

Exposición de Motivos

1004

I.

Sin duda alguna, durante los últimos años se han dado en la República del Paraguay notables pasos hacia adelante, entre ellos, la renovación de la Constitución (1992), la elaboración de anteproyectos de un nuevo Código Penal y la reestructuración y nuevo funcionamiento del Ministerio Público. Un cambio quizás todavía más importante es una nueva conciencia y una nueva voluntad de grandes partes de la ciudadanía de cumplir con las exigencias de una vida democrática y de las consecuencias de ella para todo el orden jurídico-penal.

Sin embargo, los esfuerzos hasta ahora realizados todavía no se adecuan suficientemente a la necesidad de una *reforma global y coherente de todo el orden jurídico-penal paraguayo*. Esta necesidad surge

1. del gran número de componentes de un sistema penal eficiente,
2. de la interrelación de estos componentes, y
3. de la dependencia de la solución de problemas político-criminales de una combinación de medidas pertenecientes a distintas partes del sistema.

a) *El conjunto de las materias*

El conjunto de las materias que forman el orden jurídico-penal y que, por eso, han de ser consideradas, incluye, por lo menos

1. las bases del sistema penal en la Constitución Nacional y en los cuerpos legales internacionales vinculantes para la República del Paraguay,
2. el Derecho Penal de fondo,
3. el Derecho Penal de forma,
4. el derecho de menores y la adaptación de toda la legislación penal para mayores a las circunstancias del menor
5. el derecho de fondo y de forma respecto a las faltas y contravenciones administrativas
6. la reglamentación de la ejecución penal,
7. la reglamentación de la ejecución de las medidas procesales privativas de libertad,

8. la organización del Poder Judicial (en sentido estricto), del Ministerio Público y de la Administración de la Justicia,

9. la modernización de la persecución penal y de sus órganos, en especial la policía,

10. la creación o el mejoramiento de las infraestructuras al servicio del Poder Judicial, Ministerio Público, Servicio Penitenciario y de la Policía,

11. la enseñanza universitaria y la formación profesional,

12. la promoción de la investigación empírica y teórica en el campo penal así como el desarrollo de mecanismos de evaluación, y

13. la participación del público en el orden jurídico-penal y en todo el proceso reformador.

b) La interrelación de las materias

Todas estas materias forman un orden sumamente interrelacionado. Por eso, no se puede cambiar una parte de la "relojería" del sistema penal sin repercusiones sobre todas las demás. Para demostrar esta interdependencia basta mencionar dos ejemplos: Una adaptación del Código Penal vigente, que se fundamenta en las ideas de la retribución y de la prevención general negativa, a las exigencias de una *prevención general positiva y de una prevención especial*, conduce no solo a una nueva concepción de las sanciones penales, sino también a cambios profundos en el ámbito de la ejecución de las penas y medidas. Y la introducción del sistema acusatorio y oral en el anteproyecto del Código Procesal Penal conlleva una reestructuración del Poder Judicial y del Ministerio Público y cambios notables en el ejercicio de la abogacía.

c) La combinación de las medidas político-criminales

La dependencia de los cambios necesarios del sistema penal actual de una combinación de las medidas se puede demostrar indicando que, para descongestionar y agilizar el funcionamiento de la Justicia penal, se requiere un abanico de medidas. Estas van desde la despenalización (parcial) en el marco del derecho de fondo, la introducción de una reglamentación nueva respecto a faltas y contravenciones administrativas, una concesión (moderada) al principio de oportunidad en el ámbito del derecho de forma, una revisión del sistema de recursos, el mejoramiento de la capacitación de todos los colaboradores en el sistema penal, hasta una modernización de las infraestructuras técnicas, para mencionar solamente algunas.

d) *Condiciones del éxito de la reforma*

Antes de extraer las conclusiones de todo ello hay que llamar la atención sobre dos condiciones para el éxito de la reforma necesaria:

1) Una reforma *global* que abarque todos los componentes mencionados, y que atienda tanto a la necesidad de la renovación de los textos legales como a la implementación de los cambios inherentes, requiere del tiempo y de los recursos de más de una legislatura.

2) Todos los esfuerzos, como por ejemplo, la renovación del Código Penal son, a pesar de su gran importancia, solo reformas parciales del orden jurídico-penal entero. Por eso, cada reforma parcial debe adecuarse a una visión integral del mismo, sobre todo porque un efecto político-criminal deseado muchas veces no se consigue sino por un conjunto de medidas pertenecientes a distintas partes del sistema. Solo una reforma *coherente* puede evitar el efecto contraproducente de fracasos que se deben a una falta de coherencia y a una falta de planificación de la implementación de una parte. Vale la pena aprender las lecciones extraídas de las experiencias de otras reformas en el Sur y Centro de América y en Europa.

e) *Conclusión: La necesidad de un "Consenso Nacional"*

Por todo eso, es imprescindible poder contar cuanto antes con un "*Consenso Nacional*" estable sobre las pautas de la reforma global del orden jurídico-penal de la República del Paraguay.

La implementación de esta idea depende de la creación de un foro permanente para la formulación de una política criminal a largo plazo, para la distribución, calendarización y coordinación de todas las actividades parciales, y para la evaluación de sus resultados con el fin de garantizar un desarrollo armónico del plan integral y, si procede, su adaptación a las necesidades y cambios de la realidad paraguaya.

Para el trabajo de este foro, naturalmente, es necesario también exponer a la comunidad, mediante consultas populares, las propuestas legislativas para que la ciudadanía exprese su voluntad política y sus deseos respecto de las soluciones presentadas, sin que esto signifique la prescindencia de criterios científicos y técnicos en la elaboración de los proyectos.

II.

En la promoción de la idea y en la organización de una reforma global y coherente del orden jurídico-penal desempeña un rol primordial la elaboración de un nuevo Código Penal.

Respecto a la reforma del Derecho Penal de fondo la situación se caracteriza por la casi unanimidad de los pareceres en cuanto a la necesidad de reemplazar el Código Penal actual de 1914 por una legislación moderna. En vísperas del siglo XXI, ya no sirve una ley cuyas raíces llegan, a través de codificaciones y proyectos anteriores de otros países, hasta el Código Penal de Baviera elaborado por Feuerbach en 1813, y que, además, está destinada a ser aplicada en un sistema penal procesal tan obsoleto como el inquisitivo.

Sin embargo, sobre el contenido del futuro Código Penal hay dos corrientes distintas: la una más bien tradicional y la otra, moderna:

a) La corriente "tradicional"

En un primer momento, en base a un Anteproyecto del Código Penal Paraguayo elaborado por el profesor doctor Luis Martínez Miltos, la Comisión Nacional de Codificación del Ministerio de Justicia y Trabajo, ha formulado un Proyecto de Código Penal que, después de ser presentado al Congreso, fue retirado para dar lugar a una discusión pública más amplia de la materia.

Mientras tanto el senador profesor doctor Evelio Fernández Arévalos ha enviado al Parlamento el mismo proyecto con ciertas modificaciones, en su mayoría solo de redacción. Este texto forma, junto con algunas sugerencias de Poder Ejecutivo y de la Coordinación de Mujeres del Paraguay (marzo de 1.994), la base de las consideraciones en el seno del Congreso.

A principios de septiembre de 1994 el Poder Ejecutivo ha vuelto a presentar al Parlamento su anterior proyecto, enriquecido con algunas propuestas y sugerencias de los sectores de la sociedad involucrados en la eventual reforma del Código Penal.

Ambos proyectos, el proyecto Fernández Arévalos (PFA) y el proyecto del Poder Ejecutivo (PPE), *coinciden en sus características generales*: la política criminal adoptada, la teoría del delito aplicada, la técnica legislativa empleada y la fundamentación comparatista sumamente ecléctica.

b) La corriente "moderna"

En el año 1991, y por los motivos expuestos precedentemente, la Fiscalía General del Estado, ha considerado haber llegado el momento oportuno para dar pasos concretos y específicos para poner en marcha la reforma del orden jurídico-penal paraguayo. Para tal efecto ha conformado primeramente una Comisión, integrada por Agentes Fiscales, funcionarios de la Fiscalía y Abogados contratados, para la elaboración de un anteproyecto de Código Penal, bajo el asesoramiento y la dirección del profesor doctor Wolfgang Schöne, consultor internacional del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, que ha trabajado en la reforma penal y penal procesal de distintos países del Centro y Sur de América. Conformó además, posteriormente, otra comisión para preparar un anteproyecto

de Código Penal Procesal, asesorada y dirigida por el profesor doctor Alberto Binder, también experto de las Naciones Unidas.

Producto del esfuerzo de ambas Comisiones ha sido la presentación al público de la Propuesta de Reforma Penal del Ministerio Público en un acto especial llevado a cabo en fecha 22 de setiembre de 1994. Dicha propuesta consiste en un anteproyecto del Código Penal de la República del Paraguay, y en un anteproyecto de Código Penal Procesal, que constituyen la base y el inicio de la reforma de todo el orden jurídico-penal.

El anteproyecto del Código Penal presentado por el Ministerio Público, recoge las corrientes de la política criminal moderna internacional con el fin de adaptar lo mejor de estas ideas a la realidad paraguaya, y de evitar soluciones que no han dado resultados convincentes. Por eso, utiliza como fuentes del derecho comparado no solo la legislación vigente en el extranjero, sino también los proyectos de reforma, como los de España y de la República Federal de Alemania. Además, la *metodología empleada no es ecléctica*, sino aplica criterios de selección coherentes y constantes; esto quiere decir que se han analizado, en primer lugar, las ideas y concepciones que forman el trasfondo de los textos encontrados y no la terminología y los marcos penales. Hay que agregar que, en la elaboración del anteproyecto se ha tratado de superar el problema de la falta, en el Paraguay, de estudios empíricos sobre la delincuencia y su tratamiento, considerando los resultados de la investigación empírica obtenidos en otros países de América Latina y Europa.

Un ejemplo son los conceptos de la prevención general positiva y de la prevención especial, hoy en día generalmente aceptados. Otro ejemplo es la incorporación, en la Parte General, de un sistema de sanciones que se llama "*doble vía*" y que fue mejorado por una clausula "*vicaria*", proveniente de Suiza. La "*vía*" de penas se caracteriza, entre otros detalles, por una adaptación cautelosa de la pena privativa de libertad a la idea inglesa de la "*probation*" y a las recomendaciones de las Naciones Unidas sobre "*penas alternativas*", por un lado, y la introducción del sistema escandinavo de la pena de "*dña-multa*", por el otro. La segunda "*vía*" de medidas de mejoramiento y seguridad responde a las necesidades de la prevención especial y actualiza las ideas de la entonces llamada "*Escuela Moderna*" de autores franceses, belgas, holandeses y alemanes encabezada por von Liszt. Y para poder combatir la delincuencia moderna y verdaderamente peligrosa, vale decir la organizada y la viajera, se introducen nuevos elementos como la pena de patrimonio o el despojo.

En cuanto a los presupuestos de la punibilidad, la propuesta recoge el desarrollo de la dogmática penal en los últimos 40 años. Por eso, el anteproyecto no ha vuelto a las soluciones del Código Penal Tipo para Latinoamérica que, debido a la influencia de los profesores Luis Jimenez de Asúa y Sebastián Soler, representaron los importantes logros de la teoría del delito europea y, en especial, alemana. Lo que en su época ha formado la vanguardia ha seguido evolucionando hasta tal punto que ahora hace falta reformar las reformas introducidas en base a estos fundamentos. Un ejemplo para esto es la reforma actual del Código Penal

de Costa Rica que, en su momento, había incorporado textualmente las normas del Código Penal Tipo y que en el futuro será regido por el pensamiento de la "Escuela de Bonn". Estas ideas influyen, hoy en día, sobre la discusión y la labor reformadora en Argentina, Chile, Uruguay, Colombia, Guatemala, Costa Rica, México y España, para mencionar solo algunos ejemplos de países hispanoparlantes. El anteproyecto se inspira en este desarrollo, en una forma prudente, y regula solo lo imprescindible para dejar lugar suficiente al desarrollo de los detalles en la jurisprudencia y ciencia penal paraguayas.

La Parte Especial refleja fielmente las valoraciones de la nueva Constitución Nacional, y protege bienes jurídicos allí reconocidos. Además, no se limita a una reacción a la delincuencia "clásica", sino acepta el desafío del desarrollo social y técnico que inevitablemente conlleva nuevas formas de agresión a los bienes jurídicos. Esta delincuencia "moderna" es mucho más peligrosa por sus efectos supra-individuales y requiere nuevas respuestas.

Todo esto involucra, naturalmente, cambios de la nomenclatura tradicional. Sin embargo, la terminología, de vez en cuando novedosa, es imprescindible para la eficacia del nuevo Código Penal. De acuerdo con el famoso dicho romano "da mihi facta, tabo tibi ius", el ciudadano puede confiar en que el anteproyecto ofrece una adecuada reacción jurídica a *todos los hechos* que le podrían afectar. No es, por ejemplo, importante el término "abigeato"; lo que sí tiene importancia es la seguridad de que las nuevas fórmulas de apropiación, hurto y robo, con sus respectivos agravantes, abarcan todos los atentados al bien jurídico "propiedad", sea el objeto una vaca, un coche u otra cosa. Y no hace falta un artículo especial sobre el contagio con Sida, si existen tipos penales generales que abarcan *todos* los ataques a la vida (!) y la integridad corporal.

III.

El nuevo Código Penal de la República del Paraguay debe incorporar tres cualidades que son, al mismo tiempo, los criterios para la evaluación de todos los proyectos actuales.

a) La garantía de los derechos fundamentales

El nuevo Código Penal debe cumplir con el deseo de los paraguayos de vivir una verdadera transición a la democracia. Esto significa: una ley, como la ley penal, que administra el monopolio de la fuerza estatal tiene que respetar y garantizar los derechos fundamentales.

1) Por eso, el anteproyecto del Ministerio Público (PMP) operacionaliza rigurosamente las valoraciones, las garantías y los preceptos de la Constitución Nacional de 1992, de los pactos internacionales ratificados por la República del Paraguay y de las Declaraciones de las Naciones Unidas respecto a los Derechos Humanos.

2) Por eso, el anteproyecto del Ministerio Público procura la conformidad de todas sus reglas con los principios básicos de *legalidad material*, de *reprochabilidad personal* ("culpabilidad"), y de *proporcionalidad*, que provienen de los máximos valores consagrados en el artículo 1 de la nueva Constitución Nacional: se trata de la "dignidad de la persona" y del "Estado de Derecho".

b) La utilidad social

El nuevo Código Penal de la República del Paraguay debe ser de *utilidad social*.

1) Por eso, el anteproyecto del Ministerio Público evita en lo posible los efectos criminógenos del sistema existente y la continuación de una política criminal que se basa en las ideas de la retribución y de la prevención general negativa. En lugar de mantener *posturas demostrablemente fracasadas*, la propuesta cumple con el precepto del artículo 20 CN, y se deja orientar por la idea de la prevención, tanto general positiva como especial. Por consiguiente, reestructura y amplía el sistema de sanciones de acuerdo con la *dicotomía de penas* que son: una *respuesta al hecho* punible realizado, y medidas de mejoramiento y seguridad que son la *respuesta al peligro* de la realización de futuros hechos punibles. Además, la propuesta incorpora nuevas posibilidades de reducir los medios económicos que los delincuentes necesitan para la comisión de nuevos hechos punibles.

2) Por eso, el anteproyecto del Ministerio Público delimita el ámbito de lo punible exclusivamente con criterios racionales como el bien jurídico reconocido y la nocividad social de las conductas. De esta manera la propuesta reduce el peligro de una falta de aceptación de reglas impuestas por valoraciones fuera del ámbito auténticamente jurídico, o, con otras palabras, el peligro de menoscabos innecesarios para la autoridad de la ley.

3) Por eso, el anteproyecto del Ministerio Público fomenta la seguridad jurídica en la República del Paraguay. Con esto establece también un clima favorable para la cooperación política y económica internacional.

4) Por eso, el anteproyecto del Ministerio Público crea posibilidades de un "autofinanciamiento" parcial de la administración de la Justicia Penal.

c) La eficacia

El nuevo Código Penal de la República del Paraguay debe ser eficaz. Esta eficacia no se mide en marcos penales muy altos, sino en su efecto real, y empíri-

camente demostrable, sobre las conductas consideradas como nocivas para los bienes jurídicos. 1011

1) Por eso, el anteproyecto del Ministerio Público utiliza una *técnica legislativa moderna*. Esta técnica facilita la interpretación y aplicación correcta de las disposiciones de la ley. Más importante aún es la atención a las consecuencias de los cambios necesarios del sistema vigente. Para dar un solo ejemplo: las presunciones existentes en la legislación actual son inaceptables por varias razones, entre ellas el principio de la presunción de inocencia. La eliminación necesaria de las reglas correspondientes conllevaría lagunas de punibilidad que se deben a dificultades de prueba y al principio de "*in dubio pro reo*". Con el fin de evitar tales lagunas, el anteproyecto introduce nuevos tipos, que describen delitos de peligro concreto u abstracto y que, por su naturaleza, son más fáciles de comprobar.

2) Por eso, el anteproyecto del Ministerio Público anticipa los cambios imprescindibles de otras partes del orden jurídico-penal y adecua sus reglas a las necesidades de un combate coordinado contra la delincuencia.

3) Por eso, el anteproyecto del ministerio Público obliga a *concentrar la persecución penal* en la lucha contra las conductas delictivas verdaderamente relevantes. Con el fin de reducir la sobrecarga para todos los órganos de la persecución penal y el sistema penitenciario, la propuesta opta por una *despenalización moderada* de conductas bagatelarias y de violaciones de reglamentos administrativos. De esta manera, abre el camino para la creación de un sistema más adecuado para el tratamiento de estos comportamientos, como por ejemplo, un sistema de contravenciones administrativas que atribuye a entidades administrativas la competencia de sancionar una conducta correspondiente y limita la intervención de la Administración de Justicia al control judicial de las medidas.

IV.

Al evaluar este anteproyecto - y los demás-, es imprescindible considerar dos aspectos más.

a) La fundamentación de la intervención penal

Todo Derecho Penal se encuentra frente a una paradoja. Para poder proteger valores reconocidos por la Constitución, el legislador utiliza medios que, a su vez, restringen estos mismos valores. Las prohibiciones y los mandatos cuya violación se castiga, reducen el ámbito del libre desarrollo de la persona, y cada sanción consiste en la aplicación de un mal, como, por ejemplo, la privación de la libertad, del patrimonio o del honor, vale decir, de derechos fundamentales. Esto obliga a motivar escrupulosamente cada intervención penal. Para esto no basta

llamar la atención sobre el valor de los bienes protegidos; debe considerarse también el carácter de los medios empleados.

La concentración de poder inevitablemente vinculada con un sistema penal, si bien es, en un principio, necesaria para el bien común, tiene ciertas debilidades: no solo el peligro de abusos por parte de un representante individual del Estado, sino también el peligro de que el sistema mismo tiende a convertir la represión penal en una opresión estatal. Por eso, es necesario *evitar cualquier forma de "sobredosis"* de la intervención penal. Una tal "sobredosis" no protege la sociedad, sino la desestabiliza, últimamente por ser considerada como injusta. Entre lo útil y lo justo hay que optar por lo justo, aunque sea solo porque, a la larga, sólo lo justo también es útil. En este sentido, es buena política criminal solamente la que recuerda siempre el criterio de *"in dubio pro libertate"*.

*b) El carácter del Derecho Penal
como "ultima ratio" de la política social*

La reacción frente a comportamientos y acontecimientos no deseables suele ser el grito en pro de sanciones cada vez más duras. Sin embargo, esta reacción, muy entendible, oculta que el Derecho Penal no es la única vía de proteger bienes jurídicos, y que muchas veces el Derecho Penal, entre varias posibilidades, es la menos indicada. Para citar solo unos ejemplos: el cumplimiento riguroso del mandato establecido en el artículo 54 CN protege la vida creciente mucho mejor que la punición de una embarazada con sus conflictos sin salida. Una parte de la lucha contra la corrupción es una renumeración adecuada de los funcionarios. Un sistema eficaz de documentación de los vehículos coches disminuye considerablemente el interés en el hurto de los mismos. La introducción de un sistema de encargados de la seguridad de lugares de trabajo ayudaría a prevenir menoscabos para vida y el cuerpo.

La lista podría ser ampliada casi infinitamente. Pero aún así queda claro: si bien existe una obligación constitucional de proteger los bienes jurídicos consagrados en la magna carta, esta obligación no se refiere al empleo de un solo y determinado medio, en este caso del Derecho Penal, sino al empleo de todos los medios existentes con prelación absoluta de las medidas más idóneas. Con otras palabras: el Derecho Penal no es la única ni la primera, sino la *"ultima ratio"* de la política social. El reclamo de una intervención penal más amplia es una reacción populista, pero, a largo plazo, es poco útil; además no es tan "barata" como aparece, pues obliga a inversiones en la persecución penal que atienden a *síntomas* de problemas sociales y no a las causas verdaderas de la delincuencia.

Con esto de ninguna manera se adopta una postura abolicionista. El Derecho Penal sigue siendo necesario, pero debe ser empleado racionalmente, con miras también a otras posibilidades de prevención, y en forma concentrada: *"multum, non multa!"*.

La sistemática del anteproyecto sigue la división clásica de la materia en una Parte General y en una Parte Especial; además incorpora una breve Parte Final dedicada a las reglas transitorias. Entre ellas, tiene especial importancia el artículo 311 (PMP), pues ofrece la posibilidad de adaptar los marcos penales de las leyes especiales existentes a las previsiones de la Parte General.

La Parte General del anteproyecto se ocupa de la ley penal. Contiene los principios básicos, las reglas sobre la aplicación de la ley y alguna de las definiciones legales más importantes. A continuación, la Parte General establece, en forma *sistemática y coherente*, los criterios de un hecho punible (cap. II), las penas (cap. III), las medidas de mejoramiento y seguridad (cap. IV), el comiso y el despojo (cap. V) y, finalmente, como materias colindantes con el área procesal, la instancia de la víctima (cap. VI) y la prescripción (cap. VII).

La Parte Especial adopta, en su sistemática, la *prelación de los bienes jurídicos establecida en la Constitución de 1992*. Por eso, empieza con los hechos punibles contra la persona (cap. I) y sus bienes (cap. II). Enseguida, se ocupa de aspectos supra-individuales de la seguridad de la vida y de la integridad corporal de las personas, por ejemplo en el área del medio ambiente. Después, el anteproyecto se dedica a los hechos punibles contra la convivencia de las personas (cap. IV). Siguen los hechos punibles contra las relaciones jurídicas (cap. V) y contra el orden económico y tributario (cap. VI). Luego, el anteproyecto pasa al tratamiento de los hechos punibles contra el Estado (cap. VII) y sus funciones (cap. VIII) para terminar con los hechos punibles contra los pueblos (cap. IX).

VI

Para demostrar su fidelidad al cometido de *realizar los principios político-criminales* antes mencionados, el anteproyecto del Ministerio Público reconoce y formula, en sus primeros dos artículos, los principios básicos de todo Derecho Penal. Estos principios emanan del reconocimiento de la dignidad humana, como fundamento de la República del Paraguay, y de su constitución como Estado de Derecho (artículo 1 CN). Y sirven tanto de criterio para la validez como de guía para la interpretación y aplicación de todas las disposiciones del Código Penal y de las leyes penales especiales. Nos referimos a las garantías de la legalidad material (artículo 1 PMP); la racionalidad de los fines y límites de todas las sanciones penales, sean penas o medidas (artículo 2, inc.1 PMP); la dependencia de cada pena de la reprochabilidad, idea conocida como "principio de culpabilidad" (artículo 2, inc. 2 PMP), y la correspondencia de cada medida de seguridad o mejoramiento con el requisito de la proporcionalidad de cada acción estatal (artículo 2, inc. 3 PMP).

a) *"El principio de "nullum crimen, nulla poena sine lege scripta, stricta et praevia"*

El artículo 1 (PMP) consagra, con validez para el Derecho Penal de fondo, el principio *"nullum crimen sine lege scripta, stricta et praevia"*, que rige para todo tipo de conducta -acción u omisión- y para todos los elementos que definen los presupuestos y el contenido de una sanción penal.

La Constitución vigente trata esta materia, en conjunto, con una garantía *procesal*, es decir, con la prohibición de condenas sin juicio previo. El artículo 17, numeral 3, establece que el juicio previo a una condena debe fundarse en una ley anterior al hecho del proceso, siempre que no se haya introducido después del hecho una *"lex poenalis mitior"* (artículo 14 CN). Y el artículo 11 CN garantiza que nadie puede ser "privado de su libertad física ... sino mediando las causas y en las condiciones fijadas por esta Constitución y las leyes". Aún cuando esta última regla sea, en primer lugar, una prohibición de privaciones de la libertad *fuera* del área del Derecho Penal e, indirectamente, un permiso constitucional para el empleo de sanciones penales privativas de la libertad, también forma parte de la materia aquí relevante.

El tratamiento del principio de legalidad junto con garantías procesales se explica por ciertos detalles en el desarrollo histórico de su codificación y no señala la voluntad de cambiar su naturaleza verdadera. De acuerdo con su origen, el principio de *"nullum crimen, nulla poena sine lege"* *pertenece a la esfera del Derecho Penal material*. La reglamentación de la materia "crimen" y "poena" es, naturalmente, también fundamento del juicio y de la condena, pero no porque defina elementos del procedimiento mismo, sino porque es el objeto que se aplica en el procedimiento. La diferencia se nota claramente: pueden acontecer procedimientos sin "crimen" (que luego terminan en una absolución), y es posible un "crimen" sin procedimiento por falta de conocimiento de terceros. Al condenar, el juez no crea o constituye, sino sólo constata. O, con las palabras del artículo 63 (CN 1967), "declara" la punibilidad de un hecho que ya existe, porque este hecho cumple con ciertos requisitos descritos en la ley penal de fondo. Además, estos requisitos jurídicos surten efectos materiales, como por ejemplo en el contexto de la legítima defensa o de la indemnización civil.

Por consiguiente, y de acuerdo con la tradición establecida en los artículos 53 y 54 del Código Penal todavía vigente, el anteproyecto del Ministerio Público repite la garantía constitucional para el ámbito del Derecho Penal de fondo y propone una fórmula destinada a delinear con claridad todos los campos de aplicación. Para lograr este objetivo el nuevo texto tiene que ser más explícito que la reglamentación hasta ahora existente.

Partiendo de los artículos 17 (num. 3) y 14 CN 1992 los artículos 53 y 54 CP 1914 ya son pasos importantes en la correcta dirección. Con razón se refieren, expresa y separadamente, tanto a la cualificación jurídica de acciones y omisiones como a la correspondiente reacción con una pena; además señalan que la protección frente a castigos en base a una ley sólo *ex post factum* vigente no es la única garantía que pretenden establecer. Sin embargo, los textos son innecesariamente *repetitivos* y, en cuanto al uso de la palabra "criminal", también *contradictorios*. Al lado de este aspecto de lenguaje de la ley hay otro material: el Código

Penal vigente todavía no adapta la riqueza contenida en la expresión clásica de la idea, introducida a principios del siglo pasado por Anselm von Feuerbach, al desarrollo moderno del pensamiento penal y constitucional.

En primer lugar, es importante que la garantía se refiera tanto a *todos los presupuestos de la punibilidad* de un comportamiento humano ("crimen" en el sentido de Feuerbach) como a *todos los criterios de la reacción penal* correspondiente. Por consiguiente, y debido al desarrollo de la política criminal, es imprescindible ampliar el concepto de "poena" en la terminología del autor citado, para poder abarcar no solo cada pena en sentido estricto de la palabra, sino también cada medida de mejoramiento o de seguridad. Esto es imprescindible porque las medidas contienen restricciones de derechos fundamentales todavía más rigurosas que una pena clásica; como reacción a un "peligro", dependen de una prognosis de un comportamiento futuro. Por eso, el artículo 1 PMP utiliza la palabra "sanción" como concepto genérico para pena y medidas.

"Crimen" y "poena" -esto es el núcleo de la garantía- deben fundamentarse, necesariamente y sin excepción alguna en una "lex" que debe ser "scripta, stricta et praevia": Todos los elementos de la punibilidad y de la reacción penal misma reclaman su *determinación exacta* por reglas jurídicas con *carácter de ley* y con *vigencia anterior* a la realización de la conducta.

Por consiguiente, el principio tiene dos destinatarios. Dirigido al *legislador*, prohíbe introducir leyes penales de formulación imprecisa y con vigencia retroactiva. Y con miras al *juez*, obliga a abstenerse no sólo de aplicar una ley vaga o retroactiva, sino también de fundar una condena en una base que no sea una ley en el sentido constitucional, como el mero derecho consuetudinario, una analogía "in malam partem" o una orden del Poder Ejecutivo.

De las tres concreciones del principio, la legislación vigente recoge con claridad la prohibición de leyes penales retroactivas. Menos claridad existe respecto al requisito de reglas con carácter de ley en sentido constitucional, es decir, respecto a la prohibición de fundar la punibilidad en el derecho consuetudinario, o en una analogía, o en reglamentaciones que emanan del Poder Ejecutivo sin el respaldo explícito de una ley. Y lo que menos claro queda es la prohibición de leyes carentes de exactitud en la descripción de los hechos punibles y de las sanciones.

No es, naturalmente, nada fácil cumplir con esta exigencia. Pero esta dificultad no puede ser utilizada como argumento contra la garantía. Como Hans Welzel dijo, con base en su experiencia con la perversión del orden jurídico durante el "Tercer Reich": mucho más grave que el peligro que surge de la analogía es la amenaza representada por leyes penales indeterminadas. Y esto es así, pues a diferencia de otras lesiones del principio, este peligro es menos visible: una *ley indeterminada oculta la ausencia de una base sólida para la punición*. Por eso, es sumamente importante la referencia del artículo 1 PMP a la necesidad de requisitos legales "claramente" establecidos. La ley penal puede utilizar, de acuerdo con la complejidad de la materia a reglamentar, *conceptos abstractos, pero nunca vagos*. Lo que el legislador no puede describir con exactitud no puede ser

base de una punición. El anteproyecto sigue este camino ofreciendo, sobre todo en la Parte Especial, una serie de definiciones destinadas a aclarar el contenido de los conceptos utilizados.

El rango del principio de la legalidad material justifica agregar unos argumentos constitucionales.

Desde el punto de vista del *individuo*, leyes penales de contenido exactamente definido son imprescindibles para la orientación del futuro comportamiento de acuerdo con los límites de la libertad general. Un Estado que reacciona con una pena a una conducta, sin haber ofrecido antes al hombre indicadores de orientación en forma de reglas claramente establecidas, *castiga por no haber visto lo que no hubo*; quita a la persona humana su cualidad de ser responsable y la trata como mero objeto de su supremacía. Por eso, el principio de "nullum crimen, nulla poena sine lege" se fundamenta directamente en la *dignidad humana* y, con esto, en el valor supremo de la Constitución.

Adoptando un punto de vista supra individual, se nota otra fuente del principio que es la idea del *Estado de Derecho*, para cuya realización es imprescindible evitar toda arbitrariedad en el empleo de la fuerza estatal.

Un medio de lograr esta finalidad es la división de poderes. Por eso, hay que excluir la posibilidad de que el *juez*, con su tarea de resolver un caso *individual* de acuerdo con una ley ya dada, sustituya al *legislador*, con su responsabilidad para una decisión *general* que se aplicará luego, en el futuro, y por otros órganos, a todos los casos con las mismas características. Al lado de esta fundamentación, vinculada con el concepto de una democracia representativa, existe otro aspecto de índole político-criminal: La *política del día* y el *escándalo público* (real o manipulado) respecto a un caso concreto son malos consejeros (no sólo para el juez, sino también y especialmente) para la legislación. Una razón más para hacer imposibles *leyes penales "ad hoc" y "ex post factum"*.

Para resumir, el conjunto de los argumentos no permite otra solución que la del artículo 1 PMP: el principio de "nullum crimen, nulla poena sine lege scripta, stricta et praevia" debe ser incorporado *enteramente* en la nueva legislación penal.

b) El principio de racionalidad

En cuanto a la finalidad de las penas y del Derecho Penal en general, la Constitución de 1992 no deja al legislador ordinario ningún marco de discrecionalidad: el artículo 20 CN opta por la protección de la sociedad y la readaptación de los delincuentes.

Por un lado, esta decisión establece una *prohibición constitucional* -vale decir, absoluta e vinculante- de incorporar en el nuevo Código Penal *rasgos retributivistas* o rasgos de la prevención general "negativa". Esta prohibición demuestra la voluntad de combatir los efectos criminógenos de las posturas tradicionales. Cada sanción penal es -por su naturaleza como restricción de derechos fundamentales- un mal, en su caso ciertamente "merecido". Sin embargo, im-

ner un mal por un mal no elimina el daño ya realizado y dirige la vista *exclusivamente* al pasado, en vez de atender, por lo menos también, a la necesidad de ejercer una influencia sobre conductas futuras. Y la idea de impedir conductas futuras mediante la amenaza de la ejecución de una pena demuestra falta de respeto a la dignidad de la persona, que se utiliza como mero objeto de demostración. Además, conlleva mecanismos de acostumbamiento que fomentan un aumento constante de duración y severidad de las sanciones y terminan en el error, por parte de la ciudadanía, de creer que la acción estatal, que emplea solo la dureza y la intimidación frente a una persona delincuente, es tan "normal" que puede servir como guía en la relación de los ciudadanos entre sí.

Por el otro lado, la decisión muy sabia de la Convención Nacional abre el único camino viable para la protección de la sociedad. El punto de partida es que, reconociendo criterios de realismo en vez de ideología, es limitada la capacidad del Derecho Penal de prevenir ciertas conductas humanas. Por eso es imprescindible minimizar los efectos negativos y *combinar* las posibilidades de la *prevención general "positiva"*, que consiste en la reafirmación de la validez fáctica de las normas de conducta, *con la prevención especial* dirigida al delincuente individual. Para evitar un malentendido: el progreso de técnicas meramente represivas hacia esfuerzos realmente preventivos no significa menos seguridad para el ciudadano. Una pena privativa de libertad siempre abarca efectos protectores, y la prevención especial no excluye verdaderas medidas de seguridad. El anteproyecto del Ministerio Público lo demuestra suficientemente, no solo mediante su artículo 2 (inciso 2), sino también y sobre todo, con el capítulo IV de su Parte General.

c) El principio de "nulla poena sine culpa"

Otro fundamento del anteproyecto del Ministerio Público es -utilizando nuevamente una fórmula neolatina- el principio de "nulla poena sine culpa".

La Constitución vigente recoge esta materia en forma indirecta y en combinación con una garantía *procesal*: Como lo estableció el artículo 63 CN 1967 con todavía más claridad, la ley reputa inocente a quien no haya sido declarado culpable en virtud de condena de juez competente. La presunción de inocencia, ahora consagrada en el artículo 17 (num. 1), tiene su campo de aplicación, en primer lugar, en el procedimiento penal. Sin embargo, la regla constitucional señala también la necesidad de un presupuesto *material* de cada pena: la culpabilidad.

1) La pena se distingue de otras formas de reacción estatal porque es expresión del reproche ético-social más grave posible que, precisamente por este contenido, se puede hacer sólo a un individuo y sólo con motivo de la lesión de una norma de conducta. Por más grave que sean la naturaleza y las consecuencias de esta lesión, la razón de ser, la justificación y el contenido del reproche *personal* es que el hombre no ha respondido a los deberes a él impuestos por las

prohibiciones y mandatos del Derecho *a pesar de haber podido responder*. Reaccionar con una *pena* -a diferencia de la reacción con una *medida* con base (sólo) en la antijuridicidad de la conducta- sin respetar la barrera establecida por la incapacidad de motivarse según la norma lesionada significaría *castigar al ciego por no haber visto*; degradaría a la persona humana al status de irresponsabilidad genérica y a ser un mero objeto de la fuerza estatal. Por eso, el principio de "nulla poena sine culpa" es otra concreción de la *dignidad humana* que -como esta- merece ser respetada en el Código Penal.

En este contexto no hay que ocultar que, en la discusión internacional, de vez en cuando se habla de una "crisis del principio de culpabilidad", por la *dificultad de comprobar*, sea generalmente, sea en un caso concreto, *la capacidad de motivarse según una norma*. Pero hay también que reconocer que no han tenido éxito las tendencias de reemplazar el Derecho Penal de culpabilidad por otros sistemas, porque en la realidad de la práctica nadie quiere apartarse, por lo menos, de los resultados que conlleva el principio de culpabilidad. La razón es que, a pesar de todas las diferencias teóricas respecto a la fundamentación de la pena, nadie está dispuesto a renunciar al *contenido garantizador* del principio. Sea fundamento, sea límite de la pena, la culpabilidad como tal es indispensable. Esta afirmación, recogida cautelosamente en el artículo 2 (inc. 2) PMP, se apoya también en la experiencia de que penas aplicadas sin atención a la posibilidad de un reproche personal se consideran como injustas, y que así se convierten en un argumento contra tal sistema y, a la larga, contra el Estado a quien este sistema representa.

2) La prohibición de imponer penas sin culpabilidad se refiere también a la imposición de una pena que excede el reproche posible. Toda la ardua tarea de fijar marcos penales (y de medir una pena concreta) no sería posible sin este punto de referencia. *Posibilidad* de un reproche ("culpabilidad") y *peso* del reproche son los *límites absolutos* de cada pena.

3) La importancia de todo esto se puede apreciar muy fácilmente al consultar el Código Penal vigente. Este código define la pena en su artículo 51, como mal que se impone "*al culpable*", y utiliza esta palabra en varios otros contextos así como en los artículos 4, 6, 17, 30 inc. 6°, 31 inc. 11° y 13° y 61. Además se refiere -en algunas disposiciones como el artículo 21 inc. 2°- a obstáculos *insuperables* para la motivación correcta; de esta manera reconoce, en un principio, la existencia y necesidad de la culpabilidad como presupuesto de la punibilidad de una conducta antijurídica.

Sin embargo, *no existe en el Código ninguna definición coherente de la culpabilidad*. En cuanto a los detalles de la reglamentación, se aprecia una terminología poco homogénea, que implica gran inseguridad respecto al contenido y consecuencias de este elemento. Además, se encuentran disposiciones en clara *discordancia con los requisitos de la capacidad de motivación según la norma lesionada*. Por ejemplo, el artículo 17 CP parece permitir hablar de un "culpable"

en el caso de un error de prohibición o de un mandato *absolutamente invencible*. ¿Con razón? Y para dar otro ejemplo, el artículo 18, inc. 3°, exime de la responsabilidad criminal a una persona que comete un delito bajo la influencia de una enfermedad mental que le ha privado del uso de sus facultades *intelectuales*. ¿Significa esto que no hay lugar para tal exención si la enfermedad ha quitado a la persona el uso de sus facultades *volitivas*, es decir, de la capacidad de extraer la consecuencia para su conducta de un conocimiento intelectual todavía posible?

No es este el lugar indicado para profundizar en el análisis crítico de la legislación penal actual. Pero, aún así, consta: el principio de "nulla poena sine culpa" es el "*norte*" para la reforma del Código Penal vigente y para este anteproyecto. Basta consultar, junto con el artículo 2 (inc. 2), la reglamentación del error de prohibición; la diferenciación entre los casos sin reproche y una mera renuncia al reproche posible; la posibilidad de optar por una mera eximición de la pena, por razones supra-individuales de la política-criminal, sin apartarse del juicio de la reprochabilidad individual de la conducta y, naturalmente, toda la dicotomía de penas y medidas.

4) Una consecuencia práctica del principio aquí tratado para la configuración de la Parte Especial es la *prohibición de penas absolutas* que no permiten fijar la pena concreta de acuerdo con el grado de la reprochabilidad individual. Con otras palabras, las disposiciones sobre las conductas delictivas tienen que combinarse con marcos penales adecuados al ilícito, pero indicando máximos y mínimos que determinan la competencia del Juez en la medición de la pena.

5) Sólo para evitar malentendidos: no se admite una inversión del principio en el sentido de "nulla culpa sine poena". Una cosa es tener un derecho, y otra tener que ejercerlo. Con las palabras de Immanuel Kant, en el Estado *lego* (a diferencia del Estado ideal, "de Dios") no es la justicia absoluta, sino la "sabiduría penal del gobernante" la que decide sobre si la pena se emplea siempre y sin excepción alguna cuando lo legitime la existencia de culpabilidad. Con otras palabras, no existe inconveniente jurídico si el Estado quiere prescindir de una pena perfectamente legítima por dudar, respecto a ciertas categorías, de casos de su utilidad como medio regulador social, o por disponer de alternativas de intervención con eficacia todavía mayor.

d) El principio de proporcionalidad

El principio de culpabilidad se refiere a la *relación "causa-medio"* que existe entre hecho y sanción. Sin embargo, también existe la relación "*medio-finalidad*" que da lugar al principio de la "*proporcionalidad*" de las sanciones penales, principio consagrado en el artículo 2 (inc. 3) PMP.

Este principio tiene larga tradición. Aparece ya en los pensamientos de Beccaria, y luego se encuentra en el artículo 8 de la Declaración francesa sobre

los Derechos Humanos del 26 de agosto de 1789: "La Loi ne doit établir que de peines strictement e évidemment nécessaires". La terminología constitucionalista moderna habla de la pena como "última ratio" de la política social. Fundamento de esta fórmula es la idea general del *Estado de Derecho* que establece, para toda la esfera del Derecho Público, el principio de la proporcionalidad en el sentido siguiente: las medidas que el Estado adopta para lograr sus fines legítimos deben mantener una relación equilibrada entre el valor del fin propuesto y el valor de esta parte de la libertad general que con la introducción del medio se sacrifica.

Concretamente, se prohíbe justificar la introducción o aplicación de una ley penal con el argumento que la pena correspondiente al grado del reproche no bastaría para lograr el fin de la readaptación social.

El principio mencionado también forma una parte del trasfondo de la corriente internacional de una "despenalización" no sólo en cuanto a delitos de bagatela, sino también en campos de intervención administrativa. Por ejemplo, en materia de circulación o en ciertas áreas de la economía, reacciones no penales, en forma de sanciones administrativas, pueden considerarse suficientes para lograr los fines político-criminales.

Sin embargo, el *núcleo* de la aplicación del principio son las *medidas de mejoramiento y seguridad*, como sanciones destinadas al combate de conductas nocivas en el futuro. Como estas medidas no dependen de la realización de una conducta reprochable, ésta no puede servir de criterio cuantitativo de la sanción. Esto conduce a la necesidad de incorporar otro límite que es el peligro a combatir, por un lado, y la gravedad de la intervención, por el otro. En esta situación, el principio de proporcionalidad sirve como salvaguardia contra la aplicación de medidas que, con miras al peligro, sí son útiles, pero también excesivas. Tratar un caso de cleptomanía respecto a objetos de escasísimo valor mediante de un internamiento de muchos años no sería lícito, aunque fuera la única forma de eliminar esta causa del comportamiento antijurídico. El artículo 3 (inc. 3) PMP sirve como una medida necesaria y útil frente al peligro de excesos en la reacción estatal.

e) El principio de humanidad

No viene como sorpresa que el anteproyecto no menciona en forma expresa el principio quizás mas importante: la dignidad de la persona y su contrapartida, la prohibición de un tratamiento inhumano de todas las personas, sean delincuentes o no. Pero no es necesaria la referencia al valor más alto de la Constitución cuando el nuevo Código Penal contiene todas las concreciones de la idea general pertinentes para el ámbito del Derecho Penal de fondo. Para mencionar solo dos ejemplos: la supresión de la pena de muerte, de acuerdo con el artículo 4 (parágrafo.2) CN, o de otras sanciones crueles o degradantes, y las pautas para el contenido de la pena privativa de libertad. Además hay que recordar el artículo 137 (inc. 1), que reafirma la supremacía de la Constitución y, con ella, de su artículo primero.

VII

Una vez establecidos los principios básicos que rigen toda la legislación penal material en el capítulo I de la Parte General, el anteproyecto trata, en las siguientes secciones, varios aspectos de la aplicación de la ley penal.

a) Aplicación de las disposiciones generales y aplicación de la ley en el tiempo

Con el fin de conservar la unidad del Derecho Penal material, el artículo 3 PMP extiende, por regla general, la validez de las disposiciones generales al campo de las leyes especiales. De acuerdo con lo expuesto sobre la necesidad de una reforma global y coherente del orden jurídico penal, esto conlleva también la necesidad de adaptar esta legislación al estándar del nuevo Código Penal.

El artículo 4 PMP extrae, en forma detallada, las conclusiones de los artículos 17 (num. 3) y 14 CN respecto a la prohibición de leyes retroactivas con efectos desfavorables para el afectado.

b) El Derecho Penal llamado "internacional"

El Derecho Penal llamado -erróneamente- "internacional" contiene, en realidad, las reglas nacionales sobre la aplicabilidad de la ley penal paraguaya (artículos 5 y ss.) a hechos punibles cometidos con relación al extranjero.

Partiendo de definiciones exactas del lugar y del tiempo de la realización de un hecho punible (artículos 5 y 6 PMP), las siguientes disposiciones del anteproyecto realizan los principios de territorialidad, de protección de los intereses paraguayos y de universalidad. Mediante una enumeración exacta de las disposiciones involucradas, estas reglas establecen, de acuerdo con el principio de la legalidad material, la claridad necesaria no solo para la administración de la justicia penal en el Paraguay, sino también para el ámbito de la asistencia jurídica internacional.

Una innovación importante -y un buen ejemplo para el área internacional- es la introducción de la idea del principio procesal de "ne bis in idem" en la reglamentación material de la aplicabilidad de la ley nacional: se toma en consideración, respecto al mismo hecho punible, una condena ejecutada, prescripta o indultada en el extranjero.

c) Las definiciones legales

La sección referida a "definiciones" pertenece al ámbito de los esfuerzos de cumplir con las necesidades de una "lex stricta". Esta técnica legislativa permite la formulación de reglas más concisas y facilita la interpretación de ellas. Para evitar una sobrecarga de la enumeración de definiciones en el artículo 13

PMP, y para mantener la conexión con la materia, el anteproyecto contiene otras definiciones de aplicación más reducida en el ámbito de la Parte Especial.

La clasificación -en el artículo 12 PMP- de los hechos punibles refleja la decisión de eliminar la persecución penal de bagatelas y de remitir las faltas al ámbito de las contravenciones administrativas o de la Justicia de Paz. Además permite acortar una serie de disposiciones de la Parte General.

VIII

El segundo capítulo de la Parte General trata todos los presupuestos de la punibilidad. Se ocupa, en primer lugar, del hecho punible consumado cometido por una persona que actúa por sí sola. La segunda sección se refiere a la tentativa, y la tercera atiende a la posibilidad de que el hecho punible sea cometido por una pluralidad de participantes.

a) Los presupuestos de la punibilidad

Los artículos 14 y siguientes PMP no solo enumeran todos los presupuestos generales de la punibilidad de una persona por haber realizado un hecho punible consumado descrito en la Parte General; también reflejan claramente el carácter de cada uno de los presupuestos de una reacción penal y su coherencia interna en el sistema de tipicidad, antijuridicidad, reprochabilidad y condiciones objetivas de punibilidad. *La nueva terminología se debe a las necesidades de precisión.* Por ejemplo, el término "reprochabilidad" reemplaza al término "culpabilidad" solo para *evitar confusiones* entre "culpa", en el sentido de un reproche emergente de la "capacidad de motivarse según la norma" - requisito de toda punición! -, y "culpa" en sentido de una clase de delitos que se distinguen de los dolosos por ser "culposos".

1) Omisión de evitar un resultado

La conducta humana tiene siempre, fuera o dentro del campo del Derecho Penal, dos formas distintas: la acción y la omisión, vale decir, la realización de una acción y la falta de realización de una acción por parte de un sujeto capaz de realizarla. Por consiguiente, el legislador tiene que sacar las consecuencias de esta realidad y diferenciar, en las descripciones del comportamiento punible, los delitos de acción y los de omisión.

En cuanto a la tipificación de omisiones de evitar un resultado descrito en un tipo legal de acción existen dificultades que conllevan un conflicto grave entre el principio de legalidad y los reclamos de la política criminal que el anteproyecto soluciona en su artículo 14.

Por un lado, la legislación tradicional no conoce, con pocas excepciones, tipos especiales que se refieren expresamente a la omisión de evitar un resultado, cuyo causación forma el núcleo de los elementos de un tipo de acción. Por el otro

lado, no se puede aplicar, sin más, el marco penal previsto para la causación de un resultado a *cada* omisión de evitarlo: la gravedad del injusto - el "disvalor" - de la violación de un mandato es, "ceteris paribus", *siempre* menor que aquel de una prohibición; pues una prohibición quita al sujeto de la obligación solamente una opción de conducta y no, como en el caso de un deber de actuar, todas las demás. Por ejemplo, un deber de salvar una vida no deja al sujeto de la obligación ninguna alternativa de actuar; en el caso de la prohibición de matar queda una multitud casi infinita de opciones. Con otras palabras, la aplicación del marco penal previsto para la causación del resultado a la omisión de evitarlo se justifica solo en *algunos* casos: cuando el injusto de la omisión es, en general, y no solo en el caso concreto, tan grave como el de la causación. Por ejemplo, el marco penal previsto para el homicidio por acción (artículo 103 PMP) corresponde a la omisión de evitar la muerte de otro solo cuando la persona que omite no es un indeterminado "el que", sino alguien cercano al bien jurídico concreto, como la madre o el padre o el guardaespaldas, u otro "garante" de la vida de la víctima. Cuando la ley no contiene una descripción clara (artículo 1 PMP) de los garantes, existe -a pesar de todas las exigencias de la política criminal- una laguna respecto de la punibilidad.

La consecuencia legislativa sería la introducción, en la Parte Especial, de una serie de tipos de omisión al lado de los de acción. Sin embargo, la amplitud de esta tarea conlleva tantas dificultades prácticas que, hoy por hoy, se ha optado por una reglamentación de la materia en la Parte General. Hasta el momento en que las dificultades puedan ser superadas mediante soluciones individuales en la Parte Especial, el anteproyecto ofrece una *regla*, que permite a la ciencia y la jurisprudencia elaborar, en tres pasos, los tipos de omisión necesarios: 1. se transforma el tipo de acción ("el que causare el resultado del artículo x") en uno de omisión ("el que omitiere evitar el resultado del artículo x"); 2. se averigua en todo el orden jurídico la existencia de uno o unos mandatos que obligan a evitar precisamente el resultado aquí relevante y 3. se reemplaza el "el que" por el sujeto de tal mandato *solo* cuando la violación de este mandato constituye, en general, el mismo peso de injusto, o "disvalor", como la violación de la prohibición que forma el punto de partida de la operación.

Es este último y decisivo requisito el que distingue la regla aquí introducida de las otras hasta ahora sugeridas: ellas llevan a la punición indiscriminada de la violación de todo deber de actuar. No se dan cuenta de que la violación, por ejemplo, de un deber "secundario" (como el que surge de un contrato civil o el mero hecho de haber causado, sin dolo ni negligencia, el peligro del resultado luego no evitado, o "ingerencia"), no merece el castigo que corresponde al marco penal de un delito de acción.

2) Actuar en representación de otro

El artículo 15 PMP atiende en forma general al problema de aquellas personas que, como individuos, no son las destinatarias de la norma violada, porque

actúan en representación de otros que son los verdaderos destinatarios de la obligación. Cuando los representados son personas físicas, hay poca posibilidad de aplicar al "representante" una ley penal; siendo personas jurídicas, ninguna.

La solución aquí adoptada amplía la formula del proyecto español. El inciso 2 prepara ya el terreno para las necesidades del futuro, en que la protección de los bienes jurídicos en el ámbito de mayores entidades o empresas solo puede asegurarse mediante un sistema de encargados de la seguridad del cumplimiento de normas sobre la seguridad del lugar de trabajo o el pago de impuestos. Aunque estos sistemas, quizás, todavía hayan de ser establecidos, la inclusión de la regla permite acompañar este proceso desde su inicio.

3) *Conducta dolosa y culposa*

Para proteger los bienes jurídicos no siempre basta la punición de conductas "dolosas", que se caracterizan en su parte subjetiva -al menos- por la representación de todas las circunstancias objetivas del tipo legal. Tampoco sería posible la punición de todas las causaciones no-dolosas, pues terminaría toda la vida social. Por eso hace falta buscar en el campo de las causaciones de un resultado una línea de separación entre "accidente" (o caso fortuito) e "injusto". Este último ámbito es el de los delitos "culposos". Como por razones de política criminal no puede introducirse un delito culposo al lado de cada conducta dolosa delictuosa, su existencia debe ser señalada expresamente en la ley.

Con referencia a eso, y con el fin de abreviar los artículos de la Parte Especial, el artículo 16 PMP aclara que las conductas punibles descritas en la Parte Especial se entienden *siempre* como dolosas, salvo que la ley prevéa expresamente la punibilidad de una conducta culposa. Por ejemplo, el artículo 103 PMP se "lee" como "el que *con dolo* matare a otro..."; el homicidio culposo está especialmente previsto en el Artículo 105 PMP.

Para advertir ya algo acerca de la técnica legislativa en la Parte Especial: cuando la conducta típica presupone determinadas formas del dolo o elementos subjetivos adicionales, el artículo correspondiente lo señalará mediante expresiones especiales como, por ejemplo, "a sabiendas", "con el fin de" etc.

4) *Error de hecho y error de prohibición*

En las modernas legislaciones se ha suprimido la llamada "teoría del dolo" en favor de la "teoría de culpabilidad". De acuerdo con esta última, los artículos 17 y 22 PMP representan la consecuencia legislativa de la diferencia entre el dolo "de hecho" y el conocimiento de la antijuridicidad. El "*dolo de hecho*" pertenece al ámbito de la tipicidad. Consiste en el saber y querer realizar solo aquellas "circunstancias" del mundo fuera del autor que corresponden a los elementos que, según su descripción legal, forman el tipo objetivo del hecho punible. (El tipo subjetivo, en cambio, abarca realidades en el interior del autor, tales como conocimientos, intenciones etc.). El *conocimiento de la antijuridicidad*

del hecho (doloso) pertenece al campo, totalmente distinto, de los presupuestos de la capacidad del autor de motivarse según la norma: el de la reprochabilidad.

De acuerdo con las técnicas de una legislación moderna, *no hace falta una definición positiva* de estos presupuestos de la punibilidad. Basta reglamentar las consecuencias de la ausencia de sus requisitos intelectuales:

aa) La falta del conocimiento de las "circunstancias" del tipo objetivo del hecho punible, o "error de hecho", significa falta de dolo y excluye consecuentemente la tipicidad del comportamiento. Sin embargo, la falta de punibilidad por un hecho punible doloso no impide la subsunción de lo realizado bajo los requisitos de un hecho punible culposo, si este está previsto en la Parte Especial.

bb) La falta de conocimiento de la antijuridicidad del hecho (en su caso doloso) realizado, o "error de prohibición", significa la necesidad de investigar su evitabilidad, pues no es, de por sí, siempre irrelevante ni siempre relevante. El anteproyecto rechaza, -junto con la obsoleta disyuntiva "error de hecho-error de derecho"- tanto la tesis "error iuris semper nocet" (lesión del principio de reprochabilidad) como la del dolo "malo" que también, en caso de errores de prohibición fácilmente evitables, descarta el castigo por un hecho punible doloso, llegando así a consecuencias inaceptables desde el punto de vista de la política criminal.

5) *Causas de justificación*

Los artículos 18, 19 y 20 ordenan, en forma nueva, las causas de justificación. En especial, contienen una reglamentación del "estado de necesidad" que distingue entre casos de justificación (artículo 19) y casos de una mera renuncia al reproche (artículo 25).

6) *Reprochabilidad y reproche*

El anteproyecto PMP atiende en forma muy estricta a la realización del principio de culpabilidad llamado aquí de "reprochabilidad": puede aplicarse una pena solo a aquel autor de un hecho antijurídico (artículo 13, inciso 1, numeral 7) que, en el momento de realizar este hecho, ha sido *capaz de motivarse según la norma lesionada*.

La incapacidad se da en todos los casos de un error de prohibición invencible (artículo 22) y, en un principio, en todos los casos de imposibilidad de comportarse de acuerdo con el conocimiento actual o posible de la antijuridicidad del hecho. Debido a las dificultades de aclarar, en cada caso concreto, la parte volitiva de la capacidad de obrar según la norma, el anteproyecto se ve obligado a limitar la exclusión de la capacidad a cuatro causales al alcance de las ciencias que, en la realidad procesal, proporcionan la prueba necesaria.

Como la capacidad de motivarse según la norma tiene que darse en el tiempo de la realización del hecho, no hay lugar para una regla general sobre la "imputabilidad". Lo que sí es necesario es una presunción legal de la falta de la capacidad de motivarse según la norma para los menores de una cierta edad. El artículo 21 PMP fija la mayoría penal *provisoriamente* en catorce años. La respuesta definitiva a la cuestión de este límite no depende de aspectos doctrinarios sino exclusivamente de la existencia de un sistema educativo y protector aplicable a la persona menor del límite respectivo -sea 14, 16, 18 o 20 años- cuando comete hechos antijurídicos en el sentido de esta ley. Con otras palabras, la solución definitiva puede encontrarse solo en conexión con la elaboración de un Código del Menor, acompañado -quizás- por una Ley Penal y Procesal-penal Juvenil. En el contexto de esta reforma, parece necesario elaborar un sistema de reacciones no punitivas y de "diversión".

b) La tentativa

Las reglas sobre la punibilidad de la tentativa (artículos 26 y ss. PMP) distinguen entre los presupuestos de la tipicidad y de la renuncia a un castigo de una tentativa reprochable.

De acuerdo con la fundamentación de la antijuricidad en la violación de un deber, y no en la causación de un resultado, corresponde a la tentativa inacabada una reducción obligatoria de la pena de acuerdo con el grado de la ejecución. La tentativa acabada nunca merece una reducción de la pena: una vez realizado en su totalidad el plan de acción del autor el acontecimiento del resultado es puro azar. Y no se puede castigar en base de algo fuera del dominio de la persona.

Bases de la renuncia a una pena pueden ser el desistimiento de la tentativa inacabada y una conducta post-delictual positiva después de haber acabado la tentativa, siempre que el resultado no se haya producido.

c) Pluralidad de participantes

En cuanto a la intervención de más de una persona en la realización de un hecho punible (artículos 29 y ss. PMP) el anteproyecto rechaza la idea de la autoría unitaria -como en el Código Penal de Austria- en favor de una *diferenciación entre autoría, instigación y complicidad*.

Para la autoría adopta el criterio del "*dominio del hecho*" reconocido por la jurisprudencia argentina y chilena. Este criterio permite el castigo como autor de personas que, al causar dolosamente el resultado, en vez de "ensuciar su propia mano" dirigen -por ejemplo, mediante su jerarquía o su conocimiento mayor- los acontecimientos como autor mediato, o los codirigen como coautores.

Como ya se ha explicado, el sistema de las sanciones penales, en el sentido amplio de la palabra, es el de "doble vía". Es decir, un sistema que abre tanto la vía de las penas, como respuesta al delito realizado en el pasado, como la vía de las medidas de mejoramiento y seguridad como respuestas al peligro de futuras conductas punibles. En cuanto a la prelación de una u otra vía se ofrece la solución "vicaria" que permite atender en cada caso al pronóstico individual sobre la efectividad de la reacción (artículo 79).

El anteproyecto *restringe el uso de la pena privativa de libertad*, con sus efectos criminógenos muy reales, y pasa la función de la protección de la sociedad, en cuanto la duración de la pena excedería el *grado del reproche*, a una medida de seguridad de acuerdo con la garantía de la proporcionalidad. Para abrir brechas en favor de una ejecución de la pena con efectos preventivos y para facilitar al Tribunal criterios para la medición de la pena, los artículos 39 y 40 establecen las pautas básicas para su ejecución.

X

El capítulo sobre las penas suprime, de acuerdo con la Constitución de 1992, la pena de muerte y la del destierro. En lo demás distingue entre penas privativas y no privativas de libertad y agrega algunas sanciones complementarias.

a) *La pena privativa de libertad*

A pesar de los efectos criminógenos conocidos de una privación de libertad todavía no se puede prescindir de ella. Sin embargo, al utilizarla, es importante un empleo cauteloso. En este conjunto es necesario diferenciar los aspectos de readaptación (artículo 20 CN) y de seguridad aprovechando las ventajas del sistema de doble vía. Esto permite adecuar la privación de la libertad, como pena, al grado de reprochabilidad y de subrayar su aspecto preventivo. En cuanto tal pena no basta para eliminar el peligro de futuras conductas delictivas, hay que posibilitar a una privación de libertad como pura medida de seguridad (artículo 74 PMP).

Para subrayar la función preventiva, constitucionalmente prescrita, de la pena privativa de libertad, el anteproyecto incluye entre sus reglas sobre la pena privativa de libertad algunas indicaciones sobre su ejecución. Se trata de los artículos 39 y 40 PMP que, además, juegan un papel importante en la medición judicial de la pena concreta (artículo 64 y ss. PMP).

Para evitar que la respuesta de la sociedad a delitos de menos gravedad y de autores primarios siempre sea ya la privación de la libertad, el anteproyecto prevé, en los artículos 41 y siguientes, una serie de posibilidades de *suspender, a prueba, la ejecución de la condena*. En estos casos la libertad depende del cumplimiento de una serie de condiciones que demuestran que ella no es un beneficio con tarifa cero sino una libertad vigilada sujeta a imposiciones y reglas de con-

ducta, como demuestra el catálogo del artículo 43 PMP y la intervención *facultativa* de la asesoría a la prueba. Con esto se adapta la idea de la "probation" inglesa a las condiciones de Paraguay; en especial, se ofrece un fundamento legal a las entidades no gubernamentales que ya trabajan muy valiosamente en este campo. Una de las condiciones de la libertad es el pago de una cantidad de dinero a una entidad de beneficencia; de esta manera se crea también un financiamiento adicional a la labor de las referidas entidades. Otra innovación es la posibilidad de utilizar, como condición de la libertad, el trabajo comunitario.

En los casos en los cuales no es posible prescindir del todo de la ejecución de la condena a una pena privativa de libertad, se prevé, por lo menos, el instituto de la *libertad condicional*, que es una fase importante para readaptar la persona a la vida en libertad. El artículo 48 PMP, naturalmente, extiende el sistema de condiciones y vigilancia, mencionado anteriormente, a la libertad condicional.

b) Penas no privativas de libertad

1) De acuerdo con las tendencias de una política criminal moderna, el papel de la pena privativa de libertad está asumido, en lo posible, por la pena de multa. Se adopta el sistema escandinavo de días-multa, que tiene la gran ventaja de atender tanto al delincuente rico como al pobre, en una forma justa. La pena de día-multa tiene en común con la pena privativa de libertad que su criterio rector es el tiempo: el de la privación de libertad o el de una reducción del nivel de vida. Este tiempo se determina de acuerdo con el reproche concreto. Luego se determina, de acuerdo con la situación económica del condenado, el monto concreto de la multa por día.

Este método de medir la pena, en primer lugar, según el tiempo permite y obliga a establecer, en caso de que quedare impaga la multa, la pena substitutiva de manera que un día-multa equivalga a un día de privación de libertad (Artículo 53 PMP).

2) Uno de los desafíos de la política criminal moderna es la existencia creciente de la delincuencia organizada, como por ejemplo el narcotráfico, el contrabando, y la receptación organizada. Este tipo de delincuencia requiere un financiamiento grande. Para impedir que delincuentes condenados a una pena privativa de libertad mantengan fondos para reorganizar sus actividades, el anteproyecto introduce la pena patrimonial (artículo 54 PMP) como nueva sanción.

Debido al aumento alarmante de la delincuencia en el tránsito, otra pena no privativa de libertad es la prohibición de conducir (artículo 55 PMP). Esta sanción tiene, según las investigaciones empíricas realizadas en países que utilizan la sanción, un efecto superior a la pena de multa.

c) Sanciones complementarias

El sistema -hasta ahora conocido- de las inhabilitaciones tiene desventajas. La concepción de una prohibición de ejercicio de una profesión es contraproducente respecto a la finalidad readaptadora del Derecho Penal. Por eso, tal prohibición se aplica solamente como medida de seguridad en cuanto exista un peligro real del empleo de la profesión para nuevos delitos (artículo 80 PMP).

Una segunda desventaja es el cómputo de la inhabilitación en el sentido de la pérdida de cargos públicos, o del derecho de elegir y ser elegido. Por eso, el artículo 57 fija el inicio de esta sanción al fin de la pena privativa de libertad.

Para el ámbito de ciertos delitos contra las personas, el anteproyecto vuelve a la idea de un *pago consolatorio*, que sirve puramente para el restablecimiento de la paz social entre el autor del delito y la víctima (artículo 58 PMP). Por no tratarse del resarcimiento de los daños ocasionados, este instituto permite reservar la cuestión de la indemnización al procedimiento civil.

En este contexto también se reglamenta la publicación de la sentencia (artículo 59 PMP) para los casos en los cuales el ataque a la víctima se ha realizado a través de la publicidad (p.e. artículo 150 PMP).

d) Apercibimiento y prescindibilidad de pena

Para ofrecer al Juez todas las posibilidades necesarias de encontrar la reacción justa y humana en casos especiales el anteproyecto amplía el abanico de reacciones penales. Se introducen las figuras del apercibimiento y de la prescindibilidad de pena (artículo 60 y ss. PMP).

e). Medición de la pena

Una reglamentación adecuada de la medición judicial de la pena es una llave para poder prestar atención estricta al principio de reprochabilidad en general y a la prohibición de penas que no correspondan al grado de la reprochabilidad.

El sistema tradicional español, reflejado también en los artículos 91 y 92 del Código Penal vigente, no puede solucionar este problema. Además restringe la competencia del juez estableciendo graduaciones muy formales. El juez paraguayo actual no merece esta desconfianza. Por eso, y en atención a la prohibición de penas absolutas, el artículo 64 del anteproyecto establece las bases de una moderna medición de la pena. Adicionalmente, atiende a la necesidad eventual de fijar nuevas penas cuando coincide una condena anterior con la actual.

XI

La segunda vía del sistema de sanciones penales consiste en las respuestas al peligro de la comisión de futuros delitos. El anteproyecto distingue entre medidas de mejoramiento y de seguridad, tanto privativas como no privativas de libertad.

Como ciertos delitos se deben a la incapacidad del autor de motivarse según la norma, sea por enfermedad mental, drogadicción u otras causales, es preciso combatir el peligro resultante de estas causas con medidas tales como el internamiento en un hospital psiquiátrico o de desintoxicación (artículo 72, 73 PMP).

Como ya se ha mencionado la diferencia entre funciones de readaptación y de seguridad, es sumamente importante una medida de seguridad privativa de libertad para los autores reincidentes que, a pesar de la ejecución de penas anteriores destinadas a su readaptación, todavía representan un peligro para la sociedad. Esta privación de la libertad depende de una prognosis de comportamientos futuros. Por eso, esta medida requiere de cautelas especiales. Estas cautelas también están previstas en los artículos 74 y siguientes del anteproyecto.

La sección 2 del capítulo IV atiende a medidas no privativas de libertad: la prohibición del ejercicio de profesión y oficio ya mencionada, y la revocación de la licencia de conducir.

XII

El capítulo V contiene las disposiciones sobre el comiso y el despojo. Estas figuras amplían marcadamente las posibilidades del Estado de poner los instrumentos y los productos del delito fuera del alcance de los delincuentes. Como existe la necesidad de hacer valer estas disposiciones aún cuando no se encuentre un dueño de estos objetos, hace falta una reglamentación fuera de la de las medidas (artículo 95 PMP).

Las reglas sobre comiso y despojo, que atienden al conflicto con la garantía constitucional del patrimonio de las personas, se han demostrado hasta ahora poco eficaces en la realidad de nuestros procedimientos. Por eso, el anteproyecto prevé, en forma cautelosa pero efectiva, una vía para prescindir de la prueba de la propiedad de los bienes encontrados (artículo 93). Es esta parte del anteproyecto la que, junto con reglas de la Parte Especial, como la del lavado de dinero (artículo 190 PMP), permite un combate efectivo contra la delincuencia grave.

XIII

La Parte General termina con dos capítulos sobre la instancia de parte y sobre la prescripción. En cuanto a la prescripción, se definen no solamente los plazos, sino también las condiciones de una suspensión del curso y de la interrupción de la prescripción. En estas reglas se encuentra una solución del conflicto entre la justicia material y las dificultades de una comprobación después de un transcurso amplio del tiempo.

XIV

Antes de presentar más detalladamente el contenido de la Parte Especial conviene explicar brevemente el método utilizado para describir, de acuerdo con las exigencias del principio de legalidad material, las conductas que, al reunir los demás presupuestos generales de la punibilidad, constituyen un hecho punible merecedor de una sanción prevista en la Parte General.

a) La estructura de los tipos penales

Los tipos penales describen conductas que violan una norma de comportamiento que debe su existencia a la necesidad de proteger uno o varios bienes jurídicos. De acuerdo con las dos formas de conducta -acciones y omisiones- se trata de *prohibiciones y mandatos*. El objeto de la obligación establecida por una prohibición es la omisión de una acción que menoscaba un bien jurídico; el objeto de la obligación establecida por un mandato es la realización de una acción que salva o protege un bien jurídico. La lesión de una prohibición constituye un delito de comisión, y la de un mandato, un delito de omisión.

De acuerdo con los menoscabos que pueden afectar un bien jurídico y con las necesidades concretas de su protección el anteproyecto distingue entre delitos de *lesión* y delitos de puesta en *peligro* del bien jurídico. Esta última categoría abarca dos grupos que son: los delitos de peligro *concreto* y los delitos de peligro *abstracto*. La diferencia entre los dos grupos está en el ámbito de protección y en la configuración del tipo. Un delito de peligro concreto protege al bien jurídico frente a situaciones que permiten la prognosis de una lesión; por eso, el acontecimiento de tal situación -llamado peligro- forma parte de la descripción del tipo legal. El ámbito mas amplio de protección de un bien jurídico es el de los delitos de peligro abstracto; el peligro de lesión del bien no entra en la descripción del tipo legal, y forma nada más que el motivo legislativo para la tipificación.

Para dar un ejemplo: al tipificar una conducta que causa una lesión como la muerte en el artículo 103 PMP, se trata de un delito de lesión. Si se tipifica una conducta que conlleva un peligro, como el de la muerte en el artículo 198 PMP, se trata de un delito de peligro concreto. Y si el tipo consiste solo en la descripción de una conducta considerada como peligrosa para, por ejemplo, la vida en el artículo 191 PMP, existe un delito de peligro abstracto. La ventaja de delitos de peligro abstracto es la posibilidad de evitar problemas de la prueba de la causación y del dolo de la lesión o del peligro concreto.

b) Tipos base y sus agravantes o atenuantes

La descripción de la conducta punible parte del tipo "base". Respecto a formas de comisión más -o menos- graves por circunstancias adicionales no ha dado buen resultado la técnica legislativa de colocar agravantes y atenuantes generales en la Parte General, pues deberían ser aplicadas para todos los tipos en la Parte General sin consideración de aspectos axiológicos. Por eso, el anteproyecto prefiere una individualización de los casos correspondientes en la Parte Especial.

Para dar un ejemplo: el tipo base de hurto simple (artículo 157 PMP), aplicado, por ejemplo, al hurto de una vaca conlleva una pena privativa de libertad de hasta cinco años o de multa. Si el objeto hurtado es una cosa de interés público, se aplica el tipo de hurto agravado (artículo 158 PMP) con un marco penal ya elevado. Si se trata de una forma peligrosa de comisión del hurto, por ejemplo, en caso de portación de arma de fuego, la pena es todavía mayor. Mayor reacción penal provoca la comisión del hurto en banda (artículo 160 PMP). Y si se procede al uso de fuerza contra las personas el tipo base de hurto se convierte en tipo base de robo (artículo 161 PMP), cuyo marco penal, ya muy alto, se amplía en caso de otros agravantes. Al final la configuración de tipo base y tipos agravados permite atender adecuadamente a todos los casos de hurto, tanto en el caso de abigeato como en el hurto o robo de coches o en el asalto a bancos.

c) El efecto del concurso de delitos

Al apreciar el ámbito de protección de un bien jurídico, deben considerarse también las reglas generales sobre el concurso (artículo 69 PMP), que permiten aumentar la pena prevista para el hecho punible más grave. Así, en el caso de la coacción sexual de una menor de 14 años, la pena privativa de libertad de hasta 10 años, prevista en el artículo 127, inc. 2, puede ser aumentada a la mitad, es decir a 15 años, por concurrir un delito de abuso sexual de niños (artículo 133 PMP).

XV

El capítulo I de la Parte Especial considera, en 9 secciones, los hechos punibles contra la persona, que es el sujeto y portador de todo el orden jurídico.

a) Hechos punibles contra la vida

El bien jurídico "vida" está protegido contra la lesión dolosa por el artículo 103 PMP. Como cada vida concreta tiene el mismo valor, las circunstancias agravantes contempladas en el inciso 2 se justifican por el método de ejecución peligroso para otras personas o la finalidad con que se comete el homicidio.

El artículo 104 PMP atiende a los casos en los cuales la víctima -por ejemplo a causa de un accidente- físicamente no es capaz de realizar un suicidio por sí sola.

El artículo 107 PMP considera conflictos, que en caso de dificultades del parto, pueden surgir entre la vida de la madre y del niño. Como la protección de la vida del niño empieza con el principio del parto -lo que excluye aplicar las reglas sobre el aborto-, una solución del conflicto en favor de la madre sería un homicidio del niño, al cual no se puede aplicar una causa de justificación como el estado de necesidad (artículo 19 PMP). Por eso conviene prever una reglamenta-

ción especial del caso, esperando que los avances en el arte médico permitan soluciones que no terminen en el sacrificio de una de las dos personas.

b) Hechos punibles contra la vida creciente

El Artículo 4 CN garantiza la protección de la vida, "en general, desde la concepción". Con esto se considera la vida creciente como un bien jurídico al lado de bien jurídico "vida de la persona ya existente". Esta diferencia permite, constitucionalmente, una reglamentación especial del aborto.

El tratamiento del aborto en el ámbito del Derecho Penal es un tema sumamente conflictivo por la colisión del interés en la preservación de la vida creciente y de los intereses, también legítimos, de la embarazada. Las posturas existentes en la sociedad paraguaya oscilan entre la aplicación de las reglas sobre el homicidio (agravado) y la despenalización total. Frente a esta situación, que también se ha reflejado en las discusiones de la comisión redactora del anteproyecto, se ha tratado de encontrar una solución con base en dos consideraciones. La primera rechaza cada postura que niega la existencia de un bien jurídico autónomo que es la vida creciente. La segunda es la preocupación por una solución del conflicto que es la más efectiva en la realidad empírica.

Esta realidad, de momento, también se caracteriza por la existencia de disposiciones punitivas muy estrictas, por un lado, y por un número muy reducido de condenas correspondientes, a pesar de indicaciones de una cifra negra sumamente elevada.

Las soluciones tradicionales, que optan exclusivamente por una punición grave del aborto, conllevan inevitablemente un cierto número de casos de pérdida de vida o salud de la embarazada y, de esta forma, desvían el peligro de muerte del feto a la madre. Hay otras soluciones que buscan otra salida: la de eliminar las causas de los conflictos que inducen a una embarazada a practicar un aborto, y de emplear el Derecho Penal como medio de influir sobre la embarazada con el fin de acudir a las ofertas de la sociedad antes de tomar la decisión.

Frente a estas dos corrientes la comisión redactora ha decidido de ofrecer al legislador una propuesta en el segundo sentido, para ampliar la discusión parlamentaria del tema. De esta manera no descarta la aceptabilidad de otras decisiones.

Para señalar que todo aborto es una lesión de un bien jurídico, el artículo 108 establece su punibilidad. De esta regla general, el artículo 109 considera excepciones que dependen directamente del cumplimiento real de la garantía contenida en el artículo 54 de la Constitución. Cuanto más ayuda real se da a la embarazada tanto más justificado será excluir excepciones; si las ofertas no se dan, se abre el camino a ciertas excepciones.

Estas excepciones, solamente en el sentido de que un aborto típico, antijurídico y reprochable puede ser eximido de pena, dependen de dos condiciones: la existencia de ciertas indicaciones que corresponden a los criterios establecidos por las Naciones Unidas y un procedimiento especial para la averiguación de los

presupuestos de las eximiciones y para un asesoramiento de la embarazada acerca de la posibilidad de solucionar su conflicto, en favor de la vida creciente. Respecto a las indicaciones, la decisión de eliminar o cambiar una de ellas no afectaría la idea general de la solución; la solución también sería operativa si todavía no existe la infraestructura -que debe ser reglamentada por una ley- para el asesoramiento de la embarazada.

c) Hechos punibles contra la integridad corporal

El anteproyecto protege la integridad corporal frente a maltratos corporales y lesiones, aumentando la pena si la lesión conlleva peligro de muerte para la víctima u otros efectos muy graves. Además, aplica la idea de un pago consolatorio para ampliar la posibilidad de reestablecer la paz social.

El artículo 117 establece la punibilidad de una omisión de evitar la muerte o lesión de otro, para personas que no son garantes en el sentido del artículo 14. Además, se fomenta el cumplimiento del deber correspondiente con la sugerencia de incluir en el seguro social los daños a la persona que cumple con su deber de asistencia. Esto es un ejemplo para la conversión de la idea del Estado social (Artículo 1, CN), en una regla concreta del ámbito penal.

d) Exposición de individuos a peligro de vida e integridad corporal

Con el fin de ampliar la protección de la vida y la integridad corporal se incorpora un delito de peligro concreto en forma del artículo 118, sobre el abandono.

e) Hechos punibles contra la libertad

La protección del libre desarrollo de la personalidad se realiza mediante delitos contra la libertad de formar y realizar la voluntad de comportarse: la coacción y la amenaza. Un caso especial es el tratamiento médico sin consentimiento. El artículo 122 elimina el problema que surge de la identificación del tratamiento médico con una lesión por lo menos típica. El tratamiento médico exitoso no puede constituir una lesión de la integridad corporal. Si esta intervención exitosa se efectúa sin consentimiento, el hecho pertenece claramente al ambiente de la protección de la libertad de la voluntad.

Los atentados contra la libertad física de las personas están reglamentados en los artículos 123 y siguientes. Respecto a las privaciones de libertad en abuso de funciones públicas, el artículo 123, inciso 2, numeral 2, prevé un marco penal aumentado.

f) Hechos punibles contra la autonomía sexual

El anteproyecto considera, en materia de los delitos sexuales, el bien jurídico protegido, no en el pudor o en la moral, sino la voluntad de la persona y la protección de la juventud, que todavía no es capaz de formar una decisión responsable acerca de su comportamiento sexual.

El artículo 127 considera, en primer lugar, toda coacción en materia sexual, punible ya de acuerdo con el artículo 119, como tan grave que merece una pena marcadamente mayor. La razón de aumentar la pena todavía más, para el caso del coito forzoso con una mujer, es el peligro (abstracto) de que surja de este hecho punible la concepción de una vida que, por ser fruto de un hecho punible de esta índole, siempre enfrentará condiciones psicológicas adversas.

Como el marco penal es muy amplio, sería muy difícil la fijación de la pena exacta con las reglas generales sobre la medición de la pena. Por eso, se prevé la posibilidad de atender a ciertos casos con más flexibilidad; los detalles están reglamentados en el inciso 3.

Otros atentados punibles contra la autonomía sexual son: la trata de personas, el abuso sexual de personas indefensas y el abuso sexual de personas internadas. En este último caso, el anteproyecto opta por una solución rigurosa, que tiene la finalidad de excluir de una situación de inferioridad de la víctima todo acercamiento sexual, sea consentido o no.

g) Hechos punibles contra menores

El artículo 132 amplía la protección de la integridad corporal. Al mismo tiempo, permite castigar también el maltrato psíquico, no abarcado por los delitos de lesión.

De acuerdo con el criterio arriba expuesto, el anteproyecto trata de proteger a los niños contra abusos sexuales, aunque sean consentidos. En este sentido, obran los artículos 133 al 136. Se considera el delito de proxenetismo. En este ámbito se quiere combatir especialmente la conducta comercial que permite también sanciones más graves en el sentido de los artículos 54 y 93.

h) Hechos punibles contra el ámbito de vida y la intimidad de la persona

Cada persona requiere, para el desarrollo de su libertad personal, la protección de un ámbito de vida y de su intimidad. Por eso, el anteproyecto no solamente atiende a la violación del domicilio sino también a la esfera personal íntima de la vida. Otro aspecto del bien jurídico aquí protegido es el derecho a la comunicación y a la imagen, a la confidencialidad de la palabra, al secreto de la comunicación y a secretos privados. Los artículos 139 y siguientes ofrecen soluciones legislativas de acuerdo también con soluciones aceptables de conflictos de intereses de la persona con los del público en una información amplia.

i). Hechos punibles contra el honor y la reputación

Respecto a esta materia muy delicada, el anteproyecto adopta el criterio siguiente: la verdad no puede violar el bien jurídico "honor", pero sí la esfera íntima de la persona.

El ataque más grave al honor y a la reputación es la mentira; por eso, se considera como delito más grave la calumnia, tipificada en el artículo 145. La persona que afirme o divulgue hechos referidos a otro, idóneos para lesionar el honor, siempre asume el riesgo de que no es posible comprobar la verdad de lo declarado. Para no restringir demasiado la libertad de opinar, el artículo 146 deja camino a la crítica racional o a la persecución de intereses privados y públicos. De todas maneras, toda declaración respecto a otro tiene que conservar ciertas formas de cortesía, si no se quiere incurrir en la pena prevista para la injuria.

XVI

El capítulo II de la Parte Especial sobre los hechos punibles contra los bienes de la persona está estructurado en base a los bienes jurídicos protegidos, que son los derechos individuales con valor económico y el patrimonio en su totalidad.

a) Hechos punibles contra la propiedad

El derecho individual con valor económico más importante es la propiedad. Como no es posible quitar al propietario su derecho -esto sería una expropiación en el sentido estricto de la palabra- los ataques importantes son: la destrucción física del objeto del derecho de propiedad, por un lado, y el reemplazo del titular del derecho en su ejercicio, por el otro. .

Los artículos 153 y siguientes amenazan con pena los delitos de daño, partiendo de un tipo base, y agregan agravantes que se fundamentan en el interés común respecto a la cosa dañada o en la importancia de una obra construida.

El tipo base de la apropiación de una cosa ajena está contenido en el artículo 156 y se aplica independientemente de quien tiene la posesión física de la cosa. La fórmula refleja claramente la naturaleza del delito: se trata de desplazar al propietario en el uso de su derecho y de desplazarlo por sí u otro.

Si a la apropiación se junta la lesión de la posesión de la cosa ajena, el delito se convierte en hurto (artículo 155), que luego se considera también bajo el aspecto de una variedad de agravantes. Entre estas, se encuentran la comisión del delito en forma organizada.

Para señalar la cualidad material distinta de los hurtos cometidos mediante la aplicación de la fuerza, o mediante amenazas de peligro inminente para la vida o la integridad corporal, se cambia la denominación de "hurto" y se aplica la de "robo". Los artículos 161 y siguientes contemplan ese delito con sus agravantes correspondientes. Para también poder combatir el uso de la fuerza para mante-

nerse en la posesión del botín del hurto, el artículo 146 permite aplicar las penas previstas para el autor de un robo, es decir, los agravantes inclusive.

La figura del "furtum usus", se contempla en el artículo 165 sobre el uso no autorizado de un vehículo de motor.

b. Hechos punibles contra otros derechos patrimoniales

Por no tratarse de un objeto material, no son aplicables las reglas sobre daño y apropiación a la sustracción de energía eléctrica, la alteración de datos y el sabotaje de computadoras, el anteproyecto introduce disposiciones especiales. Estas disposiciones cierran una laguna muy importante del derecho vigente y atienden a la importancia económica que tiene el procesamiento de datos en la sociedad moderna.

Una parte importante del patrimonio es el derecho a un resarcimiento por daños causados en accidente de tránsito. Este derecho se ve frustrado cuando la víctima del accidente no puede obtener los datos necesarios para llevar a cabo un procedimiento civil. Por eso, el anteproyecto introduce una regla especial que atiende también al conflicto con el derecho de no declarar contra sí mismo (artículo 171).

Gran importancia fáctica tienen los atentados contra el derecho del acreedor. El anteproyecto atiende a ese tipo de delincuencia, no solamente con un artículo sobre la frustración de la ejecución individual (artículo 172) sino también sobre la quiebra (artículo 173 y siguientes). En este contexto, se contempla una serie de comportamientos que conlleva la frustración de los derechos de los acreedores, pero solamente cuando acontece la condición objetiva de la punibilidad descrita en el inciso 5 del artículo 73. Como delito de peligro también se considera la violación del deber de llevar libros de comercio.

c. Hechos punibles contra el patrimonio

El patrimonio, definido como la suma de los bienes económicos a disposición de una persona, requiere de una protección frente a cuatro tipos de agresión: los medios de fuerza, de mentira, el abuso de una posición de garante y la explotación de una dependencia económica.

La primera forma de lesión del bien jurídico está contemplada en los artículos 179 y siguientes sobre la extorsión.

La agresión mediante la mentira está recogida en el Artículo 181 sobre la estafa, que obtiene aquí una configuración más amplia y más clara que las tipificaciones hasta ahora conocidas. Al lado de la estafa, se introduce un nuevo tipo sobre operaciones fraudulentas por computadoras, pues las conductas correspondientes no serían subsumibles bajo el concepto clásico de la estafa.

Se amplía el campo de protección mediante los artículos sobre el siniestro de cosas con intención de estafa de seguro y, en especial, sobre la promoción fraudulenta de inversiones (artículos 183 y 184).

La lesión de confianza descrita en el artículo 185 trata de evitar conductas nocivas de personas que, por una posición de confianza, tienen acceso fácil al patrimonio ajeno. Ciertamente parentesco con el delito anteriormente mencionado tiene el abuso de tarjetas de crédito, contemplado en el artículo 186.

Para evitar la explotación de la necesidad, ligereza o inexperiencia de otro, se introduce la figura de la usura (artículo 187).

d) Hechos punibles contra la restitución de bienes

Una causa de la delincuencia patrimonial es la comercialización del botín. Por eso, hay que insistir mucho en el combate de las conductas correspondientes. Con esta finalidad, el anteproyecto reglamenta el encubrimiento en la Parte Especial (artículo 188). Además agrega al delito de reducción una disposición sobre el lavado de dinero. Como esta disposición tiene consecuencias muy importantes para la actuación de los bancos, se trata de dar al dinero una forma que se corresponde con el principio de legalidad material y que también guarda los intereses del sector bancario.

XVII

En el capítulo III se tutela la seguridad de la vida y la integridad corporal de las personas frente a peligros supraindividuales.

a) Hechos punibles contra las bases naturales de la vida humana

Con razón, la Constitución vigente garantiza el desarrollo del *hombre* en un medio saludable y ecológicamente equilibrado. El bien tutelado es, por consiguiente, no el medio ambiente por sí, sino la vida humana que requiere para su existencia un serie de bases naturales. Los delitos llamados ecológicos son en realidad delitos de peligro para la vida de una multitud de seres humanos.

Las bases naturales de la vida humana son las aguas, el aire y los suelos. Por eso, el anteproyecto introduce una serie de disposiciones que amenazan con pena a ciertas conductas nocivas para estos medios de vida (artículos 191 y siguientes). Con estas disposiciones atiende también a las dificultades de establecer responsabilidades personales por conductas nocivas y a la dependencia de cada regla punitiva de las reglamentaciones administrativas.

b) Hechos punibles contra la seguridad de las personas frente a riesgos colectivos

La sección 2 abarca los delitos tradicionalmente llamados de peligro común (Artículo 197). Para evitar dificultades de prueba, adopta una nueva fórmula que permite atender a los casos en los cuales el autor, antes de actuar, ha excluido la realización de los peligros correspondientes.

Luego se agrega una serie de nuevos tipos destinados a combatir actividades peligrosas de construcción, la exposición a lugares de trabajo peligrosos y, sobre todo, la comercialización de medicamentos, alimentos, sustancias químicas y de otros objetos nocivos (Artículos 198 y siguientes).

c) Hechos punibles contra la seguridad de las personas en el tránsito

Debido al marcado aumento del tránsito, también se aumenta el número de las víctimas del mismo. Aquí es necesario tomar medidas también penales. A título de ejemplo, se mencionan los atentados al tráfico aéreo y naval, contemplados en el Artículo 206. En cuanto a todas las formas del tránsito, hay conductas nocivas externas e internas, entendiéndose como internas el comportamiento falso de los que intervienen como conductores. El anteproyecto contempla ambas formas en los artículos 207 y siguientes.

d. Hechos punibles contra el funcionamiento de instalaciones vitales

Otro peligro supraindividual para la vida y la salud de las personas surge de atentados contra el funcionamiento de servicios públicos. Por eso, el anteproyecto amenaza con pena la perturbación de tales servicios y de instalaciones de telecomunicaciones (artículos 211 y 213). Considerando la situación especial del Paraguay en cuanto a instalaciones hidráulicas, el anteproyecto considera especialmente los daños a tales obras, que conllevan un peligro concreto para la vida o el cuerpo de otros (Artículo 212).

XVIII

El capítulo IV contempla los hechos punibles contra la convivencia de las personas, abarcando gradualmente los distintos ámbitos en que se desenvuelven el matrimonio, la familia y la comunidad. Se penan todas las formas de falseamiento del estado civil -parte del combate del tráfico de bebés-, la bigamia, el incumplimiento del deber legal de manutención, la infracción del deber de cuidado o educación, entre otros. Se incluye, como delito, el incesto, tanto por sus consecuencias negativas para la vida familiar, como por sus efectos.

Como innovación, se castiga el ultraje a la profesión de creencias, como medio de garantizar la libertad religiosa y de conciencia, y para evitar que las cuestiones religiosas contribuyan a agravar y a radicalizar las posturas de las partes involucradas en un eventual conflicto.

El anteproyecto configura un nuevo tipo delictivo: la perturbación de la paz pública (artículo 223). Con esto saca las consecuencias de acontecimientos conectados con comportamientos violentos en ocasión de manifestaciones públicas.

Una reglamentación importantísima es la punibilidad de una asociación criminal (artículo 227). Sobre todo en la formas organizadas de la delincuencia

existen dificultades respecto a la responsabilidad individual de las personas involucradas. Por eso, la disposición mencionada trata de quitar a estas agrupaciones todo el apoyo logístico que requieren para su funcionamiento.

Parte de la solidaridad ciudadana es por lo menos el aviso de graves hechos punibles inminentes. La omisión de tal aviso se castiga de acuerdo con el artículo 228, que también reglamenta excepciones en favor de personas de confianza.

XIX

El capítulo V reemplaza la noción de atentados contra la fe pública por conceptos más amplios y racionales. En todas las relaciones jurídicas, el dominio del derecho depende de la pureza de las pruebas. Por eso, se castigan hechos punibles tanto contra la prueba testimonial como contra la prueba documental.

El castigo del testimonio falso se dirige contra la mentira de una persona que, como fuente de la información, es normalmente conocida. Se contemplan tanto las mentiras ante un tribunal u otro ente facultado para recibir testimonio jurado, como la presentación de declaraciones juradas (artículos 230 y 231).

Los dos ataques más importantes contra la prueba documental son aquellos contra la autenticidad y contra la veracidad de un documento, entendiéndose como documento la materialización de un pensamiento en forma escrita, que permita, de por sí, conocer a su autor. En este sentido, en un documento inauténtico, el autor aparente y el verdadero son dos personas diferentes. Un documento falso es un documento cuyo contenido no corresponde a los hechos o la verdad: "mentira escrita".

El anteproyecto se basa en la necesidad de proteger la prueba documental contra cualquier documento inauténtico que pueda afectar la situación jurídica de una persona por la creencia errónea en la autenticidad.

En cuanto a los documentos auténticos, pero de contenido falso, el anteproyecto se concentra en la protección de documentos públicos; son aquellos documentos que, por sus efectos jurídicos especiales, se encuentran establecidos en la ley, en especial en el artículo 385 del Código Civil (artículos 238 y siguientes).

Se incluyen también manipulaciones de graficaciones técnicas que, por su naturaleza, no son subsumibles bajo los presupuestos de un documento. En ese contexto también se contempla el área de datos relevantes para la prueba (artículo 236 y 237).

XX

El capítulo VI abarca hechos punibles contra el orden económico y tributario.

Para subrayar la gravedad de hechos punibles contra el erario público se incluye en el Código Penal mismo la evasión de impuestos y -una innovación total- la adquisición fraudulenta de subvenciones. Debido a la complejidad de la materia, el anteproyecto trata de facilitar la aplicación de las reglas mediante va-

rias definiciones técnicas. Como en estos casos, una sanción meramente patrimonial no se ha demostrado como efectiva, se introduce también para estas conductas la pena privativa de libertad.

La sección 2 contempla los hechos punibles contra la autenticidad de monedas y valores, castigando también los actos preparatorios. La protección penal se extiende también a la moneda, marcas de valor y títulos de valor del extranjero. Esto es imprescindible en un mundo de interrelaciones económicas internacionales.

XXI

El capítulo VII abarca los hechos punibles contra el Estado, tanto respecto a su existencia como a su constitucionalidad y el sistema electoral. La transición a la democracia requiere de medidas efectivas para la defensa de este sistema, adoptado por la Constitución de 1992. Como en una democracia el verdadero soberano es el pueblo, que ejerce su soberanía mediante las elecciones, no se puede dejar a una ley especial el área de los atentados contra el sistema electoral. Por eso, el anteproyecto incorpora una serie de delitos electorales que se refieren a todas las formas de conducta que pueden resultar en una falsificación de la voluntad de los electores (artículo 263 y siguientes).

Se consideran como hechos punibles contra la seguridad externa del Estado, la traición o la revelación de secretos de Estado y la obtención de los mismos (artículos 271 y siguientes).

Para garantizar el funcionamiento de los órganos constitucionales, los artículos 275 y 276 amenazan con pena una serie de coacciones contra los mismos.

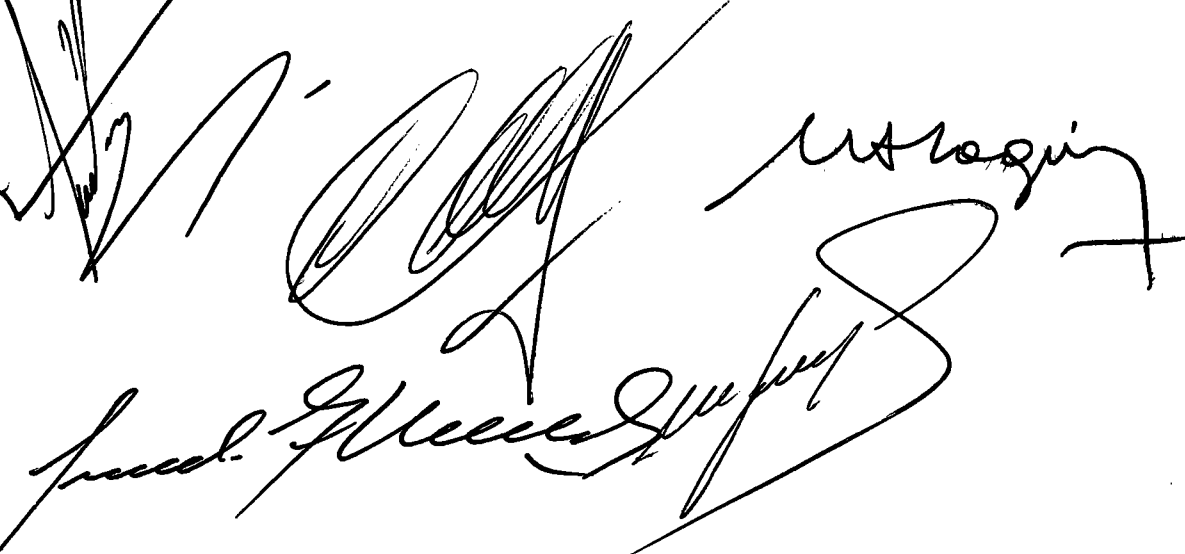
XXII

En concordancia con la idea de la división de los poderes adoptada por la Constitución Nacional, el anteproyecto reglamenta, en las secciones correspondientes, los hechos punibles contra la administración de la justicia y contra la administración pública.

La última sección de este capítulo reúne una serie de hechos punibles contra el buen ejercicio de funciones públicas, subrayando, con los artículos 289 y siguientes, la importancia de un combate coordinado contra la corrupción. Otro tema contemplado es el abuso de funciones públicas para la comisión de delitos comunes: lesiones corporales y coacciones. Pertenece también a este contexto el castigo de la persecución de inocentes.

XXIII

El último capítulo de la Parte Especial abarca los tipos de genocidio y de crímenes de guerra. El artículo 308 reviste importancia también respecto a la protección de las pueblos indígenas protegidos expresamente por la Constitución (Capítulo V, artículos 62 y siguientes CN).


 Fred. Greenwood