuáles son los supuestos a los que debe ser aplicada la norma jurídica penal, por ejemplo cuando en el Art. 147 del Código penal boliviano, se describe la conducta del funcionario público que admita dádivas o regalos ofrecidos en consideración de su función, con el precepto penal se pretende prohibir que se afecte el correcto funcionamiento de la administración pública, que tiene que ser adecuado, evitando que se corrompa cuando se genera predisposición, simpatía o alguna forma de ventaja por parte de los funcionarios que reciben dádivas o regalos, porque esto afectaría la imparcialidad de los mismos y el correcto desempeño de su función pública, en consecuencia, el correcto funcionamiento de la administración pública, entonces, la finalidad de la norma jurídica penal se considera cuando mediante el regalo se afecta el correcto desenvolvimiento de la función pública, lesionando el bien jurídico tutelado. Con la interpretación teleológica, se busca conocer la finalidad de la norma penal que luego tendrá una aplicación práctica en el caso penal para establecer el desvalor de resultado.

Sin embargo, esta forma de interpretación, no debe enmarcarse en los extremismos formalistas propios de algunos positivistas, porque como lo señala el profesor Mir Puig, lejos de ser esclavo de la letra de la ley, se busca siempre el espíritu que la inspira como buscaba Binding, esto se conoció como la teoría objetiva de la interpretación, Binding reclamaba la voluntad objetiva de la ley no la voluntad histórica del legislador, como objeto de la interpretación.³⁵⁰

Ahora bien, el resultado de una interpretación puede dar lugar a conceptualizaciones más amplias o más restringidas, ciertamente vinculadas a la discrecionalidad del intérprete, sin embargo, para evitar esta libertad en los criterios valorativos, el marco de referencia para la misma siempre será el

³⁵⁰ MIR PUIG, Santiago. Ob. Cit. Pág. 193.

principio de legalidad de los delitos y penas para no generar contradicciones, logrando obtener la comprensión de un ámbito más restrictivo a la norma penal en base al sentido común de los términos empleados, apropiados empírica y socialmente, pero respaldados en los fines y funciones del Estado y en los derechos y garantías constitucionales, de modo tal que a los términos gramaticales se les puede atribuir un significado restrictivo, limitando el alcance y sentido de la norma penal en relación a las posibilidades gramaticales y otorgándose a las palabras del texto una función limitadora inferior a la que se desprendería del texto legal, según su finalidad objetiva, otorgando a la norma penal un ámbito más restrictivo que el que se desprende de la simple lectura, por tanto, según los resultados a los que se llega con la interpretación, pueden extenderse o restringirse los términos o conceptos interpretados gramatical y sistemáticamente. Diego Manuel Luzón Peña señala que "...habría que obrar siempre por la interpretación restrictiva de la responsabilidad criminal y por tanto más favorable para el reo...en virtud de la máxima "odiosa sunt restringenda, favorabilia sunt amplianda", "las normas desfavorables deben restringirse (en su aplicación), las favorables deben ampliarse".³⁵¹

En ese sentido, no existe ningún inconveniente si la interpretación de la norma jurídica penal se encuentra en perfecta correspondencia con la letra de la ley, en base al lenguaje común, es decir, alcanzando un sentido equivalente al que se produciría de una simple lectura literal, una interpretación del texto conforme a su significación, logrando que el texto de la norma jurídica penal se corresponda exactamente con su sentido, por lo que las palabras de la ley dicen lo que la ley quería y debía decir, de modo que el intérprete no precisa ni puede ampliar o restringir el alcance literal, porque implicaría crear una norma distinta. Cuando no es posible lograr aquella correspondencia, viene la interpretación restrictiva, mediante la cual se otorga un ámbito más restrictivo a la norma penal en base al sentido común de los términos empleados, en este caso se

³⁵¹ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Ob. Cit. Pág. 174.

atribuye a los términos gramaticales un significado restrictivo, o se limita el alcance y sentido de la norma jurídica penal en relación a las posibilidades gramaticales, otorgándose a las palabras del texto una función limitadora inferior a la que se desprendería del texto legal.

El intérprete limita gramaticalmente el alcance de la norma penal a los casos que en verdad deben quedar comprendidos en la norma jurídica según su finalidad objetiva, por ejemplo volviendo al Art. 147 del Código penal boliviano, Beneficios en razón del cargo, se debe realizar una interpretación restrictiva del término “regalo”, sólo a los económicamente relevantes por el alcance de la antijuridicidad material, excluyéndose aquellos que no tienen la suficiente entidad como para ser considerados “regalos” y menos que afecten o dañen bienes jurídicos como la imparcialidad o el correcto desenvolvimiento de la administración pública para acreditar el desvalor de resultado, por ejemplo, unas flores, un lápiz, un bolígrafo, etc.

Frente a la interpretación restrictiva se contraponen la interpretación extensiva, también en función de la interpretación gramatical, la extensiva pretende una aplicación más amplia de la norma jurídica penal, hasta donde lo consienta el sentido literal de la misma, en este caso, hay que atribuir a las palabras un significado que rebasa su más amplia acepción, se atribuye al precepto un resultado más amplio, se otorga a los términos empleados un significado más extenso que el estrictamente gramatical, la interpretación extensiva incluye el máximo de acepciones permitidas por su tenor literal, pero sin rebasarlo para que pueda ser respetuosa con el principio de legalidad. Se debe tomar en cuenta la posibilidad real de ampliación que la letra de la norma penal le permita, lo que nunca debe sobrepasar, bajo pena de dejar de hacer interpretación para caer en terrenos propios de la analogía. Si la interpretación se extiende más allá de las acepciones posibles del término legal, de su sentido literal, estaría permitiendo su aplicación a supuestos no contenidos en el precepto y por tanto incurriendo en analogía prohibida, por ejemplo un estudiante de 5to curso o egresado, que trabaja como pasante o asistente de

abogado, no le sería aplicable el delito de consorcio de jueces, fiscales, policías y abogados previsto en el Art. 174 del Código Penal boliviano, el estudiante de derecho, aunque sea egresado de la Carrera de Derecho, no se incluye en ninguna de las acepciones posibles del término abogado o Juez, incluso aunque haya accedido a cualquiera de las modalidades de graduación como la defensa de tesis o el examen de grado o el trabajo dirigido o el egreso por excelencia, en cambio si puede aplicarse al abogado con título en provisión nacional, pero no al que tiene solo el diploma académico y que todavía no se encuentra inscrito en el Colegio de Abogados o en el Ministerio de Justicia, como requisito para el ejercicio de la profesión interpretando el término abogado en su acepción más amplia (determinando si es perjudicial o beneficiosa la interpretación extensiva). Otro ejemplo, como antes no había delitos de narcotráfico, las conductas referidas al tráfico de sustancias controladas se relacionaban con los delitos contra la salud, por tanto, aparentemente había una interpretación extensiva de éstos últimos, sin embargo era analogía, perjudicial y atentatorio al principio de legalidad de los delitos y de las penas.

El límite de esta interpretación se encuentra en la analogía y en el principio de legalidad penal, en su vertiente de ley estricta y su consecuencia jurídica la prohibición de la analogía, entonces trata de fijar los contornos máximos a los que puede llegar un texto legal, por tanto en la interpretación extensiva hay un texto legal concreto para el caso, solo se le da mayor amplitud interpretativa al término, en la analogía no hay precepto para el caso concreto, no es interpretación, es creación de ley cuando se aplica o resuelve una conducta o un hecho no previsto en la ley penal, pero parecido o semejante a otro hecho si previsto en la ley, por tanto, la interpretación extensiva no debe ir más allá del texto porque se corre el riesgo de vulnerar el principio de legalidad, incurriendo en analogía.

4. LA CONDICIONES INTERPRETATIVAS PARA LA ADMISIBILIDAD CONSTITUCIONAL DE LAS NORMAS PENALES ABIERTAS.

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 párrafo II del Art. 116 de la Constitución boliviana, al determinarse que “Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible”, la Constitución ha asegurado la ley previa que defina el delito y fije la pena y al mismo tiempo ha proclamado conjuntamente con el Art. 123 constitucional, el principio de la prohibición de retroactividad de la ley penal y el principio de favorabilidad de la misma, 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 señala: “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”. Es clara la vigencia del “*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta, stricta y certa*”, sin embargo, no existe una disposición constitucional clara con respecto a la prohibición de normas penales abiertas, no obstante, la Constitución en el párrafo II del Art. 116 hace referencia sólo a la ley para definir delitos y concretar la sanción, por lo que su interpretación debe completarse dogmáticamente para justificar o no la inconstitucionalidad de las normas penales abiertas, incluso para las normas penales en blanco, sin embargo, en la práctica y con el Código Penal, existen normas penales abiertas cuando no cláusulas penales analógicas, que permiten un proceso interpretativo para definir el sentido del lenguaje de la ley y la tipicidad, incluso, cuando se trata de los elementos constitutivos normativos del tipo penal, que señalan valoraciones jurídicas, sociales o científicas, que deben ser interpretadas y por eso mismo se han constituido en una necesidad real práctica de la que el operador jurídico no puede sustraerse y más bien tiene el reto de considerar su conciliación con el principio de legalidad de los delitos y de las penas, atendiendo su importancia como descripción legislativa y su admisión constitucional a partir de reglas interpretativas claras, desde la gramática o su

según sus medios, bases sobre las cuales se puede tributar a la voluntad soberana del pueblo sobre el cual descansa el principio de legalidad de los delitos y de las penas, expresado constitucional y legislativamente.

La tendencia a aceptar su constitucionalidad y por tanto su validez y eficacia, presenta como una primera condición, que el tipo penal describa al menos la conducta incriminada o el supuesto de hecho y que solamente requiere de procesos de interpretación cuando se tienen conceptos o términos imprecisos o indeterminados para impedir la ambigüedad, para evitar el problema de la falta de taxatividad.

En torno a esa tendencia, la atribución concedida al legislador para que elabore leyes penales descansa no solo en la voluntad política y jurídica del constituyente sino en los principios y valores vigentes en un modelo constitucional denominado Estado Constitucional de Derecho, cuyo sistema ideológico y político, dentro de los cuales se encuentra la función otorgada al Estado para constituir una sociedad justa y armoniosa, constituye la aproximación constitucional a la admisibilidad de las normas penales abiertas, porque esos principios y valores son las bases para la construcción de la ley penal, incorporando su mayor eficacia y efectividad en la protección de los bienes jurídicos con relevancia constitucional y en el mensaje motivacional de respeto a esos bienes jurídicos.

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 fundado en la Constitución y luego reproducido en las leyes.

Las normas penales abiertas, obligan a realizar un estudio exegético del principio de legalidad de los delitos y de las penas, obligan a considerar los fundamentos del Estado Constitucional de Derecho, para que puedan tener vida y aplicación. Este relacionamiento con el Estado Constitucional de Derecho, involucra necesariamente, como se ha señalado en capítulos anteriores, el reconocimiento de un auténtico y legítimo poder constituyente como poder

social, para crear el ordenamiento jurídico a partir de la Constitución Política del Estado, y 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, al mismo tiempo como fuente del principio de legalidad, 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”; lo cual permite que finalmente, citando al jurista suizo Batel del siglo XVIII, “los legisladores que derivan su poder de la Constitución, no pueden cambiarla sin destruir los fundamentos de su autoridad”.³⁵²

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 fundado en la Constitución y luego reproducido en las leyes.

Las normas penales abiertas si tienen el conflicto con el principio de legalidad de los delitos, entonces tienen también un problema constitucional para ser admitidas legítimamente en el ordenamiento jurídico, y si bien ponen en duda la vigencia del principio de certeza o el “nullum crimen sine lege certa” o el principio de reserva de la ley penal o el “nullum crimen sine lege stricta”, parece inevitable afirmar que la exclusión total de ellas resulta prácticamente imposible, por lo menos atendiendo las dificultades técnicas del legislador, quien al encontrarse privado de generar tipos abiertos, es más riesgoso que deje en

³⁵² RECASENS SICHES, Luis. “ESTUDIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO”. Tomo I. Ob. Cit. Pág.287.

manos de un juez la interpretación discrecional del supuesto de hecho, generando un mayor peligro para las garantías derivadas del principio de legalidad.

Estamos frente a una situación en la que o renunciamos al principio de la “lege certa” y “lege stricta”, o por lo menos aceptamos que esos principios rigen parcialmente, porque en varios casos hay que prescindir de ellos, sin que esto signifique una limitación a la vigencia plena y democrática del Estado Constitucional de Derecho, porque siempre estaría vigente el “nullum crimen nulla poena sine lege” como uno de los presupuestos de su existencia.

Resignarse implicaría que debemos conceder atribuciones al Órgano Judicial, para que se encargue de interpretar la norma penal, para evitar el problema de la falta de tipicidad completa, pensando que la misma ley en sentido formal, sea la que se asegure de darle precisión o certidumbre al autorizar el proceso interpretativo, procedimiento que se integraría material y jerárquicamente en la ley penal, al permitir a la norma penal abierta alcanzar completamente el carácter de norma penal, con ellos se abre la posibilidad de la admisibilidad constitucional de la norma penal abierta, situación diferente y más compleja en las leyes penales en blanco, cuando está claro el rechazo doctrinal sobre la posibilidad de que un reglamento administrativo pueda operar como complemento, implicando una delegación en el poder administrador la facultad de crear delitos, lo que si desconocería el principio de legalidad. Por tanto existen mejores fundamentos para admitir la norma penal abierta cuando las posibilidades de precisión y certidumbre dependen de las reglas interpretativas dispuestas por el propio legislador conforme al carácter de la materia que se trate.

Las normas penales abiertas serían absoluta y totalmente inconstitucionales si no hubieran posibilidades interpretativas de carácter legislativo o no se delegaran estas funciones mediante cánones reguladores, a la facultad abierta de interpretación discrecional y circunstancial de los juzgadores, del mismo modo en que la ley de complemento en la norma penal en blanco opera como

expresión legislativa del Poder Legislativo, pues como refiere Creus, 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.³⁵³ En el mismo sentido solo las reglas interpretativas contenidas en una ley formal y que se acompañen a la norma penal abierta, pueden darle sentido de congruencia sin violar el principio de legalidad en su vertiente de “lex certa”.

Por tanto el rango legislativo que tienen las reglas interpretativas para una norma penal abierta, señala la posibilidad de encontrar en el funcionamiento del Órgano Legislativo, una base constitucional para tratar las normas penales abiertas, apartando un concepto estricto de la norma penal abierta al reservar a la interpretación la determinación del supuesto de hecho delictivo cuando existen términos ambiguos o indeterminados que incidan en la precisión de la conducta, se trata entonces de concebir un concepto amplio de la ley penal. Su admisibilidad y compatibilidad con el principio constitucional de legalidad, parte de que en materia penal rige la “reserva absoluta de la ley”, y no se infringe este principio si la expresión fijada en la ley, conforme a las atribuciones constitucionales del legislador, solo se somete a la interpretación del juez en las operaciones de subsunción y adecuación típica, aclarando de modo suficientemente determinado el supuesto de hecho delictivo, sin que el núcleo esencial de la acción prohibida se encuentre alterado por la interpretación judicial.

Por otro lado, existe la posibilidad de aceptar la compatibilidad de las normas penales abiertas con el principio de legalidad de los delitos y de las penas, cuando en la consagración y aplicación de aquellas se cumplen ciertas exigencias legislativas técnicas complementarias para aclarar términos o conceptos con el fin de garantizar el cumplimiento de las funciones políticas atribuidas al principio de legalidad, muy especialmente la función de garantía política. De esta manera el legislador, para evitar ser “reemplazado” por la voluntad judicial, puede abrir la posibilidad de recurrir a la propia ley aclaratoria

³⁵³ CREUS, Carlos. “DERECHO PENAL”. Parte general. Edit. Astrea, 4ª Edición. Buenos Aires 1999. Pág. 73.

cuando sea imprescindible para la comprensión e incriminación de ciertos hechos; pero al hacerlo deberá colocar determinados límites, porque como a todos los tribunales concierne la interpretación y aplicación de la norma en su conjunto, deberá incorporar elementos para precisar su contenido, sólo así podríamos conciliar las exigencias del principio de legalidad de los delitos y de las penas con las necesidades prácticas de la norma penal abierta y su carácter impreciso vinculados a determinados ámbitos de la realidad humana y social, a determinados contextos que se presentan como regulaciones extrapenales que el legislador se encargará de precisar de manera abstracta para la determinación del supuesto de hecho legal contenido en la norma jurídica penal.

5. ELEMENTOS DOGMÁTICOS PARA LA ADMISIBILIDAD DE LAS NORMAS PENALES ABIERTAS.

a. El principio de lesividad, límite a la potestad de configuración típica.

El principio de lesividad es el límite a la potestad de configuración típica que tiene el legislador penal basado en los instrumentos internacionales protectivos de derechos humanos y que constituyen la expresión de un sistema de garantías que la jurisprudencia constitucional de casi todos los países ha observado.

En el ámbito del Derecho penal, las regulaciones normativas tienen un referente constitucional cuando se trata de proteger bienes jurídicos de relevancia constitucional, y si bien el bloque de constitucionalidad no establece expresamente qué intereses jurídicos deben ser protegidos mediante normas penales, se debe considerar la importancia de los derechos atacados para criminalizar ciertas conductas, con un sentido de proporcionalidad que permita valorar la lesividad ocasionada con la conducta, es decir, se debe considerar la importancia del bien jurídico tutelado.

En el centro de estos dos principios de lesividad y de proporcionalidad, el legislador dispone de un amplio campo para ejercer su facultad de configuración normativa, es decir la potestad para definir delitos y fijar las

sanciones penales, y dentro de esa potestad, definir las modalidades de la conducta punible, las formas de la acción, las consecuencias de la acción, los elementos específicos de cada tipo penal o los elementos constitutivos del tipo penal, de carácter subjetivo, objetivo y normativo, el mínimo o el máximo de la pena, tareas en las que el legislador se encuentra con la posibilidad de emplear las más variadas técnicas legislativas propias de los procesos de criminalización primaria, adecuándose a las líneas de política criminal de prevención y represión de las conductas que considere más graves e intolerables para los bienes jurídicos más importantes.

No obstante, los propios preceptos constitucionales relacionados con el Derecho penal, sus principios y valores, condicionan y delimitan su utilización, por lo que el legislador no debería actuar irreflexivamente cuando crea delitos, el Derecho penal está constitucionalizado, porque la fijación de la pena para una conducta criminalizada solo puede ser utilizada para la defensa, protección y garantía de bienes jurídicos, vinculados directamente de manera directa o indirecta, a los derechos fundamentales, en cuyo alcance, el legislador también debe respetar la dignidad humana para no restringir arbitrariamente la libertad, de tal modo que la graduación de las penas y la criminalización de las conductas siempre estarán basados en los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, prohibiéndose el exceso al limitar innecesariamente la libertad y quebrantar la intervención mínima; así es como el legislador acomoda su función legislativa con la tipificación, obligándose a redactar o describir conductas típicas claras, específicas, precisas e inequívocas, apartando supuestos de hecho inciertos con predicados, verbos rectores y expresiones gramaticales indeterminados o determinables por el intérprete mediante procesos discrecionales, sin fundamento y sin orientación justificable.

En consecuencia, si las normas penales abiertas exigen la adscripción de significados a ciertas palabras o expresiones especialmente amplias utilizadas por el legislador, solo son ajustados a la Constitución si la indeterminación es moderada y existen referencias que permitan precisar su contenido y alcance,

bajo criterios de interpretación razonables, porque la vaguedad y la ambigüedad son defectos consustanciales y prácticamente imposibles de eliminar del lenguaje cotidiano, natural o corriente, por lo que al construir los tipos penales se pueden incurrir también en esos problemas y por ello mismo pueden ser considerados compatibles con el principio de taxatividad únicamente si, con fundamento en una interpretación razonable y a partir de referentes objetivos verificables, es posible trazar una frontera que divida con suficiente claridad el injusto penal o ilícito penal de la conducta lícita o justa.

Si el legislador tiene que redactar la figura delictiva de manera clara, precisa e inequívoca, entonces tienen que estar desterrados los supuestos de hecho punibles, en todos sus elementos, cuando sean absolutamente indeterminables o imposibles de determinar con razonable certeza la conducta prohibida, adquiriendo validez constitucional cuando las normas penales abiertas se encuentran sujetas en un margen de indeterminación moderado y a la disponibilidad de referentes para precisar su contenido y alcance, salvo que la indeterminación lingüística de un término o concepto o frase por vaguedad, ambigüedad u otra clase de imprecisión, realmente imposibilite y torne incierta la norma primaria, situación en la que sí existe el riesgo de producir la violación al principio de estricta legalidad y al principio de taxatividad, que no puede ser salvado ni siquiera mediando un proceso de interpretación racional o la utilización de reglas interpretativas otorgadas por el mismo legislador para superar la indeterminación e identificar la conducta prohibida como garantía necesaria para su aplicación.

b. La función motivacional del tipo, como garantía inicial en la formulación de normas penales abiertas.

Es necesario partir de un presupuesto básico para considerar los tipos penales abiertos, la función que cumple el tipo penal, la función de garantía, porque el fundamento principal del *nullum crimen sine lege praevia et strícta, scripta y certa* se basa en la necesidad de garantizar al ciudadano su seguridad jurídica, que se le advierta 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, entonces, si la ley penal formal puede cumplir esta función de "advertencia" sin establecer una descripción detallada y clara de todas las circunstancias que se requieran para que una cierta acción u omisión sea típica, sería suficiente que se advierta al destinatario de la ley penal 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 la misma norma penal, aunque algunos términos se presenten como ambiguos o indeterminados, dejando su aclaración a la labor interpretativa reglada del juzgador, así se tributaría a la certeza con el conocimiento esencial de la prohibición y a la garantía precisa de seguridad jurídica, y esto sólo es posible si la norma penal abierta tiene la posibilidad de ser esclarecida o explicada bajo determinadas reglas de interpretación jurídica, considerando que la norma penal abierta no deja de tener formalmente elementos que contribuyan a la facultad de generar decisiones sobre el desvalor de la conducta, porque los mandatos o prohibiciones contenidos en la norma primaria seguirían intactos y no necesitarían un complemento, como ocurre en las normas penales en blanco; por tanto, si se produce un proceso interpretativo, hay que cuidar de establecer nítidamente el núcleo rector del hecho punible, esto es, la prohibición o el mandato, de tal modo que la utilización de la técnica interpretativa, no genere riesgos para la seguridad jurídica de los ciudadanos frente a las amenazas punitivas y así el tipo estaría cumpliendo su función de garantía.

En función del principio de tipicidad, que es la determinación del tipo penal adecuado al hecho, un hecho solo es punible si se encuentra descrito como tal en una ley, por eso se pretende generar una garantía eficaz, y para eso es necesario que la norma primaria en sus mandatos o prohibiciones, se identifiquen de manera clara en el tipo penal y que el ciudadano corriente al imponerse de esos deberes jurídicos, se encuentre en condiciones de saber lo

que puede hacer o no hacer sin exponerse al riesgo de la sanción. Esto reafirma una vez más el grado motivacional del tipo y su función de garantía, de modo tal que frente a una norma penal abierta, se añadiría una disposición complementaria que señale las reglas de interpretación adicionales para el tipo penal en cuestión, cuando se presente dudas respecto a los términos o conceptos utilizados que hacen presumir su ambigüedad, logrando que el hombre común sepa precisamente lo que debe hacer o no hacer para evitar la imposición de una pena, habiendo sido motivado con la norma primaria.

Entonces, una norma penal abierta cumpliría con la exigencia de garantía del tipo, al informar al destinatario de que una cierta conducta está del todo prohibida o mandada, así por ejemplo, con el Art. 210 del Código Penal boliviano, 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 la alternativa de "cualquier otra causa" es imprecisa e indeterminada dando lugar a varias interpretaciones; sin embargo, la norma penal "abierta" cumple con la exigencia y la función de "advertencia" sin establecer una descripción detallada y clara de todas las circunstancias que se requieren para que la conducta sea típica, ya que la alternativa de cualquier otra causa que genere peligro para la seguridad común, la norma de prohibición sigue siendo perceptible y determinada: El ciudadano al conocer una norma penal como ésta, sabría que le está prohibido conducir un vehículo sin observar las reglas de tránsito porque generaría un peligro para la seguridad común y también sabría que "por cualquier otra causa" atribuible a su conducta al conducir un vehículo, puede generar un peligro para la seguridad común y exponerse a la imposición de una pena, aunque no se tenga absoluta claridad sobre las "otras causas", porque ante todo, el núcleo esencial de la prohibición goza de certeza típica aun cuando en la norma penal no hayan sido detalladas los otros elementos referidos a las otras causas, logrando que el ciudadano sepa que conducir un vehículo peligrosamente, requiere conjurar determinadas

situaciones que pongan en riesgo o peligro la seguridad común y solo es preciso que se le informe también de manera general que la conducta descrita en el tipo penal es la que genera riesgos para seguridad común.

Por eso, el profesor Quintero Olivares señalaba que "...la legalidad penal vigente es el límite infranqueable de toda interpretación; pero la propia comprensión de la legalidad vigente como una institución de *textura abierta* permite admitir unos ámbitos de discrecionalidad que el intérprete deberá colmar a partir de los principios constitucionales y de las necesidades de la realidad social que pretende regular y que en el campo del Derecho penal se funcionalizará a través de la Política criminal, es decir, atendiendo la protección de bienes jurídicos y necesidad de intervención y a los límites mismos de dicha intervención".³⁵⁴

c. Exigencias de interpretación de la norma jurídica penal en función de la protección del bien jurídico.

Para que el injusto de la norma penal abierta quede perfectamente determinado y cumpla con las exigencias del "nullum crimen sine lege stricta", la deducción del deber jurídico expresado en las prohibiciones o mandatos, tiene que lograrse con la simple lectura de la norma penal, en tal caso no es necesario "especificar" la conducta prohibida, porque formalmente se está identificando aspectos del quebrantamiento o de la infracción vinculados a la identificación del bien jurídico protegido por la norma penal, cuyo carácter colectivo, por ejemplo la seguridad común, es el que permitiría admitir la norma penal abierta por ser comúnmente identificable, lo que no ocurriría si se tratase de bienes jurídicos individuales, en los que haría falta una precisión de la infracción, por ejemplo cuando la norma penal establece el feminicidio, que es la acción de matar a una mujer por su sola condición de mujer, aparentemente el concepto de "mujer es genérico" y la conducta prohibida existe por el sólo hecho de que la víctima es una mujer, sin embargo, el propio tipo penal contenido en el Art. 252 bis del Código Penal boliviano, establece los motivos, razones o

³⁵⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Ob. Cit. Pág. 149.

circunstancias para realizar la conducta. El tipo penal sera indeterminado si la disposición legal no ofrece las razones que concurren cuando el agente suprime la vida de una persona del género femenino y no únicamente “por su condición de mujer”.

Está claro que el bien jurídico tutelado con carácter general, es el que definitivamente presentaría problemas mayores de ambigüedad, por ejemplo cuando se trata del “orden público”, frente al caso de un bien jurídico particular, cuando se trata de la vida de una mujer en el delito de feminicidio, cuya comprensión asociada a la importancia del deber jurídico de la prohibición sobre las razones o circunstancias de su comisión, no presentaría tanta incertidumbre en la medida en que es perfectamente posible su individualización como uno de los elementos esenciales del delito de feminicidio, atendiendo las circunstancias de su comisión.

Por tanto, el criterio de que la materia de prohibición se encuentre identificada a partir de la identificación del bien jurídico individual, es un paso para generar la admisibilidad de la norma penal abierta que el legislador debe tomar en cuenta para evitar la incertidumbre de la norma penal, al hacerlas adecuadas jurídicamente con una interpretación razonable.

Esto significa que la norma penal abierta seguirá cumpliendo una función político criminal, de acuerdo con su sentido básico y el contexto del que forma parte, a momento de su interpretación, y por razones de la función de garantía, el poner énfasis en las infracciones de la norma penal abierta, no afectaría la eficacia de sus objetivos, porque no se perdería de vista las finalidades de protección del bien o bienes jurídicos comprometidos en la norma penal abierta y que precisamente constituyeron la fuente de inspiración de la ley penal.

d. La ductilidad de la “lex certa” mediante la interpretación.-

El principio de “lex certa” y los otros principios derivados del principio de legalidad de los delitos y de las penas, no puede ser llevado hasta sus últimas consecuencias, porque posiblemente se constituyeron en un obstáculo para desarrollar efectivamente el control y la reacción social, en una sociedad en la

que la modernidad impone otras condiciones para ejercer efectivamente el poder punitivo del Estado desde un Derecho penal “clásico”, que en otros momentos históricos sí constituyeron una política criminal pragmática deseosa de luchar contra la criminalidad a toda costa. Hoy en día estamos frente a la relatividad del principio de legalidad penal que, como en el caso de las normas penales en blanco, tiende a proponer soluciones a los conflictos antes de formalizar la aplicación de la ley con obstrucciones en su aplicación, sin que ello responda a la distorsión de la política criminal que por pretender ser pragmática u orientada a resolver de la manera más rápida el conflicto jurídico penal, ha traído disfunciones legislativas con el populismo punitivo y configurando un Derecho penal simbólico.

Si la interpretación razonable de la norma penal abierta supone una interpretación amplia, pero sobre todo reglada para evitar el fantasma de las “leyes penales indeterminadas”, éstas no deben ser de difícil interpretación, al contrario, los conceptos ambiguos o vagos o imprecisos, no deben dejar en la oscuridad los límites de la conducta delictiva, porque por lo menos la interpretación razonable y reglada debiera estar en manos del operador de justicia para aclarar o precisar la conducta prohibida, tomando en cuenta que el juez más que el legislador, se encuentra involucrado con la realidad, no solo por su experiencia y formación, sino porque diariamente conoce esa realidad.

Dejar en manos del juez un amplio repertorio de interpretaciones, no supone lesionar el principio de legalidad de los delitos y de las penas, sino hacerlas más efectivas, tampoco implica lesionar el principio de la división de poderes o de la reserva de la ley, sino quitarle la formalidad antes que la materialidad a las decisiones legislativas compatible con la misión de protección de bienes jurídicos que cumple el Derecho penal, significa otorgar una vía racional de solución al problema de la indeterminación, sin que ello signifique renunciar a la seguridad jurídica ni a la certeza de las conductas prohibidas.

Precisamente las formas de interpretación teleológica de la norma penal, es decir, viendo el alcance de protección de la norma penal abierta, pueden

permitir que la tipicidad objetiva se encuentre garantizada. Esto supone restar la aparente inconsistencia que representa el problema de validez constitucional de las normas penales abiertas, al plantear un juicio de contradicción normativa entre la norma penal abierta y la norma jurídica de jerarquía constitucional que establece el principio de legalidad penal, así, el razonamiento que fundaría la constitucionalidad tiene respuesta doctrinal, social o político criminal, en base a los principios y valores constitucionales de las que se construyen los bienes jurídicos objeto de tutela penal, por tanto las respuestas a la norma penal abierta también son de relevancia constitucional.

Por lo menos se sabe que no existen reglas exactas y minuciosas sobre la manera correcta de formular un tipo penal, existiendo la posibilidad de ser construidas con términos abiertos y susceptibles de ser interpretadas permanentemente, en función del objeto de protección del Derecho penal, los bienes jurídicos.

e. Precisión de las circunstancias que integran la situación típica en la que se describe el supuesto de hecho.

Uniformemente la doctrina señala que los tipos penales son, fundamentalmente objetivos, descripciones de conductas, de acciones u omisiones, por lo que todos los verbos nucleares como sustraer, matar, lesionar, falsificar, estorbar, impedir, etc., serían conminados con una pena, si vienen como formas de ejecución de una conducta, como desarrollo de una acción o actividad que es la concreción del verbo nuclear, pero existen ciertas particularidades que rodean a la acción para que esta se ejecute, estas circunstancias preexisten, coexisten o incluso derivan de ella, pero no se incluyen en la conducta; se encuentran en la periferia y deben observarse, pues como señala el profesor Hassemer, se debe “respetar el contexto sistemático en que se encuentra la palabra, oración o norma...el legislador más o menos estricto, coloca las normas en un ordenamiento y mediante ese ordenamiento también proporciona informaciones materiales en cuanto a la semántica...así el Juez extiende el sentido de una ley a la realidad y es la más pura de las exigencias metodológicas dirigidas al juez,

exigiendo una obediencia pensante”, pero sin abandonar nunca los límites de la Constitución en la interpretación de la ley”.³⁵⁵ Entonces, los tipos no describen conductas puras, sino que se encuentran 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, tal como se presentan en algunos tipos penales, su presencia en el hecho no puede ser objeto de modificación, de manera que su única alternativa respecto de ellas es ejecutar la conducta aceptando su concurrencia para calificar la conducta como típica, o abstenerse de realizarla para que la conducta sea atípica. Cuando en una situación real se realiza la conducta, se incorporan esas circunstancias que el tipo penal establece; esta explicación dogmática, podemos entenderla por ejemplo, en el delito de peculado previsto en el Art. 142 del Código Penal boliviano, cuando “la servidora o el servidor público que “aprovechando” del cargo que desempeña se apropiare de dinero, valores o bienes de cuya administración, cobro o custodia se hallare encargado...”³⁵⁶; podría decirse que el término “aprovechando” es impreciso e indeterminado, lo que hace que el tipo penal sea abierto, y no obstante que representa un elemento subjetivo de tendencia interna peculiar caracterizado por contener un particular estado de ánimo en el sujeto activo, no ofrece criterios para conocer las circunstancias psíquicas del agente que motivan el aprovechamiento estando en un cargo. La trascendencia no es solamente típica, sino que en relación a la función de garantía procesal, hay que demostrar el aprovechamiento del cargo que ciertamente es amplio, impreciso e indeterminado y por tanto difícil de demostrar.

Sin embargo, bajo un criterio de interpretación razonable, la imprecisión lingüística no posee una indeterminación insuperable, al identificarse al sujeto

³⁵⁵ HASSEMER, Winfried. Ob. Cit. Pág. 24.

³⁵⁶ Código Penal boliviano Art. 142. (Peculado) La servidora o el servidor público que aprovechando del cargo que desempeña se apropiare de dinero, valores o bienes de cuya administración, cobro o custodia se hallare encargado, será sancionado con privación de libertad de cinco (5) a diez (10) años y multa de doscientos (200) a quinientos (500) días. La sanción será agravada en un tercio si la apropiación fuera sobre bienes de Patrimonio Cultural Boliviano de cuya administración, cobro o custodia se hallare encargado.

activo y en particular, sus condiciones específicas que hacen que el delito sea propio, porque bajo una interpretación normativa gramatical o literal del término servidora o servidor público, el tipo penal advierte que se trata de una persona que se encuentra bajo determinadas condiciones de servicio público y entre sus funciones tiene a su cargo el dinero, valores o bienes de cuya administración es responsable, y complementariamente, bajo una interpretación teleológica y sistemática racional, es posible conocer el núcleo esencial de la prohibición en el ámbito de estas condiciones o presupuestos que concurren en la conducta delictiva de apoderamiento, sin requerir de un conocimiento “preciso” de la motivación o del proceso psíquico que trae consigo el aprovechamiento del cargo.

Las normas penales abiertas pueden en algunos casos referirse a esas circunstancias y su precisión permite que se recurra a formas de interpretación complementaria que prevé la dogmática penal, incluso si se trata de un elemento normativo del tipo para determinar la cualidad específica del sujeto activo o del sujeto pasivo, allanando la posibilidad de despejar la imprecisión de algunos términos o conceptos que pueden impedir que la ley penal informe a su destinatario que una determinada acción u omisión puede encontrarse sometida a pena cuando se la realiza, precisamente atendiendo estas circunstancias susceptibles de interpretación dogmática con el que el operador de justicia tiene que operar.

f. Los accidentes de la acción en la descripción objetiva de la norma penal abierta.

Con respecto a las modalidades o circunstancias de la acción, algún sector doctrinal lo llama también “accidentes de la acción”, referido a las circunstancias del lugar, tiempo o 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, para responder a la pregunta relativa a que si la admisibilidad constitucional de la norma penal abierta

requiere que se encuentren taxativamente consignadas en ella para no lesionar el grado de certeza típica, es preciso preguntar previamente si desde el punto de vista dogmático, ¿la incorporación de las circunstancias de la acción en el supuesto de hecho pueden contribuir a comprender la descripción de la conducta, favoreciendo a la obtención de taxatividad absoluta y permitiendo aceptar una libertad de interpretación, limitada precisamente por esos accidentes de la acción?

No existe una respuesta categórica o exacta, empero si se acepta una norma penal abierta con accidentes de la acción que pueden traer consigo términos imprecisos, su importancia únicamente se encuentra en función de consolidar la función de garantía que el tipo debe cumplir, de ese modo la norma penal abierta debe estar redactada de tal forma como si no precisara de reglas interpretativas para esos accidentes de la acción para que el destinatario de la ley penal sepa cuál es la conducta que en tal hipótesis le estaría prohibida o mandada para abstenerse de ejecutarla. Por ejemplo el Art. 271 del Código Penal boliviano³⁵⁷, al establecer que de “cualquier modo” se puede ocasionar a otro un daño en el cuerpo o en la salud, establece un accidente de la acción impreciso e indeterminado, sin embargo, el núcleo esencial del tipo establece la prohibición de ocasionar un daño en el cuerpo o en la salud, advertencia que estaría clara aun cuando no se conociera exactamente los “modos” o “medios” utilizados para ocasionar el daño. La función de garantía del tipo está resguardada.

g. Las consecuencias de la acción en la interpretación de las normas penales.

La admisibilidad de una norma penal con relación a las consecuencias de la acción, encuentra sentido cuando la forma en que se describe la conducta tiene relación con la producción de un resultado material, como un requisito para la

³⁵⁷ Código Penal boliviano. Art. 271. (Lesiones graves y leves). El que de cualquier modo ocasionare a otro un daño en el cuerpo o en la salud, no comprendido en los casos del Artículo anteriores, del cual derivare incapacidad para el trabajo de treinta (30) a ciento ochenta (180) días, será sancionado con reclusión de uno (1) a cinco (5) años. Si la incapacidad fuera hasta veintinueve (29) días, se impondrá al autor reclusión de seis (6) meses a dos (2) años o prestación de trabajo hasta el máximo.

validez del hecho típico, por eso bajo el presupuesto de que el resultado material representa la consecuencia de la conducta y se encuentra vinculado indisolublemente a ella, entonces no requiere mayor taxatividad en la norma penal abierta, al igual que los otros delitos de resultado, porque ya se encuentra descrito en el tipo penal, prescindiendo de mayores explicaciones o interpretaciones para entender la conducta, cuando la realización de la conducta descrita permite comprender el resultado, si así no fuera, el tipo penal sería uno de mera o simple actividad.

Por tanto, nuevamente hay que hacer uso de la dogmática penal para comprender un delito de resultado o un delito formal, siendo innecesaria una descripción de los resultados materiales que trae consigo la realización de una conducta, cuando aquellos resultados son inherentes a la conducta, como es el caso del Art. 271 del Código Penal boliviano. La mayor parte de los tipos penales que se presentan en la legislación son delitos de resultado material o de simple actividad, condicionados a la existencia de verbos transitivos o intransitivos, que pueden contribuir a despejar cualquier pretensión de ambigüedad de la norma penal, si así fuera concebida y determinada, cuando en realidad únicamente se trata de interpretar y calificar el delito como formal o material.

h. El tipo subjetivo culposo “abierto”.

Una cuestión complicada, pero al mismo tiempo dogmáticamente aceptable, es el tipo de injusto subjetivo culposo o imprudente, cuando la proposición normativa admite la realización de una conducta imprudente, dejando para la interpretación del operador jurídico la determinación del deber objetivo de cuidado que causó la conducta imprudente, con un amplio abanico de posibilidades.

Inicialmente, en la sistemática del Código penal boliviano, si la norma jurídica penal no instituye otra cosa expresamente, solo será punible el hecho dolo-

so,³⁵⁸ por tanto, no podría extenderse la pena a una conducta imprudente basado en la realización de una conducta dolosa descrita en el tipo doloso, porque eso implicaría modificar el núcleo esencial de la conducta descrita por la norma penal.

Los tipos dolosos no son normas penales abiertas en el sentido de que permitan la culpa en su realización, sino que se someten a la regla legislativa dada por el legislador involucrando una mínima interpretación para no deducir la culpa si no estuviera prevista típicamente. Ambas conductas tienen estructuras diferentes, ambas comportan una gravedad diferente, un diferente desvalor de la acción para que el legislador prevea una pena diferente para el delito culposo inferior al delito doloso.

Si nos apartamos de esta interpretación derivando una conducta culposa de una conducta dolosa pensada con el desvalor del injusto doloso, la pena a imponerse por la conducta culposa sería arbitraria porque no existiría pena fijada por el legislador, ni fundamento alguno de menor punibilidad establecido en una situación típica culposa, otorgándose al juez suficiente fundamento para ser arbitrario en la imposición de una pena.

Esta pauta permitiría considerar una descripción incompleta o imprecisa del tipo penal, porque estaría claro que el legislador ha descrito una conducta prohibida asumiendo que la misma es realizada por un sujeto con conocimiento y voluntad final de realizar el tipo, entonces, como la conducta dolosa supone una actitud del sujeto con respecto al bien jurídico donde el autor es plenamente consciente de que con su actuar lesiona un bien jurídico y actúa de ese modo porque la dirección de su voluntad es la de querer lesionar ese bien jurídico, permitiendo la comprensión de la conducta prohibida, no podría realizar una conducta por imprudencia, por eso se ha formulado la regla del Art. 13 quater del Código Penal boliviano para evitar la imprecisión y la ambigüedad evitando el riesgo de interpretar una conducta culposa frente al tipo objetivo doloso que

³⁵⁸ Código Penal boliviano. Art. 13 quater. (Delito doloso y culposo). Cuando la ley no conmina expresamente con pena el delito culposo, solo es punible el delito doloso.

no incorpora el dolo como un vocablo del tipo, sino que lo hace de manera implícita, lo cual puede generar una falta de precisión del tipo de injusto doloso. El desvalor de la acción en el delito culposo, no se encuentra en el conocimiento y la voluntad de lesionar el bien jurídico, sino en la infracción del deber de cuidado, cuyo desvalor de la acción es menor, o la acción tiene un juicio de valor negativo menos grave que la conducta dolosa y por ello mismo, accede a una punibilidad menor, sin embargo, la infracción del deber de cuidado en la realización de una conducta provocando un resultado antijurídico, sin ser su voluntad final, hace que la determinación de la imprudencia en cada caso sea abierta, es decir, que el deber objetivo de cuidado con el que se caracteriza la culpa se someta a un juicio de valoración abierta, porque el cuidado objetivo a determinar se encuentra en relación con las distintas exigencias de relación y vida social que hay que averiguar en el caso concreto, pero también se somete a un juicio normativo hipotético al pretender valorar la conducta realizada en relación con la conducta que hubiera seguido un hombre prudente en la misma situación. Así los tipos penales culposos son abiertos y admitidos dogmáticamente sin ningún óbice legal no obstante su imprecisión, indeterminación, vaguedad o ambigüedad, o contradicción constitucional con el principio de lex “certa”.

Por ejemplo, en el peculado culposo³⁵⁹, se describe la conducta culposa de la servidora pública o servidor público que aprovechándose del cargo que desempeña, se apropia de dinero, valores o bienes de cuya administración, cobro o custodia se hallare encargado, o se apropia de bienes del Patrimonio cultural Boliviano de cuya administración, cobro o custodia se hallare encargado la servidora o el servidor público; en ambos casos la conducta es culposa, es decir, la apropiación se desarrolla con infracción del deber de cuidado. Sin embargo, cuando el tipo penal de peculado culposo, determina que la servidora o servidor público se aprovecha del cargo que desempeña para apropiarse de

³⁵⁹ Artículo 143. (Peculado culposo).- El funcionario público que culposamente diere lugar a la comisión de dicho delito, será sancionado con prestación de trabajo de un (1) mes a un (1) año y multa de veinte (20) a cincuenta (50) días.

dinero, valores o bienes, la descripción de esta conducta culposa, en sí misma es contradictoria, primero porque admite que la servidora pública o el servidor público se aprovecha del cargo para apropiarse de dinero, valores o bienes de cuya administración, cobro o custodia se hallare encargado, es decir, el agente sabe que se está aprovechando del cargo para realizar la apropiación, lo que equivale a sentar las bases de una conducta dolosa, y segundo, porque el legislador al crear la conducta culposa descriptivamente, asume que la acción se desarrolla sin ánimo de lesionar el bien jurídico, pero que por falta de cuidado o diligencia debida se causa la lesión al bien jurídico, “apropiándose” ¿? de dinero, valores o bienes. Esta incoherencia, en la estructura descriptiva y normativa del peculado culposo, no se resuelve simplemente atendiendo la regla del Art. 13 Quater, porque la infracción del deber de cuidado en la realización de una conducta culposa de peculado, produce un resultado antijurídico cuando la servidora pública o el servidor público, se aprovecha del cargo que desempeña para apropiarse de dinero, valores y bienes, lo que implícitamente supone perseguir la lesión o daño jurídico.

Para que la conducta de la servidora o el servidor público sea culposa, no tiene que existir dolo en la apropiación, es decir, la conducta de apropiación tiene que desarrollarse sin tener la voluntad final de apropiarse de dinero, valores o bienes, sin aprovecharse del cargo que desempeña, sin el ánimo de lesionar el bien jurídico, entonces, ¿Cuál es la falta de cuidado de la servidora o servidor público que se aprovecha del cargo apropiándose de dinero, valores o bienes de cuya administración, cobro o custodia estaba encargado? ¿Qué cuidado hay que observar para que no se realice la apropiación imprudente? Esto es un absurdo, porque la conducta descrita en el tipo penal de peculado culposo, es dolosa.

Aquí surge la necesidad de que los operadores de justicia penal, se sirvan del método de interpretación lógica, que permite estructurar el pensamiento en función del fin perseguido por el tipo penal, la protección del bien jurídico, que si bien no asegura una única interpretación de la ley, es una manera de interpretar

teleológicamente los tipos penales. Por tanto, cuando en el peculado culposo se señala que el funcionario público culposamente da lugar a la comisión de dicho delito, la única forma de apropiación que se produce, que no sea la del servidor o de la servidora pública a cargo del dinero, valores o bienes, es cuando la apropiación la realiza otro servidor público, por culpa o imprudencia de la servidora o servidor público que se encuentra a cargo de la administración, cobro o custodia de ese dinero, valores o bienes, es decir, su descuido da lugar a que otro servidor público se apropie del dinero, valores o bienes. El servidor público que llega a apropiarse aprovechando el descuido del otro servidor público, comete simplemente el delito de hurto y no peculado, porque no se está apropiando del dinero, valores y bienes que se encuentran bajo su administración, cobro o custodia, ni tampoco se aprovecha de su cargo para apropiarse de ese dinero, valores o bienes.

i. Los elementos subjetivos en las normas penales abiertas

Los elementos subjetivos, distintos del dolo, cuya concurrencia en el tipo decidirá sobre el carácter injusto de la conducta típica (ánimos especiales o propósitos ulteriores), tradicionalmente conocidos como "elementos subjetivos del tipo" o "elementos subjetivos de lo injusto"; ciertamente pueden modificar el alcance del injusto punible, incorporando ánimos especiales o una ultraintención en la conducta con las que se debe comprobar la tipicidad. La existencia de algunos términos en algunos tipos penales que se configuran con elementos subjetivos de tendencia interna peculiar como el vocablo "aprovechando" en el delito de peculado se torna impreciso e indeterminado, lo que hace que el tipo penal sea abierto, y puede complicar la tipicidad por no ofrecer criterios para conocer las circunstancias psíquicas del agente que motivan el aprovechamiento estando en un cargo. Si estos elementos se encuentran en la norma penal abierta, es posible lograr su admisibilidad técnica al incorporarse en la facultad del juzgador la posibilidad de efectuar valoraciones o exégesis permitidas por la aplicación de una interpretación gramatical, en función de las situaciones objetivas y subjetivas en las que se describe la conducta activa en

el supuesto de hecho. Por ejemplo el núcleo esencial del tipo de peculado, que establece la prohibición de apropiarse de dinero, valores o bienes, sigue siendo comprensible, aun cuando el término “aprovechando” sea impreciso o indeterminado, generando criterios para conocer las circunstancias psíquicas del agente que motivan el aprovechamiento estando en un cargo. La función motivadora del tipo y en consecuencia, la función de garantía que cumple, se encuentra resguardada.

j. Interpretación razonable de la norma penal abierta en el marco de la semántica, la sintáctica o la pragmática.

Fundamentalmente, el problema de la norma penal abierta es un problema de indeterminación lingüística de las palabras usadas por el legislador, es decir que los términos y conceptos utilizados tienen varios significados y por ello mismo resultan ser ambiguos o que por su estructura abierta resulten esos términos o conceptos resultan inciertos para aplicarse en algunos casos generando cierta vaguedad. Es posible que las expresiones del lenguaje natural contengan problemas de ambigüedad semántica, sintáctica o pragmática, lo que genera una imprecisión lingüística de la norma penal, pero esas características no representan una indeterminación insuperable jurídicamente porque pueden subsanarse precisamente con la semántica, la sintáctica o la pragmática y además su sentido puede ser determinable en base a una interpretación razonable. En este sentido, la imprecisión de la norma penal podría ser resuelta si como resultado de una interpretación razonable, la norma penal asegura a los destinatarios de la misma un grado admisible de previsibilidad sobre las consecuencias jurídicas de sus acciones o si averiguado el sentido del precepto, éste es claro al lograr definir la conducta que pretende prevenirse para evitar la transgresión del bien jurídico tutelado. Por tanto una interpretación razonable del tipo penal puede resolver la aparente vaguedad de una expresión o de un término o concepto, salvo que se trate de un elemento que pertenezca al ámbito del fuero interno del presunto autor del hecho desconectado de los elementos constitutivos del tipo, que sería difícil de allanar

y no alcanzaría el grado admisible de previsibilidad sobre las consecuencias jurídicas que se pretenden evitar.

La interpretación razonable se parece a la aplicación de las reglas de la sana crítica del juzgador a la hora de valorar las pruebas y someter a su iter formativo de convicción judicial los elementos de prueba para concluir con la tesis de la acusación o con la tesis de la defensa, porque en este proceso de valoración, se acude a la experiencia, a la lógica y a la psicología, por tanto si una interpretación razonable con las reglas de la lógica y la experiencia no permite prever las consecuencias jurídicas de la realización de una conducta por parte del destinatario de la norma penal, entonces no sería posible determinar ni transmitir el mensaje motivacional, porque el elemento objetivo del tipo hace imprecisa la comprensión del núcleo esencial de la prohibición o del mandato y por tanto impediría un conocimiento veraz y previsible de lo sancionado por el legislador.

k. Consideración del contexto social, cultural, económico y tecnológico en el que surge la norma penal abierta.

La existencia del contexto social, cultural, económico y tecnológico, entre otros ámbitos, se constituye en la base para lograr la interpretación razonable de la norma penal abierta, pues ofrece pautas o patrones de conducta para entender determinadas condiciones o las motivaciones por las que surgen en general las normas penales, condiciones no solo ideológicas y políticas, sino también culturales, sociales, económicas y tecnológicas, que evitarían una interpretación restringida del tipo penal y que pueden ir en contra de los derechos fundamentales, sino existieran estas referencias en consonancia con la libertad de configuración legislativa y que además aquellas condiciones pueden ofrecer referentes objetivos verificables que pueden precisar el contenido de la prohibición o del mandato en la norma penal abierta, en defecto de la imposibilidad de que el legislador no pueda prever todas las conductas. Si bien existe la obligación legislativa de redactar con la mayor claridad posible los tipos penales, también es posible otorgarle al juzgador la posibilidad de realizar un

ejercicio interpretativo, explicativo y aclarativo razonable, más aun cuando el termino o la frase encierra una realidad compleja que no puede ser explicada de una sola manera, precisamente por las condiciones sociales, culturales, económicas o tecnológicas que la rodean y que esas dificultades no serían debidas a una indeterminación o a un desconocimiento del principio de estricta legalidad, sino más bien exigirían una mayor actividad investigativa o probatoria por parte del acusador, partiendo de una interpretación contextual y sistemática de la norma penal abierta y que permita a los destinatarios de la misma prever las consecuencias jurídicas de sus actos, por tanto, la valoración le corresponderá al juez, a partir del contexto social, cultural, económico, tecnológico, incluso político e ideológico en el que se describe y desarrolla la conducta prohibida, en definitiva la interpretación del juez siempre resultará condicionada por aquellos factores en los procesos de subsunción y adecuación típica, cuando así se exija, lo que no implica necesariamente que el juez cambie o transforme o sustituya la expresión fijada por el legislador.

I. Precisión del elemento normativo del tipo penal para alejar el arbitrio judicial.

Las expresiones utilizadas en la norma penal abierta que dan lugar a la indeterminación, pueden encontrarse en la utilización de elementos normativos propios del tipo penal, que si merecen una interpretación “propia” del juzgador para “cerrar” el tipo penal, remitiéndose necesariamente a juicios valorativos jurídicos, sociales o científicos, por lo que estos ingredientes normativos en el tipo con el que se acostumbra a realizar la tipificación de algunas conductas, no se dejan al arbitrio de los jueces sino que deben ser valorados en el contexto del termino o palabra que obligan ese juicio valorativo de carácter jurídico, ético social o científico, de acuerdo al caso, simplemente porque la redacción del tipo no es un capricho del legislador ni genera deliberadamente una potestad del juez para debatir funciones de poder, sino que debe responder siempre a criterios razonables y necesarios para realizar juicios de adecuación en la tipicidad.

Es evidente que la norma penal abierta y su interpretación tendrán siempre una función limitativa, nunca extensiva, el tipo penal abierto coloca expresamente límites a la interpretación extensiva cuando se realiza un trabajo de tipicidad, se debe confiar en la precisión de ciertos elementos del tipo para esclarecer la conducta prohibida, pero no se pueden extender sus prescripciones más allá de la significación técnica aprovechable para comprender el tipo penal.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- En el Derecho penal actual, cada día se allana un poco más la “relatividad” del principio de legalidad de los delitos y de las penas, como ocurre con las normas penales en blanco, debido a que las pautas culturales, sociales, económicas o tecnológicas, en el contexto de los hechos o de la conducta descrita por el tipo penal, se constituyen en la base para construir una norma penal abierta incorporando términos, conceptos o palabras que algunas veces encierran una realidad compleja que no puede ser explicada de una sola manera, obligando a proponer soluciones adecuadas frente a las exigencias de la “lex certa” cuyos criterios absolutos no pueden desconocer aquella realidad.

SEGUNDA.- El principio de legalidad penal en el Estado Constitucional de Derecho no se encuentra exento de leyes penales imperfectas en las que algunas normas penales poseen una técnica de redacción deficiente cuando permiten la incorporación de términos ambiguos, vagos o imprecisos en el tipo que deben ser cubiertos con formas de interpretación dogmáticamente razonables, eventualmente autorizados por el legislador para salvar la comprensión de las conductas prohibidas en el núcleo esencial del tipo penal, pero si la indeterminación del lenguaje en las normas penales abiertas, no son fruto de fallas en las técnicas legislativas, es evidente que tal indeterminación surge por los riesgos naturales del lenguaje multívoco empleado, lo que dificulta la comprensión del elemento objetivo del tipo y de su núcleo esencial, déficit de comprensión que debe ser corregido dentro de los alcances de la semántica, la sintáctica o la pragmática en el contexto de los paradigmas culturales propios de una sociedad insertos en la concepción de un sistema normativo penal moderno, para determinar los límites de lo punible y lo permitido mediante una interpretación razonable con el fin de asegurar la función del Derecho penal y la búsqueda de efectividad, en parte por lo menos, de procesos de criminalización secundaria.

TERCERA.- Las formas de interpretación dogmáticamente razonables, resguardarían la comprensión de las conductas prohibidas en el núcleo esencial

del tipo penal, bajo una concepción material antes que formal cuando se presenten términos ambiguos, vagos o imprecisos en el tipo, sin embargo, los tipos penales abiertos no se encuentran librados irrestrictamente a procesos interpretativos valorativos de los operadores jurídicos, porque estos métodos de interpretación deben encontrarse estrechamente vinculados con el contenido preceptivo de la norma penal abierta y con los principios de interpretación de la ley penal, dentro de las cuales se prohíbe una interpretación extensiva más allá del sentido del lenguaje de la ley y fuera de los derechos y garantías constitucionales, de tal modo que una interpretación más allá esos límites, daría paso a la arbitrariedad.

CUARTA.- Los criterios interpretativos metodológicos para despejar la imprecisión, la incertidumbre o la vaguedad de aquellos términos incorporados a las normas penales abiertas, o lo que es lo mismo, el lenguaje indeterminado, deben tener siempre presente el objeto de tutela penal, es decir, que la estructuración de las normas penales abiertas no descuiden las razones sociales y constitucionales de protección de los bienes jurídicos perfectamente establecidos en el núcleo esencial del tipo con el fin de obtener certeza sobre el objeto de tutela penal, así cumplirían adecuadamente su función político criminal, lográndose manejar la tipicidad con alguna moderación sistemática y obteniendo con ello su aceptación constitucional en el principio “nullum crimen, nulla poena sine lege stricta o lex certa”.

BIBLIOGRAFÍA

- Acero, Juan José/Bustos Eduardo/Quesada Daniel. “Introducción a la filosofía del lenguaje”. Edt. Catedra. Madrid. 2001.
- Agudelo Bentancur, Nódier. “Inimputabilidad y responsabilidad penal” Edit. Temis. Bogotá 1984.
- Agudelo Bentancur, Nódier. “Curso de Derecho penal Esquemas del delito” Ediciones Nuevo Foro. Bogotá 1998.
- Arandia Arzabe, Omar/Arandia Guzmán Omar. “El control de convencionalidad y la juricidad de los derechos humanos en la aplicación de las medidas cautelares”. Kipus. Cochabamba. 2016.
- Arroyo Zapatero, Luis. “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal” Revista de Derecho Constitucional, núm. 8, mayo-agosto, 1983, Pág. 9 y ss
- Atienza Rodríguez, Manuel/Ferrajoli Luigi. “Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho”. Universidad Nacional Autónoma de México. México 2011.
- Atienza Rodríguez, Manuel. “Curso de Argumentación Jurídica”. Edit. Trotta. Madrid. 2013.
- Bacigalupo Zapater, Enrique. “Delito y punibilidad”. Edit. Civitas. Madrid. 1983.
- Bacigalupo Zapater, Enrique. “Principios de Derecho penal español, II, El hecho punible”. Edit. Akal. Madrid. 1985.
- Bacigalupo Zapater, Enrique. “Manual de Derecho Penal”. Parte General. Cuarta reimpresión. Edit. Temis. Santa Fe de Bogotá 1998.
- Bajo Fernández, Miguel. “Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma” Estudios penales I. Universidad de Santiago de Compostela. 1997.
- 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 Juan Antonio de las Casas. Alianza Editorial. Madrid. 1998.
- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio; Arroyo Zapatero, Luis; García Rivas Nicolás; Ferré Olivé, Juan Carlos y Serrano Piedecasas, José Ramón. "Lecciones de Derecho penal" Parte general. Edit. Práxis. S.A. Barcelona 1996.
- Binder, Alberto. "Introducción al Derecho procesal penal". Edit. ADHOC SRL. Buenos Aires. 1993.
- Bobbio Norberto. "El problema del positivismo jurídico". Edit. Fontamara. México. 1991.
- Bobbio, Norberto. "El tiempo de los derechos". Edit. Sistema. Madrid. 1991.
- Bustos Ramírez, Juan. "Control social y Sistema penal. Significación social y tipicidad". PPU. Barcelona 1987.
- 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. 1991
- Bunge, Mario. "La ciencia, su método y su filosofía". Edit. Siglo XX. Buenos Aires. 1966.
- Cancio Meliá, Manuel. "Los orígenes de la teoría de la adecuación social. Teoría final de la acción e imputación objetiva". Universidad Externado de Colombia. Santa Fe de Bogotá. 1994.
- Carbonell Mateu, Juan Carlos. "Derecho penal: concepto y principios constitucionales" 2ª ed. Adaptada al Código Penal de 1995. Edit. Tirant lo blanch. Valencia 1996.
- Cerezo Mir, José. "Problemas fundamentales del Derecho penal. La

naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica”. Ed. Tecnos. Madrid. 1982.

- Cerezo Mir, José. “Curso de Derecho penal español” Parte General. Introducción. Cuarta reimpression de la Quinta Edición. Edit. Tecnos. Madrid 2001.
- Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón, Tomás Salvador. “Derecho penal. Parte general” Tercera edición. Edit. Tirant lo blanch. Valencia 1999.
- Cobo del Rosal, Manuel; Boix Reig, Javier. “Garantías constitucionales”. Conesa. Madrid. 1999.
- Comanducci, Paolo. “Formas de neoconstitucionalismo. Un análisis metateórico” Isonomia. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. N° 16, Alicante. 2002.
- Combellas, Ricardo. “Estado de Derecho, Crisis y Renovación”. Edit. Jurídica Venezolana. Caracas 1992.
- Creus, Carlos. “Derecho penal” Parte general. 4ª edición actualizada y ampliada, 1ª reimpression. Edit. Astrea. Buenos Aires 1999.
- Cruet, Jean. “La vida del derecho y la impotencia de las leyes”. Ediciones Flammarion. Paris 1980.
- Cuerda Riezu, Antonio. “La colisión de deberes en Derecho penal”. Edit. Tecnos. Madrid. 1984.
- Cuellos Contreras, Joaquín. “El Derecho penal español, parte general” Dykinson. Madrid 2002.
- De Vicente Martínez, Rosario. “El principio de legalidad penal”. Edit. Tirant lo blanch. Valencia. 2004.
- Diez Ripollés, José Luis. “La Política Criminal en la encrucijada” Edit. Bdef. Montevideo 2007.
- Diez Ripollés, José Luis. “Derecho penal ante el sexo (límites, criterios de concreción y contenido del Derecho penal sexual” Edit. Bosch. Barcelona 1981.

- Dworkin, Ronald. "Los derechos en serio". Editorial Ariel S.A. Barcelona 1984.
- 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.
- Ducci Claro, Carlos. "Interpretación Jurídica". Edit. Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1977
- Durán, Víctor M. "El neoliberalismo, antecedentes, fundamentos filosóficos y proyecto político". Universidad de los Trabajadores de América Latina. San Antonio de los Altos. Venezuela. 1997.
- Engisch, Karl. "Introducción al pensamiento jurídico". Ediciones Guadarrama. Madrid 1967.
- Eser, Albin. "Temas de Derecho Penal y Procesal Penal" Edit. Moreno S.A. Lima 1998.
- Favoreau, Louis. "Legalidad y Constitucionalidad: La constitucionalización del Derecho" Traducido por Magdalena Correa Henao. Edit. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Bogotá. 2000.
- Frápolli, María José/Romero, Esther. "Una aproximación a la filosofía del lenguaje" Edit. Síntesis. Madrid. 2007.
- 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.
- Ferrajoli, Luigi. "Derechos y Garantías. La ley del más débil" Edit. Trotta. Madrid. 2001.
- Ferrajoli, Luigi. "Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal" Edit.

Trotta. Madrid 2001.

- Ferrajoli, Luigi. “Positismo Crítico, Derechos y Democracia” Revista Isonomía. N° 16. Abril 2002.
- Ferrajoli, Luigi. “Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia”. Edit. Trotta. Madrid. 2006.
- 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.
- Foucault, Michel. “Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión”. Traducción de Aurelio Garzón del Camino. Editorial Siglo XXI. Buenos Aires 2003.
- Frosini, Vittorio. “La letra y el espíritu de la ley”. Ediciones Jurídicas Olejnik. Santiago de Chile. 2017.
- Gadamer, Hans Georg. “Verdad y método”. Ediciones Sígueme. Salamanca 1993.
- 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.
- García Mainez, Eduardo. “Filosofía del Derecho”. Decimaséptima edición. Edit. Porrúa. Mexico 2009.
- García Pablos de Molina. “Tratado de Criminología” Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2008.
- García Rivas, Nicolás. “El poder punitivo en el Estado democrático”. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca 1996.
- Geny, Francois. “Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo” Hijos de Reus Editores Madrid 1902.
- Gil Gil, Alicia. “Prevención general positiva y función ético social del Derecho penal” en Díez/Romeo/Gracia/Higuera. La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Dr. José Cerezo

Mir. Edit. Tecnos. Madrid. 2002.

- Gimbernat Ordeig, Enrique. "Estudios de Derecho penal. Tiene un futuro la dogmática jurídico penal" 3ª Ed. Edit. Tecnos. Madrid. 1990. Pág. 105 y ss.
- Gómez Benítez, José Manuel. "Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte General. Edit. Civitas. Madrid. 1984.
- Gracia Martín, Luis. "Fundamentos normativos, normológicos y materiales del Derecho penal". Ulpiano Editores. Sucre. 2015.
- Guastini, Ricardo. "Interpretación y razonamiento jurídico". Vol. II. Ara Editores. Perú 2010.
- Hamilton, Alexander. "El Federalista". Fondo de Cultura Económica. México 1994.
- Hart, Herbert. "El concepto de Derecho". Edit. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1961.
- 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. "¿Un derecho correcto mediante un lenguaje correcto? Acerca de la prohibición de analogía en el derecho penal". Traducción de Patricia S. Ziffer. Universidad Externado de Colombia. Primera reimpresión de la primera edición. Bogotá 1997.
- Hassemer, Winfried. "Fundamentos del Derecho penal" Traducción de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Edit. Bosch. Barcelona. 1984.
- Hierro, Liborio. "Estado de Derecho" Problemas actuales. Primera edición. Edit. Fontamara S.A. México 1998.
- Hobbes, Thomas. Leviathan. Fondo de Cultura Económica. México 1987.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. "Sistemas Penales y

Derechos Humanos en América Latina”. Ediciones Depalma. Buenos Aires 1986.

- 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.
- Jescheck, Hans Heinrich. “Tratado de Derecho penal” Parte general. Traducción de la 3ª edición alemana por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Edit. Bosch. Barcelona 1981.
- Jiménez de Asua, Luis. “Tratado de Derecho penal. Tomo II”. Losada. Buenos Aires. 1964.
- Joffre Calasich, Fabio. “El delito de lavado de dinero en el ámbito criminal y empresarial”. El Deber. Santa Cruz de la Sierra. 2018
- Kalyvas, Andreas. “Soberanía popular, Democracia y el Poder Constituyente”. Revista Política y Gobierno. Volumen XII. Num. 1 México 2005.
- Kantorowicz, Hermann. “La definición del Derecho” Colofon, México 1994.
- Kelsen, Hans. “Teoría pura del Derecho” Universidad Autónoma de México, Ciudad Universitaria. México 1982.
- Krader, Lawrence. “La formación del Estado”. Edit. Labor SA. Barcelona 1972.
- Larenz, Karl. “Metodología de la ciencia del Derecho”. Edit. Ariel. Barcelona 2001.
- Linares Quintana, Segundo. Tratado de la ciencia del Derecho constitucional” Tomo II. Edit. Alfa. Buenos Aires. 1953.
- Luhmann, Niklas. “El Derecho de la sociedad” Universidad Iberoamericana. México 2002.
- Luzón Peña, Diego Manuel. “Curso de Derecho Penal” Parte General I.

Edit. Universitas S.A. Madrid 1996.

- Madrid Conesa, Fulgencio. “La legalidad del delito” Universidad de Valencia. Valencia. 1983.
- Maier, Julio B.J. “Derecho Procesal Penal”. Tomo I. Editores del puerto SRL. Buenos Aires. 1996.
- 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. “Introducción a las bases del Derecho penal” Euros Editores SRL. Tercera Edición. Buenos Aires. 2009.
- 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.
- Mir Puig, Santiago. “Función de la penal y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho”. 2da. ed. Edit. Bosch. Barcelona. 1982.
- Montesquieu, Charles de Secondat, baron de. “Del espíritu de las leyes”. Edit. Tecnos. Madrid 2007.
- Montiel, Juan Pablo. “Cazando el mito del positivismo diabólico y del

formalismo ingenuo en el Derecho Penal”. Recensión a Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, La excusa del positivismo. La presunta superación del “positivismo” y el “formalismo” por la dogmática penal contemporánea, INDRET 1/2011. Barcelona. 2011.

- Mommsen, Teodoro. “Derecho penal romano” Temis. Bogotá. 1999.
- Moreno Hernández, Moisés. “Ontologismo o normativismo como base de la Dogmática penal y de la Política criminal, en Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología” UNED. Madrid. 2001.
- Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. “Derecho Penal”. Parte General. Edit. Tirant lo blanch. Valencia 2004.
- 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.
- Naranjo Mesa, Vladimiro. “Teoría constitucional e instituciones políticas”. Edit. Temis. Colombia. 2003.
- Negri, Antonio. “El poder constituyente”. Edit. Libertarias/Prodhufi. Madrid. 1994.
- Nino, Carlos Santiago. “Introducción al análisis del Derecho” Edit. Ariel. Barcelona. 2da. ed. 1984.
- Nino, Carlos Santiago. “Ocho lecciones sobre la ética y derecho. Para pensar la democracia”. Editores Siglo veintiuno. Buenos Aires. 2013.
- Noguera, Albert. “Hacia una redefinición del poder constituyente”. Edit. tirant lo blanch. Valencia 2014.
- Pamploma, Francisco. “Legitimidad, Dominación y racionalidad en Max Weber” Revista Economía y Sociedad. Año V. N° 8. 2001.
- Pavon Basconcelos, Francisco. “La causalidad en el delito” Edit. Porrúa S.A. México 1993.
- Porte Petit, Celestino. “Apuntamientos de la parte general del derecho penal”. Edit. Jurídica Mexicana. México 1969.

- Portilla Contreras, Guillermo. “El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista” Edit. tirant lo blanch. Valencia 2007.
- Prieto Sanchis, Luis. “La Filosofía penal de la ilustración”. Palestra. Lima 2007.
- Quintano Ripolles, Antonio. Curso de Derecho penal, I, vol 1, 2ª ed. Puesta al día por Enrique Gimbernat Ordeig. Edit. Revista de Derecho privado. Madrid. 1972.
- Quintero Olivares, Gonzalo. “Manual de Derecho Penal”. Parte general. Edit. Aranzadi. 2da. Edición. Palma de Mallorca-España. 2000.
- Quirós Pirex, Renén. “Manual de Derecho Penal I” Edit. Felix Varela. La Habana 1999.
- Ramón Ribas, Eduardo. “Interpretación extensiva y analogía en el Derecho penal”. Revista de Derecho penal y Criminología. 3.ª Época, n.º 12 (julio de 2014), págs. 111-164
- Radbruch, Gustavo. “Introducción a la Filosofía del Derecho” 1ra Edición. Brevarios del Fondo de Cultura Económica. México 1951.
- Reyes Echandía, Alfonso. “Tipicidad”. Segunda reimpression de la sexta edición. Edit. Temis S.A. Santa Fe de Bogotá 1999.
- Recasens Siches, Luis. “Estudio de Filosofía del Derecho” tomo I. Edit. Hispano Americana. México 1946.
- Recasens Siches, Luis. “Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho” Editorial Porrúa. México 1980.
- Rodríguez Mourullo, Gonzalo. “Principio de legalidad” Editorial Francisco Seix. Tomo XIV. Barcelona 1978.
- Rodríguez Devesa, José María/Serrano Gómez, Alfonso. “Derecho penal español” Parte General. 12ª ed. Edit. Dykinson. Madrid. 1989.
- Rodríguez Ramos, Luis. “Compendio de Derecho penal” Parte general 3ra ed. Trivium. Madrid. 1986.

- Ross, Alf. "Sobre el Derecho y la Justicia" Traducción al español por G. R. Carrió. EUDEBA. 5ta. ed. Buenos Aires. 1994.
- Rousseau, Jean-Jacques. "El contrato social o principios de derecho político". Tecnos. 5ta. Ed. Madrid. 1972.
- 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 1997.
- Roxin, Claus. "Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico". Versión castellana del Prof. Dr. Enrique Bacigalupo. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1979.
- Roxin, Claus, Arzt, Gunther y Tiedemann, Klaus. "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.
- Sainz Cantero, José Antonio. "Lecciones de Derecho penal" Parte general. Edit. Bosch. Barcelona. 1985.
- Sanchez Viamonte, Carlos. "El Poder constituyente" Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1957.
- Sánchez Cámara, Ignacio. "Derecho y *lenguaje*". Universidad de La Coruña, La Coruña, 1996.
- Sastre Ariza, Santiago. "Ciencia Jurídica positivista y neoconstitucionalismo" Edit. McGraw-Hill. Madrid. 1999.
- Savigny, Friedrich Carl von. "Sistema del Derecho romano actual". Suprema Corte de Justicia de la Nación. México 2004. Edición original: Madrid F. Góngora y Compañía. Editores Puerta del Sol N° 13 1879. Tomo I.

- Sieyes, Emmanuel. “¿Qué es el tercer Estado?” Ediciones Aguilar. Madrid 1973.
- Silva Sánchez, Jesús María. “La expansión del Derecho Penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales”. Edit. B de F, Buenos Aires. 2006.
- Squella, Agustín. “Positivismo Jurídico, Democracia y Derechos Humanos” Edit. Fontamara S.A. Segunda Edición. México 1998.
- Suarez Montes, Rodrigo Fabio. “Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo”. Ediciones Rialp S.A.. Madrid. 1973.
- Terradillos Basoco, Juan María. “Peligrosidad social y Estado de Derecho”. Edit. Akal. Madrid. 1981.
- Tiedemann, Klaus. “Temas de Derecho penal económico y ambiental”. Edit. Moreno. Lima 1999.
- Tiedemann, Klaus. “Derecho penal y nuevas formas de criminalidad”. Edit. IDEMSA. Lima 2000
- Toledo y Ubieto, Emilio Octavio de/Huerta Tocildo, Susana. “Derecho penal. Parte General” 2da. ed. Rafael Castellanos Editor. Madrid. 1986.
- Velazquez Velazquez, Fernando. “Derecho Penal” Parte general. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. 2004.
- Viciano Pastor, Roberto y Martinez Dalmau, Rubén. “El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Fundamentos para una construcción doctrinal” Revista General de Derecho Público Comparado. N° 9. 2011.
- Von Being, Ernest. “Esquema del Derecho penal”. Traducido por Sebastian Soler. Edit. Librería “1 Foro” Buenos Aires. 2002.
- Von Liszt, Franz. “Tratado de Derecho penal” Tomo Tercero. Editores Hijos de Reus. Madrid. 1917.
- Von Weber, Hellmut. “La Constitutio Criminalis Carolina de 1532. Cuadernillos de Política criminal. Din Editora. Buenos Aires 1989.

- 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. “Tratado de Derecho penal” Parte general. Tomo II. Edit. Ediar. Buenos Aires 1998.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. “En busca de las penas perdidas”. Deslegitimación y Dogmática jurídico- penal. Edit. Ediar. Buenos Aires 1989.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. “El Enemigo en el Derecho Penal”. Edit. Ediar. Buenos Aires 2006.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. Alagia, Alejandro. Slokar, Alejandro. “Derecho Penal” Parte General. Edit. Ediar. Buenos Aires 2002.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. “Manual de Derecho Penal”. Parte general. Quinta edición Edit. Ediar. Buenos Aires 1987.
- Zagrebelsky, Gustavo. “El Derecho ductil” Edit. Trotta. Madrid 2003.
- Zuñiga Rodriguez, Laura. “Política Criminal”. La Coruña. Edit. Codex. 2001.

DISPOSICIONES LEGALES

- Constitución Política del Estado boliviano de 2009.
- Código Penal boliviano.
- Código de Procedimiento Penal.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.
- Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.
- Convención Americana de Derechos Humanos de 1969.
- Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2007.