

La Ley 1160/97 - Código Penal de la República del Paraguay

Prof. Wolfgang Schöne
Universidad del Norte – Asunción - Paraguay

- A. El desarrollo de la reforma.
 - I. El punto de partida.
 - II. El transcurso de la reforma.
- B. El Panorama del nuevo Código Penal.
 - I. La sistemática.
 - II. Técnica legislativa y terminología.
- C. Los principios básicos.
 - I. El principio de legalidad material.
 - II. El principio de reprochabilidad.
 - III. El principio de proporcionalidad.
 - IV. El principio de prevención.
- D. Los presupuestos de la punibilidad.
- E. Las sanciones.
 - I. Las penas.
 - II. Las medidas.
- F. Observaciones finales.

En el año 1989 la República del Paraguay inició el camino hacia la democracia. El primer paso importante se dio con la sanción, en el año 1992, de una nueva Constitución. A partir del año 1991 y paralelamente a las labores de la Constituyente Nacional empezaron primeros estudios del orden jurídicopenal¹ nacional que luego desembocaron en un plan muy ambicioso de una reforma global. Mientras tanto la primera etapa² de este plan ya está concluida: El día 27 de noviembre de 1998 ha entrado en vigencia la Ley 1160/97 -Código Penal- de la República del Paraguay.

El siguiente relato sobre algunos puntos centrales del nuevo cuerpo legal, escrito desde la óptica personal de una persona que ha intervenido en todo el proceso legislativo³, está dedicado muy cordialmente al gran maestro Celestino Porte Petit Candaudap, como señal de admiración para un penalista internacionalmente reconocido y como expresión de agradecimiento sincero por sus valiosísimas contribuciones al Derecho Penal dentro y fuera de México.

A. El desarrollo de la reforma

El grupo de trabajo de jueces y fiscales, formado bajo los auspicios del Ministerio Público para estudiar la situación del sistema penal, no tardó mucho en constatar la imposibilidad de evitar la reforma global y coherente de todo el orden jurídicopenal nacional. Apartándose, en cierta medida, de la tradición „procesalista“ del Sur y Centro de América el grupo llegó también a la decisión de dedicar los primeros esfuerzos reformadores a la renovación del Derecho Penal de fondo.

¹ Sobre el concepto „orden jurídicopenal“ Schöne, „Condiciones de una reforma del orden jurídicopenal“, en: La ciencia penal y la política criminal en el umbral del siglo XXI, Ed. Instituto de Ciencias Penales (INACIPE), México D.F. 1998, pag. 27 y ss..

² La segunda etapa también está por terminar: Se ha sancionado un nuevo Código Procesal Penal que entrará en vigor el 8 de Julio de 1999.

³ El autor ha sido, como consultor internacional de PNUD, USAID y GTZ, asesor de las autoridades paraguayas en materia de la reforma penal.

I. El punto de partida

En el año 1991 la fuente principal del Derecho Penal de fondo es un Código Penal introducido en el año 1910, reformado en el año 1914 y luego modificado en varias oportunidades. Además existe un gran número de leyes especiales con poca concordancia de técnica y contenido. Analizando el Código se nota en seguida que ya era „viejo“ en el momento de su entrada en vigencia: Su padre, el doctor Teodósio González, se había inspirado en los proyectos argentinos de Tejedor, que a su vez había acudido, directa o indirectamente, al Código Penal para el Reino de Baviera del año 1813, escrito por Anselm von Feuerbach.

Si bien la edad de una legislación no es, de por sí, un motivo para cambiarla, no se puede esperar que los cambios políticos, sociales, económicos y culturales de casi dos siglos queden sin efectos sobre el poder punitivo del Estado. Efectivamente, esto vale también para todas las partes del Código de 1910.

En primer lugar, desde los tiempos de Anselm von Feuerbach y de Teodósio González ha cambiado dramáticamente la naturaleza de la violación de los valores establecidas en la sociedad. Aún en 1991 la delincuencia paraguaya era „idílica“, considerándose como más importante el abigeato. Lastimosamente en estos últimos años se ha confirmado plenamente la prognosis de cambios graves⁴: Hoy en día la delincuencia no es más, para decirlo así, „interpersonal“ como el homicidio, la lesión, el hurto o la estafa, sino afecta pluralidades de personas indefinidas como por ejemplo en el campo ecológico o económico y también perjudica nuevos bienes como en el área de la informática. Lo que es más, la cualidad de la conducta antijurídica ha adquirido otra dimensión por ser progresivamente más viajera, organizada e internacionalmente financiada. Agregando también ciertos cambios de la valoración social como en el caso de los hechos punibles contra la „moral“, el „pudor“ etc., entre lagunas y modificaciones surge la necesidad de configurar una nueva Parte Especial.

En segundo lugar, el sistema de sanciones del Código hasta ahora vigente refleja un concepto políticocriminal claramente vinculado con las ideas de la retribución y de la prevención general „negativa“, vale decir, la prevención basada en la intimidación. Dejando de lado la pena de muerte abolida por la Constitución de 1992 y la inhabilitación (a tratar más adelante), la pena principal es la privación de libertad. Naturalmente, se conoce también la multa - en teoría. En la práctica carece totalmente de relevancia, entre otras razones debido a su configuración que exige demasiado del pobre y causa una mera risa del rico.

Volviendo a la pena privativa de libertad, esta sanción es, como dice Antonio García Pablos de Molino, en todo el mundo un fracaso total. Esto es cierto. Pero hay que agregar algo. En el Paraguay (y otros países del subcontinente) la pena privativa de libertad en realidad casi no existe. Lo que se encuentra en las instalaciones superpobladas del servicio penitenciario son presos sin condena. El índice de ellos en Tacumbú, la penitenciaría más importante de Asunción, oscila, desde 1991 y, a pesar de una serie de medidas legislativas en favor de su restricción, casi constantemente alrededor de 95 por cien. Considerando, además, la falta casi absoluta⁵ de medidas, la Parte General del Código Penal de 1910 tiene serias deficiencias que reclaman un replanteamiento total.

Y esto no solo respecto al sistema de sanciones. Las reglas que definen los presupuestos de la punibilidad demuestran un desfase total con el desarrollo de la dogmática penal y, sobre todo, con el cambio de sus parámetros debido a la evolución de los derechos humanos. Un ejemplo es la falta de atención a un principio vinculado directamente con la dignidad humana, vale decir, al principio de culpabilidad o, con otro término, de reprochabilidad, pues tanto las reglas sobre el error de prohibición como las reglas sobre otras deficiencias de la autodeterminación permiten una punición de personas incapaces de obedecer a la norma violada. El otro ejemplo es el artículo 28 CP 1910

⁴ Verificando los pronósticos año por año, la preocupación pasó del abigeato al robo de coches a asaltos con mano armada al tráfico de bebés al vaciamiento de empresas a quiebras fraudulentas a la corrupción terminando (??) con el „escándalo del Banco Central“.

⁵ Hay una sola regla muy escueta que autoriza la internación de mentalmente enajenados para el tiempo fijado por el Juez (art. 18, inc. 3º, parr. 2 CP 1910).

que viola la presunción de la inocencia por la admisión de presunciones o de inversiones de la carga de la prueba en contra del acusado.

En cuentas resumidas, cada parte del Código Penal de 1910 requiere una renovación total que atiende no solo a las necesidades puramente nacionales, sino también a las exigencias de una innegable globalización de las pautas de la persecución penal.

II. El transcurso de la reforma

El Ministerio Público, al terminar su análisis y al tratar de sacar sus conclusiones para la legislación, se encuentra con un Anteproyecto de Código Penal bajo estudio de la Comisión de Codificación del Ministerio de Justicia y Trabajo. Autor de dicho anteproyecto es el Presidente de la Comisión, Prof. Dr. Luís Martínez Miltos. Aun coincidiendo la Comisión de Codificación y el Ministerio Público en la necesidad de una reforma total del Código Penal, resultan diferencias sobre la política criminal a adoptar y sobre las bases teóricas de una legislación a la altura de la modernidad. En consecuencia el Ministerio Público forma una comisión para la elaboración de un proyecto alternativo, mientras tanto el anteproyecto de la Comisión se presenta como Proyecto del Poder Ejecutivo⁶.

La discusión pública de la propuesta, también a la luz de los postulados del Ministerio Público, resulta en que el nuevo Gobierno retira⁷ su Proyecto para facilitar una participación más amplia de todos los sectores de la sociedad. Con el fin de cubrir esta „laguna legislativa“ el Senador Evelio Fernández Arévalos el 24 de febrero de 1994 envía al Parlamento el mismo proyecto con ciertas modificaciones, en su mayoría solo de redacción. Este texto forma, junto con algunas sugerencias del Poder Ejecutivo y de la Coordinación de Mujeres del Paraguay⁸, la base de las primeras consideraciones en el seno del Congreso. Sin embargo, el 5 de septiembre de 1994 el Poder Ejecutivo vuelve a presentar⁹ al Parlamento su proyecto anterior, enriquecido por las sugerencias, observaciones y reclamaciones de organizaciones públicas y privadas. Ambos proyectos, el Proyecto del Senador Fernández Arévalos y el Proyecto del Poder Ejecutivo, coinciden en sus características generales: la política criminal, la teoría del delito, la técnica legislativa y la fundamentación comparatista sumamente ecléctica.

Mientras tanto la comisión del Ministerio Público había terminado su trabajo y publicado un propio Anteproyecto de Código Penal con rasgos totalmente diferentes. Por falta de presentación al Congreso¹⁰ surge el peligro que esta alternativa no sea formalmente discutida. Sin embargo, casi en último momento se logra una postergación del dictamen de la Comisión de Legislación Codificación, Justicia y Trabajo de la Cámara de Senadores. El 9 de marzo de 1995 seis senadores, representantes de todas las corrientes políticas de la Cámara Alta, avalan la entrada oficial del Anteproyecto del Ministerio Público.

En la Cámara de Senadores, la Comisión de Legislación, junto con la Comisión de Asuntos Constitucionales y Defensa Nacional, instalan una subcomisión que, con el asesoramiento y consejo de expertos en la materia elabora, en base a las tres propuestas existentes, un proyecto único con más de 95% de sus artículos plenamente consensuados. Atendidas las cuestiones abiertas, la Comisión de Legislación presenta el proyecto único con dictamen favorable a la plenaria del Senado que el 11 de abril de 1996 resuelve darle un tratamiento de Código. A pesar de algunas objeciones¹¹

⁶ Mensaje N° 167 del 13 de agosto de 1993

⁷ Mensaje N° 41 del 4 de noviembre de 1993

⁸ Presentación en el mes de marzo de 1994.

⁹ Mensaje N° 226

¹⁰ Una de las razones se debe a la decisión de la Constitución de no otorgar al Ministerio Público, a pesar de su naturaleza de extra-poder, el derecho de iniciar un proceso legislativo.

¹¹ Dejando de lado los esfuerzos del Senador Fernández Arévalos de objetar „todos los artículos del Proyecto“ y de reemplazarlos con las propuestas suyas, la oposición quizás más fuerte se dirige en contra cada intento de reformar los artículos referentes al aborto. Para no peligrar toda reforma del

la Cámara de Senadores el 20 de diciembre de 1996 aprueba el proyecto único, que pasa al estudio por la Cámara de Diputados.

Debido a ciertos desperfectos técnicos del texto enviado, la comisión de Legislación, Codificación, Justicia y Trabajo de la Cámara Baja inicia en marzo de 1997 un intensivo estudio que termina el 6 de mayo de 1997 y resulta en una serie de modificaciones, en su mayoría solo de forma. Al no recibir, durante el plazo previsto para el tratamiento de Código, objeciones reglamentarias, la Cámara de Diputados acepta el texto modificado.

Con la ratificación de este texto por ambas Cámaras¹² el Proyecto recibe la plena sanción. El Poder Ejecutivo no hace uso de su facultad de un veto total o parcial y promulga el 26 de noviembre de 1997 el texto enviado como Ley 1160/97 -Código Penal- de la República del Paraguay.

El relato no sería completo sin mencionar la *vacatio legis* de un año prevista en el artículo 325 del nuevo Código. Ya que una gran parte de la comunidad jurídica a pesar de muchos intentos de invitarla a cooperar en el proceso reformador llega tarde a apreciar los grandes cambios inminentes, se forma una incitativa en favor de una postergación de la entrada en vigor del nuevo Código y de una serie de modificaciones de corte conservador. Sin embargo, el Proyecto de Ley correspondiente presentado por la Comisión de Codificación del Ministerio de Justicia y Trabajo no encuentra mayoría en la Cámara de Senadores, con lo cual el nuevo Código Penal paraguayo rige a partir del 27 de noviembre de 1998.

B. El Panorama del nuevo Código Penal

I. La sistemática

El „índice general“ que forma parte del Código indica la distribución de sus 326 artículos en tres libros. El primero de ellos, llamado „Parte General“, trata en 7 títulos las materias relativas a la ley penal, al hecho punible, a las penas y medidas, a comiso y privación de beneficios, a la instancia del procedimiento y a la prescripción. El segundo libro se llama „Parte Especial“ y describe los hechos punibles. Los 9 títulos del mismo corresponden con los bienes jurídicos protegidos, tratándose de la persona y de sus bienes, de la seguridad de las personas y de su convivencia social y jurídica, del orden económico, del Estado y de sus funciones y finalmente de los pueblos. Este orden de materias que parte del individuo y que refleja las necesidades de su convivencia con otros individuos en sociedad y Estado invierte la prelación del Código anterior. Esta sistemática es también una señal política: se demuestra el respeto por las personas y el reconocimiento del cometido del Estado de estar al servicio de ellas. Un tercer libro denominado „Parte Final“ reglamenta la relación del Código con otras partes de la legislación penal y su entrada en vigor.

El primer título abarca disposiciones de alcance para todo el Código. Los primeros artículos establecen los principios básicos que inspiran, más allá de este cuerpo legal, todo el Derecho Penal y que son, al mismo tiempo, los faros para la interpretación de cada una de sus disposiciones. Siguen dos capítulos de contenido más formal: las reglas sobre la aplicación de la Ley y algunas definiciones generales. La sistemática de las disposiciones sobre la aplicación de la Ley a los hechos punibles relacionados con el exterior del país¹³ se orienta en los principios de territorialidad, protección, universalidad y, finalmente, representatividad.

La distribución de las demás materias de la Parte General se debe a consideraciones obvias: un título¹⁴ dedicado a los presupuestos generales de las sanciones precede dos títulos sobre „penas“ y

Código, la Comisión de Legislación propone mantener los artículos pertinentes del Código vigente y de postergar su necesaria renovación.

¹² Cámara de Senadores el 21 de agosto de 1997 y Cámara de Diputados el 16 de octubre de 1997.

¹³ La materia suele llamarse „Derecho Penal Internacional“. Sin embargo, las disposiciones pertenecen al Derecho nacional y determinan su aplicación. Precisamente por el carácter distinto e internacional de las reglas pertinentes el nuevo Código remite la materia de la extradición a una Ley especial.

¹⁴ Título II: „El hecho punible“ (arts. 15 hasta 36 CP).

„medidas“; esto refleja la decisión en favor de un sistema de sanciones conocido como „doble-vía“ y adoptado por casi todas las legislaciones modernas¹⁵. Las disposiciones del siguiente título sobre comiso y privación de beneficios atienden a los instrumentos y productos del hecho punible y amplían las posibilidades del Estado de crear un „clima“ desfavorable para la vuelta a la conducta delictiva. A pesar de ciertos rasgos procesales la „instancia del procedimiento“ ha encontrado su lugar en el próximo título de la Parte General. La inclusión de este instituto limitador de la punición concreta en el Código de fondo se justifica con consideraciones materiales sobre los bienes jurídicos y la protección de la víctima frente a una doble victimización. El Libro Primero termina con un título sobre la prescripción que limita el poder punitivo del Estado.

Desde el punto de vista formal¹⁶ la sistemática de la Parte Especial parte del bien jurídico protegido y de los modos en que suele ser agredido. Según el valor del bien y las necesidades de su protección se diferencian sanciones para la lesión, para la puesta en peligro concreto y para conductas consideradas como peligrosas independientemente de un tal acontecimiento¹⁷. Es relevante también la diferencia entre acciones y omisiones¹⁸, por un lado, y entre conductas dolosas y culposas, por el otro. En cuanto a los hechos punibles dolosos el Código distingue también la consumación y la tentativa. Otro criterio es el grado del injusto de una conducta que corresponde con el marco penal. Cuando determinados elementos generales aumentan o disminuyen significativamente la gravedad del hecho punible, su inclusión en el llamado tipo base resulta en la creación de hechos punibles cualificados o privilegiados¹⁹

II. Técnica legislativa y terminología

Reemplazar un Código con raíces en el principio del siglo pasado significa también cambiar la técnica legislativa. Los textos históricos se caracterizan por la plasticidad de sus descripciones y, para indicar las conductas punibles, suelen enumerar un sinfín de ejemplos concretos; basta como ejemplo el artículo 387 del Código anterior que „relata“ con lujo de detalle los fenómenos que se llaman „abigeato“ y que, dicho con la frialdad de los tiempos modernos, no son otra cosa que el hurto de una cosa.

Sin embargo, el mundo así descrito va desapareciendo y viene a ser cada día más complejo. Para poder influir sobre las nuevas realidades se necesitan disposiciones con nuevos contenidos y, por

¹⁵ Una excepción es el nuevo „Code Penal“ (1995) de Francia que opta por el modelo de „una vía“ y remite la reglamentación de las medidas destinadas al combate de la peligrosidad demostrada por el hecho punible a otras ramas del Derecho. A pesar de algunas corrientes latinoamericanas en favor de esta solución y de una discusión política muy enérgica el legislador paraguayo, consciente de la necesidad de mejorar la seguridad jurídica del ciudadano en el ámbito del Derecho Administrativo y Civil, ha visto, por lo menos en la situación actual, más garantías en el campo de la Administración de la Justicia Penal. La respuesta a la crítica muy merecida que la ejecución de las medidas privativas de libertad suele violar los Derechos Humanos no puede ser una abolición abierta o cubierta de las medidas, sino una mejora decisiva de las condiciones de su aplicación.

¹⁶ Desde el punto de vista material la prelación de las disposiciones depende de la relación de los bienes jurídicos entre sí. Al respecto ver el texto arriba.

¹⁷ En estos casos el peligro no entra en la descripción del tipo, sino solo motiva su existencia. Por eso, se habla de hechos punibles de peligro abstracto.

¹⁸ La naturaleza distinta de los hechos punibles de acción y de los hechos punibles de omisión hubiera obligado al legislador a incluir en la Parte Especial las descripciones pertinentes, si se quiere aplicar el marco penal previsto respecto al hecho de causar el resultado también a los casos de su no-evitación por parte de un garante. Sin embargo, el Código sigue la corriente legislativa de otras legislaciones modernas e introduce con el artículo 15 una regla general que permite y obliga al Juez a cubrir la laguna y a formar el ausente tipo de omisión..

¹⁹ En el caso de los hechos punibles dolosos contra la vida el „tipo base“ (art. 14, inc. 1°, num. 3 CP) del homicidio se encuentra en el inciso 1° del artículo 105 CP. Hay varios tipos cualificados in el inciso 2° y un tipo privilegiado en el numeral 2 del inciso 3° del mismo artículo.

consiguiente, de redacción mas complicada; a título de ejemplo se mencionan reglamentaciones en el campo de la informática, de la ecología o de la genética. Además, la técnica de enumeración de casos ejemplares paradójicamente abre lagunas en el alcance de las reglas y causa un déficit en el logro de las pretensiones de la política criminal. Y, finalmente, también el desarrollo científico aporta su grano de arena; pues el análisis de los problemas y la búsqueda de respuestas adecuadas obliga a diferenciar y a definir nuevamente las soluciones, vale decir, a formular nuevos conceptos que influyen sobre el lenguaje del texto legal. En consecuencia, crece la tendencia hacia la abstracción.

El nuevo Código no se escapa de este desarrollo e introduce un gran número de términos nuevos. La razón no es el deseo de „cambiar por cambiar“, sino la necesidad de llamar la atención a modificaciones del contenido de la reglamentación y, en segundo lugar, evitar malentendidos que surgen de palabras con doble acepción²⁰ o capaces de ser confundido.

El cambio de terminología no es, de ninguna manera, sólo un problema técnico, sino hasta político. La introducción del nuevo Código ha provocado temores respecto a su „aplicabilidad“ que se han convertido en serios obstáculos a la reforma y que se deben, al menos en parte, a una culturización de los conceptos heredados; se utilizan los términos en forma „automática“ sin tener presente su contexto histórico²¹ y su relevancia para las soluciones materiales.

Para contrarrestar las críticas sobre la imposibilidad de aplicación, el legislador paraguayo ha tomado a bien incluir en el texto legal un gran número de definiciones; ellas se encuentran no solo en el capítulo pertinente de la Parte General²², sino también en la Parte Especial. Dejando de lado ciertos excesos de buena voluntad²³, esta técnica tiene sus méritos. Por ejemplo, permite acortar la descripción de las conductas punibles²⁴ y transmitir, en forma muy didáctica, el trasfondo dogmático de las reglas sobre los presupuestos generales de la punibilidad²⁵. Sin embargo, también hay límites. La „interpretación auténtica“ de un texto legal mediante definiciones legales de vez en cuando solo traslada el „campo de batalla“ de un artículo al otro. Además, el uso de definiciones puede conllevar el peligro de calcificar posturas dogmáticas que mejor estarían al criterio de la jurisprudencia y de la ciencia²⁶.

Otro aspecto de la técnica legislativa del nuevo Código es la atención a la homogeneidad de los términos. Por ejemplo, cuando se habla de circunstancias que „eximen“ de pena, queda claro que

²⁰ Por ejemplo, la palabra „dolo“, utilizada por si sola, puede señalar el mero „saber y querer realizar los elementos constitutivos del tipo“ y la combinación de este elemento con la „conciencia actual de la antijuridicidad“. Por eso, en la discusión científica se trata de evitar malentendidos empleando agregados: „dolo de hecho“ y „dolo malo“.

²¹ Por ejemplo, se utiliza el termino „intención criminal“ en sentido de „dolo“ en general sin recordar que el adjetivo „criminal“ señalaba una voluntad de violar el Derecho, vale decir, al menos el conocimiento de la antijuridicidad. Con esto se prejuzga sin querer el tratamiento del error de prohibición en favor de la llamada „teoría del dolo“ (malo) hoy en día superada.

²² Artículos 13 y s. CP

²³ Algunas definiciones deben su existencia a intereses tácticos. Su introducción a última hora y con el fin de rechazar el argumento de „no aplicabilidad“ no siempre ha sido feliz. Por ejemplo, la definición de „titular“ (art. 14, inc. 1°, num 16 CP) tiene claras debilidades.

²⁴ Por ejemplo, el artículo 17 inciso 1° CP. permite prescindir en la Parte Especial de referencias al dolo de hecho; el artículo 27, inc. 1° permite para los crímenes ahorrar indicaciones sobre la punibilidad de la tentativa.

²⁵ Ver artículo 14, inciso 1° CP.

²⁶ Con razón el nuevo Código ha prescindido de incluir las definiciones „positivas“ de dolo y culpa contenidas en los artículos 26 y 27 del Código Penal Tipo para Latinoamérica (y de prejuzgar su naturaleza colocándolas en un capítulo sobre la „culpabilidad“). Lo que en cuanto el dolo se reglamenta es - en forma negativa - la consecuencia del desconocimiento de una circunstancia constitutiva del tipo: falta de dolo (art. 18 CP).

ellas no afectan la tipicidad, antijuridicidad y la reprochabilidad de la conducta. Esta información a su vez permite sacar de inmediato conclusiones para el ámbito de las causas de justificación, el alcance de la participación o la aplicación de medidas.

Vale la pena llamar la atención a la coherencia interna del Código. La voluntad del legislador respecto a la solución de un determinado caso normalmente se desprende de un conjunto de reglas cuya relación se basa, para decirlo así, en remisiones tácitas. Para dar dos ejemplos: El Código establece principios básicos que permiten en caso de duda vincular la interpretación de una disposición con la regla central. Un ejemplo es la conexión, aclarada adicionalmente por la definición de la reprochabilidad en artículo 14, inciso 1°, numeral 5, de los artículos 22 CP sobre el error de prohibición y 23 CP sobre el trastorno mental con el principio de reprochabilidad consagrado en el artículo 2, inciso 1°. Conexión parecida existe entre las disposiciones sobre la medición de la pena (artículo 65 y ss.) con lo establecido en el inciso 2° del artículo 2 CP. La cadena de remisiones tácitas es aun más larga en caso de un aumento del marco penal previsto para „casos especialmente graves“ de un hecho punible como, por ejemplo, la estafa (art. 187 CP)²⁷. Donde no es posible describir mediante tipificación cerrada los presupuestos de la pena elevada, la falta de claridad de la regla por si sola se reduce por la referencia lógica a las reglas sobre la medición de la pena y al principio básico: se trata de comparar los resultados de la medición en el caso concreto con los resultados, obtenidos en base a los mismos criterios, de otros casos del mismo hecho punible conocidos en el foro.

C. Los principios básicos

El análisis formal del nuevo Código ya ha ofrecido la oportunidad de conocer una innovación central del nuevo cuerpo legal: la apertura del articulado con tres disposiciones sobre los principios que orientan toda la legislación penal de fondo. Se trata de cuatro principios que por su importancia tienen rango constitucional a pesar de haber sido consagrado en la Constitución de 1992 solo parcialmente en la forma directa de un Derecho fundamental²⁸.

I. El principio de legalidad material

Siguiendo las tradiciones inauguradas por Anselm von Feuerbach y mantenidas en el artículo 53 del Código Penal anterior²⁹ el artículo 1 CP consagra el principio de legalidad material en forma más amplia y concreta. El texto reza:

„Nadie será sancionado con una pena o medida sin que los presupuestos de la punibilidad de la conducta y la sanción aplicable se hallen expresa y estrictamente descritos en una ley vigente con anterioridad a la acción u omisión que motive la sanción.“

Comparando la disposición con la anterior se aprecia en seguida la riqueza de su contenido. El análisis de los componentes muestra como punto de partida en el mundo del ser la tríada „conducta, acción, omisión“³⁰, y en cuanto a las respuestas del mundo del derecho la tríada „sanción, pena, medida“ que caracteriza el sistema reacciones como uno de „doble vía“. Luego la disposición establece una protección frente al poder sancionador del Estado que ni admite excepciones personales ni materiales. Pues, la palabra „nadie“ indica que la garantía obra en favor de cada ser humano, tenga la nacionalidad paraguaya o no, sea cual sea el lugar de la conducta. Además, la disposición se refiere a „los“, vale decir, „todos los“, presupuestos de la punibilidad y de la sanción;

²⁷ La cadena de remisiones tácitas es aun más larga en caso de un aumento del marco penal previsto para „casos especialmente graves“ de un hecho punible como, por ejemplo, la estafa (art. 187 CP)..

²⁸ Ver Schöne, Wolfgang, „Orden constitucional y orden jurídico penal“, en: Acerca del orden jurídico penal, San José (ed Juricentro) 1992, pag. 187 y ss..

²⁹ „No será castigada ninguna acción u omisión, por más inmoral o criminal que fuese, si la ley con anterioridad no la ha calificada de delito o falta y no le ha impuesto una pena“.

³⁰ Ver Schöne, Wolfgang, „Acción, omisión, conducta“, en: Acerca del orden jurídico penal, San José (ed. Juricentro) 1992, pag. 29 y ss.

por consiguiente no existe la posibilidad de agujerear la protección con el argumento que ella se refiere solo a la tipicidad³¹. La fórmula más densa del contenido de la garantía es la neolatina „nullum crimen, nulla poena sine lege scripta, stricta et praevia“, entendiéndose „crimen“ en sentido amplio como „hecho punible“ y „poena“ como „sanción“.

La garantía limita el poder punitivo del Estado: El ejercicio del monopolio de la fuerza se justifica solo cuando está cubierto por una ley con ciertos atributos.

El requisito de una ley scripta en su aspecto negativo excluye la intervención del Estado en base al derecho consuetudinario y a reglas establecidas por analogía; en su aspecto positivo aclara la necesidad de la intervención directa del Poder Legislativo mediante una ley formal: no bastan decretos, reglamentos u otras emanaciones del Poder Ejecutivo.

La necesidad de una „lex stricta“ es generalmente la, quizás, menos presente a pesar de que leyes imprecisas son una amenaza mayor que la de fundamentar la sanción por consideraciones de analogía, como dijo el gran maestro Hans Welzel recordando los sucesos del Tercer Reich. El legislador paraguayo ha aprendido bien las enseñanzas de la historia cuando exige una base legal „expresa y estricta“. Recordemos un ejemplo histórico: „Se castigará cada violación de los principios revolucionarios. La forma de la pena queda a discreción del Juez“³². Debidamente publicada se trató de una ley scripta del entonces legislador, de una ley que quizás se puede llamar expresa, pero de ninguna manera estricta en cuanto a los presupuestos de la punibilidad y tampoco con respecto a la sanción.

Al lado de esta faceta del principio el requisito de una ley previa no ofrece novedad. Sin embargo, en la aplicación práctica surgen problemas: Uno es el cambio de la sanción durante la realización del hecho punible, por ejemplo una privación de libertad³³. El legislador paraguayo ha optado por la aplicación de la sanción vigente al final de la realización del hecho³⁴. Y esto con razón. Aun siendo la sanción al final de mayor gravedad no existe un conflicto con el principio, pues la fuerza motivadora de la ley que fundamenta la garantía sigue existiendo y refuerza la „presión“ en contra de la decisión a, en este caso, continuar la conducta punible. El otro problema es la prohibición de la retroactividad de medidas a pesar de que el desarrollo de la Ciencia puede aconsejar la aplicación de la medida más efectiva prevista en el momento de la sentencia. En el conflicto entre legalidad y efectividad de la regla el nuevo Código opta por la seguridad jurídica³⁵, mientras tanto otras legislaciones aceptan aquí, fuera del campo de las penas, la supremacía de las exigencias preventivas de la política criminal³⁶.

El artículo 1 CP tiene como destinatario el Poder Judicial en cuanto a la prohibición de fundamentar una condena en derecho consuetudinario o en analogías y el Poder Legislativo en cuanto a la prohibición de sancionar leyes imprecisas y retroactivas. La regla protege las personas frente a la arbitrariedad estatal bajo dos aspectos, la separación de las atribuciones del Poder Judicial que decide un caso individual y del Poder Legislativo que establece las reglas generales para todos los casos de la misma índole, por un lado, y la exclusión de leyes ad-hoc debidas a posibles manipulaciones de la voluntad política, por el otro. Y también procura la posibilidad de motivarse según la existencia o no de leyes sancionadoras que luego fundamenta el principio de reprochabilidad. En su totalidad el artículo 1° CP trata de mantener el Estado Derecho y la Dignidad

³¹ Al menos ambiguo en este sentido el texto del artículo 3° del Código Penal de Colombia.

³² Disposición de la „República de las Comisiones“, Munich 1919.

³³ Artículo 124 CP.

³⁴ Artículo 5, inciso 2° CP.

³⁵ Artículo 5, inciso 3° CP. Formalmente se podría argumentar que la medida introducida después de la realización del hecho punible por considerarse más efectiva es también la más favorable. Sin embargo, malas experiencias con la aplicación de medidas permiten comprender la decisión del legislador.

³⁶ Ver artículo 2, inciso 6 del Código Penal alemán.

Humana, bienes protegidas expresamente por la magna carta paraguaya de 1992. Esta es la razón por la cual la disposición tiene, a pesar de su posición en una ley ordinaria³⁷, materialmente rango de un derecho fundamental revestido de todas las garantías constitucionales³⁸.

II. El principio de reprochabilidad

La incorporación del principio de legalidad material en el nuevo Código Penal abre la puerta para una transformación total del Derecho Penal material. Si la ley debe ser clara y previa para evitar la aplicación de sanciones a personas que no han podido orientar su conducta de acuerdo con las reglas establecidas, entonces es coherente reconocer también el principio de reprochabilidad. El artículo 2 CP dice que „no habrá pena sin reprochabilidad“ (inc. 1º) y que „la gravedad de la pena no podrá exceder los límites de la gravedad del reproche penal“ (inc. 2º).

a) Al consultar la definición de la reprochabilidad en el artículo 14, inciso 1º, numeral 5 CP se aclara en seguida que el término se refiere al presupuesto general de la punibilidad hasta ahora conocido como „culpabilidad“. El cambio de denominación no pretende otra cosa que evitar las dificultades de terminología que surgen de la existencia de delitos culposos y el doble sentido de la palabra de „culpa“. La innovación material consiste en el reconocimiento de un principio que permite rechazar cada forma de punición de personas sin capacidad concreta de obedecer a la norma de conducta violada y perfilar los detalles de las consecuencias. Dicho en forma positiva: la reprobación se basa „en la capacidad del autor de conocer la antijuridicidad del hecho realizado y de determinarse conforme a ese conocimiento“ (art. 14, inc. 1º, num. 5 CP). Luego el Código establece las consecuencias prácticas del principio para la punibilidad en caso de un error de prohibición y en caso de un trastorno mental. Según el artículo 22 CP „no es reprochable el que al realizar el hecho desconozca su antijuridicidad, cuando el error le era inevitable“. Y de acuerdo con el artículo 23, inciso 1º CP tampoco es reprochable el que no tenga la capacidad de determinarse por la norma violada „por causa de trastorno mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado, o de grave perturbación de la conciencia“.

Desde el punto de vista dogmático el legislador paraguayo ha rechazado el modelo clásico según el cual „dolo“ y „culpa“ son „formas“ de la culpabilidad de un imputable, entendiéndose dolo como „dolo malo“³⁹ y culpa como „previsibilidad subjetiva del resultado“⁴⁰. Con razón ha dominado la „teoría de la culpabilidad“ que, en base de las enseñanzas del finalismo, separa los elementos del „dolo malo“ y permite reconocer la capacidad de determinarse según la norma violada como el eje central del reproche. Como esta capacidad debe darse en el momento de la violación de la norma, desaparece la „imputabilidad“ como elemento autónomo del hecho punible. Al colocar el elemento llamado „dolo de hecho“ en el injusto y al aislar el conocimiento de la antijuridicidad, sale a la luz su relevancia verdadera para la parte intelectual de la reprochabilidad: El conocimiento real de la antijuridicidad demuestra, de por sí, la capacidad necesaria; en caso de ausencia - denominado „error de prohibición“ - es el punto de referencia para contestar la pregunta ahora decisiva por el conocimiento posible o, lo que es lo mismo, la evitabilidad del error: El autor concreto con sus capacidades concretas ¿pudo lograr en la situación concreta el conocimiento actual de la antijuridicidad?

³⁷ En la Constituyente Nacional de 1991/92 ha predominado la corriente que consideraba suficiente mantener en forma del artículo 17, numeral 3 CN el principio de legalidad procesal („ninguna condena sin ley previa“). Mientras tanto crece el número de voces en favor de una reconsideración de la materia en el marco del reemplazo de la Constitución, como se dice „de transición“, de 1992 por una Constitución definitiva elaborada con calma y fuera de las presiones de una campaña electoral.

³⁸ La consecuencia práctica sería la posibilidad de recurrir por violación del artículo 1º CP contra la sentencia de última instancia en lo penal ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

³⁹ Al respecto ver arriba nota 20.

⁴⁰ La influencia del modelo clásico se puede apreciar en el Código Penal Tipo para Latinoamérica (arts. 24 y ss.). La incompatibilidad de los detalles de la reglamentación con el principio de reprochabilidad („culpabilidad“) aconseja el reemplazo de la obra de 1971 por una versión actualizada.

Respecto a la parte volitiva de la reprochabilidad el nuevo Código sigue, en un principio, el camino tradicional de reconocer una falta de la capacidad de motivarse de acuerdo con el conocimiento real o posible de la antijuridicidad solo en determinados casos accesibles a la comprobación por las Ciencias, en especial la medicina (psiquiatría) y la psicología⁴¹. En lo demás parte de la existencia de la reprochabilidad y reconoce como „válvula de seguridad“ determinados casos de una renuncia al reproche posible cuando hay „exceso por confusión o terror“ (art. 24 CP) o „inexigibilidad de otra conducta“ (art. 25 CP).

No se puede olvidar, en este contexto, las voces que hablan de una crisis del principio de culpabilidad. Efectivamente, se puede discutir si la capacidad individual de determinarse según la norma violada es una estructura lógico-objetiva en sentido de Hans Welzel y Armin Kaufman, o si es producto de una „imputación mutua“ como dice Hans-Ludwig Schreiber. De todas formas, la solución adoptada por el legislador paraguayo está plenamente justificada, pues corresponde del todo con las exigencias tanto de la política criminal como de un Estado de Derecho: Por un lado se respeta la idea, para decirlo así, que no se puede castigar un ciego por no haber visto lo que no pudo ver. Por el otro impide la impunidad de conductas dolosas (en sentido de dolo de hecho) por mera falta del conocimiento de la antijuridicidad.

b) El principio consagrado en el artículo 2, incisos 1° y 2° CP no solo fundamenta la pena, sino también la limita. La capacidad de motivarse según la norma violada existe o no existe. En este sentido el término „reprochabilidad“ señala un aspecto cualitativo: el hecho antijurídico es, o no es, reprochable, y si lo es al autor corresponde un reproche. Una vez establecido este juicio, se abre la puerta a la punición. Y si el Estado no renuncia del todo al reproche ahora posible⁴², aparece un aspecto cuantitativo señalado por el término „reproche“: el reproche puede ser de mayor o menor gravedad. Esta cuantía depende de la dificultad de convertir la capacidad de motivarse en una motivación real: cuanto más difícil la motivación, tanto menos la gravedad del reproche, y, por consiguiente, cuanto menos difícil motivarse según la norma violada, tanto más grave la reprobación.

La correlación mencionada explica y justifica, por ejemplo, la atenuación obligatoria de la pena en caso de un error de prohibición evitable (artículo 22, párrafo 2 CP) o dificultades de motivación superiores a las normales por causa de un trastorno mental (artículo 23, inciso 2°). Sin embargo, su relevancia práctica se nota, ante todo, en el campo de la medición de la pena: El principio de reprochabilidad obliga al legislador a prescindir de penas absolutas (como la pena de muerte o de cadena perpetua) que no permiten una graduación según la gravedad del reproche, y obliga al Juez a fijar, dentro de marcos penales con máximos y mínimos, la pena concreta de acuerdo con las dificultades de una motivación correcta. En esto le ayudan al Juez los artículos 65 y ss. CP con sus indicaciones que directa o indirectamente influyen sobre este núcleo de la decisión.

Ya se ha dicho que el principio de reprochabilidad se deriva, en último término, del valor más alto del orden jurídico: la dignidad humana. Si al castigar no se respetan los límites de lo posible, el individuo perdería su calidad de sujeto y vendría a ser un mero objeto de la acción estatal. Por eso la garantía

⁴¹ Vale destacar un detalle: El artículo 23 CP menciona al lado de la falta de madurez y de la perturbación de la conciencia el „trastorno mental“. El término reemplaza el término „enfermedad mental“ utilizado en el Anteproyecto Martínez Miltos y comprende ahora enfermedades en sentido estricto de la Ciencia médica y también otras irregularidades como, por ejemplo, sexuales que no son enfermedades, pero impiden la autodeterminación de modo igual. Materialmente no existe, entonces, una diferencia con el § 20 del Código Penal alemán, que separa estos dos casos, hablando de „trastornos anímicos morbosos“ por un lado y de „otros trastornos anímicos graves“, por el otro. La aclaración es importante también para el campo procesal: se trata de la admisibilidad de peritos de otras disciplinas que medicina y psicología.

⁴² Recuérdense los artículos 24 y 25 CP ya mencionados. Ellos se deben a una doble consideración. En primer lugar, en los casos pertinentes existe por lo menos la buena voluntad del autor de conservar una bien jurídico, aunque sea de menor rango que el violado. Esto disminuye el desvalor de la conducta y, con esto, el peso del objeto del reproche. En segundo lugar, en los casos señalados existen dificultades de comprobación de la capacidad de determinarse según la norma. Juntando ambos aspectos conviene una especie de presunción en favor del acusado.

tiene materialmente rango de un derecho fundamental. Consecuentemente, su violación por una sentencia (firme) de los Tribunales ordinarios permitiría recursos constitucionales.

III. El principio de proporcionalidad

Como ya se ha dicho, el nuevo Código establece un sistema de sanciones que abarca penas y medidas y por esto se llama de „doble vía“. La pena es la respuesta a un hecho antijurídico que se fundamenta y limita por la capacidad del autor de motivarse según la norma violada. Por eso, la „vía“ de las penas tiene un aspecto „retrospectivo“; el principio de „nulla poena sine culpa“ permite ver al futuro solo en la medida en que la intervención estatal se mantiene dentro de los límites antes señalados⁴³. La consecuencia práctica es obvia: Donde no hay reprochabilidad, no puede haber pena, y donde el reproche es limitado, es posible que no procede pena suficiente para poder satisfacer las necesidades de la prevención.

La necesidad de una acción preventiva depende del peligro de futuras conductas punibles. Este peligro existe no solo en caso de enfermos mentales o toxicómanos. Y en cuanto este peligro existe, el deber del Estado de proteger los bienes jurídicos que él mismo ha reconocido no le permite quedar inactivo. Dejando de lado otras formas de intervención⁴⁴, se abren dos caminos: asignar la prevención al campo del Derecho Civil y del Derecho Administrativo, o prever, dentro del área penal, sanciones con otras características que las penas.

El Code Penal francés del año 1995 ha tomado el primer camino. Sin embargo, dado el carácter coercitivo de las sanciones preventivas⁴⁵ un sistema penal „de una vía“ es viable solo en cuanto también frente a medidas extrapenales existe un sistema eficaz de protección jurídica del afectado. En Francia este requisito se da, pero en el Paraguay el Derecho Administrativo y Constitucional todavía no ha logrado semejante perfección. Esta es una de las razones por las cuales el legislador paraguayo ha preferido tomar el otro camino: apoyándose en las garantías existentes en el marco del Derecho Penal introduce como segunda vía medidas de vigilancia, de mejoramiento y de seguridad (art. 72 CP).

El punto álgido de todas las medidas es su orientación hacia la posibilidad de un comportamiento ilícito futuro. Debido a las experiencias inaceptables con legislaciones que permiten intervenir ya en caso de un mero „estado de peligrosidad“, el artículo 2, inciso 2° CP establece para toda medida dos requisitos generales: la realización de un hecho al menos antijurídico y la proporcionalidad entre la gravedad de la intervención, por un lado, y la relevancia del peligro que se pretende evitar, por el otro. El requisito de un hecho antijurídico permite fundamentar la prognosis en eventos del pasado, establecidos en atención a las garantías del procedimiento penal, y procura un vínculo con una tipificación de acuerdo con el principio de legalidad. El juicio de proporcionalidad depende de tres factores con efecto restrictivo: la gravedad de los hechos realizados, la gravedad de los hechos que previsiblemente se realizarán y del grado de la posibilidad de su realización.

El principio de proporcionalidad que limita la intervención estatal en caso de un peligro manifiesto de la futura realización de un hecho punible se concreta por una serie de disposiciones que definen los presupuestos individuales de cada medida (arts. 73 y ss. CP). Además, el artículo 76 CP establece un sistema de revisión de las medidas.

Finalmente cabe señalar el rango constitucional del artículo 2, inciso 3 CP. Se trata de una manifestación más del principio de la proporcionalidad que domina el Derecho Público, y, en último término, corresponde con las exigencias del principio del Estado de Derecho, consagrado en la Constitución.

⁴³ Una teoría absoluta de la pena no admite el aspecto „prospectivo“. Por eso, desde este punto de partida un efecto preventivo de la „pena por reproche“ („Schuldstrafe“) sería bienvenido, pero el efecto preventivo por sí no justificaría una extensión de la sanción.

⁴⁴ Por ejemplo, un buen sistema educativo o una red social adecuada.

⁴⁵ Este carácter se nota en seguida en los casos de una privación de libertad no consentida en caso de la internación en un hospital psiquiátrico o un centro de desintoxicación o de la prohibición de ejercer una profesión o un cargo.

IV. El principio de prevención

La cuarta base del nuevo Código es el principio de prevención previsto ya en el artículo 20 de la Constitución de 1992: „Las penas privativas de libertad tendrán por objeto la readaptación de los condenados y la protección de la sociedad“. Con rango de una regla constitucional se descarta, entonces, toda posibilidad de fundamentar la intervención estatal en las teorías absolutas de la pena; quedan proscritas penas que se basan en las ideas de la retribución y expiación.

La decisión sabia y feliz de la Constituyente en favor de una política criminal que se orienta en la prevención de la delincuencia, obliga a definir las sanciones con miras a su utilidad social. La pena, en este sentido, sigue siendo un „malum passionis ob malum actionis“, como dijo Hugo Grotius. Pero la restricción de los bienes jurídicos del condenado como, por ejemplo, libertad, honor y patrimonio puede emplearse solo en la medida en que sirve a la prevención de nuevos hechos punibles. Esto significa un giro copernicano del Derecho Penal paraguayo hasta ahora vigente, cuyo norte era claramente la retribución y una prevención general negativa.

La formulación del principio en artículo 3 CP modifica ligeramente el texto constitucional: „Las sanciones penales tendrán por objeto la protección de los bienes jurídicos y la readaptación del autor a una vida sin delinquir“. Sin embargo, las diferencias no señalan un cambio de contenido, sino solo mejoran la eficacia de la reglamentación.

En primer lugar conviene mencionar que en el momento de las deliberaciones sobre la nueva Constitución todavía dominaba el modelo de un Derecho Penal que en la realidad social conocía solo la pena privativa de libertad. Lo que se sentía, eran las deficiencias de la situación legislativa y real y la necesidad de una nueva orientación. Lo que todavía no existían, eran conceptos políticocriminales correspondientes que hubieran podido sugerir una fórmula más amplia como la actual que habla de la finalidad de „las sanciones penales“.

En segundo lugar, no se habla más de la protección de la sociedad, sino de los bienes jurídicos. Esto tampoco diluye la voluntad de la Constitución, pues si se protegen todos los bienes jurídicos, también queda salva y sana la sociedad. El motivo de la modificación es uno doble: primero, evitar una ideologización del concepto „sociedad“ con efectos prácticos indeseables y, segundo, concretar el objeto de la protección mediante un vínculo directo con los valores que la Constitución misma define con gran lujo de detalles. Este vinculación corresponde directamente con la sistemática de la Parte Especial del Código que parte de los distintos bienes jurídicos y facilita la interpretación de los textos legales.

El tercer cambio requiere una aclaración: El término „readaptación“ es, de por sí, demasiado abierto pues no define a qué el condenado debe adaptarse. No se pretende lograr un ser humano „bueno“ o la moralidad de los ciudadanos. La respuesta „vivir sin delinquir“ es clara y, solo a primera vista, modesta: Si no se vuelve a realizar un hecho punible, sea cual sea el motivo, la armonía de la conducta con las leyes es el máximo de lo que una sociedad puede esperar.

D. Los presupuestos de la punibilidad

Un Código Penal no es un tratado sobre la teoría del hecho punible. Sin embargo, el cuerpo legal debe definir bases y límites generales de la aplicación de sanciones de acuerdo una visión teórica global y coherente. Como es sabido, puede haber diferentes concepciones científicas del hecho punible. Frente a esta situación el legislador paraguayo define el límite entre lo punible y lo no punible de acuerdo el siguiente criterio: Recoge aquellas reglas que cuentan con un consenso, al menos en los resultados prácticos, de la Ciencia. Cuando ella ofrece soluciones diferentes, toma postura solo en lo necesario; y donde el estado de la discusión científica todavía no permite una decisión suficientemente defendible se abstiene de una reglamentación y busca fórmulas que permiten remitirse a la Ciencia y la Jurisprudencia⁴⁶. Esto señala, de paso sea dicho, un cambio importante en la actitud del legislador frente al juez: el juez deja de ser una mera „boca de la ley“, como Montesquieu formula la desconfianza tradicional frente a los jueces, y asume un papel más

⁴⁶ Por ejemplo, no existe una regla sobre las consecuencias de un error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación: caso de la llamada „justificación putativa“.

activo y responsable que complementa la labor legislativa donde el legislador mismo llega a los límites naturales de su cometido⁴⁷.

La Parte General del Código atiende al „hecho punible“ en el título II que acaba con la mezcla de reglas materiales y procesales en el Código Penal del año 1910 y con la sistemática obsoleta de una legislación del siglo pasado. El contenido material de los artículos 15 y ss. CP refleja la „nueva imagen del sistema penal“⁴⁸ creada por Hans Welzel que ha tenido una gran influencia sobre la legislación penal contemporánea. Para facilitar la aplicación de las reglas el artículo 14, inciso 1° CP ofrece una serie de definiciones que en su conjunto permiten apreciar las ideas básicas que han inspirado al legislador.

El Código parte de las normas de conducta creadas con el fin de la protección de los bienes jurídicos y establece en primer lugar aquellas reglas generales que junto con las descripciones individuales en la Parte Especial atienden a los presupuestos de la violación de una prohibición u de un mandato, vale decir, los presupuestos de la tipicidad⁴⁹.

Aunque no sea imposible formular disposiciones individuales sobre la omisión de evitar un resultado descrito en los tipos de los hechos punibles de comisión, el Código paraguayo sigue la corriente legislativa de otros países y ofrece con su artículo 15 una „receta“ que permite al Juez formular el tipo de omisión correspondiente. A diferencia de las reglas hasta ahora conocidas esta „receta“ establece un criterio material para determinar los sujetos del hecho punible: para ser garante no basta se sujeto de un deber jurídico⁵⁰ de evitar el resultado; el marco penal previsto para el hecho punible de comisión puede aplicarse a una omisión solo cuando además existe una equivalencia del injusto.

Para evitar lagunas en la aplicación de disposiciones que describen hechos punibles „especiales“ el artículo 16 CP amplía la responsabilidad de las personas que actúan en representación de otro. Partiendo de disposiciones puntuales de la legislación anterior se formula una regla general, que se refiere a todo tipo de representación legalmente reconocida; por consiguiente, el representado puede ser una persona jurídica o una persona física. El inciso 2° del artículo 16 CP contiene una importante innovación, pues atiende a las cascadas de delegación de responsabilidades dentro de establecimientos o empresas.

En atención al Derecho Humano que establece la presunción de inocencia, el legislador suprime la presunción contraria del Código anterior⁵¹. Siguiendo la corriente moderna de la dogmática penal además separa el „dolo de hecho“ de la conciencia de la antijuridicidad y le coloca en el ámbito de la tipicidad; por eso introduce reglas distintas: el artículo 18 CP para el error de tipo y el artículo 22 CP para el error de prohibición. Además, y con mucha razón, prescinde de una definición positiva del dolo de hecho⁵² y se limita a reglamentar lo necesario en forma negativa: Cuando falta el conocimiento de una circunstancia constitutiva del tipo, no puede haber dolo⁵³.

⁴⁷ Estos límites naturales se notan claramente y sobre todo en el ámbito de los hechos punibles culposos y también en el campo de los hechos punibles de omisiones que consisten en la no- evitación de un resultado tipificado en el ámbito de los hechos punibles de comisión.

⁴⁸ Welzel, Hans, „Das neue Bild des Strafrechtssystems“, 4a ed., Göttingen (ed. Schwartz)1961.

⁴⁹ Ver también numerales 2 y 3 del artículo 14, inciso 1° CP.

⁵⁰ Ver artículo 12 Código Penal Tipo. Ver también Schöne, Wolfgang, „Unterlassene Erfolgsabwednungen und Strafgesetz“, Colonia - Nueva York (ed. Heymanns) 1974.

⁵¹ Art. 16 CP 1910. Se suprime también el artículo 28 CP 1910 que asigna, inaceptablemente, la carga de prueba de las causas de irresponsabilidad y de justificación al acusado.

⁵² Ver artículo 25 Código Penal Tipo, artículo 36 CP Colombia. Hay corrientes dogmáticas que niegan una parte volitiva del dolo de hecho; además está en tela de juicio la descripción del dolo eventual.

⁵³ A diferencia del Anteproyecto del Ministerio Público el texto actual menciona, sin necesidad alguna, los dos casos de un error de tipo: la „representatio falsa“ y la mera „ignorantia facti“.

De las innumerables causas de justificación en todas las partes del orden jurídico el Código describe solo dos⁵⁴: la legítima defensa (art. 19) y el estado de necesidad justificante (art. 20 CP). El primero de estos artículos condensa y precisa los presupuestos de la justificación; además separa los criterios de la necesidad y de la racionalidad de la defensa que atienden a distintos aspectos del conflicto entre la obediencia a la norma de conducta y su „costo“ para el agredido. El artículo 20 CP sobre el estado de necesidad soluciona no solo el conflicto de bienes en caso de hechos punibles de acción, sino, quizás por primera vez en la legislación penal internacional, la colisión de deberes en caso de los delitos de omisión: en este caso basta para la justificación la igualdad de las obligaciones en conflicto.

Respecto a la reprochabilidad ya se han mencionado los artículos 22 y 23 CP que atienden - otra vez en forma negativa - a los presupuestos intelectuales y volitivos de la misma: el hecho antijurídico no puede ser reprochable en caso de un error de prohibición inevitable o de determinados trastornos mentales que hacen imposible una determinación según el conocimiento real o posible de la antijuridicidad. Cabe mencionar una presunción legal de la incapacidad de determinarse según la norma violada en favor de personas que no hayan cumplido catorce años de edad⁵⁵. Dificultades de la determinación todavía posible en caso de un error de prohibición evitable o de trastornos mentales con efectos menos graves conllevan una disminución obligatoria de la pena; así se guarda con los artículos 22, párrafo 2 y 23, inciso 2° CP la coherencia con el principio de reprochabilidad.

La capacidad de motivación según la norma permite un reproche penal. Sin embargo, no siempre puede exigirse lo posible. Como herencia de la teoría normativa de la culpabilidad se admite una renuncia al reproche en los casos de un exceso de los límites de una causa de justificación (art. 34 CP) y en otros casos de inexigibilidad de una conducta de acuerdo con la ley (art. 35 CP). La exención de la pena por causa de una exculpación fáctica⁵⁶ se debe a dos factores: a una disminución del injusto por la voluntad de defender un bien jurídico reconocido, por un lado, y a la dificultad de averiguar el grado de la capacidad de determinarse en caso de un grave conflicto interno del autor. El conjunto de ambos factores permite establecer una presunción legal de la incapacidad en favor del autor.

El capítulo II describe los presupuestos de una tentativa en base a la „teoría mixta“ que toma en cuenta elementos subjetivos - el dolo de hecho y el plan de su realización - y elementos objetivos, vale decir, un grado de ejecución muy avanzado de lo planificado. De esta manera el artículo 26 CP acaba con la necesidad de distinguir tentativas idóneas de las que no lo son sin extender los límites de la tipicidad de una forma exagerada, sobre todo, si se toma en cuenta que en los casos de un nexo causal imaginario el dolo de hecho no existe. Según artículo 27 CP la tentativa de hechos punibles graves („crímenes“) siempre se castiga, y la tentativa de los demás hechos punibles („delitos“) conlleva punibilidad solo por orden expresa de la ley. En el inciso 3° de la disposición se encuentra una innovación importantísima: dado que en la tentativa no hay injusto de resultado y que

⁵⁴ Ha desaparecido la disposición sobre el cumplimiento de un deber legal y el ejercicio legítimo de un derecho (art. 21, inciso 5° CP 1910) , pues se trata de una pura remisión a las causas de justificación previstas en otras partes del Derecho. Por ejemplo, la orden de prisión preventiva es una privación de libertad típica; el juez que la firma es justificado solo en la medida en que se cumplen plenamente los requisitos establecidos por el Código Procesal Penal.

También ha desaparecido la regla sobre la obediencia debida (art. 21, inc. 6° CP 1910). La razón políticocriminal es consecuencia de las experiencias habidas en tiempos de la dictadura: se quiere evitar excusas „baratas“ de violaciones de la ley y de los Derechos Humanos.

⁵⁵ Artículo 21 CP. El legislador paraguayo ha sido consciente de las corrientes en favor de elevar la mayoría penal. Sin embargo, ha utilizado el margen establecido por la Convención de las Naciones Unidas sobre la Niñez y la Adolescencia para la aplicación de reglas penales. Pues el problema legislativo no es tanto el límite para la mayoría penal, sino el trato de los menores infractores de la ley, o, con otras palabras, el tipo de las sanciones.

⁵⁶ El término acuñado por Armin Kaufmann señala que en estos casos el reproche de derecho posible de hecho no procede.

el acontecimiento del mismo después de la ejecución del plan de acción depende enteramente del azar, la tentativa acabada se castiga como el hecho punible consumado; y la pena de la tentativa inacabada, vale decir, la ejecución parcial del plan delictivo, será obligatoriamente atenuada.

Los artículos 29 hasta 34 CP que forman el siguiente capítulo sobre la pluralidad de participantes rompen tanto con el concepto de autoría unitaria⁵⁷ como con el esquema establecido hace casi dos siglos por Feuerbach. La reglamentación parte de la accesoriedad limitada de la participación. Como criterio material para diferenciar la producción dolosa del resultado como autor (art. 29 CP) de la producción dolosa del resultado como cómplice (que según el artículo. 31 CP recibe un castigo obligatoriamente atenuado) se establece el dominio del hecho, en caso de coautoría el dominio compartido. La introducción de la punibilidad por tentativa de instigar a un crimen (art. 34 CP) ha sido criticado por un exceso germano sin tomar en cuenta que esta disposición muchas veces es el único instrumento efectivo en el combate de la delincuencia organizada o terrorista.

E. Las sanciones

Como sanciones el Código conoce penas y medidas. Este sistema de „doble vía“ se complementa por una serie de reglas destinadas a quitar al condenado los medios empleados para la realización del hecho punible y a privarle de los beneficios que muchas veces procuran los medios para una futura delincuencia⁵⁸. Siempre procurando guardar los derechos de terceros los artículos 86 y ss. CP tratan de mejorar la eficacia de esta intervención estatal.

I. Las penas

De acuerdo con los límites establecidos por la Constitución el nuevo Código Penal paraguayo conoce ni la pena de muerte⁵⁹ ni la pena de confiscación de bienes ni la de destierro⁶⁰. Por lo tanto quedan según el artículo 37 CP como penas principales la pena privativa de libertad y la pena de multa, como penas complementarias la pena patrimonial y la prohibición de conducir y como penas adicionales la composición y la publicación de la sentencia.

No solo en el Paraguay, sino en casi todos los países del Sur y Centro de América la privación de la libertad en la práctica de todos los días es casi la única pena aplicada; la pena de multa en su configuración clásica no tiene mayor importancia. A pesar de esto se sabe perfectamente bien que la pena privativa de libertad es, como dice Antonio García Pablos de Molino, un fracaso total por sus efectos desocializadores y hasta criminógenos. Frente a esta situación el legislador paraguayo ha aceptado el desafío de una política criminal moderna que reduce el campo de la privación de la libertad a lo indispensable y que introduce como alternativa el sistema de días-multa.

El artículo 38 CP es un logro importante no tanto por fijar la duración máxima de la pena privativa de libertad en veinticinco años, sino por la duración mínima de seis meses. Este límite relativamente alto es la llave para impedir la aplicación de la pena (por su naturaleza más dura) a casos de la delincuencia menos grave y a primarios; y también es un aporte a la reducción de la carga carcelaria. Pues una pena privativa de libertad de corta duración no permite ningún tratamiento readaptador que la Constitución exige.

Junto con nuevas posibilidades de sobreeser un caso, previstas por el nuevo Código Procesal Penal⁶¹, la tendencia de reservar la pena privativa de libertad para el ámbito de la delincuencia más bien grave y para los casos de reincidencia, vale decir, de una intervención estatal anterior fracasada, se nota también en la posibilidad de suspender a prueba la ejecución de la condena a una pena privativa de libertad. Este instituto consagrado por los artículos 44 y ss. CP es de ninguna manera un

⁵⁷ Esta concepción domina el Código Penal de Austria y también la Ley de contravenciones de la República Federal de Alemania.

⁵⁸ Libro Primero, Título IV: „Comiso y privación de beneficios“.

⁵⁹ Art. 4, párrafo 2 CN.

⁶⁰ Art. 20, inciso 2° CN.

⁶¹ La entrada en vigencia está prevista para el 8 de Julio de 1999.

„beneficio“, pues va acompañado por una serie de obligaciones y reglas de conducta⁶² que pesan sobre el afectado y cuyo incumplimiento conlleva la ejecución de la pena ya ordenada sin más formalidades; de esta manera la sentencia condenatoria tiene el efecto de una espada de Damocles para hasta cinco años.

Con su artículo 47 el Código recoge la idea central de la „probation“ desarrollada en Gran Bretaña: ayudar al condenado en libertad a mantener o lograr las condiciones de una vida sin delinquir, lo que también sirve como una vigilancia. El legislador paraguayo ha sido consciente de la inexistencia actual y de la necesidad de la introducción de un servicio correspondiente; por eso la orden de la asesoría es, de momento, facultativa⁶³. Sin embargo, se espera que la disposición sirva de motor para un mejoramiento de la eficacia del sistema penal.

Finalmente, el Código profundiza con su artículo 51 CP la idea de la libertad condicional como culminación de los esfuerzos readaptadores invertidos en la ejecución de una pena privativa de libertad. Para contrarrestar peligros para la sociedad y para apoyar al condenado la disposición se remite a las medidas flanqueantes de la suspensión de la ejecución de la pena.

Consciente de los males de la ejecución actual de la pena privativa de libertad⁶⁴ y de la necesidad de un cambio inmediato el legislador ha incorporado en el Código Penal reglas generales sobre la ejecución de la pena privativa de libertad, para orientar a los jueces en la medición de la pena, a los órganos de la ejecución penal y para empujar los esfuerzos de reformar la legislación pertinente. Una vez realizada esta tarea se puede prescindir en el Código de fondo de estas disposiciones⁶⁵ y volver a la pureza sistemática en su ubicación.

Obviamente, una restricción general de la pena privativa de libertad debe ser acompañada por una alternativa efectiva que permite al condenado quedar en libertad y mantener sus relaciones familiares, sociales y laborales. Por eso, el Código adopta con sus artículos 52 y ss. el sistema escandinavo de la pena de día-multa, luego introducido también por otras legislaciones europeas. La idea central es el reemplazo de la privación de la libertad con una reducción del nivel de vida del condenado para aquel tiempo que corresponde con el grado del reproche. Una vez determinado un plazo entre (generalmente) 5 y 360 días, se define el monto concreto del pago de acuerdo con los ingresos del condenado, pudiendo ser la multa por cada día el veinte por ciento de un jornal mínimo diario para actividades diversas no especificadas, como mínimo, y quinientos diez jornales de igual categoría, como máximo⁶⁶. Así configurada, la pena patrimonial es justa y efectiva: El tiempo de la reducción del nivel de vida depende solo del grado de reproche; por lo tanto es igual en caso de un rico y en caso de un pobre. El impacto de la multa sobre el condenado pobre y el rico también es igual, pues el monto efectivo se ajusta a los ingresos netos individuales. En caso de dificultades de prueba el

⁶² El contenido de estas obligaciones y reglas de conducta tiene parentesco con las „penas alternativas“ discutidas, en base a sugerencias por parte de las Naciones Unidas, en la reforma del orden jurídicopenal costarricense. Sin embargo, emplear estas obligaciones como penas resulta menos efectivo que la construcción que las utiliza como una condición para evitar el mal mayor de la pena privativa de libertad ya ordenada.

⁶³ El inciso 5° del artículo 47 CP es una invitación a entidades y personas fuera del servicio estatal a participar en una tarea social de gran importancia y, al mismo tiempo, un respaldo oficial para aquellas personas que asumen un compromiso con Estado y sociedad en favor de una prevención de la delincuencia.

⁶⁴ Se vuelve a recordar que estos males de momento afectan in primer lugar a presos sin condena.

⁶⁵ Se trata de los artículos 39 („Objeto y bases de la ejecución“), 40 („trabajo del condenado“), 41 („Enfermedad mental sobreviniente“), 42 („Prisión domiciliaria“) y 44 CP („Postergación del cumplimiento de la pena privativa de libertad“).

⁶⁶ El monto de un „jornal mínimo diario para actividades diversas no especificadas“ se ajusta cada 31 de diciembre. De momento es 22.748,00 gs = 7,86 USD. Calculada en USD la pena mínima de 5 días-multa es de 7,86 USD, la máxima 20.043,00 USD; la pena máxima de 360 días-multa es de 630,72 a 1.343.096,00.

Tribunal puede estimar los ingresos; el pago puede ser sustituido mediante trabajo o, en determinados casos, efectuado en cuotas. Si la pena no excede ciento ochenta días-multa hay la posibilidad de un apercibimiento que conlleva una suspensión del pago a prueba⁶⁷.

Debido a las necesidades del combate de la delincuencia organizada (y por esta naturaleza dependiente de un financiamiento casi empresarial) el Código introduce como pena complementaria la „patrimonial“: en caso de una condena a una pena privativa de libertad mayor de dos años por un hecho punible característico de esta forma de criminalidad⁶⁸ el artículo 57 CP permite imponer el pago de una suma de dinero „cuyo monto máximo será fijado teniendo en consideración el patrimonio del autor“. De esta manera se pretende, más allá de los efectos del comiso y de la privación de beneficios del hecho ya cometido, quitar al condenado la posibilidad de invertir de nuevo bienes suyos en actividades comercio-delictivas.

En los últimos años en el Paraguay ha aumentado el índice de la motorización y, por consiguiente, de los hechos punibles vinculados con la conducción de un vehículo automotor. Aprovechándose de las experiencias positivas en otros países el legislador ha introducido como pena complementaria la „prohibición temporaria de conducir“⁶⁹ por uno a doce meses, una sanción frecuentemente más efectiva que una pena principal.

Quedan por mencionar las penas adicionales de composición (art. 59 CP) y de publicación de sentencia (art. 60 CP). Mientras el artículo 60 CP sirve para definir mejor un instituto ya conocido, la pena de composición es novedosa e importante desde el punto de vista policriminal: Se trata del pago por el autor de una suma de dinero a la víctima (y no al Estado) fuera de los conceptos y formalidades procesales del Derecho Civil. Esta sanción pretende lograr en la forma más directa posible una consolación de la víctima y el restablecimiento de la paz social.

En cuanto a la medición de las penas el Código prescinde del sistema tradicional de agravantes y atenuantes generales que conducen a un formalismo inaceptable y a resultados injustos. Vale destacar en este contexto que la reincidencia no agrava automáticamente la pena, no solo por el principio del „ne bis in idem“, sino también por los efectos de condenas anteriores y de su ejecución⁷⁰. Atendiendo el principio de reprochabilidad el artículo 65 CP establece bases de la medición que obligan y permiten al Tribunal a fijar la reacción penal al hecho punible concreto en la forma más individual posible; es aquí donde hay que considerar entre otros factores „la vida anterior del autor“⁷¹, condenas anteriores incluso. Son dos numerales de la „lista de chequeo“ prevista en el inciso 2° de la disposición que han recibido una cierta crítica por no haberse entendido a primera vista lo que la ley quiere decir con „actitud frente al derecho“ y con „intensidad de la energía criminal“. Los términos se deben a la legislación alemana, y puede ser que su traducción no ha sido la más feliz. Pero aún así no hay dudas sobre su contenido: La primera fórmula, la del numeral 2, se refiere a la diferencia, por ejemplo, entre la persona que siempre ha sido respetuosa del derecho y que ahora ha obrado bajo la influencia de un conflicto interno, por un lado, y la persona que se burla de la ley y la utiliza solo como dato para calcular los riesgos de una conducta destinada a obtener ventajas ilegales. Y respecto al numeral 3 se trata del empeño dedicado a conseguir los fines de la conducta ilícita; hay autores que aprovechan de una oportunidad y otros que la crean.

⁶⁷ Artículos 61 y ss. CP.

⁶⁸ En atención al principio de legalidad se requiere una remisión expresa al artículo 57 CP.

⁶⁹ Artículo 58 CP. Esta pena se distingue de la medida de „cancelación de la licencia de conducir“ prevista en el artículo 82 CP, pues afecta el uso de la licencia para un tiempo determinado y no la licencia misma.

⁷⁰ Puede (y no debe) ser, sobre todo en caso de una reiteración, que la condena anterior conduce a que la conducta posterior se realiza con conciencia de la antijuridicidad, vale decir, sin error de prohibición. Puede (y no debe) ser también que el tratamiento recibido al purgar la pena anterior ha afectado desforablemente la capacidad de comportarse según la norma violada.

⁷¹ Ver artículo 65, inciso 2°, numeral 6.

Entre otros detalles de la medición de la pena es menester subrayar el principio de la pena privativa de libertad única en caso de un concurso de hechos punibles⁷². La acumulación de varias penas puede satisfacer ideas favorables a la retribución. Pero como la privación de la libertad debe servir a un tratamiento que previene la vuelta a un comportamiento delictivo, la cuestión central debe dirigirse al tiempo necesario y útil de ejecución de una pena privativa de libertad para lograr el efecto deseado por el artículo 20 de la Constitución.

II. Las medidas

El Código enumera en su artículo 72 varias medidas de vigilancia, de mejoramiento y de seguridad.

Las medidas de vigilancia, como son la fijación de domicilio, la prohibición de concurrir a determinados lugares y la obligación de presentarse a los órganos especiales de vigilancia, son recuerdos de un derecho penal represivo que otras legislaciones ya han eliminado por razones de su poca efectividad⁷³. El inciso 2° del artículo 72 CP se debe al estado inicial de la discusión parlamentaria y, desde el punto de vista de quien escribe, hubiera tenido que desaparecer. De todas formas, no existen disposiciones que reglamentan estas medidas, lo que permite prever dificultades de aplicación y, por eso, una falta de valor práctico.

Las medidas de mejoramiento del inciso 3° son, en cierta medida, una versión moderna de la idea ya expresada en el Código 1910: la necesidad de internar ciertos autores de un hecho punible por ser mentalmente enajenados. Lo moderno es la concreción de la idea de acuerdo con las exigencias constitucionales respecto a los derechos de los internados por trastorno mental y por ser dependientes de drogas: Para que la internación no sea una pena alternativa, la medida depende de un peligro de futuros hechos antijurídicos graves; su ejecución se orienta en las necesidades terapéuticas y termina junto con el peligro que pretende eliminar.

A diferencia de las medidas de mejoramiento las medidas de seguridad indicadas en el inciso 4° del artículo 72 CP han provocado una discusión político-criminal bastante conflictiva, no tanto por la medida de „cancelación de la licencia de conducir“⁷⁴ y la „prohibición de ejercer una determinada profesión“⁷⁵, sino y sobre todo por la „reclusión en un establecimiento de seguridad“⁷⁶.

Antes de comentar esta discusión, unas pocas palabras sobre la prohibición de ejercer una profesión o un oficio. Siguiendo otro modelo escandinavo, el legislador ha abolido la pena tradicional de inhabilitación para evitar una violación del principio de igualdad: Condenar un profesional o funcionario por un „delito común“ a una pena principal y a inhabilitación sería, comparado con el tratamiento de un „quivis ex populo“, un doble castigo y por eso inaceptable. Y si se trata de un „delito especial“, la violación de los deberes y responsabilidades inherentes en la situación particular del sujeto ya han sido considerado al establecer el marco penal de los hechos punibles pertinentes; una pena de inhabilitación sería, otra vez, un mal adicional. El problema a solucionar no es la respuesta adecuada a lo cometido, sino el peligro de futuros abusos de la posición otorgada al autor. Para combatir este peligro hace falta una medida preventiva, que se establece mediante el artículo 81 CP. Y aún no existiendo un peligro concreto la sociedad puede tener un interés de eliminar del cuerpo de funcionarios, profesionales, parlamentarios etc. los miembros no idóneos; en este sentido la condena penal puede significar una pérdida de confianza que al condenado cuesta su posición. Sin embargo, esto es un problema disciplinario que puede ser remitido a la legislación pertinente, como por ejemplo a la Constitución en cuanto a los altos cargos políticos⁷⁷ o la Ley de Funcionarios etc., como efectivamente sucede.

⁷² Ver artículos 70 y 71 CP.

⁷³ La orden de presentarse puede ser una buena medida sustitutiva de la prisión preventiva, pero no impide, de por sí, conductas delictivas de la persona „presente“.

⁷⁴ Ver artículo 82 CP.

⁷⁵ Ver artículo 81 CP.

⁷⁶ Ver artículos 75, 79 CP.

⁷⁷ Arts. 193, 225, 226 CN.

La medida de reclusión en un establecimiento de seguridad presupone, según el artículo 75 CP, la condena a una pena privativa de libertad mayor de dos años, dos condenas anteriores (a pena privativa de libertad⁷⁸) por un hecho punible doloso, el compurgamiento de estas condenas por al menos dos años y la prógnosis de nuevos hechos punibles de gravedad. Esta regla ha provocado una crítica masiva hasta tal extremo que se ha hablado de una violación de los Derechos Humanos. El análisis de la crítica demuestra un grave malentendido. Si cada privación de libertad por parte del Estado fuera una pena, entonces, sí, una reclusión que sigue a la pena privativa de libertad violaría el principio de „ne bis in idem“. Sin embargo, no toda privación de libertad tiene, de por sí, el carácter de una pena. Esto está claro en caso de una cuarentena o de la detención de una persona para protegerla contra si misma. Pero esto vale también en el ámbito penal. Una respuesta a la conducta reprochable es una cosa, la prevención de futuras conductas antijurídicas es otra. La pena no termina con el peligro, la medida sí⁷⁹. En caso de una pena la condena no se revisa⁸⁰, la condena a la medida se revisa hasta obligatoriamente⁸¹. La pena privativa de libertad se ejecuta por separado y de otra manera que la medida que justifica solo las restricciones imprescindibles para la protección de la población.

Hay una sola preocupación de los críticos que tiene mérito: el miedo que la ejecución de una medida de seguridad de esta índole no sea revestida de las garantías fundamentales. Lamentablemente la realidad carcelaria no solo en el Paraguay apoya esta postura. Sin embargo, esta situación, si bien obliga a todo esfuerzo de mejorar las condiciones existentes⁸², no permite prescindir de las medidas: Ya que existen presiones fuertes no solo tácitas por parte de la población, abolir las medidas significaría aceptar privaciones de libertad que, en nombre de la seguridad ciudadana y con la etiqueta de „pena“, exceden el grado del reproche; remitirlas a otros campos del Derecho significaría renunciar a las garantías especiales que, al menos en estos momentos, solo el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal pueden ofrecer. Precisamente por el interés legítimo del pueblo en una protección eficaz es preferible una reacción clara y honesta que, además, tiene la ventaja de aplicarse solo excepcionalmente en las condiciones restrictivas antes mencionadas.

E. Los hechos punibles

Obviamente este trabajo no puede informar sobre todas las innovaciones en el campo de la Parte Especial. Lo que se nota en seguida es la atención al bien jurídico protegido como punto de partida para la configuración de los tipos penales. Al leer las disposiciones vale recordar que toda tipificación abarca, por vía del artículo 17 CP, el dolo de hecho⁸³, a no ser previsto expresamente el requisito de la culpa.

⁷⁸ En la Gaceta Oficial falta la transcripción de esta parte. Sin embargo, la interpretación sistemática del texto publicado aclara la voluntad correspondiente del legislador.

⁷⁹ Ver artículo 85 CP.

⁸⁰ Se deja de lado aquí la revisión con el fin de corregir una sentencia firme en caso de un, brevemente dicho, error judicial.

⁸¹ Ver artículo 76 CP.

⁸² Con razón se ha constituido en marzo de 1998 en la República del Paraguay una Comisión Interinstitucional con el fin de mejorar la situación actual de la ejecución penal (en sentido amplio de la palabra) y de crear una moderna legislación al respecto.

⁸³ Cuando no hay indicaciones adicionales, el tipo se refiere al dolo de hecho en todas sus formas, vale decir el dolo directo de primer y segundo grado y el dolo eventual. La fórmula „a sabiendas“ señala la necesidad de un conocimiento de los elementos del tipo como seguro; por consiguiente quede fuera del tipo el caso de la duda del autor. Las expresiones „intencionalmente“ o „con la intención de“ se refieren al dolo directo de primer grado; el autor debe haber anhelado la realización de lo previsto como seguro o como posible.

Un buen ejemplo para la atención al papel del bien jurídico es la separación de la lesión⁸⁴ del tratamiento médico sin consentimiento⁸⁵ que permite prescindir de construcciones dogmáticas precarias para eliminar la intervención quirúrgica exitosa del campo de la tipicidad por un hecho punible contra la salud. La ubicación correcta de la problemática del consentimiento es el capítulo sobre los hechos punibles contra la libertad.

Los hechos punibles tradicionalmente conocidos como atentados al pudor o a la moral se conciben en forma más racional como violaciones de la autonomía sexual⁸⁶, que en caso de menores no se considera como suficientemente dada por falta de madurez. Consecuentemente, en los hechos punibles contra menores⁸⁷ no se da relevancia a un consentimiento fáctico por parte de la víctima. El interés del legislador en una mejora de la protección de la juventud puede apreciarse en el artículo 134 CP: En determinados casos se amenaza con pena también el maltrato psíquico de un menor de dieciséis años.

La configuración de los hechos punibles contra el honor y la reputación se aparta del modelo tradicional de un conflicto „inter partes“, cuyo solución tiene rasgos más bien del proceso civil. Los artículos 150 y ss. CP tratan de combinar el principio del Derecho Penal que atribuye la carga de la prueba al Estado acusador con los intereses de la víctima. Un ejemplo importante: La separación de declaraciones sobre hechos (susceptibles de prueba!) y juicios de valor permite construir en el artículo 151 CP la difamación como un hecho punible de peligro; quien afirma, aún de buena fe, respecto a otro un hecho idóneo de dañar la reputación corre el riesgo de ser condenado al fracasar la prueba de la verdad.

Entre los hechos punibles contra los bienes de la persona⁸⁸, sistematizados de acuerdo con los derechos violados, figuran disposiciones novedosas como la alteración de datos (art. 174 CP), el sabotaje de computadoras (art. 175 CP) y las operaciones fraudulentas por computadora (art. 188 CP) que cubren lagunas legislativas provenientes del desarrollo del procesamiento de datos.

De gran importancia práctica es el intento de atacar el fenómeno de la quiebra en base a un análisis de las causas más frecuentes de este acontecimiento. Con el artículo 178 CP el legislador ha optado por la configuración de un hecho punible de peligro. La disposición tipifica determinadas conductas conducentes a la quiebra como tales y construye la cesación de pagos o de la declaración de la quiebra como mera „condición objetiva“ de la punibilidad. De esta manera el riesgo de una intervención penal no puede ser evitado con la afirmación de no haber visto estos resultados.

El Código atiende también al lavado de dinero y procura mantener un equilibrio entre los efectos político-criminales deseados y las garantías fundamentales. El artículo 196 CP deroga, por ser una ley posterior, una reglamentación de la materia que tiende a consagrar, inaceptablemente, rasgos de una responsabilidad penal objetiva.

Las tipificaciones tradicionales tratan de responder, en su mayoría, a conflictos interpersonales. El desarrollo técnico y económico ha producido nuevas amenazas a los bienes jurídicos que no se dirigen contra determinadas personas, sino afectan un sinnúmero de personas independientemente de su individualidad. Esto se nota sobre todo en el área ecológico y en el mundo industrial con respecto tanto a los productos fabricados en forma masiva como a los efectos laterales de la producción. El nuevo Código ha aceptado este desafío en un título sobre hechos punibles contra la seguridad de la vida y de la integridad física de las personas⁸⁹; en este contexto ha tratado también

⁸⁴ Artículo 111 CP.

⁸⁵ Artículo 123 CP.

⁸⁶ Artículos 128 y ss. CP.

⁸⁷ Artículos 134 y ss. CP.

⁸⁸ Artículos 157 y ss. CP.

⁸⁹ Artículos 197 y ss. CP.

de atender a los problemas que surgen del desconocimiento de leyes físicas y de la prueba de nexos causales⁹⁰.

Un cambio mayor se encuentra en el área de los hechos punibles contra, como dice el Código, las relaciones jurídicas. Hacer valer un derecho en la realidad de cada día depende de la posibilidad de probarlo, si hace falta en litigio. De ahí la importancia de una protección de la seguridad de la prueba testimonial y documental. Los artículos 242 y ss. CP distinguen en forma muy precisa entre la autenticidad y la falsedad de la prueba y parten de un concepto más amplio del documento que se define como „declaración de una idea formulada por una persona de manera tal que, materializada, permita conocer su contenido y su autor“⁹¹.

Este relato que no pretende ser completo termina indicando dos hechos punibles contra el erario: la evasión de impuestos y la adquisición fraudulenta de subvenciones (arts. 261 y s. CP). Está suficientemente conocida en todo el mundo la falta de fondos para prestar los servicios estatales necesarios, por un lado, y la tendencia general de negarse a compartir las cargas de la convivencia, por el otro. Con el fin de llamar la atención del público a esta situación y de acabar con posturas que consideran los hechos punibles tributarios como „delitos de caballeros“, el legislador ha incorporado la descripción de las conductas más graves de esta índole en el Código mismo y ha previsto marcos penales, que llegan hasta diez años de pena privativa de libertad. La reacción fuerte frente a esta parte de la reforma⁹² no indica otra cosa que la corrección del camino iniciado.

F. Observaciones finales

Las disposiciones recién mencionadas sirven también como ejemplo para la decisión „táctica“ del legislador de concentrar en el Código Penal las materias clásicas e importantes sin pretender un reglamento completo. La razón no es solo práctica en el sentido que el momento político para el primer paso de una reforma global y coherente no daba para más. La consideración decisiva era la conveniencia de no separar, por razones de coherencia y claridad, determinadas disposiciones penales del contexto de la materia. Además, la ubicación de estas reglas en la legislación penal especial tiene la ventaja adicional de facilitar un tratamiento de una parte de ellas en el ámbito de una futura ley de faltas y contravenciones.

Sin embargo, el nuevo Código tenía que velar y vela por la coherencia de todo el Derecho Penal de fondo en cuanto a las reglas generales y las sanciones. Por eso, las disposiciones finales ordenan la aplicación de la Parte General del Código a todos los hechos punibles independientemente de la ubicación en la legislación de su descripción. Y en el artículo 321 CP establece una tabla de conversión de los marcos penales hasta ahora existentes en las leyes especiales⁹³.

Ahora bien, no hay ninguna ley que no sería mejorable desde un punto de vista técnico y desde un punto de vista normativo. Sin embargo, el nuevo Código Penal de la República del Paraguay es, en su totalidad, humanista, garantista y eficaz. Por eso, puede considerarse como un paso gigantesco en adelante (no solo) para este país. Los pocos meses de su existencia ya han provocado verdaderos cambios de la cultura jurídica. Y, naturalmente, todavía hace falta una labor intensiva de

⁹⁰ Ver al respecto: Schöne, Wolfgang, „La protección de la vida y de la integridad corporal en la reforma penal alemana“ y „La protección del hombre en el mundo moderno“, en: *Acerca del Orden Jurídico Penal*, San José/Costa Rica (ed. Juricentro) 1992, pag. 95 y ss. y pag. 133 y ss..

⁹¹ La definición sigue una corriente alemana que habla de: „verkörperte Gedankenerklärung, die ihren Aussteller erkennen läßt“.

⁹² Un comunicado oficial de la Asociación de Derecho Tributario y Administrativo en Asunción con fecha de marzo de 1998 lamenta en especial la posibilidad de condenar empresarios a penas privativas de libertad. Sin embargo, la experiencia (por ejemplo en Alemania) demuestra que solo la amenaza con una pena privativa de libertad produce los efectos preventivos necesarios.

⁹³ En estos momentos saldrá a la luz una recopilación en atención al artículo 321 CP de la legislación especial paraguaya, a cargo del Instituto Internacional de Estudios Judiciales de la Corte Suprema de Justicia.

preparación de su funcionamiento para que este cuerpo legal sea un aporte significativo para la convivencia democrática y un buen ejemplo para las reformas penales en el Sur y Centro de América.