

Primera parte
Introducción

§ 1 Nociones fundamentales

I. Generalidades. II. Derecho penal. 1. Terminología. 2. Derecho penal objetivo y derecho penal subjetivo. 3. Derecho penal y poder. 4. Derecho penal material, derecho penal formal y derecho de ejecución penal. 5. Derecho penal general y derecho penal especial. III. Delito. 1. Delito en sentido formal y sentido material. 2. Violación de un bien jurídico y violación de un deber de actuar según el orden jurídico. a. Introducción. b. Noción positivista de bien jurídico. c. Bien jurídico como fin de la norma y como categoría sistemática. d. Bien jurídico y moral. e. Abandono de la noción de bien jurídico. f. Bien jurídico y marco constitucional. g. Necesidad de la noción de bien jurídico. 3. Desvalor de la acción y desvalor del resultado. IV. La sanción. 1. Teorías absolutas. 2. Teorías relativas. 3. Teorías mixtas. 4. Medidas de seguridad. V. Límites del derecho penal. 1. Carácter fragmentario y secundario del derecho penal. 2. Relación entre el derecho penal, derecho administrativo y derecho disciplinario. a. Derecho penal administrativo. b. Derecho disciplinario.

I. Generalidades

La organización del Estado, como sociedad políticamente instituida, está regulada por la Constitución. Ésta constituye el fundamento y límite de los poderes que permiten al Estado ejercer el control social indispensable para el desarrollo de la vida comunitaria. Este control directo está, por tanto, a cargo de sus diversos órganos administrativos. Uno de éstos es el de la administración de justicia en sentido amplio. 1

En el Capítulo de la Constitución, referente al Poder Judicial (art. 138), se dispone que la “potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes”. Los miembros de dicho Poder deben aplicar las disposiciones legales establecidas por los órganos competentes con independencia y, en particular, respetando los derechos humanos previstos tanto en la Constitución como en los diversos Convenios internacionales suscritos por el Perú. 2

En el artículo siguiente de la Constitución, se establecen de manera detallada los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ejemplo, se estatuye la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. Al mismo tiempo, se dispone que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. Así, se prohíbe el ejercicio de la función judicial por quien no ha sido nombrado en la forma prevista por la Constitución o la ley. 3

Sin embargo, en el art. 149, se dispone que las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales. Además se agrega que, mediante ley, se establecerán las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial. 4

- 5 De esta manera, en razón de la afirmación de la pluralidad cultural del país y de la necesidad de reconocer y fortalecer los derechos culturales de las diversas comunidades, se admite en favor de los miembros de estas comunidades, por un lado, el ejercicio de un poder jurisdiccional especial en favor de sus autoridades representativas y, por otro, la aplicación de sus derechos consuetudinarios. Así, se reconoce, junto al derecho positivo dictado por el Parlamento, titular del poder legislativo, reglas consuetudinarias propias a las comunidades campesinas y nativas. Así mismo, que la administración de justicia es ejercida también por otros órganos que los pertenecientes al poder judicial.
- 6 Esta pluralidad de jurisdicciones no ha sido debidamente regulada a nivel constitucional, ni legislativo. Deficiencia que ha exigido de parte del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema la elaboración de criterios interpretativos con la finalidad de superarla. En diversas sentencias y acuerdos vinculantes, han tratado de fijar directivas referentes a la toma en consideración de las reglas y principios del derecho penal común y a la determinación de las personas y de los hechos sujetos a la jurisdicción comunal. Uno de los aspectos cruciales es el límite establecido por la Constitución en el sentido que el derecho consuetudinario y el ejercicio de la jurisdicción comunal deben ser conformes a los derechos fundamentales.
- 7 Si bien, nos ocuparemos, cuando sea necesario en consideración de las disposiciones y principios analizados, de las consecuencias generadas por la regulación establecida en el art. 149 de la Constitución, nuestro análisis estará orientado sobre todo en la explicación del sistema de control enmarcado fundamentalmente en las leyes penales.

II. Derecho penal

1. Terminología

- 8 Las expresiones “derecho penal” y “derecho”, son bastante ambiguas. Se les utiliza para designar tanto la materia examinada como la disciplina que la estudia. Esta última es un metalenguaje que habla sobre las disposiciones y principios que establecen las condiciones para calificar ciertas acciones de infracciones penales sancionar delictuosos y las sanciones que deben imponerse a los responsables de dichos actos. El objeto de esta obra no es estudiar el derecho penal ni los comportamientos punibles, ni la reacción estatal como hechos sociales.

Antes del siglo XIX¹, se empleaba la denominación derecho criminal, luego se ha preferido hablar de derecho penal. Sin embargo, se ha vuelto a recurrir a la primera de manera esporádica. Preferir una u otra depende de la concepción con la que se explica o justifica la represión penal². Aunque, se les utiliza como sinónimos, ninguna es satisfactoria³ por ser parciales. Al hablarse de derecho penal, se destaca la pena (del latín *poena*, comprendida, en sus orígenes, en el sentido religioso de expiación) que durante mucho tiempo fue el único medio de reacción contra los delincuentes. De esta manera, no se comprenden otras formas de sanción como las medidas de seguridad. Con la fórmula derecho criminal se alude sólo de manera parcial al hecho calificado como infracción penal y que genera la reacción social, refiriéndose sólo a los casos más graves y no así a los delitos y contravenciones. Su lado positivo es que se refiere a la persona responsable del comportamiento delictuoso.

La denominación derecho penal se ha impuesto, despojada del sentido restrictivo de “derecho de las penas”⁴ y de su connotación puramente repressiva. Con ella se evoca más bien en cierta forma la idea de legalidad, en el sentido de regular, como parte del ordenamiento jurídico, la reacción social ante la delincuencia⁵.

Así, se perciben los tres principales protagonistas del derecho penal: el Estado, sociedad políticamente organizada; el delincuente, objeto de la reacción del poder del Estado y la víctima, cuyos intereses son perjudicados. Al ejercer su poder punitivo, el Estado debe respetar, conforme a la Constitución y a las convenciones internacionales, la dignidad y los derechos fundamentales de las personas concernidas.

2. Derecho penal objetivo y derecho penal subjetivo

El derecho penal objetivo o sustantivo es el conjunto de reglas promulgadas por el órgano constitucionalmente competente, que prevén las condiciones de punibilidad y las consecuencias penales (penas y medidas de

¹ PRADEL, 2003, N° 94 ss.; BUSTOS, 1989, p. 4 ss.; MAURACH/ZIPF, 1992, § 1 I N° 2; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 2 I, N° 1.

² FERRI, 1928, intituló uno de sus libros “Principi di diritto criminale” (Torino), por estimar que así se colocaba en primer plano al autor del hecho delictuoso (el criminal).

³ MERLE/VITU, 1997, N° 146.

⁴ ROXIN, 2006a, § 1 N° 4.

⁵ ANCEL, 1981, p. 18, nota 2.

seguridad)⁶. Mediante ellas, se refuerzan las normas que prohíben u ordenan la ejecución de comportamientos. Sin embargo, el derecho penal objetivo no se agota en dichas disposiciones, pues, también comprende las que permiten la comisión de algunos actos (p. ej., las que prevén causas de justificación) o que ordenan la extinción de la represión (p. ej., las que regulan la prescripción de la acción penal o de la ejecución de la pena).

- 13 Junto a este derecho ordinario, se presenta un conjunto de reglas surgidas en el seno de las comunidades campesinas y nativas, las mismas que constituyen su derecho consuetudinario aplicado por las autoridades comunales conforme al art. 149 Const. Lo que es conforme al carácter plural de la sociedad peruana, reconocido en el art. 2, inc. 19, Const.
- 14 Se habla de derecho penal subjetivo, como el derecho del Estado a castigar (*ius puniendi*). En un principio⁷, así se aludía al poder punitivo del Estado (*potestas criminalis, staatliche Strafgewalt*) implícito a su soberanía (*imperium*). En base del cual promulga las leyes penales, organiza el sistema judicial y ejecuta las sanciones. Así, el *ius puniendi* era percibido como la fuente del derecho penal objetivo⁸.
- 15 Bajo la influencia del liberalismo político y del positivismo jurídico, se explicó⁹ el *ius puniendi* en un sentido positivista y afirmó que se trata de un derecho subjetivo que está en la base de la relación entre el Estado y el delincuente. Del poder punitivo de éste emanan las normas legales, en las que se funda su pretensión para reprimir a las personas (*Strafanspruch*). Esta concepción, próxima a la de los derechos subjetivos del derecho privado, es insatisfactoria por que resulta incoherente explicar el poder punitivo del Estado en tanto que prerrogativa derivada del conjunto de las reglas penales promulgadas por el mismo¹⁰.
- 16 Esta problemática está condicionada por las explicaciones que se dan sobre el origen de la soberanía y las teorías sobre la justificación de la pena¹¹, las que no corresponde abordar aquí. Sin embargo, es oportuno afirmar que resulta difícil y, aún, inútil admitir un real derecho subjetivo del Estado

⁶ Esta definición retoma la dada por von LISZT, 1905, § 1 N° I.

⁷ Respecto a la evolución de la noción de *ius puniendi*, Cfr. KLOSE, 1974, p. 36 ss.

⁸ Cfr. MAURACH/ZIPF, 1992, § 1 I N° 3.

⁹ BINDING, 1885, p. 168 ss., 183, 186, quien, admitiendo un deber de obediencia, definió la infracción como una violación de dicho deber. Cfr. VELÁSQUEZ, 2009, p. 52 ss.

¹⁰ KLOSE, 1974, p. 47.

¹¹ Cfr. especialmente DUGUIT, 1927, p. 551 ss.; JIMÉNEZ DE ASUA, 1964, p. 73.

para castigar. Nada se pierde dejando de lado esta noción. Basta con admitir que uno de los atributos de la soberanía es el poder de castigar y no el derecho de castigar, ya que el Estado es el titular del uso legítimo de la violencia, así como las autoridades comunales campesinas y nativas en el ejercicio de la jurisdicción indígena.

En este sentido, hay que tener en cuenta, por un lado, que este poder se manifiesta en el aspecto coercitivo de las disposiciones legales y, por otro, que éstas tienen como objeto su regulación. Este es, precisamente, uno de los aspectos del Estado de derecho. De esta manera, el poder tiene su fundamento y está limitado por la Constitución, de manera especial en las disposiciones relativas a la organización del Estado y a los derechos fundamentales. 17

3. Derecho penal y poder

El derecho penal es uno de los medios de control social, el mismo que está constituido tanto por modelos culturales y símbolos sociales como por actos mediante los cuales dichos símbolos y modelos son determinados y aplicados. Cualquiera que sea el sistema político-económico, el Estado busca “desmontar los elementos conflictivos potenciales y de aceitar la maquinaria de la circulación social”¹²; superar las tensiones sociales¹³. De esta forma garantiza el ejercicio de los derechos y libertades, condición indispensable para que las personas puedan realizar sus programas individuales de vida. El ejercicio del poder punitivo no es, en consecuencia, un fin en sí mismo. 18

El derecho penal, regulador del poder punitivo, es el recurso extremo para lograr estos objetivos. La orientación en que se ejerza este poder está condicionada por las opciones sociales y políticas adoptadas en relación con la organización de la comunidad, en general. Así, la política criminal del Estado se halla encuadrada y condicionada por su política social general. 19

De modo que el derecho penal integra este sistema y, por tanto, está vinculado con los otros medios de regulación social. Su contribución no sólo consiste en reducir los conflictos sociales, indispensable, sobre todo, para el orden y la seguridad. Por esto, las decisiones judiciales, por ejemplo, no sólo deben ser tomadas teniendo en cuenta la validez formal de las normas 20

¹² MAIHOFFER, 1970, p. 28.

¹³ KÖNIG, 1976, p. 280.

legales, sino también considerando tanto sus consecuencias sociales, como si son o no justas.

- 21 Mediante la amenaza penal, se trata de conseguir que los miembros de la comunidad se abstengan de cometer actos delictuosos y así lograr reforzar el respeto de las prescripciones del sistema normativo; es decir, que acepten “ciertos esquemas de vida social”¹⁴. La intervención penal debe producirse sólo si no se alcanza dicho objetivo por otros medios. En esto, precisamente, radica el peculiar carácter del derecho penal “como medio de control social”¹⁵.
- 22 El ejercicio del poder punitivo conlleva una grave afectación de los derechos fundamentales de la persona. Las sanciones comportan la privación o la restricción de la libertad, de ciertos derechos o del patrimonio (art. 28). Por esto, ha existido siempre la preocupación de limitar este poder estatal, para lo cual se ha buscado justificar las sanciones, determinar los criterios para discernir qué acciones deben ser prohibidas; fijar las condiciones para sancionar y especificar los casos en que la actividad punitiva es oportuna, necesaria y positiva.

4. Derecho penal material, derecho penal formal y derecho de ejecución penal

- 23 En sentido restringido, cuando se habla de derecho penal se hace referencia a las reglas relativas a las infracciones (tipos legales y condiciones sustanciales de la represión) y a las sanciones. Se trata del llamado derecho penal material o derecho penal de fondo (*materielles Strafrecht*). Al contrario, en sentido amplio, se comprende el conjunto de reglas establecidas en todo el ámbito penal, comprendiéndose además del derecho penal material, el derecho penal formal y el derecho de ejecución penal.
- 24 El derecho penal formal o de procedimientos penales (*formelles Strafrecht, Strafprozessrecht*) es el conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado de aplicar el derecho penal material¹⁶. Su contenido es doble: por un lado, comprende las normas que regulan el establecimiento de los órganos competentes en materia penal, sus competencias y su funcionamiento (sistema judicial, ministerio público, policía judicial); por otro,

¹⁴ ROSS, 1970, p. 65.

¹⁵ HART, 1963, p. 49.

¹⁶ SÁNCHEZ, 2004, p. 47 ss.; SAN MARTÍN CASTRO, 2003, Vol. I, p. 6; PIQUEREZ, 2001, N° 7; HASSEMER, 1990b, § 1 N° 338 y 340.

las que prescriben la manera como debe investigarse y juzgarse un asunto penal (procedimiento en sentido estricto)¹⁷. En oposición al derecho penal de fondo, más bien estático, el derecho procesal penal se caracteriza por su aspecto dinámico¹⁸.

El derecho de ejecución penal (*Strafvollzugsrecht, Strafvollstreckungsrecht*) 25 comprende todas las reglas relativas a la puesta en práctica de las decisiones judiciales tomadas por las autoridades penales. Se trata, primero, de las reglas de ejecución¹⁹ que estatuyen la manera cómo se ejecutan las sanciones (derecho de ejecución en sentido material); segundo, las que prevén los establecimientos, las autoridades de ejecución y las que regulan las modalidades de aplicación de las sanciones (derecho de ejecución en sentido formal).

5. Derecho penal general y derecho penal especial

El derecho penal material se subdivide en general y en especial. El derecho penal general fija los ámbitos de aplicación de la ley penal, define las condiciones de punición y determina los tipos y los límites de las sanciones penales. En cuanto al derecho penal especial, enuncia y describe los actos punibles, indicando cual es la pena aplicable al autor según la gravedad del acto cometido. El estudio de la parte general está muy desarrollado en la doctrina. La teoría del delito constituye el ejemplo más claro del grado de refinamiento dogmático logrado por los juristas. Por el contrario, el análisis sistemático de la parte especial es menos desarrollado en la medida que no se ha logrado elaborar y sistematizar principios o criterios generales²⁰ con la finalidad de superar la interpretación singular de los tipos legales. 26

Esta distinción, que se explica esencialmente por razones de orden práctico y de técnica legislativa, caracteriza la sistemática de los códigos penales. El Libro Primero de nuestro código se intitula “Parte General” y el Libro Segundo, “Parte Especial – Delitos”. Sin embargo, las disposiciones generales y las disposiciones especiales están muy relacionadas, tanto en el plano 27

¹⁷ BOUZAT/PINATEL, 1975, p. 8; PIQUEREZ, 2001, N° 15.

¹⁸ TIEDEMANN, 1989, p. 133.

¹⁹ SCHULTZ, 1982b, I, p. 37.

²⁰ PISAPIA, 1948, p. 9; por su parte, STRATENWERTH/JENNY, *Einleitung*, 2003, N° 5, estiman que esta falta de sistemática y de principios directores no implica que el derecho penal especial pueda ser concebido como un conjunto de casos particulares desordenados.

teórico como en su aplicación concreta. La índole de este vínculo puede ser ilustrada mediante el art. 12, inc. 1. Según esta disposición, “las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa”. Esta regla acarrea dos consecuencias, una para el legislador y otra para el juez. El primero no está obligado a mencionar de manera expresa el dolo en cada una de las disposiciones en que incrimina un comportamiento como una condición para imponer la pena al responsable. El juez, para imponer una pena conforme a una disposición de la parte especial que no haga referencia al dolo ni a la culpa, debe tener en cuenta lo dispuesto en esa disposición.

III. Delito

1. Delito en sentido formal y sentido material

- 28 De las disposiciones del Código que regulan las “bases de la punibilidad”, se deduce la siguiente noción formal de delito: comportamiento típico, ilícito y culpable. Se trata de “acciones u omisiones” humanas (art. 11), descritas en un tipo legal contenido en la disposición penal (art. II) y contrarias al orden jurídico (art. 20, incs. 3 y 4), cometidas por un sujeto imputable y culpable (art. VII, art. 20, incs. 1 y 5). Esta definición es llamada también dogmática porque las normas jurídicas son consideradas como si fueran dogmas²¹.
- 29 Esta noción formal de infracción se limita a precisar cuales son los elementos comunes a los actos incriminados en la parte especial del Código o en otras leyes penales. Por lo tanto, no constituye un medio eficaz para saber por qué el Estado debe o no reprimir un acto determinado; por qué debe calificarlo de crimen, delito o contravención.
- 30 Para apreciar la labor del legislador, se han realizado numerosos esfuerzos para establecer una noción de delito en sentido material²².
- 31 Los partidarios del positivismo criminológico, en particular Garófalo, distinguieron las infracciones naturales de las infracciones convencionales. Definieron las primeras como comportamientos que violan los sentimientos de piedad, honestidad, probidad, que están en la base de toda sociedad.

²¹ Cfr. GERMANN, 1942, p. 21; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 21 II N° 1; HASSEMER, 1990b, vor § 1 N° 236 ss.

²² Este criterio es considerado útil para orientar al legislador; Cfr. ROXIN, 2006a, § 2 I N° 1.

Concibieron a las segundas como violaciones de los sentimientos evolutivos y variables, relativos a las condiciones particulares de una nación²³.

En criminología, aun cuando se tiene en cuenta la noción legal de delito, se recurre a una noción más amplia, elaborada sin referencia a las normas jurídicas. En una perspectiva sociológica, se utiliza la expresión “comportamiento desviado” (*abweichendes Verhalten*) para señalar los comportamientos que se separan de los modelos de conducta reconocidos y que no respetan las expectativas sociales. Así, los comportamientos delictuosos son considerados una clase de comportamiento desviado²⁴. 32

Esos esfuerzos han sido vanos; en efecto, las nociones propuestas son muy generales y vagas. En consecuencia, ineficaces para orientar al legislador en su tarea e inapropiadas para desarrollar y sistematizar las nociones de derecho penal. 33

2. Violación de un bien jurídico y violación de un deber de actuar según el orden jurídico

a. Introducción

Dentro del marco de las concepciones filosóficas del Siglo de las Luces y en especial de las referentes al Contrato Social²⁵, se consideró, en oposición a las ideas predominantes en el derecho penal de los regímenes absolutistas, que “la verdadera medida de los delitos es el daño que el delincuente causa a la sociedad”²⁶. En esta perspectiva, el art. 5 de la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) prevé que “la ley no debe prohibir más que las acciones perjudiciales para la sociedad”. Así que siendo la persona el centro del derecho, dichas acciones constituyen “la violación de un derecho subjetivo” y, por tanto, “el equivalente colectivo de lo que puede dañar a otro a nivel individual”²⁷. La función del derecho penal fue circunscrita así al hecho de evitar verdaderos perjuicios sociales, como el elemento específico del delito, el mismo que fue 34

²³ Cfr. GAROFALO, 1891, p. 5 ss., y en especial, p. 30.

²⁴ Cfr. HASSEMER, 1990b, vor § 1 N° 114 ss.

²⁵ Cfr. BECCARIA, 1979, p. 49 ss.; CARRARA, 1871, p. 106; Cfr.; POLAINO NAVARRETE, 2000, p. 563 ss.

²⁶ BECCARIA, 1979, p. 113. En Alemania, se sostuvo lo mismo en la perspectiva de los criterios de Grocio y Pufendorff sobre el derecho natural como derecho racional, cfr. LARENZ, 1980.

²⁷ GAUCHET, 1992, p. 134.

concebido entonces como una acción contraria a los derechos de otro y prohibida por la ley penal²⁸.

- 35 En la época moderna, los juristas alemanes han desarrollado la noción de bien jurídico²⁹. Birnbaum³⁰ introdujo la idea de bien jurídico y afirmó, por un lado, que constituía un contrasentido afirmar que los derechos pueden ser dañados o puestos en peligro y, por otro, que el criterio de la violación de los derechos subjetivos no permitía la represión de ciertos comportamientos que atacaban intereses sociales importantes, considerados como bienes jurídicos colectivos (p. ej., la moralidad pública o el sentimiento religioso). De esta manera, el rigor del criterio establecido conforme a las ideas de la Ilustración fue debilitado para justificar la ampliación de la intervención penal para reprimir delitos como el incesto (buenas costumbres) o el perjurio (falta de respeto a Dios)³¹.

b. Noción positivista de bien jurídico

- 36 Sobre la base del positivismo jurídico, Binding³² definió el bien jurídico como todo lo que, aun no constituyendo derecho, es valorado por el legislador como condición para que la vida comunitaria se desarrolle normalmente³³. Por lo que es interés de la comunidad conservarlo íntegro, protegiéndolo mediante normas jurídicas. En su opinión, el objetivo del legislador no es la defensa de intereses jurídicos individuales sino el mantenimiento de las condiciones complejas para que la paz social no sea perturbada y los individuos puedan desarrollarse normalmente y ejercer sus derechos en libertad.
- 37 Esta definición, coherente con las concepciones positivistas de su autor, despoja al concepto de bien jurídico de su función de límite del poder del legislador, en la medida en que los bienes jurídicos son mera creación de éste. Además, es una definición tautológica, ya que se reduce a decir que un bien jurídico es un bien jurídicamente protegido. Aun cuando suponga el reconocimiento de la importancia vital de la protección jurídica de determinados bienes, no constituye una noción material de delito, útil para la labor legislativa.

²⁸ CARRARA, 1871, p. 106; FEUERBACH, 1847, p. 21 ss.

²⁹ CASTILLO GONZÁLEZ, 2009, I, p. 23 ss.

³⁰ HAFT, 1998, p. 71; PARODI, 1990, p. 11 ss.; RUDOLPHI, 1970, p. 151 ss.

³¹ MIR PUIG, 1982, p. 767; POLAINO NAVARRETE, 1974, p. 100 ss.; HORMAZÁBAL, 1991, p. 28 ss.

³² BINDING, 1916, I, p. 340.

³³ BINDING, 1916, I, p. 353 ss.

c. Bien jurídico como fin de la norma y como categoría sistemática

Con ayuda de los progresos alcanzados por las ciencias sociales, se fue precisando un criterio material. Franz von Liszt³⁴ preconizó las funciones del bien jurídico como vínculo del derecho penal con la realidad y límite del poder punitivo del Estado. Negó que los bienes jurídicos constituyan una creación del legislador y afirmó que más bien eran intereses vitales, personales o colectivos, que tenían su origen en hechos y circunstancias sociales anteriores a las normas jurídicas. De acuerdo con la idea del fin de Jhering³⁵, consideró que el derecho es un medio para satisfacer las necesidades sociales que se imponen como factores preexistentes y que condicionan, en consecuencia, la actividad legislativa y la judicial. Esta manera de concebir los bienes jurídicos se complementa con la concepción liberal de considerar el derecho como un sistema de garantías para las personas. Sin embargo, en la medida en que no se establecen los criterios para seleccionar los intereses “preexistentes” y, por lo tanto, no se fija el contenido del bien jurídico, no se logran fijar los tan proclamados límites del poder del Estado. 38

En contra de esta manera de determinar el bien jurídico, se consideró que era preferible tener en cuenta, en lugar de la función político-criminal del mismo, su función dogmática y sistemática. Así, el bien jurídico no fue más considerado como un hecho real preexistente a la norma, sino sólo una expresión abreviada para referirse al fin de la norma penal³⁶, el cual es precisado mediante la interpretación de la norma jurídica. De esta manera, sólo desde el específico punto de vista jurídico se puede fijar, mediante la noción de bien jurídico (categoría de síntesis), el fin y el sentido de cada norma. Así, se identifica el bien jurídico con la *ratio legis* de la norma, lo que prácticamente significa la eliminación de la noción de bien jurídico³⁷. Esta concepción metodológica no sólo neutraliza la función crítica del concepto de bien jurídico, sino que tampoco da, por lo difícil que es determinar el fin de la norma, indicaciones precisas sobre el objeto de la protección penal. Esta revisión formal positivista del concepto de bien jurídico constituye la manifestación de una corriente de pensamiento contraria a la tradición liberal. 39

³⁴ VON LISZT, 1888, p. 138 ss.

³⁵ VON LISZT, 1905, p. 1 ss.

³⁶ GRÜNHUT, 1930, p. 1 ss.; HONIG, 1919.

³⁷ COBO/VIVES, 1984, p. 320 ss.

- 40 La manifestación extrema de la concepción antiliberal tuvo lugar en el periodo de los regímenes totalitarios como el nacional socialista alemán. Bajo la influencia de la nueva manera de concebir la primacía del Estado sobre la persona, se consideró, por un lado, el delito como la violación del deber de fidelidad al Estado y, por otro, se definió su carácter dañino como la discrepancia con criterios éticos, por ejemplo con el denominado “sano sentimiento del pueblo”. Se agrupa a los propugnadores de estas ideas bajo la designación de Escuela de Kiel³⁸.

d. Bien jurídico y moral

- 41 Con la derrota de los Estados nazis y fascistas en Europa, comenzaron a ganar de nuevo terreno las concepciones liberales del bien jurídico en cuanto categoría necesaria para limitar el poder punitivo del Estado y como instrumento de crítica en el ámbito de la política criminal. El debate sobre la legitimidad de la intervención penal se intensificó, sobre todo en los nuevos espacios de libertad³⁹. Un aspecto importante fue el relativo a la exclusión o disminución de la influencia de la moral en la determinación de que comportamientos debían ser delitos. Influencia que se manifestaba, por ejemplo, cuando se sostenía, respecto a la represión de la homosexualidad que si, en la mayor parte, de los casos “las normas penales sirven para proteger bienes jurídicos, pero no excluye criminalizar determinados casos de un comportamiento especialmente reprochable, desde el punto de vista ético, y vergonzoso según la convicción general, aunque con el hecho concreto no se lesione ningún bien jurídico inmediato”⁴⁰.
- 42 Contra este criterio, en el contexto de la discusión sobre la reforma de la regulación de los delitos sexuales⁴¹, se reforzó la idea de que sólo era legítimo elevar a la categoría de bienes jurídicos penalmente protegidos entidades dotadas de un substrato real y que pudieran ser perjudicadas materialmente. Por lo que no debían, por ejemplo, reprimirse comportamientos por el simple hecho de ser calificados de inmorales. Si bien respecto a este último postulado, los criterios propuestos no fueron del todo correctos, el cuestionamiento de la concepción tradicional fue positivo en la medida en que actualizó y propugnó que se precisara mejor la noción de bien jurídico. Sin

³⁸ DAHM, 1938, p. 225 ss.; SCHAFFSTEIN, 1937, p. 335 ss.; LUZÓN PEÑA, 1996, p. 82.

³⁹ GUZMÁN DALBORA, 2003, p. 92 ss.

⁴⁰ Afirmación expresada en la Exposición de motivos del Proyecto de CP alemán de 1962, citada por GIMBERNAT, 1976, p. 415.

⁴¹ PARODI, 1990, p. 77 ss.

embargo, debe reconocerse que la referencia a entidades reales, posibles de ser perjudicadas materialmente, no constituye el medio adecuado para tratar de limitar el poder del legislador mediante la mejor determinación del objeto de protección penal.

En las últimas décadas, a raíz de la incorporación en los sistemas penales de un gran número de nuevos tipos legales referentes a comportamientos contrarios a los denominados bienes jurídicos universales o colectivos, se planteó un criterio restrictivo de bien jurídico. Según esta orientación, estrictamente individualista, sólo debe ser considerado bien jurídico todo interés humano que necesita protección penal (“teoría del bien jurídico personal”). Así, los bienes protegidos en primer plano son los individuales; mientras que los bienes jurídicos colectivos o universales sólo lo serían en la medida en que también sean afectados intereses individuales. Así, éstos serán delimitados conforme a la indicada función restrictiva del derecho penal⁴². Una de las consecuencias es, por ejemplo, que el derecho penal no sea considerado como el medio adecuado para la protección de bienes como el medio ambiente. Afirmación que es poco compatible con la necesidad de estatuir una política criminal eficaz para proteger bienes colectivos fundamentales. Sin embargo, hay que reconocer el carácter positivo parcial de la perspectiva adoptada por los defensores de la noción personal de bien jurídico, en la crítica expresada contra el recurso excesivo a los denominados delitos de peligro abstracto. 43

e. Abandono de la noción de bien jurídico

Algunos autores, sin proponer el abandono completo de la categoría de bien jurídico, consideran que el fin principal del derecho penal no es la protección de bienes jurídicos. Desde su particular punto de vista, Welzel⁴³ opinó que dicho fin consiste más bien en la formación de las actitudes ético-sociales de las personas para promover su disponibilidad en favor del respeto de las leyes; por lo tanto, sólo de manera indirecta protege los bienes jurídicos. Estos son concebidos como todo estado social deseado que el derecho debe salvaguardar⁴⁴. El inconveniente de este planteamiento es que puede justificar que se utilice el derecho penal para exigir a las personas 44

⁴² HASSEMER, 1990b, Vor § 1 N° 274 ss.; KINDHÄUSER, 1992, p. 227 ss.; TERRADILLOS, 1995, p. 45 ss.

⁴³ WELZEL, 1967, p. 1; WÜRTEMBERGER, 1965, p. 47 ss.

⁴⁴ WELZEL, 1967, p. 2 ss.

fidelidad al Estado. Para no llegar a este extremo, dicha propuesta debería ser comprendida en el sentido de que mediante la protección de los bienes jurídicos se refuerza en las personas el respeto del orden jurídico.

- 45 Partiendo de una clara posición sociológica, algunos autores⁴⁵ conciben el delito como la perturbación de las relaciones sociales (fenómeno de interacción social) y no como violaciones de intereses o valores. Sin embargo, admiten que su contenido es estatuido por las normas penales, las cuales prevén precisamente la reacción penal. Estas mismas normas determinan cuál es el objeto de la protección jurídica dentro del contexto fijado por los intereses sociales y los límites del contrato social.
- 46 Destacando el fracaso de los esfuerzos tendientes a determinar un criterio idóneo para establecer cuales son los comportamientos perjudiciales, se plantea⁴⁶ el abandono de la categoría del bien jurídico (orientada hacia el perjuicio de orden natural) en favor de un criterio que reconozca el carácter dañino del acto para el sistema social y las condiciones de su permanencia. El punto de partida es el de concebir la sociedad como un sistema dirigido a asegurar su existencia a través de imperativos funcionales (normas generales estableciendo sanciones), que institucionalizan las expectativas de sus miembros. Así, se considera que el daño producido por el delito consiste en el perjuicio causado al esfuerzo constante del sistema para solucionar sus problemas de existencia⁴⁷. Pero como este perjuicio no puede ser la obra de un acto individual, el delito es percibido más bien como una disfunción: sólo la comisión repetida de dichas acciones individuales puede ocasionar un perjuicio al sistema social debido a la perturbación causada a la “interacción social”. De esta manera, se estima que se evidencia mejor lo esencial del delito, en lugar de hacerlo buscando innumerables objetos de tutela. La función de las normas es, por lo tanto, asegurar las condiciones de la vida en común, mientras que su objetivo particular es la finalidad que el legislador se fija concretamente⁴⁸, la misma que es indicada en el juicio de valor implícito en la norma, es decir, el bien jurídico. Mediante este planteamiento, se propone una vuelta al criterio de “daño social”, con raíces en la ideología de la Ilustración.

⁴⁵ AMELUNG, 1972, p. 10 ss. y 343 ss.; HASSEMER, 1973, p. 120 ss.; cfr. PARIONA ARANA, 2006, p. 106 ss.

⁴⁶ AMELUNG, 1972, p. 345 ss.; Cfr. PARODI, 1990, p. 81.

⁴⁷ AMELUNG, 1972, p. 387.

⁴⁸ AMELUNG, 1972, p. 388.

El criterio del daño social es de índole política y, por lo tanto, resulta poco útil para la elaboración de leyes penales y el desarrollo de la dogmática de la teoría del delito. Aun cuando se precise, en la medida de lo posible, su significado, constituye sólo una propuesta de orientación, que no excluye una valoración posterior según la alternativa de política criminal escogida. Además, la referencia directa al factor “perjuicio” para determinar el objeto real de la protección penal tiene efectos negativos si se aplican criterios puramente utilitarios para fijar en qué consiste el daño social⁴⁹. Así, se puede llegar a proteger intereses insignificantes o privar de protección intereses muy importantes (p. ej., calificando como inútil la vida de ciertas personas y, en consecuencia, no merecedoras de protección penal).

Algunos autores, para precisar la noción de bien jurídico, a partir del criterio de nocividad social, han tomado en cuenta al sujeto y su libertad, poniendo así en un segundo plano la funcionalidad de los sistemas sociales. Con este objeto, rechazan considerar los bienes jurídicos como valores culturales, éticos o morales. Por el contrario, estiman que deben ser buscados en la sociedad en cuanto condiciones indispensables para que el sujeto, confiando en el respeto de su propia esfera de posibilidades, pueda intervenir concretamente en los procesos de interacción y comunicación sociales⁵⁰.

También desde una perspectiva sociológica, Jakobs⁵¹ sostiene que el fin primario del derecho penal no es evitar que los bienes jurídicos sean lesionados, sino más bien asegurar de manera suficiente la vigencia estable de las normas fundamentales, indispensables para la existencia de un sistema social⁵². En este sentido, considera que el acto ilícito comporta la negación del significado de la norma y que la sanción implica reafirmar la validez de ésta, en tanto que modelo de orientación de validez general. Es así como, proteger el bien jurídico penal⁵³ consiste en garantizar las expectativas indispensables para que la vida social se desarrolle en la forma dada y exigida legalmente. En su opinión, aun cuando la noción de bien jurídico no puede ser establecida con precisión, debe ser conservada, pero en su dimensión

⁴⁹ FERRAJOLI, 1996, p. 471 ss.

⁵⁰ MIR PUIG, 2003, p. 112 ss.; MIR PUIG, 1998, p. 130 ss.; Cfr. HORMAZÁBAL, 1991, p. 132 ss.

⁵¹ JAKOBS, 1991, 1/1 ss.; Cfr. PARODI, 1990, p. 86 ss.; Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 465 ss.

⁵² JAKOBS, 1994, p. 138 ss.; idem, en FS Saito, 2003, p. 18 ss.; idem, en FS Geilen, 2003, p. 64 ss.

⁵³ JAKOBS, 1993, 1/2, 1/5.

funcional⁵⁴. En este sentido, el bien jurídico es una situación de hecho valorada positivamente y consistente en simples situaciones o desarrollos⁵⁵, que son objeto de tutela de la norma⁵⁶. De conformidad con su concepción global, precisa que los bienes jurídicos deben ser percibidos como la resistencia frente a los comportamientos que implican una defraudación de las expectativas normativas esenciales (*Enttäuschungsfestigkeit*), las que corresponden prácticamente a la validez de las mismas normas⁵⁷. De modo que, por ejemplo, al reprimir el hurto no se protege el patrimonio ni la propiedad sino la expectativa normativa consistente en que “la propiedad debe ser defendida”⁵⁸. En la perspectiva de Jakobs⁵⁹, sin embargo, no todas las normas penales protegen bienes jurídicos, ya que algunas de éstas los crean y otras tutelan instituciones o directamente la paz social (bienes secundarios).

- 50 Esta manera de concebir los bienes jurídicos es discutible⁶⁰. La seguridad de las expectativas sociales no puede ser considerada como prioritaria respecto a la vida u otro bien jurídico (individual o colectivo). La estabilidad y el funcionamiento del sistema social (en una época determinada) están en función de la defensa y el desarrollo de ciertos bienes que constituyen el fin último y en razón a los cuales la seguridad en las expectativas de comportamiento adquiere su significado. El mantenimiento de la seguridad no puede ser considerado el fin último en sí y por sí. La seguridad es la condición y el medio gracias al cual es posible el desarrollo de los valores de la sociedad y de la persona misma. Además, en sus extremos puede ser contraria a la Constitución, en la medida en que ésta subordina la sociedad y el Estado a la persona, ya que, en su art. 1, se dispone que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Lo que explica así mismo que se fije como límite a la jurisdicción indígena y a la aplicación del derecho consuetudinario el respeto de los derechos fundamentales (art. 149 Const.).

⁵⁴ JAKOBS, 1991, 1/15.

⁵⁵ JAKOBS, 1991, 1/12.

⁵⁶ JAKOBS, 1991, 1/7.

⁵⁷ JAKOBS, 1991, 1/2.

⁵⁸ JAKOBS, 1991, 1/14.

⁵⁹ JAKOBS, 1991, 1/1993, 1/16 ss.

⁶⁰ PARODI, 1990, p. 90 ss.; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 466.

Desde una perspectiva más amplia, hay que señalar que en la sociología no es posible encontrar el fundamento exclusivo de la legislación penal, ni de la disciplina que la estudia⁶¹. El objeto de la sociología es el sistema de acciones. Este punto de vista es útil para estudiar los fenómenos sociales en su totalidad y en sus variantes, pero no para analizar el derecho penal. Éste se ocupa de la persona como un todo; sin considerar la acción singular como una entidad en sí, sino como proveniente de un sujeto responsable. Para los fines del derecho penal, la acción penal debe ser considerada en relación con un autor y vista sólo con referencia al sistema de interacciones sobre el cual incide, debiéndose tener en cuenta también que es atribuida de modo personal a un sujeto y que recae sobre la persona. 51

No conviene considerar como único criterio la disfunción del mantenimiento global del sistema social, ya que implica descuidar la perspectiva de la exigencia de la defensa de la persona humana en todas sus manifestaciones. El derecho penal no debe ser reducido a un mero instrumento técnico para hacer operativas las indicaciones derivadas del análisis sociológico. Si bien éste es útil, sus conclusiones no deben ser los únicos criterios para justificar la represión de un comportamiento. Además, hay que tener en cuenta razones más amplias y complejas (ya sean ideales, culturales, políticas o morales). Todo esto determina lo que es dañino socialmente. En este sentido, la valoración jurídica se enraíza en esas razones, pero no se identifica con ninguna de ellas en particular. 52

No basta comprobar que un acto perturbe las interacciones sociales para incriminarlo penalmente. Es indispensable aún determinar, según criterios de política criminal, los límites que indican hasta dónde se puede tolerar la perturbación social en un momento dado y en una sociedad determinada (las reglas y principios constitucionales juegan un papel esencial). El recurso al criterio de la disfunción puede llevar a justificar que se impida cualquier hecho, afirmando falazmente que es dañino para la sociedad porque sobrepasa lo que es necesario para la existencia y el desarrollo de ésta. Sin embargo, es evidente que, aun cuando el objeto directo de protección son los bienes jurídicos y no las normas penales o las expectativas sociales, el sistema penal debe ser funcional, es decir eficaz, operativo dentro del marco constitucional, el mismo que establece sus orientaciones fundamentales y permite su desarrollo. 53

⁶¹ PARODI, 1990, p. 94 ss.

f. Bien jurídico y marco constitucional

- 54 Con la finalidad de restringir el ejercicio del poder punitivo, se ha recurrido al marco establecido tanto por la Constitución, respecto a la organización y funcionamiento del sistema político y jurídico, como por las normas internacionales protectoras de los derechos fundamentales⁶². De esta manera, se pueden percibir los bienes jurídicos (individuales y colectivos) como valores, expresa o implícitamente reconocidos por las reglas y principios constitucionales, que son necesarios para garantizar la realización de los fines del sistema social y el normal funcionamiento de éste⁶³. Estos valores se concretan en los denominados objetos del delito (p. ej., personas, cosas, relaciones).
- 55 Su protección mediante las sanciones (restricción de derechos fundamentales) debe respetar los principios constitucionales de ser estatuidas en una ley (legalidad), estar justificadas por un interés público o privado preponderante, ser proporcionales respecto al interés que las justifican y no atentar contra el núcleo intangible del derecho personal que restringe. Lo mismo debe decirse, *mutatis mutandi*, respecto al derecho consuetudinario indígena.
- 56 Sin embargo, hay que reconocer que el marco constitucional no siempre es satisfactorio en la medida en que los intereses mencionados pueden ser tan amplios que resultan inapropiados para individualizar el bien jurídico que debe ser protegido penalmente, por que no contiene todos los intereses socialmente importantes y por que puede perder actualidad en relación con los cambios de la sociedad.
- 57 Las ventajas de esta percepción constitucional del bien jurídico son limitadas⁶⁴. Dos cuestiones se plantean en su aplicación. La primera es la de saber si el legislador está obligado a proteger penalmente todos los bienes considerados en la Constitución. La segunda, por el contrario, se refiere a que la Constitución no prevé todos los bienes que son de interés vital para la comunidad. Por lo tanto, hay que admitir, por un lado, que no existe una relación estrecha y directa entre los intereses constitucionalmente ga-

⁶² RUDOLPHI, 1970; MARX, 1972; SAX, 1972; ALVAREZ GARCÍA, 1991, p. 5 ss.; GONZÁLES RUS, 1983, p. 23 ss.; MORILLAS CUEVAS, 1996, p. 38 ss.; BRICOLA, 1973, p. 15 ss.; PARODI, 1990, p. 133 ss.; MUSCO, 1974, p. 24 ss.; GEMMA, 1986, p. 459 ss.; PURITANO, 1981, p. 111 ss.; FIANDACA, 1982, p. 42 ss.; PAGLIARO, 2000, p. 230 ss.; BERDUGO, 1987, p. 15 ss.

⁶³ FIANDACA/MUSCO, 1989, p. 29; HASSEMER, 1990b, vor § 1 N° 271; ROXIN, 2006a, § 2 II N° 2 ss.

⁶⁴ PARODI, 1990, p. 136 ss.; URQUIZO OLAECHEA, 1998, p. 834 ss.

rantizados y los que deben ser protegidos por el derecho penal. Por otro, que las reglas y principios constitucionales desempeñan el papel de límites negativos en la medida que establecen el ámbito fuera del cual el legislador no debe recurrir al derecho penal. Una vez practicada esta delimitación, se debe precisar, teniendo en cuenta otros factores (siempre de acuerdo con la concepción constitucional), si conviene reprimir un comportamiento y cómo hacerlo, tanto respecto a los bienes previstos, expresa o implícitamente, en la Constitución, como en relación con los no considerados en ésta.

g. Necesidad de la noción de bien jurídico

Afirmar que la intervención del derecho penal está en función de la necesidad de proteger los bienes jurídicos más importantes y contra los ataques más graves, no significa sostener, como ya lo hemos visto respecto a la misma noción de bien jurídico, que deba separarse de modo radical el derecho penal de la moral. Todo lo contrario, hay que reconocer, como punto de partida, que desde sus orígenes, el derecho penal -y en buena cuenta el derecho en general- está estrechamente vinculado a la moral. Como formas sociales dirigidas a controlar y orientar los comportamientos de las personas, comparten en gran parte las mismas fuentes, por ejemplo, los usos, las costumbres, los tabúes religiosos. De modo que el núcleo original de los actos que constituyen el catálogo de acciones reprimidas penalmente está formado por comportamientos que violan de manera grave la moral: homicidio, violación, lesiones corporales, robo, etc. 58

Durante siglos, debido a la influencia de la Iglesia católica en la sociedad, la moral cristiana predominó⁶⁵, hasta tal punto, que se confundían pecado y delito. Considerar el criterio de la protección de bienes jurídicos constituyó una reacción contra esa concepción y es el resultado de un largo proceso de laicización⁶⁶ del derecho penal. Su objetivo no es hacer prevalecer una concepción moral determinada, ni de obligar a las personas a actuar conforme a sus propias convicciones morales. 59

En una sociedad pluralista como las sociedades actuales, el recurso al derecho penal para imponer una concepción moral particular conduce necesariamente a la implantación de un régimen tiránico respecto a las minorías 60

⁶⁵ DREIER, 1981, p. 185.

⁶⁶ MARINUCCI/DOLCINI, 2001, p. 430.

y, por último, a todos los individuos. Debido a que, aún si “comprende algunos principios permanentes que condenan, con rigor, ciertos egoísmos, al mismo tiempo que recomienda ciertos altruismos”⁶⁷, la moral se relaciona sobre todo con el fuero interno y, en consecuencia, no puede ser regida por un sistema jurídico.

- 61 Además, el Estado ni tiene el deber ni la competencia de impulsar los ciudadanos a la perfección y, sobre todo, tampoco tiene la de servirse para estos efectos del derecho penal⁶⁸. Al respecto, se puede afirmar que la intervención del derecho penal en ciertos asuntos significativos tales como la pornografía, la homosexualidad, la prostitución, el consumo de drogas o de alcohol, aún el empleo de medios anticonceptivos, se inspira muchas veces en una concepción paternalista excesiva y casi siempre injustificada.
- 62 Esta compleja relación entre el derecho penal y la moral se revela en el derecho positivo. Todos los actos inmorales no son reprimidos penalmente. Muchos comportamientos son, por el contrario, sancionados como infracciones penales a pesar de que pueden ser considerados moralmente neutros (p. ej., las infracciones reprimidas mediante disposiciones penales relativas a la circulación en las vías públicas, a la construcción). Los dominios del derecho penal y de la moral no pueden ser representados como dos círculos concéntricos, sino más bien como círculos secantes, cuya zona común puede ser considerada como el núcleo de los actos punibles, “reglas que acumulan la calidad jurídica y el carácter moral”⁶⁹.
- 63 Si ciertos actos inmorales son efectivamente considerados como infracciones, esto no se debe a su carácter inmoral, sino más bien a su efecto negativo sobre los bienes jurídicos de terceros. Sin embargo, aun cuando se reconozca la primacía del criterio de la violación o de la puesta en peligro de los bienes jurídicos en tanto que criterio decisivo para sancionar un comportamiento, esto no significa forzosamente que el derecho penal sea moralmente neutro. Pues, un derecho penal que no correspondiera, en general, con la moral seguida, en una época determinada, por la mayoría de los individuos estaría condenado al fracaso. La sola amenaza penal no es suficiente para preservar un ordenamiento jurídico. Es necesario que cada persona sea persuadida de la legitimidad moral de las normas y de

⁶⁷ DU PASQUIER, 1988, N° 350.

⁶⁸ HÖFFE, 1982, p. 40.

⁶⁹ DU PASQUIER, 1988, N° 349. Esta afirmación debe ser matizada para evitar que se piense que el derecho y la moral son idénticos en las partes en que se superponen.

los individuos que las aplican⁷⁰, sin que el carácter imperativo del derecho sea neutralizado por el cuestionamiento de sus mandatos sobre la base de criterios morales personales⁷¹.

En la realidad, las personas tienen el sentimiento de que el derecho, por lo tanto también el derecho penal, debe ser obedecido porque corresponde a ciertos valores generalmente seguidos. Al respecto, se plantea la cuestión de los límites en que deben tenerse en cuenta las diferencias culturales existentes, en especial, en relación con los pueblos campesinos y nativos. 64

En la aplicación de las disposiciones⁷², también desempeñan un papel significativo, como por ejemplo en la determinación del sentido de las disposiciones jurídicas mediante la interpretación (proceso lógico y axiológico). En esta perspectiva, hay que recordar que el derecho asegura, aunque de manera imperfecta, valores morales como la justicia, la libertad y la igualdad⁷³. 65

En la labor legislativa, la relación entre derecho penal y la moral se manifiesta de manera variada e intensa. Las discusiones sobre la oportunidad o la necesidad de reprimir o no un comportamiento determinado tienen siempre un aspecto moral marcado. Como ejemplos basta recordar los casos del aborto, el adulterio, la pornografía, el medio ambiente. En ciertas ocasiones, la moral social tiene un avance respecto a las disposiciones vigentes. Así, ha sucedido por ejemplo en el ámbito de la sexualidad. Ocasiones en las que el legislador se ve obligado a seguir la evolución de los criterios morales convencionales. Pero la interacción se da también en sentido inverso. Mediante el derecho penal, el Estado refuerza indirectamente la moral y las costumbres hasta inculcar a los individuos una jerarquía de valores particulares; además, una norma penal puede, a veces, ser una de las causas de modificación o desuso de un modelo moral o de una tradición⁷⁴. Por ejemplo, la represión de los malos tratos familiares implica, en sociedades machistas como la nuestra, favorecer la difusión de criterios morales que contradicen pautas culturales tradicionales. En este sentido, se 66

⁷⁰ NINO, 1989, p. 100. Según HASSEMER, 1990b, vor § 1 N° 25, “la vigencia de los valores ético-sociales es la condición de factibilidad para la protección de los bienes jurídicos”. Cfr. MARINUCCI/DOLCINI, 2001, p. 422 ss.

⁷¹ KUHLEN, 1985, p. 189.

⁷² ATIENZA, 2001, p. 112 ss.

⁷³ ATIENZA, 2001, p. 91.

⁷⁴ HART, 1963, p. 213.

puede hablar de una función de orientación moral o cultural del derecho penal⁷⁵.

- 67 Es evidente que las relaciones entre el derecho penal y la moral son más extensas y complejas que las que venimos de exponer. En realidad nuestras reflexiones se han limitado, sobre todo, al aspecto relacionado con la criminalización de comportamientos. Así, no hemos abordado, porque sobrepasaríamos los alcances de este libro, en efecto, la justificación del derecho penal, que es objeto de un extenso debate. Sin embargo, no está demás recordar que la justificación del derecho penal ha experimentado una profunda evolución debido, de manera fundamental, a la importancia alcanzada por el reconocimiento de los derechos humanos (derechos morales). Estos derechos, relacionados en su inicio con el derecho natural, se han transformado en derechos fundamentales como consecuencia de su inserción en el derecho positivo, en particular en la Constitución. Ahora bien, en todo Estado de derecho, el recurso al derecho penal debe estar estrechamente vinculado al respeto de los derechos fundamentales.
- 68 Las relaciones entre el derecho penal y la moral no son descritas de manera suficiente ni cuando se habla de derecho penal en tanto que *ethisches minimum*⁷⁶, ni cuando se invoca su neutralidad moral. Por su génesis común y su papel social semejante, el derecho penal y la moral se entrelazan íntimamente y se complementan de manera recíproca. Como ya lo hemos destacado, la fuerza y la estabilidad del derecho en general y del derecho penal en particular dependen, al menos en parte, de su armonía con los principios morales fundamentales⁷⁷.
- 69 Un último aspecto que merece ser destacado, en consideración a nuestra peculiar realidad, es el referente a la invocación, relativamente frecuente, de la supuesta tarea del Estado de moralizar al país o la sociedad. Así, por ejemplo, recordemos que en el art. 2, inc. d, *ab initio*, del Estatuto del Gobierno Revolucionario (DL N° 17063), se disponía como objetivo “moralizar al país en todos los campos de la actividad nacional”. El presupuesto de esta disposición fue la convicción del Gobierno Revolucionario, en el momento de tomar el poder, de que el país se debatía en una “crisis en lo político, económico y moral”, y que era necesario el “restablecimiento de los valores morales”, que aseguraran a la Patria la consecución de sus supe-

⁷⁵ MARINUCCI/DOLCINI, 2001, p. 423 ss.

⁷⁶ JELLINEK, 1908, p. 45.

⁷⁷ HART, 1963, p. 244; MARINUCCI/DOLCINI, 2001, p. 424.

riores destinos⁷⁸. Esto no es monopolio de gobiernos dictatoriales. Así, este mismo criterio fue sostenido por los dirigentes de los gobiernos constitucionales que sucedieron al gobierno militar.

Este objetivo de moralizar el país ha sido invocado en los considerandos de diferentes leyes o decretos leyes. Así como en las justificaciones de los proyectos de leyes presentados por parlamentarios y partidos políticos respecto a la corrupción, la evasión tributaria, la adulteración, acaparamiento y especulación de mercaderías, la sexualidad. 70

A pesar de esta marcada tendencia a pretender justificar la dación de leyes penales con la finalidad de “moralizar”, no es claro qué es lo que se entiende mediante esta expresión. Se puede tomar en el sentido de lograr que los individuos no incurran en la comisión de infracciones. Lo que viene a ser una formulación negativa del objetivo primario del ordenamiento jurídico, consistente en hacer que las personas se comporten conforme a derecho. En todo caso, debe evitarse comprenderla en el sentido de que el Estado es el productor de normas morales o que su función sea la de imponer, coactivamente, comportamientos acordes a dichas normas. Es decir, imponer una moral única. Lo que sí parece evidente es que se considera, de manera equivocada, la imposición de penas severas como el medio idóneo para alcanzar la moralización del país. Esto ocurría, expresamente, en el último considerando del DL N° 17106, cuando *ad letera* se decía: “que sin una adecuada sanción de los delitos que se cometan en el ejercicio del cargo, no es posible moralizar la administración pública”. De esta manera se olvidaba que la experiencia muestra que las leyes penales tendientes a imponer a los individuos un alto nivel moral son más dañinas que beneficiosas⁷⁹. 71

3. Desvalor de la acción y desvalor del resultado

Sostener que sólo los atentados contra los bienes jurídicos deben ser reprimidos penalmente, no implica que toda acción de este tipo deba ser inculpada. Un elemento indispensable es la índole de la acción dirigida contra los bienes jurídicos, en la que juega un papel descolante el aspecto subjetivo (intención, motivos, etc.). Respecto a lo último, se debe matizar el criterio que afirma que el derecho penal se ocupa del aspecto externo del comportamiento, mientras que el aspecto subjetivo es objeto de la moral. 72

⁷⁸ Manifiesto del Gobierno Revolucionario del 3 de octubre de 1968, en PAREJA, 1973, p. 600 ss.

⁷⁹ BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 3 N° 4 ss.

La evolución del derecho penal muestra una tendencia constante hacia el abandono de la responsabilidad puramente objetiva.

- 73 En cuanto a lo que determina el carácter delictuoso de una acción, dos criterios se oponen claramente. Uno afirma que es el hecho de constituir un atentado contra un bien jurídico (“desvalor del resultado”); el otro sostiene que la infracción se caracteriza por la deslealtad del individuo a los valores ético-sociales (“desvalor del acto”).
- 74 Los defensores⁸⁰ del primer criterio manifiestan que la tarea del derecho penal es la protección de los bienes vitales para la vida comunitaria. Por su parte, los sostenedores⁸¹ del criterio del “desvalor de la acción” expresan que dicha función es “asegurar la vigencia inquebrantable” de los valores ético-sociales, único medio para alcanzar una protección perdurable de los bienes jurídicos.
- 75 Desde nuestra perspectiva, ninguno de los criterios puede ser aplicado unilateralmente. La acción delictuosa no puede ser concebida sin tener en cuenta tanto el desvalor del resultado, como el desvalor de la acción. Stratenwerth⁸² sostiene con razón que “la violación del bien jurídico en sí, independiente de la acción que la produce, se presenta como un fantasma, como un producto de la dogmática, al cual no corresponde realidad alguna”. La tarea del derecho penal es bastante compleja y no puede ser descrita destacando tan sólo uno de sus aspectos y negando o desvalorizando los otros⁸³.

IV. Sanción

- 76 La sanción penal implica la restricción o la privación de derechos fundamentales. Cuando se busca establecer los fines de la pena (la más importante de las sanciones penales) y, de esta manera, justificar un sistema represivo, se plantean, en buena cuenta, las cuestiones del sentido y de la finalidad del derecho penal⁸⁴. De modo muy esquemático, se puede decir que el análisis se ha orientado en dos direcciones, marcadas por las concepciones filosóficas y sociológicas de sus defensores. Por un lado, el derecho

⁸⁰ BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 3 N° 10 ss.; WÜRTEMBERGER, 1965, p. 99 ss.

⁸¹ WELZEL, 1967, p. 4.

⁸² STRATENWERTH, 1963, p. 243.

⁸³ MAURACH/ZIPE, 1992, § 19 N° 5; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 1 III 1 ss.

⁸⁴ PRADO, 1993, p. 3 ss.; GARCÍA CAVERO, 2008, p. 42 ss.

penal es percibido como la expresión de un principio superior de justicia y, por otro, es considerado como un simple medio al servicio del principio de la utilidad.

De acuerdo con la primera concepción, las denominadas teorías absolutas de la pena consideran que se castiga para hacer justicia; mientras que conforme a la segunda, las llamadas teorías relativas de la pena, que se castiga para lograr un fin. Entre ambos grupos, se sitúan las denominadas teorías relativas o mixtas, mediante las que se intentan conciliar los imperativos de la justicia y de la prevención. Esta distinción tradicional reposa en realidad sobre una confusión respecto a diferentes categorías de preguntas a las que se trata de responder mediante las teorías sobre la pena. 77

1. Teorías absolutas

Las teorías absolutas (*absolute Straftheorien*), niegan que la pena cumpla con alguna función utilitaria específica. Su imposición sólo busca que el responsable del acto prohibido expíe su falta. De modo que el daño que implica la pena constituya la retribución del daño producido por el delincuente. Así, el mal cometido mediante la infracción debe ser, en cierto modo, redimido. De esta manera, el castigo del responsable es indispensable para satisfacer el sentimiento de justicia. El Estado, encargado de concretar la justicia, debe recompensar el bien y castigar el mal (*punitur quia peccatum est*)⁸⁵. La pena es concebida, así, como un fin en sí misma. 78

La influencia de la concepción absoluta de la pena se debió, en gran parte, a su sólido fundamento filosófico. Éste fue establecido, en particular, por Kant⁸⁶ y Hegel. Según el primero, castigar al culpable es una exigencia esencial de la moral, un “imperativo categórico” que no debe ser mancillado por ningún utilitarismo. Para Hegel⁸⁷, la restauración del derecho objetivo violado voluntariamente requiere la anulación de la voluntad del delincuente mediante la violencia de la pena. Así, la negación (expresada mediante la pena) de la negación del derecho (mediante la comisión del delito) permite restablecer el derecho. Si Kant invoca la ley del talión, Hegel prefiere referirse a la equivalencia entre la gravedad del delito y la severidad de la pena. Sin embargo, ambos coinciden en negar a la pena otro fin que el de la retribución. 79

⁸⁵ POLAINO, 2008, p. 61.

⁸⁶ KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1797.

⁸⁷ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821.

- 80 En este sentido, el derecho penal y la pena, su principal recurso, son concebidos como instrumentos al servicio de la justicia. El aspecto positivo de esta concepción es que da una importancia fundamental a la persona, en la medida en que exige que el delincuente, por el simple hecho de ser una persona, no deba ser utilizado como un medio al servicio de la sociedad. Esta idea se conserva aún en el derecho penal moderno, cuando se admite que la pena no debe sobrepasar los límites de la culpabilidad⁸⁸.
- 81 Sin embargo, esta idea no puede ser aceptada en consideración a que el Estado, como sociedad políticamente organizada, no tiene como función la realización de la idea de justicia absoluta⁸⁹. Así mismo, hay que destacar que el carácter metafísico de los fundamentos de esta teoría es discutible; por ejemplo, la negación del mal, producido por el delito, mediante la imposición de un mal al responsable constituye una ficción, puesto que, en realidad, los efectos negativos se acumulan, en lugar de que el segundo haga desaparecer el primero. Además, admitir como verdad absoluta que la idea de la justicia exige que se castigue al culpable, implica no sólo que no hay pena sin culpabilidad, sino también que tampoco exista culpabilidad sin pena.

2. Teorías relativas

- 82 Las teorías relativas de la pena (*relative Straftheorien*), como las absolutas, no constituyen un todo homogéneo. Coinciden en el hecho de atribuir a la pena una utilidad social, así como en justificarla por su finalidad preventiva⁹⁰. De esta forma, se alejan de manera radical de la perspectiva retributiva de la pena. Al contrario, le atribuyen como función principal la de evitar la comisión de delitos, en la medida en que le reconocen un efecto disuasivo tanto respecto a terceros (prevención general), como al propio delincuente evitando que reincida (prevención especial)⁹¹. Los gérmenes de la teoría de la prevención se encuentran en numerosas corrientes de pensamiento y en épocas diferentes. Protágoras y Platon, así como Grotius, Hobbes, Beccaria y muchos otros han insistido sobre la utilidad de la pena.
- 83 La prevención general ha sido comprendida en dos sentidos. En sentido negativo (*negative Generalprävention*), se afirma que la pena, prevista en la

⁸⁸ ROXIN, 1974b, p. 282; HASSEMER, 1990b, vor § 1 N° 413.

⁸⁹ ROXIN, 2006a, § 3 N° 8.

⁹⁰ ROXIN, 2006a, § 3 N° 6 ss.

⁹¹ POLAINO, 2008, p. 64.

ley, tiene por objetivo intimidar (*Abschreckung*) a las personas⁹². Feuerbach hablaba a este respecto de “coacción psicológica” (*psychologischer Zwang*), tendiente a impedir que los delincuentes en potencia pasen a ejecutar el acto⁹³. En sentido positivo (*positive Generalprävention*), se sostiene que la amenaza penal está destinada a reforzar el respeto de las personas a las normas penales, en particular, y al orden jurídico, en general⁹⁴. El Estado trata, así, de mantener la norma como el modelo que hace posible y orienta la interacción social⁹⁵.

Las teorías de prevención general, como las teorías absolutas, parten del postulado del libre arbitrio, según el cual, el hombre es un ser capaz de determinarse por sí mismo, susceptible de responder por sus actos y de considerar las consecuencias de la comisión de una infracción. Por esto, según las teorías relativas la amenaza penal puede influir en la manera de comportarse de las personas. 84

Si bien es cierto que la amenaza penal influye sobre las personas, la sola prevención general, sin embargo, no basta para justificar la pena. Pues, si eso fuera así, la ejecución de las penas debería ser pública y ejemplar para que la amenaza produzca el efecto esperado. Situación que engendraría excesos y estaría acompañada de un efecto negativo sobre la persona de los individuos condenados. Un efecto perverso es que la confianza excesiva en el efecto disuasivo de la pena conduciría a la agravación abusiva de la misma. Las infracciones más comunes, que son con frecuencia las menos graves, deberían ser sancionadas con severidad para lograr intimidar realmente a los delincuentes potenciales o reforzar el orden jurídico. 85

A diferencia de las concepciones de la prevención general, la escuela positivista italiana, en el origen del desarrollo moderno de las ideas de la prevención social (*Spezialprävention*), percibió al criminal como un “ser anormal rígidamente condicionado por los factores biológicos, psíquicos o sociales”. Sus partidarios rechazaron la noción de culpabilidad y basaron la responsabilidad del criminal en el simple hecho de vivir en sociedad. Los positivistas italianos de fines del siglo XIX llegaron hasta proponer que se reemplazara la pena por un conjunto de medidas de seguridad destinadas a proteger la sociedad contra la “peligrosidad” (*pericolosità*) del delincuen- 86

⁹² ROXIN, 2006a, § 3 N° 25 ss.; STRATENWERTH, 2005, § 2 N° 21 ss.

⁹³ Cfr. FEUERBACH, 1989, § 13.

⁹⁴ STRATENWERTH, 2005, § 2 N° 23 ss.

⁹⁵ JAKOBS, 1991, I/12.

te, mediante su neutralización o su curación. Según la idea de prevención especial, la pena sólo se justifica en una perspectiva utilitaria: *punitur ne peccetur*. Mediante la pena, se busca resocializar, reeducar a los condenados y así evitar la reincidencia. Si los criterios extremos de los positivistas italianos no han sido integrados del todo a la legislación, ni alcanzado a ser doctrina mayoritaria, en cambio si han marcado la evolución de las leyes y de las ideas penales.

- 87 Inspirándose en la concepción positivista italiana, Franz von Liszt elaboró una teoría muy influyente hasta ahora. En su opinión, la pena justa es sólo aquella cuyos límites son fijados por su finalidad (*Zweckstrafe*), que no puede ser determinada en función del delito, en cuanto entidad jurídica, sino en relación con la persona que lo ha cometido. En consecuencia, hay que prever sanciones apropiadas para las diversas clases de delincuentes. Los delincuentes ocasionales deben ser intimidados, los delincuentes propensos a reiterar deben ser corregidos y los delincuentes incorregibles deben ser neutralizados. La noción de *Zweckstrafe* tuvo una cierta resonancia, sin embargo, los criterios biológicos y antropológicos que estaban en la base de la clasificación de von Liszt cayeron rápidamente en desuso, siendo sustituidos por criterios socio-pedagógicos, conforme a los cuales el objetivo común de la pena era la resocialización de los delincuentes.
- 88 Frente a las teorías absolutas de la pena, los criterios de prevención especial tienen la ventaja de adecuarse mejor a los objetivos del derecho penal, los cuales se centran en la protección de las personas y de la sociedad. Sin embargo, presentan el grave inconveniente de no proponer una base adecuada para delimitar la severidad de la pena. Esta dependería de la condición personal del delincuente y no de la gravedad del delito. Aún más, no permiten justificar la punición del delincuente que no requiere ser resocializado. En el fondo, la objeción más seria consiste en que el Estado no está legitimado para, mediante la fuerza, reeducar a las personas pretextando que han delinquirido.

3. Teorías mixtas

- 89 Los diferentes planteamientos que tratan de conciliar los distintos objetivos atribuidos a la pena pueden ser agrupados, *grosso modo*, en dos tendencias. La primera, tiene como base considerar la retribución como objetivo primario de la punición, sin descartar sus efectos de prevención general y especial. Así, el factor de expiación predomina y no debería ser afectado por la consecución de alguno de los otros fines de la pena. La segunda, partien-

do de la negación de la retribución como fin de la pena, sostiene que sólo el fin preventivo es conforme a la función del derecho penal de proteger las personas y la sociedad. De modo que afirma la posibilidad de tener en cuenta, en el mismo nivel, tanto los objetivos de prevención general como los de prevención especial. En caso de conflicto, debido a que para lograrlos se requerirían penas de diferente gravedad, se debe dar la prioridad a la prevención especial.

Los defensores de los criterios mixtos parten de la idea correcta de que el fin de la pena no puede ser justificado, ni explicado de manera unilateral. La índole compleja de la actividad punitiva sólo puede ser comprendida de manera plena recurriendo a los diversos criterios expuestos. Sus múltiples efectos deben ser considerados en los diversos contextos en que es empleada. Con este objeto, se deben flexibilizar las concepciones ideológicas de las que se parte para poder concebir la pena de manera que se pueda convertir en un medio adecuado para optimizar la protección de las personas y de la sociedad. 90

Si se observa cómo la cuestión de los fines de la pena ha sido planteada, se puede sostener que tanto las teorías absolutas como las teorías relativas responden, en realidad, a preguntas diferentes. Cuando se afirma que se castiga para evitar los delitos y proteger así los bienes jurídicos, se responde a la pregunta “¿cuál es el fin de la pena?”; mientras que cuando se dice que se sanciona porque el delincuente es culpable, se contesta a la pregunta “¿cómo se justifica jurídica y moralmente la pena?” En efecto, la principal preocupación de los partidarios de la concepción absoluta concierne al problema filosófico y moral del derecho del Estado a castigar los individuos. Un rezago positivo de esta idea se encuentra, en las legislaciones modernas, cuando consagran el principio “no hay pena sin culpabilidad”. La actitud de los partidarios de la teoría relativa es de orden más pragmático, tanto en lo que concierne a los límites del poder punitivo del Estado como en el tratamiento del delincuente: ¿Por qué, concretamente, el Estado debe castigar? 91

Lejos de debates apasionados en los que se oponen de manera radical los criterios sostenidos por los partidarios de las teorías absolutas y de las teorías relativas, conviene subrayar que los partidarios de la prevención no han dejado de interrogarse sobre la justificación de la pena, así como los partidarios de la retribución no han rechazado, siempre y de modo sistemático, que la pena podría tener otro objetivo. La solución no consiste, pues, en tomar partido por una u otra teoría. Para responder a la pregunta 92

sobre el porqué y el cómo de la reacción social ante el delito es indispensable recurrir a las diversas concepciones. Esto es lo que preconizan los partidarios de la teoría unitaria o de la teoría mixta (*Vereinigungsthorien*) que intentan así salir del callejón sin salida en el este debate se ha atascado. La pena, retributiva en el sentido de constituir la privación o restricción de derechos, debe ser destinada a lograr los fines de intimidación, resocialización, enmienda y reintegración del delincuente a la sociedad. Pero, como la represión y prevención no son siempre compatibles, resulta que la pena conforme a la responsabilidad del delincuente no es siempre la adecuada para cumplir los fines de prevención especial y la que permitiría alcanzar mejor este objetivo no es de manera necesaria la que corresponda a la responsabilidad del agente. Una política criminal eficaz exige, por tanto, un notable sentido de prudencia y proporcionalidad en el empleo de la pena.

- 93 En este contexto, hay que apreciar la interesante propuesta de Roxin, quien propone una explicación global y dialéctica de la concepción unitaria de la pena. Por una parte, rechaza la idea de la retribución o de la venganza y, por otra, reconoce los objetivos de la pena en la perspectiva de la prevención general y de la especial (*Präventive Vereinigungsthorie*). De esta manera, distingue tres niveles: la pena prevista por la ley (instancia legislativa) que tiene por objetivo la prevención general; la imposición de la pena (momento judicial) que supone la culpabilidad del procesado, la misma que limita los objetivos de prevención general o especial; y la ejecución efectiva de la pena (nivel administrativo) que es la ocasión para tratar de realizar los objetivos de prevención especial. Así, la prevención general y la especial se encuentran de una manera proporcional en cada etapa de la reacción penal. Su unidad no se obtiene, por lo tanto, mediante una simple adición, sino más bien por la búsqueda de un equilibrio respecto a la función que debe cumplir la reacción penal en sus diferentes etapas⁹⁶.
- 94 De manera defectuosa, el legislador ha señalado, en el art. IX, que la pena “tiene función preventiva, protectora y resocializadora”. Por la redacción, el empleo del singular al referirse a la función y de la conjunción acumulativa, parecería que se preconizara la índole unitaria de la pena. De modo que parece concebirse la pena como un medio que debe estar destinado, al mismo tiempo, a prevenir, proteger y resocializar. Expresiones que deben ser comprendidas teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. I. Es decir, prevenir la comisión de delitos y faltas; proteger la persona humana y la sociedad; y,

⁹⁶ ROXIN, 2006a, § 3 N° 53; Cfr. NOLL, 1962, p. 25 ss.; STRATENWERTH, 2005, § 2 N° 27 ss.

por último, resocializar al delincuente. En el Anteproyecto de CP de 2004⁹⁷, se dice de modo más simple, pero semejante, que “la pena tiene función preventiva y orientación resocializadora”. Esta formulación es modificada en el Anteproyecto de CP de 2009, art. I, en el sentido de que la “pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora”.

A diferencia del art. 12 del CP de Colombia, modelo seguido en parte en nuestro Código, el art. IX no menciona la retribución. Quizás, el legislador nacional pensó que era una contradicción prever junto a las funciones indicadas la de retribuir el mal que había producido el delincuente. En realidad, omitir mencionar la retribución es una muestra de confusión ideológica, pues, no hace sino ocultar la realidad. En nuestro medio, la pena sólo tiene carácter retributivo, en la medida en que, en la práctica, no se logra, aún de manera incipiente, ejecutarla de modo a prevenir delitos o resocializar al delincuente. La falta de seriedad en la forma de legislar se revela de manera patente en el hecho de que en el art. IX del último Proyecto se mencionaba, en primer lugar y siguiendo el modelo colombiano, la función de retribución. Lo que permite comprender que sea también mencionada en la exposición de motivos del Código, la misma que corresponde, en verdad, a dicho Proyecto y no al CP de 1991⁹⁸. 95

La explicación puede encontrarse, si se tiene en cuenta lo dispuesto en el art. 139, inc. 22, Const., en el que se estatuye que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. Si en esta disposición no se menciona la retribución es porque se ha considerado, de manera correcta, que la misma ejecución de la pena no debe llevarse a cabo acentuando el daño que implica en sí misma la privación de la libertad con la sola finalidad de hacer expiar al internado el perjuicio que ha causado mediante el delito. Por el contrario, la retribución está implícita en la misma pena en tanto que implica privación o restricción de derechos fundamentales. Por lo que no puede negarse, por más que se estime que no debería tener este efecto, que mediante la pena se retribuye al delincuente el mal que ha cometido. Junto a la prevención general negativa, la pena cumple en nuestro medio la función de retribución. 96

⁹⁷ Art. I, p. 29, 45. Según la Exposición de Motivos del Anteproyecto de CP 2004, se considera que la única función compatible con el Estado de derecho es la de “prevenir la comisión de nuevos delitos, única finalidad racional coherente con el derecho de castigar”.

⁹⁸ PRADO, 1996, p. 50 ss.

- 97 El texto del art. IX, expresión de uno de los principios del derecho penal considerados por el legislador, constituye una simple declaración de buenas intenciones respecto a cómo debería ser utilizada la pena. En la situación actual del sistema de ejecución de penas privativas de la libertad constituye una utopía imaginar que su aplicación tienda a reeducar al condenado. El carácter retributivo de la pena es también puesto en evidencia por la gran confianza que se tiene en la previsión e imposición de penas muy severas.
- 98 Un aspecto positivo del art. IX es el de servir a los jueces para atenuar la severidad de las penas previstas para gran número de delitos. Así, es invocado en relación con la graduación de la pena para “ser coherente con la finalidad teleológica” de la sanción⁹⁹.
- 99 La idea de la resocialización tal como fue, generalmente, comprendida en Europa en los años setenta ha sido fuertemente cuestionada. Las críticas parten de una doble constatación: por un lado, el fracaso de las penas privativas de la libertad en tanto que medio destinado a reeducar o resocializar al delincuente, y, por otro, los efectos criminógenos de la represión en general y de las penas privativas de libertad en particular. Además, en una perspectiva ideológica, plantea un grave problema el hecho de que se trate de modificar, mediante la coacción, la personalidad o la mentalidad de los condenados, quienes no están siempre dispuestos a cooperar en el logro de tal meta.
- 100 Este cuestionamiento ha dado lugar a un cierto renacimiento de “nuevas teorías absolutas”, sin que ese movimiento acarree el abandono de la idea de resocialización. Esta se halla, en efecto, estrictamente vinculada al deber del Estado y de la sociedad de ayudar al que se encuentra en una situación crítica debido a la comisión de un delito¹⁰⁰. En esta perspectiva, se busca actualmente evitar, en el nivel de la prevención especial, los efectos negativos de la ejecución de las penas privativas de la libertad y se intenta organizar modelos de ejecución de las penas más conformes con la personalidad y la dignidad de los detenidos. Se trata, igualmente, de afirmar los aspectos positivos de la prevención general. Así mismo, admitiendo los aspectos negativos de la intimidación mediante la amenaza penal y de la

⁹⁹ Sentencia de la Segunda Sala Penal de reos en cárcel del Cono Norte de Lima del 9 de agosto de 2000. Exp. N° 2000-232, en ROJAS, 2000, p. 237; Sentencia de la Primera Sala Penal Corporativa de procesos ordinarios con reos en cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima del 16 de abril de 1999. Exp. N° 2911-98, en ROJAS/INFANTES, 2001, p. 55.

¹⁰⁰ Cfr. NOLL, 1962, p. 16, 25 ss.; STRATENWERTH, 1979, p. 921; SCHULTZ, 1985a, p. 796 ss.; ROXIN, 2006a, § 3 I N° 21 ss.

efectividad del castigo, se revaloriza la misma función del derecho penal a saber, la afirmación y la protección de las normas fundamentales necesarias a la vida comunitaria¹⁰¹.

4. Medidas de seguridad

La corriente del positivismo criminológico italiano propuso abandonar el criterio de la culpabilidad y sustituirlo por el de “carácter peligroso” del delincuente. Su fundamento fue la concepción determinista del mundo. Se percibía al comportamiento como el resultado de un proceso condicionado por la personalidad del individuo y las circunstancias exteriores, mas no como una manifestación del libre arbitrio. Se consideraba que la pena era, por tanto, inútil y propugnaba que sea reemplazada por las medidas de seguridad. Con éstas, se debía neutralizar al delincuente, tratarle mediante la educación y la medicina o colocarle bajo tutela o asistencia. La aplicación de estas medidas dependía, por tanto, del estado personal del delincuente. Su objetivo era combatir su “peligrosidad” reforzándose la idea de la prevención especial. 101

Las medidas de seguridad fueron reguladas de manera sistemática, por primera vez, en un proyecto legislativo por Carl Stooss. Inspirándose parcialmente en las ideas positivistas, previó en su Anteproyecto de CP suizo de 1893, al lado de las penas, las medidas de seguridad con finalidad sólo preventiva para luchar contra la criminalidad, neutralizando o eliminando el carácter peligroso del autor. 102

Según las teorías mixtas, tanto la ejecución de la pena como de las medidas de seguridad tiene el mismo objetivo de prevención especial, el cual se manifiesta en la formación y el tratamiento educativo de la persona sancionada y la evolución del derecho penal mostró una tendencia hacia el acercamiento de las penas y las medidas de seguridad privativas de la libertad. 103

Durante los trabajos de reforma del CP de 1924, la tendencia del legislador varió sensiblemente. Las dudas surgieron debido a la influencia de la idea de que las medidas de seguridad no debían formar parte del derecho penal. 104

¹⁰¹ En esta perspectiva, NOLL, 1966, p. 227, afirmó que la prevención normativa “obra, en primer lugar, no mediante la disuación provocada por la amenaza penal, sino a través de la orientación y el llamamiento a la razón y capacidad de la determinación propia autónoma”.

De esta manera, se cuestionaba el sistema establecido en el Código derogado, bajo la influencia de los proyectos suizos. Sin embargo, en el Proyecto de septiembre 1984, art. 103, se preveía que “las medidas de seguridad son curativas, de vigilancia y de internación”. Las primeras “consisten en la sujeción del agente al tratamiento terapéutico”; las de internación, en “el sometimiento a un régimen de trabajo y de educación” (colonias agrícolas, institutos de trabajo u otros establecimientos especiales); las de vigilancia, en “1) fijación de domicilio, 2) prohibición de concurrir a determinados lugares, 3) obligación de presentarse a los organismos especiales encargados de vigilancia, 4) obligación de abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas y 5) abstenerse del empleo de sustancias estupefacientes, alucinógenas, entorpecedoras o que produzcan hábito”. En el Proyecto de octubre de 1984, art. 73, se suprime la última disposición. En todos los demás proyectos (Proyecto de 1985, art. 77; Proyecto de 1986, art. 76; Proyecto de 1990, art. 75 y Proyecto de 1991, art. 71) se prevén sólo las medidas de internación para inimputables (arts. 71 y 74) y el tratamiento ambulatorio para los imputables relativos (arts. 71 y 76). Sin embargo, en el texto definitivo del Código vigente se introduce un nuevo art. 77, en el que se previó una medida de internación para imputables relativos o imputables toxicómanos o alcohólicos, que debe aplicarse antes de la pena.

- 105 El criterio aplicado en el Proyecto de 1991 fue explicado en la exposición de motivos, difundida como correspondiente al Código vigente, cuando en realidad corresponde al texto del mencionado Proyecto. En dicha exposición, se dice: “El Código derogado incluyó un amplio catálogo de medidas de seguridad. No obstante esta previsión, las limitaciones económicas del Estado frenaron toda posibilidad de que fueran realmente aplicadas. La Comisión Revisora, consciente de esta negativa experiencia, ha buscado conciliar la aplicación de estas medidas con las inmediatas posibilidades materiales del Estado. En este sentido, sólo se prevén dos clases de medidas de seguridad: la internación y el tratamiento ambulatorio (art. 71)”. Para los autores no existía el actual art. 77, en el que se vuelven a prever, de manera incompleta e incorrecta, medidas de seguridad para delincuentes culpables sean imputables o imputables relativos. Esta concepción ha sido mantenida en el § 41 de la exposición de motivos del Anteproyecto de CP de 2004. Por su parte, en el art. 72 del Anteproyecto de CP de 2009, se prevén como medidas de seguridad “la internación, el tratamiento ambulatorio y la restricción de derechos o facultades”.

V. Límites del derecho penal

1. Carácter fragmentario y secundario del derecho penal

Como el derecho penal no está destinado a proteger todo bien jurídico, ni siquiera a defender los bienes escogidos de cualquier ataque de que puedan ser objeto y, menos aún, a reprimir toda acción moralmente reprochable¹⁰², se puede hablar que el derecho penal es fragmentario del. Así, por ejemplo, en el dominio de la protección del patrimonio, no se reprime penalmente el incumplimiento de un contrato, a pesar de que comporte un perjuicio económico importante. La represión está limitada a los ataques más graves o los más insidiosos (estafa, abuso de confianza, robo)¹⁰³. Esto significa que el ámbito de las infracciones penales debe ser más limitado que el de los actos ilícitos y, sobre todo, que el de los actos inmorales¹⁰⁴. 106

No se trata de una deficiencia del derecho penal, sino más bien de una propiedad¹⁰⁵ derivada de su conformidad con los principios del Estado de derecho¹⁰⁶. Tampoco se puede admitir, actualmente, que su falta de plenitud sea debido, como lo afirmara Binding, a una técnica legislativa insuficiente¹⁰⁷. Se trata, en buena cuenta, de una exigencia ética planteada al legislador¹⁰⁸. 107

La negación de la índole fragmentaria del derecho penal está con frecuencia basada en la idea de que admitirla implica el debilitamiento de la moral de la población¹⁰⁹. Contra esta afirmación, basta recordar que no es función del derecho penal, imponer de manera coactiva una moral determinada y que es preferible dar a los miembros de la comunidad un amplio margen de acción en el dominio de sus convicciones morales, para lo cual es indispensable consolidar el principio liberal de que “lo que no está prohibido está permitido”. Así mismo, el recurso limitado a la represión penal por parte del Estado es una exigencia que debe respetarse debido a que la sanción 108

¹⁰² MAIWALD, 1985, p. 9 ss.

¹⁰³ FIANDACA/MUSCO, 1989, p. 44.

¹⁰⁴ Cfr. *supra* N° 41 ss.

¹⁰⁵ MAIWALD, 1985, p. 9.

¹⁰⁶ MAIWALD, 1985, p. 22; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 7 II N° 1; ROXIN, 2006a, § 2 N° 38.

¹⁰⁷ BINDING, 1905, p. 20.

¹⁰⁸ MAURACH/ZIPE, 1992, § 2 N° 13.

¹⁰⁹ ARTHUR KAUFMANN, 1966a, p. 160; MÜLLER-DIETZ, 1974, p. 10.

penal afecta de manera grave los derechos fundamentales del individuo. Sólo debe recurrirse a este medio cuando sea en absoluto necesario; si la protección de los bienes jurídicos y la consolidación de ciertos esquemas de conducta no son alcanzables mediante otras previsiones. Se trata, así, de privilegiar la utilidad práctica del derecho penal, en detrimento de las tentativas dirigidas tanto a utilizarlo para reforzar su capacidad de influenciar la conciencia de las personas como para impedir sus efectos negativos de estigmatización de los delincuentes¹¹⁰. Es el caso cuando se dictan “normas penales simbólicas”, con el fin de descalificar ciertos comportamientos como delictuosos, pero sin establecer los medios que permitieran aplicarlas efectivamente, por ejemplo, la explotación de información privilegiada, actos de discriminación racial.

- 109 La represión penal debe intervenir sólo en la medida en que sea necesaria¹¹¹ y si es conforme al objetivo perseguido. La restricción de los derechos de las personas sólo se justificará en la medida en que sea indispensable para salvaguardar el bienestar común¹¹². En la base de este criterio, se halla el principio de la proporcionalidad. En este sentido, se habla de la pena o del derecho penal como de la “*ultima ratio*”. De no tenerse en cuenta esta regla, se corre el riesgo de producir una hipertrofia del derecho penal, dándose lugar así a situaciones que se busca más bien evitar¹¹³.
- 110 El derecho penal debe ser utilizado, en consecuencia, de manera coherente y complementaria con respecto a los demás recursos y procesos que conforman el arsenal del “control social” estatal. Estando condicionada la comisión de delitos por las circunstancias personales y sociales en que actúa el responsable, para evitarla o dificultarla no es el derecho penal el medio más adecuado, más bien debe recurrirse, en primera línea, a medios que atenúen o eliminen dichos factores criminógenos¹¹⁴.
- 111 Así, por ejemplo, los bienes jurídicos pueden también ser protegidos mediante el derecho civil, administrativo, sanitario, etc. Sólo si estos medios resultan insuficientes o ineficaces, aparecerá como necesario emplear la amenaza penal. De este modo, el derecho penal se muestra muchas veces

¹¹⁰ HASSEMER, 1990b, vor § 1 N° 52 y 97.

¹¹¹ SCHULTZ, 1991, p. 186.

¹¹² FIANDACA/MUSCO, 1989, p. 41.

¹¹³ Cfr. ROXIN, 1976, p. 21 ss.

¹¹⁴ CALLIES, 1973, p. 129.

como el gendarme de las demás ramas del derecho, cumpliendo un papel sancionador¹¹⁵. Lo que ha permitido hablar de su papel secundario.

Aun cuando debido a su subsidiaridad, el derecho penal está dirigido a reforzar la protección de bienes –ya considerados por las demás ramas del ordenamiento jurídico (privado, administrativo, constitucional)- tiene cierta autonomía (accesoriedad relativa). Las sanciones penales son impuestas con independencia de los efectos del comportamiento delictuoso en las demás dominios jurídicos. 112

Con frecuencia, sobre todo en los últimos tiempos, el derecho penal se presenta como el principal y primer medio de protección de ciertos bienes jurídicos, desarrollándose sólo después la protección de otras ramas del derecho. Impresión reforzada por el hecho de que muchas incriminaciones constituyen puras violaciones del derecho privado o del derecho administrativo, así como del derecho constitucional¹¹⁶. Sin embargo, esta constatación no debe ser generalizada. Si por ejemplo, el art. 217, omisión de suministrar los alimentos debidos “en virtud del derecho de familia”, no hace más que sancionar una regla de derecho civil, existen sin embargo una serie de disposiciones penales que regulan ciertos comportamientos sin hacer referencia a otros dominios del derecho (infracciones contra el honor, contra la libertad, contra la salud o la paz pública, etc.)¹¹⁷. El papel del derecho penal no es sólo asegurar o reforzar el orden jurídico mediante prohibiciones; también crea normas, aunque en este aspecto está cada vez más eclipsado por el desarrollo de las reglas de derecho privado y de derecho público¹¹⁸. 113

Lo mismo puede decirse en el nivel técnico y teórico, pues, el derecho penal tiene una relativa autonomía respecto a la manera como se regulan determinadas instituciones jurídicas. Por ejemplo, la noción de persona o de posesión no son en derecho penal necesariamente las mismas que en derecho civil. Esto es debido a la peculiaridad de los fines del primero¹¹⁹ con respecto a los de los demás sectores del derecho¹²⁰. Por tanto, de la accesoriedad 114

¹¹⁵ Cfr. BINDING, 1916, p. 73.

¹¹⁶ Según ROUSSEAU, Du contrat social, Livre II Chapitre XII, “Las leyes criminales no son tanto un tipo especial de leyes, sino más bien la sanción de todas las demás”.

¹¹⁷ PEDRAZZI, 1985, p. 16; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 7 II N° 2.

¹¹⁸ GAUTHIER, 1985, p. 219.

¹¹⁹ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 7 II N° 2; FIANDACA/MUSCO, 1989, p. 46 ss.

¹²⁰ MAURACH/ZIPE, 1992, § 2, N° 17 ss.

del derecho penal no puede deducirse que sea del todo dependiente de las otras ramas del ordenamiento jurídico. Con éstas mantiene una estrecha interrelación, distinguiéndose en cuanto a los medios de reacción (penas y medidas de seguridad en derecho penal).

2. Relación entre el derecho penal, derecho administrativo y derecho disciplinario

- 115 Se trata de relaciones excesivamente complejas, como lo sugiere la terminología en la materia. Esto aparece de manera evidente en las distinciones que se hacen, por un lado, entre derecho penal ordinario y el derecho penal complementario, disciplinario, penal administrativo y, por otro, entre infracción penal e infracción administrativa, prescripciones de orden o disciplinarias. Además, las distinciones no son definidas de manera satisfactoria y constituyen más bien objeto de controversias interminables, resultando difícil sistematizarlas.

a. Derecho penal administrativo

- 116 El Estado moderno se caracteriza por una estructura administrativa muy desarrollada, la cual se explica por el papel diverso que tiene en la vida social y económica de la comunidad. A pesar de los cambios de orientación liberal, busca promover el bienestar de sus habitantes, reglamentar sus actividades en los diversos dominios de la vida comunitaria, mantener el orden social (es decir, el orden público, comercial, fiscal, etc.). Para alcanzar estos objetivos, prevé sanciones para reprimir a quienes las violen.
- 117 La expresión “derecho penal administrativo” designa el conjunto de disposiciones contenidas en las leyes administrativas previendo sanciones penales. En razón del objetivo específico de estas reglas, se destaca, por un lado, que el derecho penal administrativo sólo está destinado a asegurar el funcionamiento correcto de la administración y, por otro, que el derecho penal ordinario tiene por misión proteger los valores y los bienes fundamentales de la sociedad¹²¹. No obstante, es difícil clasificar las normas jurídicas según su pertenencia al derecho penal administrativo o al derecho penal ordinario, en razón del desbordamiento del primero hacia los dominios propios del segundo. Esta confusión se debe a que la amenaza de una pena forma parte de los mecanismos dirigidos a asegurar la efectividad del derecho

¹²¹ FLEINER-GERSTER, 1980, § 28 N° 10; Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, 1997, p. 184.

administrativo¹²². ¿Esta amenaza debe estar vinculada al derecho penal o al derecho administrativo? Planteada de manera tan abrupta, la pregunta permanecerá sin respuesta, pues, implica la presencia de numerosos factores que hacen imposible una solución coherente. La tendencia hacia una despenalización global de ciertos dominios parece ser confirmada por la idea de que las infracciones a las prescripciones de las leyes “administrativas” no implican siempre una reprobación moral, así como en el carácter en general poco grave de estas infracciones (bagatelas) y de las sanciones con las que son reprimidas. Sin embargo, hay que subrayar que afirmar el carácter penal de una sanción significa brindar al procesado ciertas garantías tanto en el nivel del procedimiento (p. ej. recursos al juez penal) como en el del derecho material (p. ej., respecto del principio de la legalidad o de la necesidad de comprobar la culpabilidad).

Goldschmidt, jurista alemán, intentó, a principios del siglo XIX, elaborar una teoría general del derecho administrativo, considerado distinta al derecho penal común. Estimaba que su función es defender los intereses de la administración por oposición a los intereses de la sociedad y sancionar las infracciones administrativas por oposición a los delitos comunes. Además consideraba que eran materialmente diferentes: los últimos implican un especial juicio ético negativo, las segundas comportan sólo una desobediencia a una orden administrativa. Esta teoría no fue admitida por la doctrina ni en derecho penal, ni en derecho administrativo¹²³. 118

El fracaso de todas las tentativas para precisar de manera global la noción de “derecho penal administrativo” ha tenido como resultado la imprecisión de lo que debe ser considerado como su materia. Por lo que es interesante preguntarse a qué se debe esta falta de definición y de límites bastante precisos¹²⁴. 119

El Código Penal, principal ley penal, sólo contiene una parte de las disposiciones legales que prevén sanciones de esta índole. Numerosas leyes relativas a diversas materias regulan, de manera accesoria o principal, infracciones y prevén las sanciones respectivas. El desarrollo cuantitativo de esta legislación penal complementaria (*Nebenstrafrecht*) se acompaña de una diversificación cualitativa que conduce poco a poco a la creación “de 120

¹²² Cfr. KNAPP, 1994, p. 149.

¹²³ GAUTHIER, 1975, p. 24.

¹²⁴ ROTH, 1985, p. 127, GAUTHIER, 1971, p. 351 ss.

órdenes penales periféricos¹²⁵; por ejemplo, derecho penal fiscal, derecho penal económico, derecho penal administrativo, derecho penal del tránsito¹²⁶.

- 121 Por ejemplo, en cuanto al derecho penal económico se considera, generalmente, que las medidas aplicables en caso de infracciones de esta índole deberían ser, en principio, de carácter preventivo. En particular, de orden administrativo y cuya aplicación debe estar a cargo de autoridades especializadas. Esta restricción conforme al criterio del derecho penal como *ultima ratio*, no implica que se renuncie al empleo del poder punitivo para reprimir los comportamientos que merezcan la calificación de delitos económicos.
- 122 A la diversificación de materias se agrega el problema concerniente a la gravedad de las infracciones incriminadas: muchas infracciones “administrativas” son contravenciones o infracciones a las prescripciones de orden y su sanción es, en general, pronunciada, al menos en primera instancia, por una autoridad administrativa. En Alemania, se separan de manera radical los hechos penales (crímenes y delitos, *Verbrechen und Vergehen*) de las infracciones a las prescripciones de orden o infracciones administrativas (*Ordnungswidrigkeiten*), las cuales sólo son merecedoras de una sanción pecuniaria administrativa (*Geldbusse*) no de una multa penal (*Geldstrafe*). Sin embargo, esta tentativa de descriminalización de las infracciones menores reposa en realidad sobre una diferencia de grado en la reprobación que ellas suscitan y no sobre una verdadera diferencia de “naturaleza”¹²⁷. En realidad, el legislador es quien simplemente decide con gran libertad de incluir una norma jurídica en el derecho penal administrativo o en derecho penal ordinario.
- 123 La labor de perseguir y de reprimir las infracciones penales menores ha sido confiada a las autoridades administrativas con miras a disminuir la carga de las autoridades judiciales. La CoEDH ha admitido esta práctica sin dificultad. Sin embargo, ha declarado, especialmente en el fallo Belilos, que la persona perseguida debe tener la posibilidad de hacer revisar la decisión penal de la autoridad administrativa por un tribunal, “porque hay que consultar un organismo jurisdiccional competente para resolver el li-

¹²⁵ ROTH, 1981, p. 382; idem, 1985, p. 126, 152.

¹²⁶ Cfr. PFUND, 1971, p. 121 ss.

¹²⁷ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 7 V N° 3; SCHULTZ, 1982b, I, p. 32 ss.; TRECHSEL/NOLL, 2004, p. 34 ss.; STRATENWERTH, 2005, § 2 N° 41; ROXIN, 2006a, § 2 N° 131.

tigio sobre la base de normas jurídicas al término de un procedimiento organizado”¹²⁸. Este tribunal debe ofrecer todas las garantías requeridas por el art. 6 § 1 CEDH (art. 8, inc. 1, CADH). La imparcialidad del tribunal, su independencia respecto a la administración y la posibilidad de efectuar un control completo de los hechos y de la aplicación del derecho son las principales exigencias de esta disposición. Es el control judicial, conforme al art. 6 CEDH, de una decisión dictada por una autoridad administrativa.

b. Derecho disciplinario

Según la CoEDH¹²⁹, las “sanciones disciplinarias tienen por objetivo general asegurar qué personas al formar parte de un grupo particular respeten las reglas de comportamiento propias de esa colectividad”. Esta definición subraya la necesidad de que existan relaciones jurídicas específicas para que pueda calificarse una sanción de disciplinaria, la cual no se dirige, como la sanción penal propiamente dicha, a todos sino sólo a los individuos concernidos por este vínculo singular. El derecho disciplinario constituye, en realidad, la contrapartida de los deberes particulares a los cuales están sometidos los miembros del grupo¹³⁰. Al respecto, se distingue tradicionalmente entre derecho disciplinario de profesiones liberales (abogados, médicos) y derecho disciplinario “estatal” que supone una relación del derecho administrativo especial (funcionarios, militares, partes en un proceso). 124

En doctrina, se ha discutido mucho sobre si la sanción disciplinaria es una medida administrativa (cada vez más, se prefiere hablar de medidas disciplinarias, en lugar de penas disciplinarias) o una sanción penal. 125

Generalmente, se califica de incompleto al derecho disciplinario¹³¹. Esto se debe a que las infracciones disciplinarias no son descritas expresamente en la ley. Con frecuencia, se las prevé mediante una cláusula general, lo que no es conforme al principio de legalidad. El derecho disciplinario se halla sobre todo sometido a los principios del derecho administrativo, como los de oportunidad y de proporcionalidad. Además, el cúmulo de sanciones 126

¹²⁸ Sentencia de la CoEDH, del 29 abril de 1988, causa Belilos, en Publications Série A vol. 132 N° 64.

¹²⁹ Sentencia de la CoEDH, del 22 mayo de 1990, causa Weber, en Publications Série A vol. 177, N° 33.

¹³⁰ STRATENWERTH, 2005, § 2 N° 45.

¹³¹ ROTH, 1985, p. 136.

disciplinarias y penales es permitido, por lo tanto, no se aplica el principio *ne bis in idem*.

- 127 Estas constataciones concuerdan, de manera global, con la opinión de la doctrina dominante. Se considera que el derecho disciplinario está muy próximo al derecho administrativo. Sin embargo, hay que matizar esta afirmación. Si se puede dejar de lado, en cierta medida, el aspecto del principio de la legalidad referente a la previsión expresa de la infracción, el otro relativo a la previsión de la sanción debería ser mejor respetado (*nulla poena sine lege*). Toda sanción disciplinaria debe estar prevista en una disposición legal¹³² e imponerse sólo si el autor es culpable.
- 128 Además, el cúmulo de la sanción disciplinaria y la sanción penal es inadmisibles en la medida en que, por un lado, la primera en oposición a la penal, no implica la retribución al mal cometido, sino sólo es un medio de corrección o de protección y, por otro, sólo debe concernir a los casos en que el comportamiento afecta únicamente a la agrupación o institución a la que pertenece el infractor. Si el comportamiento constituye un delito, la pena que se imponga reprime también la falta disciplinaria, la misma que tiene los efectos materiales y legales de la pena.
- 129 La vinculación del derecho disciplinario al derecho administrativo debe ser relativizada. La CoEDH ha subrayado, hace algún tiempo, en un asunto de disciplina militar de los Países Bajos, que “si los estados contratantes podían arbitrariamente calificar de disciplinaria una infracción en lugar de considerarla de índole penal [...] la interpretación de las cláusulas fundamentales de los arts. 6 y 7 [de la CEDH] se encontraría subordinada a su voluntad soberana”¹³³. Reconociendo a los Estados el derecho de distinguir entre el derecho penal y el derecho disciplinario, la Corte se reserva, sin embargo, el poder de asegurar que la frontera así trazada no contradiga las reglas enunciadas por la Convención. Así, en el asunto Weber, en donde una de las partes había sido condenada disciplinariamente por violación al secreto del procedimiento penal, la Corte afirmó que: “obligados de manera muy especial a guardar el secreto de la instrucción, los magistrados, abogados y todos aquellos que se encuentran estrechamente implicados en el funcionamiento de las jurisdicciones se exponen [...] independientemente a sanciones penales, a las medidas disciplinarias que se justifican

¹³² GAUTHIER, 1988, p. 402; ROTH, 1985, p. 136.

¹³³ Sentencia de la CoEDH, del 8 del junio y 23 de noviembre de 1976, causa Engel y otros, en Publications Série A vol. 22, N° 81.

por la profesión que ejercen. Las ‘partes’, por el contrario, en la medida en que sólo participan en el procedimiento en calidad de justiciables, no están comprendidas en esta esfera disciplinaria de la justicia¹³⁴.

¹³⁴ Sentencia de la CoEDH, del 22 de mayo de 1990, causa Weber, en Publications Série A vol. 177, N° 33.

