

CRITERIOS PARA LA ELABORACIÓN DE UN SISTEMA LEGAL DE PENAS CONMINADAS EN EL CÓDIGO PENAL

ALDO FIGUEROA NAVARRO¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Situación de origen. III. Proceso de desarticulación del sistema de penas. IV. Disfunciones. V. Criterios para reestructurar las penas conminadas. VI. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La determinación de la pena es un proceso dinámico y diferenciado según la fase en la que se realice. En este sentido, se habla de una determinación legal, realizada por el legislador, cuando conmina con penas determinados delitos. Se alude a una determinación judicial, a cargo del juez, cuando individualiza e impone una pena concreta, a quien ha declarado responsable. Y finalmente se menciona a una determinación administrativa, dependiente de la autoridad penitenciaria, y controlable jurisdiccionalmente, para describir la ejecución individualizada de la pena impuesta.

Ahora bien, la determinación del tipo y el *quantum* de las penas conminadas de la Parte Especial del Código Penal es una tarea exclusiva y excluyente del legislador. Labor que sin embargo debe asumir con observancia de los principios constitucionales, propios de un Estado de Derecho, y que puede ser mejor realizada, dentro de un proceso de revisión integral de los tipos penales. Con ocasión de la entrada en vigencia del Código Penal de 1991 se estableció precisamente un sistema de penas conminadas en la Parte Especial. Esto se realizó en el marco del proceso de reforma del Código del 24, permitiendo una visión comparada y general de las penas.

Sin embargo, esta ventaja inicial no fue aprovechada del todo por diversos factores. Primero, por la falta de conciliación de los criterios normativos del sistema de sanciones de la Parte General con el sistema de penas conminadas en la Parte Especial. Segundo, por la inconsecuencia político criminal del legislador al considerar, por un lado, la pena privativa de libertad como la última razón, regulando diversas alternativas a ésta, y preverla por otro lado, como pena conminada principal o autónoma en más del noventa por ciento de los tipos penales en la Parte Especial. Tercero, por la carencia de una concepción de la pena abstracta; asociada por un lado, al grado de injusto y culpabilidad por el hecho (pena fundada en el delito), y por otro lado, a los fines preventivos de la pena (pena orientada a un fin).

1 Juez Superior y miembro alterno por el Poder Judicial ante la Comisión Revisora del Código Penal.

Estos defectos de origen, se han visto acentuados con la aplicación de una política de “reforma en cascada”, en la que la sobrecriminalización y sobrepenalización de determinadas conductas, ha convertido la parte especial del Código en un mosaico de normas, con: i) penas desproporcionadas entre tipos penales, con bienes jurídicos distintos (proporcionalidad abstracta), ii) o entre tipos penales homogéneos (proporcionalidad estricta). Del mismo modo, se dan casos de tipos penales con marcos punitivos excesivamente amplios, o con límites indeterminados, en su *máximo* o *mínimo* legal (inobservancia del principio de legalidad). Por otro lado, se dan casos de tipos penales conminados con penas inadecuadas, por la naturaleza de la conducta descrita o en colisión con el principio de humanidad o afectación del bien jurídico.

A dieciocho años de vigencia del Código Penal, las sucesivas modificaciones que éste ha sufrido, torna imperativo proceder a una nueva revisión de este proceso de determinación legal de la pena. En este sentido, debemos plantearnos la cuestión si es posible estructurar un nuevo sistema de penas conminadas que atienda, sobre todo, a los contenidos concretos de la teoría del delito, pero que igualmente considere los fines múltiples de la pena.

Corresponde entonces proceder a una revisión integral, comparada y coordinada de las penas conminadas o abstractas de la Parte Especial, i) teniendo en consideración sus bases fundamentales (el delito y los fines de la pena); ii) adecuando las escalas punitivas al sistema de tercios en la individualización de la pena; iii) racionalizando el monto de las penas en base a criterios de proporcionalidad amplia o estricta; iv) recurriendo con mayor frecuencia a las penas alternativas a la privación de libertad, como penas autónomas; v) limitando el uso de penas acumulativas a lo estrictamente necesario; vi) eligiendo prudencialmente el uso de penas alternativas, cuando la modalidad diversificada de la conducta típica así lo permita.

En el presente trabajo, intentaremos esbozar un conjunto de criterios políticos criminales, para elaborar un sistema racional, coherente y adecuado de penas conminadas que tome en cuenta, en cada tipo penal concreto, tanto las características propias del injusto, la culpabilidad, como los fines de la pena.

II. SITUACIÓN DE ORIGEN

En su versión originaria, el Código Penal de 1991, presentaba algunas características que podían dar cuenta de la concepción político criminal del legislador, en materia de penas conminadas.

Un primer rasgo relevante es la presencia por vez primera, en el Código Penal, de principios de política penal, aplicables no sólo por el juez en la interpretación de las normas, sino también por el legislador al tipificar conductas y definir penas². Al respecto, un examen de racionalidad y justificación externa de las penas previstas en la parte especial permitiría contrastar su coherencia o adecuación a principios

2 Sobre la vinculación del legislador en la fijación de penas a los principios constitucionales, cfr. María Inmaculada Ramos Tapia – Jan Woischnik: Principios constitucionales en la determinación legal de los marcos penales; en Biblioteca Jurídica virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México; www.juridicas.unam.mx; p. 143 y ss.

como los de legalidad; afectación de bienes jurídicos, proporcionalidad; culpabilidad; finalidad múltiple de la pena y humanidad. Sin embargo, “pese a los esfuerzos del legislador por dotar de racionalidad esta materia, suministrando pautas como las ya expuestas, son evidentes las dificultades para llevar a la vida práctica estas exigencias que más bien —como en otras latitudes— dejan librada la cuantificación penal a consideraciones puramente intuitivas e irracionales”³. No obstante, dicha dificultad, constituía un avance el reconocimiento expreso de estos principios para la evaluación de dicha racionalidad.

A esta relación entre normas y principios generales, se agrega la relación de tensión entre las normas generales y las especiales en el ámbito de la pena. Al respecto, como segunda característica, el legislador del 91 reconoce la necesidad de mantener la pena privativa de libertad “como respuesta para los delitos que son incuestionablemente graves”⁴. Al reconocimiento de esta necesidad le asocia, sin embargo, “la urgencia de buscar otras medidas sancionadoras para ser aplicadas a delinquentes de poca peligrosidad”⁵. Esta disyuntiva lo lleva a prever un sistema diversificado de penas (privativas de libertad; restrictivas de libertad, restrictiva de derechos) y distintas posibilidades de aplicación (suspensión de la ejecución; reserva del fallo; conversión de penas; exención de penas). Pero en la parte especial, sigue considerando la pena privativa de libertad como la sanción por excelencia. Tal vez asumiendo que la diferente aplicación o elección de la pena, en función de la peligrosidad del delincuente, es una tarea de determinación judicial concreta y no una responsabilidad del legislador.

Luego, como tercer rasgo, el legislador no adopta un criterio uniforme en la determinación de las escalas penales abstractas, para cada tipo penal. Asume en algunos casos escalas amplias, como en el homicidio simple, o escalas excesivamente estrechas, como en determinados delitos de poca gravedad (supresión o alteración del estado civil: pena no mayor de dos años). En otros casos deja sin definir, los límites máximos o mínimos para cada tipo penal⁶. En la medida que en el Código se asume un modelo relativamente abierto en la determinación de escalas punitivas⁷, no se verifica un denominador común en la fijación del mínimo y máximo legal para cada tipo penal.

Una cuarta característica a considerar es el hecho que, al igual que ocurría en el Código derogado, los tipos penales y sus consecuentes penas, son ordenados en función de los bienes jurídicos protegidos. Al respecto, el rotulo de cada capítulo o sección da cuenta de lo que el legislador penal pretendía con la estructuración de la parte especial; esto es, la de expresar “las aspiraciones de justicia de la comunidad políticamente organizada” y que al “cristalizarse legislativamente, adquieren las categorías de bienes jurídicos penales”⁸. Estos valores son ordenados, como no podía ser menos, partiendo de una concepción personalista del bien jurídico; vale

3 Velásquez Fernando: Los criterios de determinación de la pena en el Código Penal Peruano de 1991; p. 16.

4 Exposición de Motivos del Código Penal de 1991.

5 Ibidem.

6 Víctor Prado presenta estos supuestos y los problemas que ello acarrea. Cfr. La determinación judicial de la pena; en Seminario Taller: Nuevos criterios de determinación de la pena; Lima 2008; p. 31 y ss.

7 Cfr. Sobre modelos de individualización de la pena: Fernando Velásquez; ibídem; p. 3 y ss.

8 Exposición de Motivos; ibídem.

decir, comenzando por los bienes jurídicos individuales, en rango de importancia (vida, salud, integridad física, libertad, patrimonio), pasando por los bienes jurídicos sociales (patrimonio cultural; seguridad pública, tranquilidad pública), y terminando con la protección de los bienes jurídicos institucionales (delitos contra la administración pública).

Como quinta característica, el legislador ordena los tipos penales, considerando en primer lugar el tipo básico y a continuación los tipos derivados o autónomos. Ello supone igualmente que las penas conminadas varíen en función del tipo principal y se incrementen o disminuyan según la naturaleza agravada o atenuada, de las conductas descritas. Excepcionalmente, prevé tipos penales mixtos en los que concurren circunstancias agravadas y atenuadas (parricidio por emoción violenta)⁹.

Las circunstancias constitutivas del hecho punible y las modificatorias de la responsabilidad, descritas en el tipo penal concreto, son valoradas y cuantificadas por el legislador, en la parte especial. En consecuencia, su previsión expresa en el tipo penal, y ésta es la sexta característica, excluye una ulterior valoración, en la determinación judicial de la pena (proscripción de la doble valoración), al aplicarse el artículo 46 del Código Penal. Con ello, el legislador del 91 no sólo tuvo como criterio referencial en la determinación legal de la pena, el bien jurídico protegido, si no también otras circunstancias vinculadas al injusto o la culpabilidad (modo de comisión, medio empleado, móvil, especial infracción del deber).

III. EL PROCESO DE DESARTICULACIÓN DEL “SISTEMA DE PENAS”

Los rasgos de origen que venimos de señalar se fueron desdibujando a lo largo de la vigencia del Código Penal. Producto de una visión excesivamente preventivo general, el legislador peruano fue agravando las penas conminadas en los casos de los delitos tradicionalmente considerados graves (terrorismo; tráfico de drogas; delitos sexuales; secuestro; robo agravado).

En efecto, este proceso comenzó con la introducción dentro del sistema de penas de la cadena perpetua. Pena que posteriormente fue utilizada para reprimir otras modalidades calificadas de delitos comunes, como un supuesto agravado de violación de menores (1994); el secuestro o robo con muerte subsecuente (1996). Asimismo se le incorporó al delito de lavado de activos, vinculado al tráfico ilícito de drogas (art. 296-B).

Esta tendencia, luego se acentuaría con los decretos legislativos de “seguridad nacional” (1998) que incorporan la extraña noción del terrorismo agravado, ratifican la pena de cadena perpetua para los delitos de robo, secuestro y violación, y amplían su aplicación al delito de extorsión¹⁰.

El efecto de arrastre que trae consigo la cadena perpetua se evidencia no sólo en su expansión hacia supuestos de delincuencia común. Influyó igualmente en la

9 Posteriormente, se incorpora un tipo penal para describir un supuesto de tráfico de drogas, en poca cantidad, cometido en un lugar calificado (establecimiento penitenciario).

10 Para una visión más detallada de este proceso de desarticulación legal, cfr. Aldo Figueroa: La involución del sistema de penas en el marco de la politización del derecho penal; en Anuario de Derecho Penal 1997-1998; p. 273 y ss.

modificación de la duración de la pena privativa de libertad temporal. En ese sentido, el artículo 29 del Código Penal, que la regula, ha sido objeto de tres modificaciones a fin de acomodar la cadena perpetua, en el sistema de penas. Con ello, la duración máxima de la privación de libertad, que en su versión originaria era de veinticinco años, pasó a ser indeterminada.

Posteriormente, con la dación del Decreto Legislativo 895, se modificó nuevamente el artículo 29, precisándose que la pena privativa de libertad temporal se podía extender hasta los treinta y cinco años, dejando subsistente claro está la cadena perpetua para los casos ya mencionados. Con ello, se legitimaba la agravación de las penas conminadas superiores a veinticinco años en supuestos delitos de violación sexual; secuestro; robo agravado; extorsión o tráfico ilícito de drogas (agravado). La tendencia a la agravación de las penas conminadas se dio igualmente en otros tipos penales, como en el caso de los delitos contra la administración pública (2004).

En síntesis, la introducción de la cadena perpetua, como pena conminada en el delito de terrorismo; su posterior expansión a supuestos de delincuencia común; y la agravación consecuente de la pena privativa de libertad para tipos penales vinculados terminó rompiendo la relativa coherencia de las penas conminadas del resto de los tipos penales.

IV. DISFUNCIONES DEL PROCESO DE DESARTICULACIÓN

El proceso de desarticulación del sistema de penas y de irracionalidad en la evolución de la legislación penal ha generado diversas disfunciones. En primer lugar, la introducción de modificaciones desproporcionadas en la sanción produce incertidumbre en el ámbito de la determinación judicial de la pena. Los jueces frente a penas desproporcionadas adoptan decisiones diversas. Pueden imponer penas por debajo del *mínimum legal*, no autorizadas, si consideran por ejemplo que se viola el principio de proporcionalidad (en el caso de robo agravado); de culpabilidad (penas con responsabilidad objetiva -152, 189 CP); legalidad (ausencia de penas mínimas o máximas). Pueden considerar que una forma de salvar esta desproporción, es convirtiendo la sanción para el tipo penal, en una pena tasada, considerando únicamente la pena mínima. O pueden imponer penas más graves a modalidades preterintencionales (robo agravado con muerte subsecuente) que a la modalidad dolosa (asesinato para facilitar la comisión de un delito).

La diversidad de decisiones, vulnera asimismo el principio de igualdad, igualmente en los casos que se prevean penas altas, con escalas amplias. Ello se acentúa por la motivación insuficiente, contradictoria o inexistente en la determinación judicial de la pena. Situación que se agrava por la poca tradición en la judicatura para motivar, en este ámbito. En otras palabras, el margen de discrecionalidad del juzgador puede devenir en arbitrariedad y dar lugar a respuestas diametralmente distintas para supuestos similares. Caso evidente a mencionar es el del homicidio simple, en el que el juzgador puede imponer penas entre seis a veinte años. O el de los homicidios calificados (asesinato y parricidio), en los que, al no existir máximo legal para los tipos concretos, el juez podía recorrer la pena entre los quince a los treinta y cinco años de privación de libertad.

La vulneración del principio de proporcionalidad abstracta, entre tipos penales, genera además efectos criminógenos, si se tiene en cuenta que la previsión de penas menos graves para delitos relevantes, como el asesinato, incentiva al agente a eliminar dolosamente a su víctima, en lugar de asumir una pena más grave por la muerte (culposa) en un delito fin (secuestro o robo agravado con muerte subsiguiente).

La agravación de las penas conminadas en tipos penales con bienes jurídicos de menor relevancia devalúa los bienes jurídicos fundamentales a favor de los primeros. La sobrepenalización de los delitos contra la libertad personal, y en particular de la libertad sexual¹¹, o del interés del Estado¹², va en desmedro de otros bienes más importantes como la vida o la integridad física.

La desproporción no sólo se verifica entre conductas asociadas a bienes jurídicos distintos. Se vulnera asimismo el principio de fragmentariedad cuando se conmina con penas desproporcionadas para conductas menos graves que otras. Este era el caso del delito de violación de la libertad sexual de menor de dieciocho y mayor de catorce años de edad, frente a la obtención de una prestación sexual mediante precio o engaño de un menor del mismo rango de edad.

En la búsqueda de mantener la estabilidad del sistema de penas, el aumento de la severidad punitiva para determinadas conductas induce a la agravación de penas de otras, generándose una escalada represiva. Esta escalada disminuye la operatividad de las alternativas o sustitutos de la privación de libertad, condicionada además por la inalterabilidad de los límites máximos para su aplicación (tres o cuatro años de privación de libertad).

Todo ello finalmente sobrecarga el sistema penitenciario, por la imposición de penas privativas de libertad efectivas, de larga duración, para delitos estadísticamente importantes (robo agravado – libertad sexual)¹³.

V. CRITERIOS PARA RESTRUCTURAR LAS PENAS CONMINADAS

La corrección de estas disfunciones supone rescatar las virtudes político criminales de la versión originaria del Código de 1991, superando sus inconsistencias o vacíos. Es una verdad inconcusa por ejemplo darle sentido operativo a los principios generales que vuelven a ser ratificados en el Anteproyecto de Código Penal del 2009. Pero significa también asociar la elección y determinación de las penas conminadas para cada tipo penal, a su concreto contenido de injusto o culpabilidad, cuando sea el caso.

a) Revisar las penas en función de los principios penales

-
- 11 La conminación con una pena no menor de dieciocho años de privación de libertad, para la violación de un menor dieciocho y mayor de catorce es más grave que la producción dolosa de una muerte.
 - 12 La comisión de un delito de colusión está conminado con pena privativa de libertad máxima de quince años, en desmedro de la protección de otros bienes jurídicos más relevantes (por ejemplo: lesiones graves, con pena conminada máxima de ocho años).
 - 13 La población penal asciende a los 40000 internos en los 83 E.P. del país, existiendo un déficit de 13000 plazas.

Este criterio sirve como límite negativo al legislador para conminar con penas que vacíen de contenido o transgredan el sentido político criminal de dichos principios. Se trata, como señala Hurtado Pozo, de alcanzar un mayor respeto por las garantías individuales, propias de un Estado liberal y democrático, y conforme a las exigencias utilitarias, inherentes a un Estado eficiente.¹⁴

En esta labor se irán descubriendo incoherencias, vacíos o vulneraciones flagrantes por cada pena conminada y tipo penal. Una revisión integral de las penas de la Parte Especial hace posible objetivar esas disfunciones.

Al respecto si revisamos las penas conminadas en función del principio de legalidad (de la pena), podrían proscribirse i) los casos de tipos penales sin *mínimum* o *máximum* legal, no pudiendo en modo alguno suplirse dicha carencia tomando con referencia, la duración máxima o mínima para la pena de que se trate. Ello deja un margen de discreción en el juzgador, que linda con la indeterminación; ii) Los tipos penales con escalas punitivas excesivamente amplias, y que en menor grado, dejan un espacio de juego excesivo al individualizador de la pena; iii) Los supuestos de tipos penales con escalas ostensiblemente estrechas, al punto de convertirlas en penas cuasi tasadas.

En la revisión de las penas conminadas, con relación al principio de proporcionalidad se deben detectar los casos de tipos penales, en los que exista un patente desequilibrio entre la pena prevista y la finalidad de protección de la norma penal subyacente¹⁵. Esta situación se puede determinar cuando existan tipos penales con bienes jurídicos de importancia diferente, en los que se castigue con mayor severidad la conducta penal asociada a un bien jurídico de menor valor. Es el caso del robo agravado, primer párrafo del artículo 189, cuya pena mínima es de diez años, frente a los delitos de lesiones graves, cuya pena máxima es de ocho años. Aun cuando se sostenga que el robo agravado es un delito complejo (protección del patrimonio y la integridad física), dicha afirmación no justifica la desproporción, pues la pena mínima prevista para dicho delito, cuando se causan lesiones leves es de veinte años de privación de libertad.

Vinculado estrechamente con la verificación de la proporcionalidad de la pena, se encuentra el principio de afectación de bien jurídico. Al respecto, la fijación de una pena conminada proporcional a este concepto implica: i) actualizar la revisión del orden establecido de bienes jurídicos, según su importancia, y ratificando la concepción personalista del bien jurídico, considerando los bienes sociales e institucionales como instrumentales y dependientes de los primeros; ii) revisar la razonabilidad de la pena conminada, en función del grado de afectación de los bienes jurídicos y de su modalidad de protección por el Estado: punición excepcional de la conspiración (tráfico de drogas; rebelión, sedición); actos preparatorios (actos de colaboración); delitos de estado o permanentes (pertenencia a organización criminal); delitos de peligro abstracto (delitos contra el medio ambiente); delitos de peligro concreto (delitos de peligro común; tráfico de drogas); delitos de daño; iii) vincular la severidad del ataque con la gravedad de la

14 Hurtado Pozo, José: Propuesta de un sistema de sanciones penales relativo al Código Penal Tipo Hispanoamericano; en Anuario de Derecho Penal 1997; p. 18.

15 Este es el único criterio cualitativo que se ha asumido para colegir que una conducta está conminada con una pena desproporcionada, como lo ha establecido el Tribunal Constitucional español. Cfr. Ramos Tapia – Woischnick; *ibídem*; p. 149.

conducta realizada (robo agravado con lesión leve, lesión grave o muerte) o la modalidad subjetiva en el desarrollo del ataque (represión escalonada de las conductas dolosas, culposas o preterintencionales).

Con relación a la observancia al principio de culpabilidad, el legislador debe considerar especiales criterios que incidan en la capacidad penal del agente (emoción violenta); en la exigibilidad de la conducta (móvil altruista o innoble); en la menor o mayor infracción del deber del agente u omitente.

En lo que concierne a la observancia del principio de humanidad queda claro que i) no pueden preverse penas que supongan tratos degradantes o torturas, en la persona del condenado; ii) penas acumulativas que supongan la muerte civil del condenado; iii) pena de prisión perpetua, sin posibilidad de redención alguna; iv) penas que anulen físicamente al condenado o una de sus funciones (esterilización química en delitos sexuales).

Finalmente, las penas conminadas que se prevean no pueden intrínseca o extrínsecamente limitar la finalidad preventivo especial de la pena (expulsión luego de una pena privativa de libertad; pena privativa de libertad e inhabilitación posterior absoluta o casi absoluta).

b) Redefinir la finalidad preventivo general en la determinación legal de la pena

Sin embargo, una revisión de las penas conminadas, debe pasar por el reconocimiento de la necesidad de disminuir la importancia del efecto preventivo general que el legislador le asigna. Como señala Hurtado Pozo "no hay país en América Latina donde la legislación penal no haya evolucionado hacia un sistema punitivo más estricto. Parecería que se considera que sólo la amenaza de penas bastante severas constituye el medio más eficaz para combatir la delincuencia, en lugar de admitir que la eficacia del sistema depende más de la certeza de la represión mediante sanciones adecuadas y proporcionadas a la responsabilidad del delincuente. Sanciones que no deben constituir siempre la privación de la libertad, pues ésta produce, generalmente, efectos contrarios a los que se tratan de conseguir"¹⁶

Este criterio no significa desconocer la importancia de la finalidad preventiva en la conminación penal. Implica únicamente dotarle de un contenido más funcional y amplio, que la mera intimidación formal. Si se le otorga una función positiva, asociada a la importancia del bien jurídico que se protege; a la especial valoración de la infracción cometida; al mayor o menor reproche de la conducta, y a la posibilidad cierta de aplicarla racional y proporcionalmente, es evidente que la determinación legal de la pena tiene también connotaciones preventivo generales.

c) Reagrupar los tipos penales, en función de su gravedad y del sistema de tercios

La estructuración de un modelo más racional u objetivo se complementa con la definición y agrupación de los delitos descritos y de sus penas correspondientes, en función primero de su gravedad. Al respecto, es útil diferenciar para efectos

16 Citado por Fernando Velásquez; *ibidem.*; p. 26.

operativos, entre delitos menores; delitos de mediana gravedad; delitos graves y delitos muy graves. Aun cuando esta diferenciación pueda considerarse ideológica o aleatoria, tiene la ventaja de asociarle criterios de punición.

En el Código Penal del 91, en su versión originaria, se asumió que las faltas no podían ser sancionadas con privación de libertad. En la misma línea político criminal, se podría asumir los delitos menores sean conminados preferentemente con penas distintas a la privación de libertad, reforzando así la presencia de penas alternativas, como penas autónomas o de aplicación directa; en particular la pena de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres. Esta postura no excluye la posibilidad de recurrir a penas privativas de libertad de corta duración, como pena alternativa, o a través de la conversión. Para este efecto puede asumirse, como sucede en Códigos Penales como el Alemán¹⁷ o Suizo¹⁸ que se establezca como límite mínimo de la privación de libertad un año, y cuyo rango máximo se establezca en cuatro años.

En este contexto es admisible, la previsión excepcional de penas privativas de libertad de corta duración (menor a cuatro años) “si aparece como la única reacción adecuada al caso particular. Esta excepción debería ser prevista de manera restringida, pues podría dar lugar a abusos y, por tanto, a la desnaturalización del sistema que se propone”¹⁹.

Las otras categorías delictivas pueden corresponder a rangos que vayan de cuatro a diez años (delitos de mediana gravedad); de diez a veinte años (delitos graves), y de veinte años a treinta años (delitos muy graves). Dentro de estos rangos podrían ubicarse las escalas penales específicas para los tipos penales básicos, atenuados, agravados y, de ser el caso, autónomos. La idea que debe subyacer en esta diferenciación por rangos, es la de concentrar las penas conminadas, cortas y de mediana duración para los delitos menores y de mediana gravedad, reservando las penas conminadas de larga duración para un círculo muy delimitado de delitos (homicidios dolosos; tráfico ilícito de drogas; terrorismo; delitos comunes en el marco de la criminalidad organizada; delitos contra la humanidad...), y de acuerdo a los valores que se asignen, en función de las variables que explicaremos a continuación.

En todos los casos, claro está, el mínimo y máximo legal para cada tipo penal debe permitir la divisibilidad de la pena conminada en tercios; que permita al juzgador una fácil operación aritmética para individualizar la pena, de acuerdo al nuevo sistema adoptado.

d) Asignar valores cuantitativos a las variables que den cuenta del injusto o la culpabilidad

Una crítica frecuentemente formulada al criterio fundamentador del injusto y la culpabilidad, en la determinación legal de las penas, es su efecto poco rendidor

17 Sobre la aplicación decreciente de las penas privativas de libertad de corta duración, cfr. Dieter Dölling: El desarrollo de las penas no privativas de libertad en el derecho alemán; en Anuario de Derecho Penal; 1997 -1998; p. 107 y ss.

18 Cfr. Nicolás Queloz: El sistema suizo de sanciones: evolución y reforma; en Anuario de Derecho Penal 1997 -1998; p. 156.

19 Hurtado Pozo; ibídem; p. 28.

para dotarlo de racionalidad y acercarla a la exigencia de proporcionalidad. Se consideraba y, con no poca razón, que la vinculación de la determinación de la pena a la teoría del delito, podía resultar siendo únicamente una postura voluntarista o ideológica, carente de contenido.

Por ello, frente a la ambigüedad o lo difuso que puede resultar el criterio de proporcionalidad, fuera de los “casos ostensiblemente claros”, es de pensarse en lo que Silva Sánchez describe como la elaboración de escalas cuantitativas de subtipos (clases de realizaciones típicas) “en la que se contengan ordenadas en función de su gravedad las diversas formas de realización de un mismo tipo”²⁰.

En este sentido, tendría que asignarse valores cuantitativos a las diversas categorías que podrían formar parte del tipo penal. La asignación de un valor a las variables elegidas no es propiamente un proceso matemático y rígido. Siempre estará condicionado a la postura político criminal del legislador, por ejemplo, con relación a la importancia que asigne al bien jurídico protegido, a la forma que quiera protegerlo de acuerdo a la importancia asignada. Dependerá igualmente de la visión más o menos normativista que asuma con relación a la especial infracción del deber. O a la importancia que confiera por ejemplo a específicos elementos vinculados a la culpabilidad que pueden estar presentes, en determinado tipo penal²¹.

Aceptado el carácter aproximado de los valores asignados, es de plantearse entonces qué valores de ordenación pueden considerarse en esta cuantificación del injusto y la culpabilidad en los tipos penales. El criterio central en esta labor seguirá siendo el bien jurídico, como núcleo del injusto. Y para ello se debe tener en cuenta el valor que en abstracto se le asigne; el grado de afectación causada por la conducta descrita (pluralidad de resultados); la unidad o pluralidad de bienes jurídicos afectados (delitos simples – delitos complejos).

La especial atención que merezca el bien jurídico en la legitimación material de la pena, no excluye la posibilidad que se valore, desde una perspectiva preventiva, el valor que se le atribuya a la especial vulneración de deberes, y que ponga en evidencia una especial desatención o inobservancia de la norma penal. Ello objetivado, en algunos tipos penales, por la especial posición funcional del agente, en relación al bien jurídico protegido (mayor deber de protección: tráfico de drogas a cargo de un médico); o a la particular jerarquía de éste con la víctima y del uso del prevalimiento (abuso sexual de un menor por parte del tutor). Este criterio, en modo alguno significa aceptar la concepción moralista que subyace en la especial punibilidad reservada para los funcionarios públicos, por el sólo hecho de serlo²².

Ahora bien, la noción de bien jurídico (como concepto nuclear) vinculada al injusto puede coexistir con el criterio normativo, relacionado con la especial vulneración de la norma. Al respecto, es de asumir “que existen relaciones

20 Silva Sánchez; La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): Un primer esbozo; en InDret. Revista para el análisis del Derecho; www.indret.com; p. 10.

21 De allí que Silva Sánchez asuma que los valores que se asignen sólo pueden ser aproximativos. *Ibidem*; p. 10.

22 Cfr. al respecto nuestra posición en Aldo Figueroa: Criterios Político criminales para la reforma de los delitos contra la administración pública; en Revista Electrónica Anuario de Derecho Penal; www.anuario.unifr.ch.

cruzadas entre el concepto ideal-comunicativo y el concepto empírico de injusto. Por un lado, la negación del Derecho tiene que ver con la lesión del bien jurídico abarcada por el dolo, con la peligrosidad de las conductas, con la corresponsabilidad de la víctima, etc., lo que determina que el injusto empírico dé pie a muchos criterios de medición de la pena. Pero, por otro lado, el concepto empírico de injusto tiene graves dificultades para explicar todos los casos de injusto penalmente relevante. Ello obliga probablemente a acoger un *concepto real de injusto* que incorpore, junto a la dimensión empírica, también la comunicativa (o de negación de la norma)”²³.

Dentro de esta coexistencia de conceptos es posible asignar valores a cuestiones vinculadas con la culpabilidad, como es el caso del móvil (lucro o piedad); una particular forma de ejecución del delito (gran crueldad); un particular estado psicológico (estado puerperal; emoción violenta); o el uso consciente de medios intrínsecamente perniciosos o dañinos (medio que generan peligro común). En estos casos la asignación de valores debe responder sea al especial desprecio por el agente de la norma penal, sea a la particular situación que lo llevó a no observarla. Esto es, los valores que se asignen, juegan en este ámbito, tanto en sus efectos atenuatorios como agravatorios.

VI. CONCLUSIÓN

Teniendo a la vista la situación caótica e incluso incoherente de las penas conminadas de la parte especial del Código Penal, constituye una necesidad impostergable revisar integralmente su contenido.

Esta revisión supone disminuir la importancia de la pena privativa de libertad, como pena autónoma, para los casos de delitos menores. Implica asimismo redefinir la proporcionalidad de las penas en función de los principios penales del Código.

Es necesario dotar a la determinación legal de las penas de un contenido más amplio que se acerque más al contenido del injusto penal para cada tipo penal, así como a la culpabilidad. Este acercamiento no excluye la consideración de criterios preventivos generales, siempre que a esta finalidad se le dé un nuevo sentido político criminal, como conminación de cara a la reafirmación de la vigencia de la norma.

La racionalidad que tenga este ejercicio de revisión puede garantizarse a través de criterios cuantitativos de valoración de las variables asociadas al injusto, comprendido como protección de bien jurídico y como especial vulneración de la norma penal, sin descuidar otros aspectos vinculados a la culpabilidad, como los móviles, especial forma de ejecución o particulares estados subjetivos del agente.

Sólo de esta manera podría darse nuevos aires al Código Penal de 1991, cuyo envejecimiento prematuro fue condicionado por el excesivo afán preventivo intimidatorio que asumió el legislador desde la introducción de la cadena perpetua y la ampliación de la duración de la pena privativa de libertad.

23 Silva Sánchez; *ibídem*; p. 11.