

REVISTA DE DERECHO

PUBLICADA TRIMESTRALMENTE POR EL SEMINARIO DE DERECHO PRIVADO
DE LA

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

DIRECTOR: DAVID STITCHKIN B.

DIRECCION Y ADMINISTRACION: ESC. DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

AÑO XII - CONCEPCION (CHILE). ABRIL - JUNIO DE 1944 - N.º 48

INDICE

EDITORIAL

LA REVISTA DE DERECHO Y EL COLE-
GIO DE ABOGADOS DE CONCEPCION PAG.

MANUEL LOPEZ REY-ARROJO	PROYECTO OFICIAL DE CODIGO PENAL	”
DAVID STITCHKIN B.	EL MANDATO CIVIL (CONTINUACION)	”
VICTOR VILLAVICENCIO G.	DE LA NOTIFICACION POR AVISOS	”

JURISPRUDENCIA

RECONOCIMIENTO Y CONFESION DE
DEUDA ”

MANUEL LOPEZ-REY ARROJO

PROYECTO OFICIAL DE CODIGO PENAL

Presidencia de la República

B. 1676-43

MENSAJE

La Paz, 10 de Noviembre de 1943.

Al señor doctor don

Manuel Carrasco, Presidente del H. Senado Nacional.

PRESENTE.

H. Señor:

EN los anales de la legislación boliviana existe un famoso decreto, el de 28 de Octubre de 1830, del Mariscal Santa Cruz, en el que, a modo de mensaje, se hace conocer a la Nación y pueblo bolivianos la necesidad, expresada por la opinión pública, de que se dictasen nuevos Códigos, conformes con el espíritu del siglo, de libertad y de una nueva filosofía. En el mismo texto se agregaba que sólo unas leyes claras pueden asegurar una buena administración de justicia y que sólo ésta, a su vez, es capaz de asegurar los derechos del ciudadano e inspirarle esa tranquilidad en que consiste la libertad y el goce de cuanto es más caro para el hombre constituido en sociedad. También se ha-

blaba en ese memorable decreto de la inutilidad del rigor de las penas y de la conveniencia de prevenir los delitos.

Tales expresiones, manifestadas hace ciento trece años, son las que hago mías hoy, al dirigirme al Poder Legislativo enviándole el presente proyecto del Código Penal, redactado por el Dr. Manuel López-Rey y Arrojo, catedrático de Derecho Penal y Criminología en la Universidad Mayor de San Andrés y penalista notoriamente conocido, proyecto revisado y modificado por la Comisión Codificadora Nacional y que representa dos años de asiduos y meditados trabajos.

Efectivamente, tras más de un siglo de evolución boliviana, el pueblo y la Nación precisaban ya de un nuevo texto penal, adecuado a las nuevas concepciones de la Libertad y de la Filosofía, conforme con las actuales y en lo posible, con las venideras concepciones del mundo y de la vida. Entonces, como ahora, las palabras son las mismas, pero su contenido ha evolucionado y así, los conceptos de persona, patrimonio, familia, Patria, Estado, economía, trabajo y otros muchos, fundamentales para la existencia y organización de un país, eran ya conocidos en aquella época y protegidos por el Derecho, pero su contenido, como bienes jurídicos, era muy distinto al que hoy, en 1943, se halla dentro de los mismos. La familia ha seguido subsistiendo y existirá siempre, pero lo que es y significa hoy, es muy diferente de lo que era y significaba antaño, lo que son y significan el Estado, la economía y el trabajo en nuestros días es también muy diferente de lo que eran entonces. Estas nuevas modalidades, tan nuestras hoy día, hijas de una configuración cultural de más de un siglo, de un siglo de progreso veloz, necesitaban de una nueva protección legal, de un nuevo ordenamiento que permitiera, no sólo la mejor convivencia social, sino también la realización de los fines del Estado y, sobre todo, el fin del Derecho que, en el aspecto que ahora nos interesa, es la limitación, el establecimiento de regulaciones en orden a lo que se puede y no se debe hacer. El Derecho supone, fundamentalmente, un freno al ejercicio de ciertas facultades individuales; es el límite dentro del cual, y para una adecuada convivencia, deben moverse todos, tanto la persona como el Estado mismo. Ahora

bien, para que esa función de límite y regulación armónica pueda realizarse, es imprescindible que el Derecho, como producto de la Cultura que es, se adecúe, se ajuste a las necesidades o exigencias culturales, no sólo del momento, sino también de aquellas que previsiblemente pueden, en el futuro, presentarse. Para lograr esto, el ordenamiento legal de un país debe sufrir las transformaciones que lo adapten a dicha evolución, pues un Derecho estático, fosilizado, lejos de facilitar una convivencia, base fundamental para la actuación jurídica armónica, da lugar a vacíos y conflictos que perturban esa convivencia, base fundamental para la actuación jurídica de los particulares y de las instituciones del Estado.

Por ello, Bolivia, al igual que entonces, transcurridos más de cien años, se halla en la ineludible necesidad de reajustar su ordenamiento legal a las nuevas concepciones de la época. Antaño, la Independencia, gloriosamente conquistada, imprimió nuevas directrices culturales a la vida boliviana que exigían nuevos Códigos fundamentales: el Civil y el Penal; hoy también, y por exigencias de nuestra propia evolución, se impone un movimiento codificador de índole general que permita llenar todos los vacíos e insuficiencias de nuestros códigos fundamentales que responden a concepciones culturales totalmente superadas hoy. Por no citar más que los Códigos Civil y Penal, diremos que, en esencia, el primero data de 1810 en cuanto es casi copia fiel del francés de dicho año, debiendo asignarse como fecha al segundo, la del año 1822, si se tiene en cuenta que su antecedente y modelo, en muchos aspectos simplemente copiado, es el español, de índole liberal, de dicho año. Ambos modelos responden a un mundo, a una vida que ya no son las de nuestro tiempo, a una manera de ser y conducirse, a unas instituciones, ideas y fines que no son nuestras desde hace muchos años y, sin embargo, tales textos son aún los que rigen o, mejor dicho, tratan de regir, en cuanto lo hacen defectuosamente, nuevas ideas, distintas instituciones y diferentes fines.

El distanciamiento entre nuestro Derecho fundamental y nuestra realidad era ya notorio. Surgió pues, evidente, la urgente necesidad de reformar nuestra legislación redactan-

do nuevos Códigos y esta es la labor a la que mi Gobierno ha prestado muy preferente atención.

Quizá pueda argüirse que, teniendo en cuenta la situación actual que atraviesa el mundo, la coyuntura para hacerlo no era la más propicia. El argumento, mucho más aparente que real, no tiene validez. Los que tal arguyeren olvidan que, si bien toda guerra mundial significa una evolución cultural, la misma no se plasma inmediatamente, sino que requiere un largo plazo, variable en su actuación en los distintos pueblos, según la psicología y cultura de cada uno de ellos. Si tomamos como ejemplo la guerra mundial de los años 14 al 18, es evidente que la evolución que siguió a la misma, no actuó con igual intensidad en todos los países del mundo. Salvo leyes de excepción inmediata en los países más afectados, las leyes fundamentales de los países no experimentaron grandes variaciones, sobre todo, cuando éstos, como Bolivia, se hallaban, materialmente, al menos, alejados de la contienda.

Olvidan también los que así arguyen que, aun partiendo de una convivencia internacional y de una evolución cultural universal, lo que determina esencialmente la vida de un país en todos los órdenes, es su propia y auténtica evolución y así, de nada servirá tomar modelos de fuera, si esencialmente no se tuviera en cuenta la evolución que un país por sí y para sí realizare en conexión con sus características peculiares, en las cuales los factores externos a él, sólo pueden actuar en limitada medida. Ocurre con esto lo que con las personas. Un grupo de ellas, de muy distintas características, pueden vivir un mismo mundo circundante, pero la actuación de éste sobre las mismas no será en todas igual, sino dependiente de la fórmula psicológica de cada una, de su manera de ser, determinada por sus tendencias, necesidades, usos y costumbres. Así también, en el mundo en el que las naciones viven, las transformaciones que un grupo de ellas experimenten, como consecuencia de una contienda, afectará relativamente a las que no se hallen directa o totalmente complicadas en la misma y ello, no precisamente en relación directa a la gravedad de dicha contienda, sino más bien en relación a su fórmula cultural nacional constituida por factores tan variables como la índole de la población,

clima, paisaje, organización económica y familiar, religión, usos y costumbres, etc. Será pues, la manera nacional la que determinará lo que de fuera se ha de aceptar pues, los pueblos deben configurarse de acuerdo a su propia autenticidad y así, de la misma manera que no existe una cultura única, sino una serie de culturas nacionales, igualmente y pese a varias utopias, no existirá una influencia jurídica universal ni tampoco un Derecho universal, sino multiplicidad de Derechos nacionales que, si bien podrán coincidir o aun unificarse en ciertos aspectos, siempre presentarán características propias, por responder también a genuinas nacionalidades que, si pueden aspirar a fines comunes de Libertad y Democracia, conservan, sin embargo, sus propias personalidades.

Partiendo de ello, la coyuntura histórica actual no es objeción, sino aliciente para el movimiento de codificación actual, ya que, primero, las consecuencias admisibles de la conflagración actual no van a dejarse sentir inmediatamente después de su terminación, pues, a raíz de la misma, lo más probable que acontezca, es una serie de reacciones de índole más o menos extremista que no podrán servir de pauta a Bolivia y la estabilización deseable de tales reacciones será obra de bastantes años y no toda ella, conforme a lo expuesto, será aplicable a nuestro país que tiene características propias.

En segundo lugar, porque el momento presente ofrece en sí, con la suficiente claridad, ciertas características que son las que se dibujan como estables y son las que subsistirán a raíz de la terminación de la lucha actual; una de ellas, la superación de una concepción materialista del mundo y de la vida en cualquiera de sus aspectos; otra, la necesidad de una mayor salvaguardia de los intereses y convivencia internacionales; una tercera, la de un mejor equilibrio entre la persona y el Estado, sin supeditaciones y absorciones perjudiciales; una cuarta, la de una mayor consideración de los intereses de la comunidad, tales como las riquezas naturales de la Nación; una quinta, la de una necesaria protección de los intereses económicos generales y del trabajo; una sexta, la disminución de una serie de privilegios, rasgos e intereses individualistas propios del siglo XIX. En resumen, un

conjunto de características que son las aplicables, con las debidas rectificaciones, a la realidad y autenticidad bolivianas, a esa realidad y autenticidad que no pueden esperar ya, sometidas a textos de hace más de un siglo, ni aspirar tampoco a ser regidas por textos hijos de extremismos que indudablemente encontrarán partidarios y que surgirán tan pronto la guerra actual termine.

Por otra parte y en tercer lugar, casi todas las nuevas orientaciones de las instituciones fundamentales del Estado: familia, patrimonio, riqueza nacional, función social, economía, trabajo, etc., se hallan, en lo esencial, marcadas ya por la Constitución Política, que si es cierto que ostenta preceptos y criterios que deberían ser modificados, respecto a ciertos bienes jurídicos fundamentales, se adelantó un tanto a su tiempo, y es indudable que en la rápida evolución de los últimos años ha venido a resultar como si hubiera previsto la nueva realidad, previsión que, querida o no, permite una adecuación entre el ordenamiento jurídico fundamental — Constitución — y la realidad no sólo presente, sino aún la futura, fenómeno de anticipación legalista relativamente frecuente en toda política y que, si aparentemente es criticable, ofrece a la larga y en ocasiones, como ésta, sus ventajas. En todo caso, es preferible esa anticipación, como estímulo que es y siempre que no sea descompasada, al hecho, desgraciadamente más frecuente, de que se legisle con criterios y fines atrasados. Ese avance constitucional, hoy adecuado, ha sido de un gran valor en la tarea codificadora presente.

Nuestra Constitución, en algunos de sus preceptos, quedó como un simple valor programático, programa cuya ejecución los años posteriores se han encargado de ir exigiendo y que ha de cumplirse de acuerdo a la realidad nacional, a esa realidad a que viene notoriamente estrecho un Código Penal de hace más de cien años y que no protege ya debidamente bienes jurídicos a los cuales se reconoce hoy un nuevo y gran valor. Así, ciertas formas de traición y de derrotismo, espionaje, quitacolumnismo, perturbación internacional, quebrantamiento económico, desintegración estatal, etc., no tienen cabida en el viejo texto vigente, siendo, sin embargo, forzoso asignarles calidad de delitos, y a algunas de ellas, urgentemente. Lo mismo puede decirse de otras conductas

PROYECTO OFICIAL DE CODIGO PENAL

101

que deben ser consideradas como antijurídicas en orden a la economía nacional, al trabajo, familia, etc.

Todo esto y más que pudiera citarse, es exigido por la actual coyuntura histórica y a ello obedece la presentación del adjunto Proyecto oficial de Código Penal, texto que contempla nuestra realidad; que ha venido a suplir vacíos que, en orden a una seguridad y estabilidad jurídica tanto estatal como personal, era necesario llenar; texto también que no trata de ser un conjunto de modernidades importadas, sino la adopción a nuestras exigencias del Derecho Penal moderno, y no de un Derecho Defensista, tan aceptado éste por países totalitarios que destruyen toda garantía, sino de un Derecho Penal concebido jurídicamente, manteniendo los principios de Libertad y Dignidad humanas dentro de una conjugación armónica de los dos bienes jurídicos fundamentales en toda sistemática penal: Estado y Persona.

Estimo que el presente proyecto satisface todas las condiciones que podrían exigirse a una reforma de la magnitud indicada. Representa la labor asidua y ardua de una comisión de juristas bolivianos y la de un penalista, notoriamente reconocido como tal, que ha estudiado seriamente nuestro país y que reside en él ininterrumpidamente, para mejor realizar su labor, desde hace ya casi tres años.

Por todo ello, presento al Legislativo de la Nación el adjunto Proyecto de Código Penal, revisado y aprobado por la Comisión Codificadora Nacional, para su estudio y consideración, haciendo notar que, en cuanto a la forma de su examen, la citada Comisión ha sugerido un procedimiento que, permitiendo ampliamente todo estudio, salvaguardaría la sistemática que todo código debe guardar.

Aprovecho la oportunidad para renovar al H. señor Presidente, los sentimientos de mi distinguida consideración personal.

(Fdo.) — *General Peñaranda.*

(Fdo.) — *P. Zilveti Arce.*

EXPOSICION DE MOTIVOS

*Excmo. señor Ministro de Gobierno, Justicia
e Inmigración*

Señor:

1.—*Indole y alcance de esta exposición.*— Es de uso constante que todo nuevo Código vaya precedido de una Exposición de Motivos que explique, en lo principal, la naturaleza del nuevo texto; sus fundamentos, directrices, estructura y fines del mismo. Con tal tarea se trata lógicamente, no sólo de explicar la obra realizada, sino también algo más importante, el justificarla.

Ahora bien, tales finalidades pueden hacerse con una mayor o menor extensión, determinada ésta por el mayor o menor contraste que el nuevo Código ofrezca respecto al anterior y así, si entre uno y otro, el mismo es escaso, la Exposición de Motivos será parca, limitada exclusivamente a aquello que como nuevo o modificador aparece en el texto que se acaba de redactar, pero si este significa una innovación profunda, razonable es deducir que esa su Exposición ha de ser mucho más extensa en cuanto ha de contemplar un mayor número de aspectos, innovaciones y reformas.

Y en este segundo caso, se halla la redacción del presente Código Penal que trata de sustituir al ya vetusto de 6 de Noviembre de 1834. En tal sentido, la tarea expositiva ha de adquirir una medida mayor que la que suele concederse a tal manester y ello no sólo por lo apuntado o sea por la lógica discrepancia, diferencias, contrastes e innovaciones que han de darse entre dos textos separados en la evolución de la Ciencia del Derecho Penal por un lapso de ciento nueve años — en realidad ciento veintiuno si se tiene en cuenta el inmediato modelo que sirvió a la redacción del actual, que fué el español de 1822 —, sino, también por el hecho de que como consecuencia de tales diferenciaciones y novedades, la presente exposición ha de suplir, en la medida de lo posible, una carencia con la que constantemente hemos tropezado en nuestra tarea codificadora y es la falta de trabajos sobre el Código Penal boliviano actual, que hubieran podido servir

desde un punto de vista doctrinal, como régimen de transición entre el viejo texto penal y el que trata de sustituirle.

Durante más de un siglo el Código Penal de 1834 ha vivido aislado, sin ser objeto de Tratado o Manual alguno y en las últimas décadas envuelto en una atmósfera doctrinal penal de indole positivista, atmósfera cuyo resultado en Bolivia, al igual que en otros países, no ha dado lugar más que a una crítica destructiva sin aportación científica o sistemática alguna en forma de comentarios, manuales o tratados. Con todo, se han tenido en cuenta y en limitada medida los trabajos siguientes: el Proyecto de Código Penal del Dr. Julio Salmón, del año 1935-36, al que hemos de referirnos en alguna ocasión, las concordancias, no comentarios, del que fué ilustre civilista Dr. Hernando Siles, concordancias hijas del meritorio esfuerzo de sus años mozos; el estudio, en lo posible, de una doctrina legal de la jurisprudencia nacional bastante contradictoria y algunos comentarios jurisprudenciales y observaciones del Profesor Manuel Durán, de la Universidad de Sucre. No ha sido posible tomar en cuenta las "Bases para un proyecto de Código Penal Boliviano" y la "Responsabilidad penal de los indígenas", obras que conocemos, del Profesor Medrano Ossio de Potosí, de los años 1939 y 1940, por responder ambos trabajos a una concepción positivista del Derecho Penal que no compartimos y ya superada y sobre la cual se dirá brevemente lo necesario en lugar adecuado.

La Exposición de Motivos presente tiene pues, que sustituir, en cierta medida, el vacío doctrinal existente, alargándose más de lo común en explicaciones y referencias. Por ello, las mismas adquirirán a veces, la indole de un comentario o parca disertación en las innovaciones de más acusado relieve. Con ello naturalmente, su alcance sobrepasa el de los límites normales de tales tareas expositivas, tratando de comprender en los suyos una tarea explicativa a fin de facilitar, en lo posible, la observancia y cumplimiento de las nuevas directrices y preceptos y evitar de otro lado críticas que, sin tal explicación se hubieran quizá ligeramente podido producir.

II.—*Elaboración del presente Código.*—Aunque la Co-

misión Codificadora Nacional ha ido publicando en los respectivos Boletines, lo que pudiéramos considerar como trabajos preparatorios del presente Proyecto, bueno será hacer una breve referencia a los mismos y al sistema seguido en la redacción del presente Código, a fin de procurar una mejor información a los que no hayan tenido conocimiento de tales tareas previas.

En Junio y Julio de 1940 y por encargo especial del entonces Ministro de Gobierno y Justicia, General Murillo, tras gestiones llevadas a cabo por el entonces Oficial Mayor de dicho Ministerio, señor don Hugo Salmón Tapia, comencé los trabajos previos para la redacción del adjunto Código Penal. Tales trabajos consistieron en aprovechar la invitación de que había sido objeto por las Universidades de Bolivia, para dictar conferencias, para recorrer los centros más importantes del país en búsqueda de datos sobre la índole y alcance de su criminalidad, régimen carcelario, funcionamiento de su justicia, ejercicio de la abogacía y otros aspectos atinentes a una auténtica y meditada reforma penal basada en la realidad boliviana. Fueron así visitadas las ciudades de Cochabamba, Oruro, Potosí, Sucre, Santa Cruz y otros lugares de menor importancia, recorriendo en todos ellos sus cárceles y un buen número de juzgados y Cortes; interrogando a profesionales y no profesionales y adquiriendo de la propia realidad y de las revistas y algunos trabajos, los datos fundamentales, todos los cuales hoy día constituirían un volumen de más de doscientas cincuenta páginas. Consecuencia de tal búsqueda y estudio, fué la presentación a la Comisión Codificadora, en 15 de Octubre de dicho año, de unas "Consideraciones Generales para la redacción de bases de un anteproyecto del Código Penal".

En dichas "Consideraciones" y partiendo de todo lo investigado y estudiado, se exponía en un Preámbulo nuestra concepción técnico jurídica del Derecho Penal, estimando al delito como un producto empírico cultural, concepto que no equivale a estimarle como algo de índole lógico-abstracta. Con ello, rechazábamos la tesis, ya anticientífica penalmente hablando, de considerarle como un "fenómeno natural", tesis a la que siguen todavía aferrados unos cuantos profesores y Facultades que siguen nutriéndose en estos aspectos

de un Positivismo — ni siquiera de un neopositivismo — ca-
duco a base de términos, postulados y principios ya supe-
rados, incluso por los neopositivistas actuales. Contra tales
concepciones confusas y difusas, de escasa o nula prepara-
ción, que han dado lugar a trabajos pintorescos, que revelan
en llamados profesores sólo aficiones penalísticas, con ten-
dencias a posiciones o grupos que hemos calificado en unos
casos de "positivoides" y en otros, de "ferrismo", tomamos
desde el primer momento posición contraria en dichas "Con-
sideraciones" rechazando todo lo que significara "Positivis-
mo", advirtiéndolo, en los límites de las mismas, que nuestro
anteproyecto sería, en su día, un anteproyecto que respon-
dería a una concepción, perdónesenos la redundancia, "ju-
ridica" del Derecho Penal y no a lo que entusiásticamente
por algunos se ha llamado "Defensa Social", Sociología Cri-
minal y "Positivismo fecundo" y no menos confusamente,
equivocando métodos y fines diferentes, Criminología.

Tras de ese Preámbulo, se hacían unas "Consideracio-
nes criminológicas", aplicadas a la realidad boliviana, divi-
didas en los siguientes puntos: Indicaciones previas; Carácter
del pueblo y del delito; Ambiente boliviano, con las subdis-
tinciones relativas a su medio económico, cultural y político.
La tercera parte, estaba dedicada a las "Consideraciones
jurídicas" expuestas, brevemente en seis puntos.

Dichas "Consideraciones generales" tendían a señalar
las líneas fundamentales en que habrían de moverse las Ba-
ses del futuro anteproyecto y constituían un trabajo que, es-
timábamos necesariamente previo para una redacción más ob-
jetiva y concienzuda de aquellas. La Comisión Codificadora
Nacional examinó y discutió dichas Consideraciones gene-
rales e introdujo las observaciones pertinentes, las cuales
fueron aceptadas por el que suscribe, aceptación visible en
determinados artículos del presente Proyecto oficial.

Una vez rectificadas y aprobadas dichas "Consideracio-
nes Generales", conforme al criterio de la Comisión Codifi-
cadora Nacional, se pasó a redactar las oportunas Bases del
anteproyecto, las cuales en número de veinte y acompañadas
de una a modo de explicación, fueron presentadas a aquella
con fecha 17 de Noviembre del citado año de 1940. Dichas
Bases fueron debidamente examinadas y discutidas, introdu-

ciéndose por la Comisión y el que subscribe en las mismas determinadas reformas. Para señalar algunas de las más fundamentales, citaremos la que suprime la presunción del dolo, la restricción que ha sufrido el arbitrio judicial, la limitación hecha al valor del consentimiento, el aumento hasta dieciseis años de la minoridad penal, y otras más que son fácilmente deducibles si se comparan dichas Bases con el texto del Proyecto oficial.

Aprobadas las Bases, tras las rectificaciones que se creyeron oportunas, se comenzó la redacción del anteproyecto que fué sometido al examen de la Comisión Codificadora Nacional, habiendo durado las discusiones sobre el mismo cerca de un año, introduciéndose también en esta última etapa una serie de modificaciones y rectificaciones, unas propuestas por los miembros de la Comisión y otras por quien esto redacta, todas con el afán de adaptar el nuevo texto a la realidad cultural y jurídica de la comunidad boliviana. A los tres años casi justos, de empezar los trabajos preparatorios de redacción ininterrumpidamente, el anteproyecto es un Proyecto oficial presentado por la Comisión Codificadora Nacional al Gobierno.

El método seguido, creemos sinceramente es el más adecuado y el que en la práctica da mejores resultados pues, es el que permite lograr con una mayor unidad técnica y en menos tiempo, un texto penal, cosas difícilmente obtenibles cuando el encargo del mismo se hace a una Comisión especial, en la que si todos los designados quieren actuar es difícil lograr una correcta sistemática a no ser, como con frecuencia sucede, que en esa Comisión sean sólo uno o dos los que hagan el trabajo, lo que en puridad equivale a encargar aquel a uno solo. Este sistema de encargar a una o dos personas la redacción del anteproyecto que después será sometido al estudio y aprobación de una Comisión, es el que se va abriendo más y más camino en contra del sistema de una Comisión más o menos numerosa de difícil y lenta actuación y es preferible todavía más, al peregrino, que anotamos a título de curiosidad de deformación penalista, de que sea un Congreso de Facultades de Derecho el encargado de la elaboración, sistema singular, nunca seguido y que mues-

tra un acabado desconocimiento de lo que es la misión de una Facultad jurídica y todavía más, el Derecho Penal.

Entre los Códigos penales vigentes y proyectos que han sido encargados a una o dos personas y después revisados, para entrar en vigencia, por una Comisión especial, merecen citarse entre otros los siguientes: el de Uruguay, obra del Profesor José Urureta Goyena; el del Perú, obra del Dr. Víctor M. Maúrtua, según se declara oficialmente por decreto de 5 de Enero de 1924, aunque con anterioridad, desde 1915, se había nombrado una Comisión redactora que no dió resultado brillante alguno; el del Brasil, uno de los Códigos penales más técnicos de Ibero América que es fundamentalmente el proyecto encomendado al Profesor Alcántara Machado y presentado por éste en 1938 y sometido después a una Comisión que, durante algo más de un año hizo el estudio y reformas pertinentes, convirtiéndose así, en el actual Código Penal del vecino país.

Entre los proyectos, merecen citarse el argentino de 1937, redactado por los señores Gómez y Coll, en el que son visibies notorias discrepancias por sustentar sus autores, puntos de vistas diferentes en cuestiones fundamentales, mas recientemente, en 1942, aunque sin carácter oficial, debe citarse el proyecto del Profesor Peco, uno de los más importantes trabajos que hemos consultado en el cual hay, con mucho, una superior técnica y sistemática respecto al anterior y ello, por ser obra debida a una sola persona y permitirle el neopositivismo que profesa su autor, una mayor sistemática.

En Bolivia mismo se ha seguido ese sistema unipersonal al encomendarse en Febrero de 1935, al Dr. Julio Salmón un anteproyecto de Código Penal, que aquel presentó en el rápido plazo de apenas ocho meses.

Por otra parte, si tenemos en cuenta el constante contacto y colaboración que durante tres años ha habido entre la Comisión Codificadora Nacional y el autor del anteproyecto, adentrado a su vez en la vida del país por su residencia constante en éste, creemos puede decirse que el nuevo texto presentado se ajusta a las necesidades jurídico penales de Bolivia, no siendo un Código que trae la "última palabra", ni un Código ideal, sino uno de índole real que en todo instante

ha tratado de captar, en lo penal, la realidad empírico cultural boliviana.

III.—*Aspecto formal.*— Es este uno de los más importantes en toda obra codificadora y abarca fundamentalmente, los siguientes aspectos: lenguaje, terminología, definiciones y casuismo.

a) *Lenguaje.*—En cuanto a éste, se ha procurado emplear en todo momento un estilo claro y preciso, evitando el exceso de tecnicismo, haciendo el texto fácilmente asequible a toda lectura, pero partiendo también del punto de vista de que un Código es algo de índole esencialmente técnica, cuya redacción no puede caer en lo vulgar, ya que los conceptos de esta índole por su vago contenido, con frecuencia controvertido, no son los más aptos para ser empleados en un Código que debe tener un estilo y responder a una finalidad que por sí misma impone lógica y teóricamente un lenguaje adecuado. Lo que debe procurarse, y ello estimamos ha sido logrado, es que el mismo posea un lenguaje sencillo y claro pero al mismo tiempo cuidado, tratando de emplear las menos palabras posibles y procurando que en idénticos casos se emplee la misma palabra a fin de evitar interpretaciones diferentes. Así, por ejemplo, la palabra *notoriamente*, con frecuencia utilizada, lo ha sido, aun a trueque de ciertas repeticiones, para evitar que empleando otra análoga se diera fácil acceso a una interpretación distinta basada en una simple estimativa literal. En los casos de índole análoga, diferenciados por ejemplo, por su mayor o menor gravedad, se han empleado también y por las razones apuntadas, las mismas palabras o expresiones, huyendo en todo caso de un alarde literario que si bien hubiera dado a la redacción del Código una mayor frescura, hubiera, sin embargo, dado lugar a una inseguridad jurídica que todo redactor de un Código debe evitar.

b) *Terminología.*— Respecto a ésta, se ha tratado de reducirla en lo posible, pero en todo caso la empleada es naturalmente diferente de la arcaica y ya inadmisibles, utilizada por el actual Código que habla, conforme a su época, de malicia, intención, delito y culpa, fautores, penas corporales y otras expresiones, ya inadmisibles, por muy apegadas que a ellas se halle una rutina judicial o abogadil que tiene forzo-

samente que ser abandonada pues, los nuevos términos no significan un simple cambio de palabras, sino de conceptos, técnica y fines que se expresan justamente por una nueva terminología. Para facilitar las tareas codificadoras y a petición de la Comisión, se redactó por el que suscribe un breve Vocabulario jurídico penal, que fué profusamente repartido y que tendia a procurar el conocimiento de una nueva terminología sustitutiva de la arcaica empleada por el viejo Código y de la utilizada por "ferristas" y demás "naturalistas" del Derecho Penal.

La terminología introducida es muy reducida y de fácil expresión, tratándose en todo momento con ella, de afianzar las directrices del nuevo ordenamiento penal, tan distinto al anterior. Esta diferencia terminológica debe tenerse fundamentalmente en cuenta por todos los participantes en la administración de justicia en lo penal y es consecuencia ineludible de la sustitución del viejo Código penal que hace ya mucho tiempo debió ser reemplazado, teniéndose por los mismos presente que, lo que el nuevo Código Penal no diga expresamente debe ser suplido conforme no a las viejas concepciones deducibles del actual texto, sino de acuerdo a las que del presente sea dable obtener o respondan a la contextura y finalidad del mismo, todo lo que demandará, naturalmente, un mayor estudio en los encargados de aplicarle o de pedir su aplicación.

No obedeciendo el nuevo Proyecto a una finalidad represiva, sino de readaptación jurídicossocial, se ha evitado toda referencia a la represión, empleándose al señalar la sanción, exclusivamente dos verbos: incurrir e imponer, evitándose así el error técnico del proyecto Salmón que habla en su exposición de motivos de crisis de la represión, afirmando la defensa social para después emplear volublemente los términos de reprimido, penado y castigado, todos ellos incompatibles con los llamados principios de defensa social y de crisis de la represión, que se declaraban sustentar.

En dicho error, incurren también las bases "defensistas" bolivianas del Prof. Ossio, anteriormente citadas, cuando hablan de "delincuente reprimible", dando así terminológicamente al traste con el sedicente sistema de una "defensa social" que se dice sustentar.

Tales errores, en cierto modo dispensables en tanto quedaron encerrados en los límites de proyectos o semiproyectos, aunque alguno de estos se ufane en la mención de haber sido "aprobado" nada menos que en un Congreso de Facultades de Derecho, adquieren mayor relieve cuando aparecen en Códigos vigentes, como acontece con el Código del Uruguay, en cuya exposición de motivos se habla en sus primeras líneas, de evitar rigideces, de nuevas tendencias y de inspirarse en las exigencias de la defensa social para después, en flagrante contradicción técnica, emplear casi exclusivamente en cada artículo, al referirse a la sanción, la invariable frase de "será castigado", exactamente como la emplearía un Código clásico, como la emplea el venerable Código boliviano de 1834 — cien años más antiguo —, con la ventaja para éste, de que lo hace con menos frecuencia y no se vanagloria de "hacer" Defensa Social. Al Código uruguayo, le supera todavía en este sentido, el proyecto chileno de 1938, que a más de carecer pintorescamente de Exposición de Motivos, emplea en más de una ocasión, la frase de que el reo "sufrirá" ésta o aquella pena. Exactamente como en un viejo texto penal del siglo XVI.

Y es que se olvida por esos y otros redactores, y a advertirlo tienden las anteriores referencias, que en un Código las palabras o términos tienen no sólo un valor o sentido técnico, sino también otro de índole funcional, de enorme valor interpretativo y de ejecución, que se olvida por los "innovadores" positivistas y positivizantes, que llenos de entusiasmo demoleedor, y sin más baraje que el de la sedicente peligrosidad, olvidan algo fundamental en toda obra codificadora: la sistemática, dejando también de lado el valor psicológico de toda palabra o expresión y los alcances reformadores y educativos de una y otra. Poco variará la mentalidad de las gentes de un país en lo penal, si pese a las manifestaciones de "modernidad" de un Código defensista, esas gentes siguen leyendo en su texto que al delincuente, del que hacen los partidarios de la llamada Defensa Social eje principal de un sistema, en realidad sólo aparente, es "castigado" o "reprimido", empleando así las mismas expresiones de viejos textos penales, incluso seculares, las cuales en este aspecto han sido justamente olvidadas y superadas.

Aunque por su configuración positivista y neopositivista, no pueden ser tenidas en lo fundamental muy en cuenta, dada nuestra concepción técnico jurídica de la Ciencia y del Derecho Penal, justo es reconocer que algunos Códigos y proyectos de las tendencias que no compartimos, han sido técnicamente más consecuentes y así merecen citarse, entre otros, el Código Penal cubano denominado de Defensa Social y los proyectos Gómez-Coll y Peco, argentinos, que emplean respectivamente los términos de "incurrirá"; "se impondrá" y "se aplicará".

Con la frase descripción típica que hemos empleado, se ha querido indicar una función de concreción o conocimiento hecha por el legislador en orden a lo que debe entenderse por conducta antijurídica punible, o sea, el delito, función que, como decimos, es "determinandi" y no "essendi" ya que la descripción nunca es parte integrante de lo descrito, sino expresión concretizadora de éste, con lo cual afirmamos una vez más nuestro punto de vista de que la llamada tipicidad ni siquiera en un sistema de garantías penales de índole liberal, cabe estimarla como elemento del delito, posición nuestra manifestada ya desde 1934, discrepando en esto, como más tarde, en otras muchas cosas, del profesor Jiménez de Asúa, posición nuestra confirmada por un buen número de penalistas iberoamericanos, cuando en Enero de 1940 y en una de las sesiones del H. Congreso Latino Americano de Criminología, fué rechazada la ponencia en la parte que se apoyaba en la ya insostenible posición del citado profesor español.

A esa descripción típica ha de referirse tanto el juez como el abogado para ver si hay delito, incluso en los casos en que analógicamente y en referencia a tipos penales descritos, se admiten otros que no lo están, admisión que no supone una puerta abierta a la analogía, aun cuando ésta en lo venidero tendrá que ir teniendo más y más cabida en los futuros Códigos Penales, sino simplemente una mayor amplitud de lo que algunos suelen llamar para calmar escrúpulos, interpretación analógica, existente en todos los Códigos, incluso en los de índole más liberalística, como después veremos.

En esa descripción típica, en mayor o menor medida, hay siempre elementos descriptivos en orden al sujeto y ob-

jeto del delito y a las modalidades de la conducta respecto al medio, tiempo, lugar, etc., elementos que, cuando aparecen, tienen un valor fundamental y a los cuales se ha de adaptar la conducta aparentemente antijurídica para ver si la misma es delictiva. Esta tarea, no es, como erróneamente se afirma por los partidarios de una tipicidad, una simple función comparativa, sino de auténtica valoración en cuanto impone al juez valorar los elementos de la conducta con los expuestos en el artículo de que se trate, ya valorados por el legislador, pero que en cada caso concreto exigen de parte de aquel una nueva valoración, ya que la que hace el legislador en un momento histórico dado, no es forzosamente permanente, teniendo por tanto el juez siempre que realizar, en mayor o menor medida, una función creadora, aunque está en éste y otros aspectos, se mueva dentro de ciertos límites.

En esa estimación de la descripción típica, el juez debe tener presente que la limitación hecha en aquella respecto al sujeto activo del delito en orden a ciertos grupos de delitos, tales como los realizados por funcionarios, autoridades o personas que reúnan ciertas calidades, es tan sólo relativa y que el concepto de autor que se da en la Parte General, da cabida para considerar como tales a otros que, en principio no parecen caer por la referencia típica a una calidad, dentro de dicha descripción típica.

Han desaparecido también las añejas palabras de malicia, intención, voluntariedad, cuasi delito y otras más de índole técnicamente inadecuada y que no es raro encontrar aun en códigos "modernos" "defensista", ya que dichas expresiones no cuadran con la técnica moderna que usa exclusivamente los términos de dolo y culpa para designar lo que todavía se suele denominar atrasadamente por intención o imprudencia, negligencia o impericia.

c) Definiciones.— El anteproyecto rehusó en todo momento incluir definiciones en su texto, partiendo del criterio de que éstas son más bien cuestión ajena a un Código Penal y propia de la doctrina, pero ante ciertas observaciones de la Comisión Codificadora Nacional y partiendo de la novedad que el nuevo ordenamiento representaba y la carencia, salvo los escasos y estimables comentarios del Profesor Durán, de una jurisprudencia crítica y sistematizada penal nacional, se

optó por incluir aquellas que se estimaron fundamentales y por ende, indispensables. Naturalmente que tales definiciones, que en su lugar serán examinadas, se han hecho en la forma más flexible posible y no sólo partiendo del presente, sino también en vista de que sirvan para un porvenir lo más lejano posible.

Se han introducido así, entre otros los conceptos de causalidad, delito imposible, funcionario público, autoridad, militar, secreto, dirigentes y otros varios más, a fin de dar una mayor garantía en la nueva función penal que ha de desarrollarse. Con esto queremos indicar que tales definiciones no tratan de tener alcances jurídicos generales, o sea respecto a todo el ordenamiento jurídico boliviano, sino tan sólo respecto al área, concreción y límite que se ha expresado en el texto, para tales y análogos casos con la fórmula: a efectos penales pues, cada disciplina jurídica, aunque se valga de términos jurídicamente genéricos, lo hace configurando a estos según el fin específico que la disciplina persigue. Así, el concepto de funcionarios tendrá en derecho administrativo un concepto que, sin ser opuesto, no es tampoco exactamente igual al que emplea el Derecho Penal por perseguir ambos Derechos finalidades diferentes. Igualmente, entre Derecho Civil y Derecho Penal y a los efectos penales, puede haber ciertas diferenciaciones en orden al concepto de cosa mueble. Estas y otras peculiaridades son la consecuencia lógica de una configuración teleológica del Derecho, teleologismo que se manifiesta, aun existiendo uno común para todo el ordenamiento jurídico, en las distintas disciplinas que le constituyen y que no son más que diferentes aspectos de éste de índole superior y común. No se pretende pues, que las definiciones aquí incluidas sean válidas para todo el Derecho boliviano, lo cual no impide que si el aspecto correspondiente de éste carece de las mismas, puedan utilizarse las empleadas por el Derecho Penal, partiendo de la unidad de todo ordenamiento jurídico.

Conforme a lo anterior y sin prejuzgar en nada el aspecto civil que puede tener distinta regulación, si así se estimare, el Proyecto no ha hecho, a los efectos penales, distinción alguna respecto al parentesco ya que en Derecho Penal la distinción entre el legítimo y el llamado ilegítimo no

significa un grado de participaciones jurídicas, sino de afecto, de parentesco real, algo basado en una comunidad natural de sangre.

Por otra parte, siguiendo tal criterio nos hemos ajustado al artículo 132 de la Constitución de Bolivia. El hecho de que tal artículo haya sido y sea todavía más o menos criticado y aun se hable por alguien de un apuro en su aprobación, no obsta a que sea un precepto constitucional vigente, de estricta observancia sin que quepa el cómodo procedimiento de negar la vigencia de la Constitución en este punto y afirmarla, haciendo auténticos juegos malabares, al hablar del artículo 25 de la misma.

En principio, todo precepto constitucional significa un valor programático cuyo desarrollo corresponde a otras leyes. Estas tienen que partir de la afirmación constitucional en la regulación que realicen y esto es lo que se ha hecho en el presente caso, respecto al cual será conveniente nuevamente recordar que no se pueden aplicar criterios civilistas, aunque quien pretenda hacer uso de ellos se adjudique la doble condición de penalista y civilista.

Con tal aceptación del principio constitucional en el Derecho Penal, no se atenta en nada a la familia y al matrimonio, de ambos nos hemos ampliamente ocupado en la Parte Especial, sino simplemente se ha querido recoger en el ámbito de nuestra disciplina, una situación efectiva, de hecho, que exigía una consideración penal sin pretenderse en ningún momento establecer equiparaciones de ninguna clase.

Añadamos que la tendencia a no hacer distinciones del parentesco en lo penal, es ya visible, sobre todo, en la regulación de ciertas instituciones, entre otras, la legítima defensa, dejándose en este punto poco a poco de lado la fórmula de la legítima defensa del Código Penal español que tanta influencia ha ejercido en los Códigos Iberoamericanos, fórmula que mantenía una distinción, típica del siglo XIX y en cierto modo inútil, en cuanto en el número último de la misma daba cabida, bajo la palabra extraño, lo cual no se ajustaba a la realidad, a quien había sido excluido de los párrafos anteriores.

Esa no consideración del parentesco civil en lo penal y de admitir situaciones familiares o de convivencia de hecho, ha

ido adquiriendo mayor volumen en los códigos modernos, introduciéndose expresiones como las de allegados y los suyos que significan una mejor consideración de las realidades sociales respecto a las cuales, ningún Derecho y menos aun el Penal, puede permanecer indiferente. Uno de los más importantes pasos en tal generalización, lo dió ya en 1931 el Código Penal mejicano (distrito y territorios federales) respecto a cuyos preceptos atinentes, según diversas ejecutorias, para los efectos penales, no es preciso, en materia de parentesco, aplicar las reglas estrictas del Derecho Civil.

Agreguemos también que, esa tendencia a suprimir referencias al parentesco en instituciones genéricas y fundamentales, como la legítima defensa y el estado de necesidad, se puso ya de manifiesto en la Primera Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho Penal, celebrada en Varsovia en 1927. Más tarde esa tendencia fué seguida en las Bases redactadas en 1931 para el futuro Código Español. A dichas bases se había ya adelantado en América, el Código Penal peruano, y dicha orientación amplia, sin distinciones, está seguida también por el proyecto brasileño del profesor Alcántara Machado, que es aceptada en el Código Penal del Brasil. Recientemente, el Prof. Peco en su proyecto de Código Penal argentino, sigue también dicha amplia y humana dirección.

Por todo ello, el presente proyecto al igual que otros textos penales, no hace distinción de parentesco alguno en ciertos casos, aunque en otros mantiene, sin embargo, por exigencias jurídicas, la primacía del cónyuge, no equiparando a éste, el consorte.

Y añadamos nuevamente a fin de evitar precipitadas críticas, que en el presente proyecto la familia ha sido objeto de una protección penal especial cuidadosa, protección que no halló acomodo en el proyecto de Código Penal boliviano de 1935-36, pese a que en esta fecha existían doctrinal y legalmente, elementos más que suficientes para haber tenido dicha básica institución en cuenta en un nuevo ordenamiento jurídico penal.

d) Casuismo.— Este debe ser esencialmente evitado en todo Código y hemos tratado, en nuestra medida, de lograrlo.

Quizá en ningún aspecto del ordenamiento jurídico, ha

tenido la casuística tanta aceptación como en el penal y ello desde tiempos ya remotos, aunque los orígenes de dicho casuismo en unas y otras épocas, suele ser diferente. Así, mientras en la de los prácticos, especialmente en Alciato, Julio Claro de Alejandría, Farinaccio, Carpzow, Covarrubias y Antonio de la Peña, el casuismo que en ella se halla, a veces es ya desmenuzación, tiene su origen en buena parte en una configuración todavía civilística de la Ciencia del Derecho Penal, en la época constituida por la última década del siglo XVIII en adelante, la casuística es hija de un afán de garantía que da al Derecho Penal, más que a su ciencia, una índole rígida.

Ahora bien, esa rigidez garantizadora tiene por otra parte que amoldarse a la realidad y entonces el legislador, contemplando a ésta, trata de encajarla en aquélla a través de un sistema constituido fundamentalmente por reglas mecánicas en orden a las penas y por listas de casos en los artículos de los Códigos Penales del siglo XIX y en los más modernos, en tal aspecto en ellos orientados, que comprenden diez, doce y aun, en ocasiones, más de veinte supuestos, todos los cuales tratan de concretar harto limitadamente, pese a una apariencia de total previsión, toda la vida que la realidad ofrece. Se asigna así, el legislador una misión providencialista, de querer prever toda la posible antijuricidad penal en casos de homicidio, lesiones, estafa, hurtos, robos, traiciones, etc., y en la parte general, fijando requisitos rígidos y una mecánica penal complicada con acopio de atenuantes y agravantes todo lo cual, produce interminables listas de casos que quieren ser reales, pero que pierden su realidad viviente al enmohecerse en los artículos, ya que la realidad demuestra cómo una circunstancia, aun estimada legalmente como agravante puede a lo largo del tiempo no ser considerada siempre, de una manera exclusiva así o también, como las formas múltiples de la estafa escapan a los viejos criterios de una enumeración casuística del siglo XIX.

Surge así un formalismo legal, hijo de una configuración lógico abstracta del Derecho Penal de remoto origen civilista, que pierde contacto con la realidad, pérdida que no se salva ni aun consignando algunos Códigos, como lo hizo el español, ese su interesante artículo segundo que es la con-

fesión más patente del fracaso de un sistema absoluto que, subordina todo a una idea de garantía del delincuente, partiendo de una concepción ultra individualista del delito, como si no hubiera también que garantizar del otro lado a la comunidad, frente a hechos punibles que surgen de nuevas modalidades de cultura que el legislador no pudo prever.

Esa imposibilidad de preverlo todo providencialmente, se halla consignada en los propios textos penales de dicha concepción, cuando, como hace el español, modelo en el que muchos códigos iberoamericanos se han inspirado, se abre la puerta, aunque sea tímida y como vergonzantemente a esa realidad, al admitir en algunos supuestos una analogía o si se prefiere la llamada interpretación analógica, en preceptos como el número 9 del artículo 9, relativo a las atenuantes; en la parte final del número tercero del artículo 125 concerniente a la traición; el artículo 136 relativo a comprometer los intereses nacionales de un modo que no esté comprendido en este Capítulo; en el 140 que considera como delito contra el derecho de gentes cualquier otro atentado no comprendido en los párrafos anteriores y en el artículo 528 en el que se estima como delito contra la propiedad, el defraudar o perjudicar a otro usando de cualquier engaño que no se halla expresado en los artículos de la Sección al que dicho precepto corresponde.

Tales excepciones podrán discutirse, y de ello no se trata ahora, si son, como apuntamos, analogía o interpretación analógica o extensiva, pero sean lo que fueren, revelan la insuficiencia de todo casuismo y como éste, pese a su apariencia previsoras, va siempre detrás de la realidad.

Códigos ya más modernos que el español, aun conservando una casuística excesiva, renuncian en bastantes ocasiones a ella, así hace, entre otros, el argentino actual en sus artículos 146, 159, 172, 129, 194, 244 y 271 en que podrá discutirse si hay o no una admisión analógica, pero en ningún caso se podrá negar que existe allí un reconocimiento expreso, por parte del legislador, de la variedad imprevisible que la antijuricidad penal puede presentar.

Los ejemplos aducidos podrían multiplicarse. Todos ellos demostrarían de un lado, la insuficiencia de la casuística penal y de otro, la necesidad de redactar los Códigos con tipos

penales flexibles que, aun cumpliendo una función de garantía, permitan incluir en ellos conductas no limitadas a medios, formas, tiempo, lugar u otras modalidades y características conocidas y fijadas por el legislador en un momento histórico determinado.

Al tocar esta cuestión de la desaparición o disminución notoria del casuismo penal, rozamos el tema tan debatido de la analogía en Derecho Penal.

Salvo excepciones, la analogía todavía no ha tenido una franca entrada en los Códigos Penales, si bien es de esperar, y la marcha es creciente en tal sentido, que la misma, en un futuro no muy lejano, tenga sino plena aceptación, si, cuando menos, una mayor acogida a medida que mejore la preparación del juez penal y se comprenda que al lado de las garantías individuales es preciso permitir otras garantías sociales en las venideras Constituciones, las cuales permitan incriminar, conforme a ciertos requisitos, hechos, aunque éstos no estén descritos taxativamente por la ley.

En el fondo, aunque en forma limitada, los ejemplos apuntados son de verdadera analogía. Los partidarios de un positivismo jurídico penal, que no debe confundirse con el otro positivismo, se obstinan aun, en rechazar la analogía y admitir, sin embargo, la interpretación analógica o extensiva, distingo que si bien no es muy científico, calma, sin embargo, escrúpulos en orden a un afán de garantías penales, en parte ya bamboleante y que precisa ser edificado de otra manera y ello por la sencilla razón de que la estructura social de nuestro tiempo no puede acomodarse ya, a principios o dogmas de casi fines del siglo XVIII. Esto, tan elemental, no quiere verse y los positivistas jurídicos se empeñan aún, en hacer distingos inútiles, que en el fondo, si bien parcamente, admiten con etiquetas falsas, lo que no quieren

En primer lugar, y sobre ello no vamos a hacer más que breves observaciones a fin de justificar ciertos preceptos de nuestro Código, hemos de decir, algo ya apuntado en el párrafo anterior y es que en una época de una intervención del Estado creciente, de más íntima interdependencia entre la persona y aquel y de mayores fines comunes que imponen un mayor sentido de solidaridad y comunidad, resultan estre-

chos dogmas de evoluciones culturales ya superadas, precisándose otros que, desde luego, con las debidas garantías, protejan los intereses generales frente a lo que se ha llamado con razón Carta Magna del delincuente.

En segundo lugar, no debe olvidarse que el ordenamiento jurídico de un país debe formar una unidad en orden a los fines que el mismo debe cumplir y que, sin que ello sea equiparar el Derecho Penal al Derecho Civil como indica algún profesor, no hay ya razón para excluir en el primero lo que es admisible en los demás aspectos del ordenamiento jurídico, pues esa exclusión viene dada por considerar al Derecho Penal como un Derecho Penal-delito y no como un Derecho Penal-fin del Derecho.

En tercer lugar, es también un error el identificar el principio "nullum crime sino previa lege", con el otro, de más reciente fecha, de que no hay delito sin tipicidad. La tipicidad es una cosa y el citado principio otra, so pena de retrotraer todas las concepciones sobre la tipicidad a la época, bastante remota, en que el principio garantizador se formuló. Aun admitida la tipicidad como un elemento del delito, cosa que hemos negado, la misma puede coexistir con un sistema penal que admita la analogía, coexistencia que no es dable con la afirmación legal del citado principio. Este es un postulado fundamental, aquella una descripción, una ratio determinandi que puede, como decimos, no excluir, otros medios análogos de determinación.

En cuarto lugar, la línea divisoria entre una interpretación analógica y una analogía, es ilusoria o cuando menos tan circunstancial que, sobre la misma no puede edificarse toda una teoría de gradaciones interpretativas y basta para ello consultar la jurisprudencia penal de un buen número de países. Así, cuando en alguno, por ejemplo, España, el delito de contagio venéreo ha sido equiparado a las lesiones por carencia de un precepto penal adecuado y cuando la energía eléctrica ha sido equiparada, también por idéntica carencia, a una cosa mueble, cabe razonablemente preguntarse si estamos ante un caso de interpretación analógica extensiva o ante uno puro y simple, de analogía.

En quinto lugar, se olvida también que en toda labor interpretativa hecha por un juez hay siempre una tarea crea-

dora pues, interpretar que es adoptar un precepto a un hecho, especialmente cuando este es nuevo, es crear. Los que esto niegan, se aferran al llamado espíritu o voluntad de la ley, cosa que no existe por la sencilla razón de que lo que se estima como tal es la del legislador en un momento histórico dado, voluntad que por mucha que sea su visión providencialista no alcanza a prever lo que va a enfrentarse, años después, a esa misma ley. Así, la voluntad del legislador del Código Penal boliviano de 1834, de muy poco podría valerlos en los momentos actuales. Lo que importa es el fin de la ley o mejor aun, el fin del Derecho que no se agota por otra parte en la ley misma, sino que se ha de obtener del total ordenamiento jurídico y de los principios que informan a éste. No admitir esta concepción jurídica, única de índole humanista y que contiene, aunque no se crea, un propio sistema de garantías, es encerrarse por otros caminos, aunque éstos sean los relativamente modernos del "Kelsenismo", en una concepción lógico-abstracta, formalista, del Derecho, es retroceder y no ver que el ordenamiento jurídico de un país no es un conjunto de fórmulas sobre las cuales se puede tejer y destejer en complicados "distinguo", a su vez formalistas, sino un conjunto de principios en orden a ciertos fines y funciones, expresados unas veces por la ley y otras no. Lo que interesa en primer término, es el fin y la función y después la expresión formal de ambos, concepción que no excluye edificar, conforme a la misma, un sistema de garantías propio y no sostener con más o menos remiendos, principios formalistas de una época y concepción del mundo y de la vida que han sido ya superados, totalmente diferentes a los que ya se hallan configurándose en los momentos actuales.

En el presente proyecto, se ha partido de tal concepción del Derecho y de su ordenamiento y sin admitir la analogía, por no estar preparada para ella la realidad jurídica boliviana, se ha admitido, sin embargo, una aplicación analógica o si se quiere interpretación analógica, existente en mayor o menor medida en casi todos los Códigos, a la cual, dada esa realidad, no se le ha dado la extensión que hubiéramos deseado, aunque si una articulación más flexible que la que hasta ahora se ha venido admitiendo.

Con la admisión señalada y la reducción hasta donde ha sido posible del casuismo, teniendo en cuenta nuevamente esa realidad judicial boliviana, hemos dado al Código una flexibilidad que creemos ha de dar buenos resultados, dentro del limitado arbitrio judicial que el presente proyecto admite, habida cuenta, una vez más, de esa realidad. Se ha querido así, abarcar en lo posible el mayor número de modalidades de conductas antijurídicas dentro del artículo y conforme a la función limitadora de éste, evitando referencias casuísticas a las que tan apegado se mostró, pese a su fecha, el proyecto boliviano de 1935, casuismo que sólo se presta a que eluda la ley penal, mediante distingos y subdistingos, quien no debe eludirla.

Agreguemos que ese sistema providencialista reduce la actividad del juez penal e impide el mejoramiento de su capacidad técnica. Si comparamos la jurisprudencia civil y penal de un país cualquiera, se observará siempre una superioridad técnica de la misma sobre la segunda, superioridad debida en buena parte a que el juez civil ha podido siempre moverse con mayor amplitud que el penal, exigiendo esa amplitud un mayor estudio y capacitación, mientras que el penal, a modo de autómatas, se movía y se mueve aún, en buen número de países, dentro de la pobre técnica del "numerus clausus".

La tendencia de una disminución del casuismo, es perfectamente visible en el movimiento codificador moderno. Señalaremos entre otros, al Código Penal uruguayo, en el que la casuística, aún existiendo, es reducida si la comparamos con Códigos anteriores. Igualmente sigue este criterio anticasuístico en lo posible, el notable proyecto, ya citado, del Profesor Peco que en éste y otros aspectos, supera al proyecto argentino del año 1937.

La tendencia es pues, de concretar en un solo precepto flexible redactado, todos los casos que la realidad jurídico penal puede presentar respecto a un delito, en vez de obstinarse en enumerar supuestos que no agotan nunca esa realidad. Este criterio de flexibilidad y garantía, lo ofrece, quizá como el mejor modelo, el vigente Código Penal suizo, siguiéndole en parquedad, los trabajos de reforma penal en Alemania.

La casuística de los códigos penales de España, Argentina, Cuba, Chile, Méjico, entre otros y la mantenida, siguiendo viejos criterios, en proyectos modernos tales como los de Coll-Gómez y Salmón, es algo que tiende a desaparecer por ser algo que no se adapta ya a la complejidad y necesidades de la vida moderna. Esta exige y exigirá más y más, una mayor flexibilidad jurídica, una formación más real de los conceptos jurídicos, menos abstracción y formalismo, en suma, un Derecho que se adapte a la vida y que no trate de que ésta se adapte a él, como con el casuismo se quiere hacer. Es inútil pues, tratar de sostener en los textos penales esas enumeraciones, por ejemplo en orden a la estafa, de influencias, artificio, engaño, fingir crédito, empresa, calidad, situación, etc., indicaciones todas insuficientes para prevenir una estafa o en su caso, sancionarla, y tan típicas del siglo XIX.

Personalmente, el proyecto adjunto no sólo hubiera carecido de todo casuismo, sino que además hubiera sido mucho más breve, al reducir el casuismo que los artículos, aun ampliamente redactados, representan. Pero aquí también, en vez de dejarnos llevar por un ideal, nos atuvimos a la realidad jurídico penal boliviana. La transición hubiera sido, no sólo violenta, sino peligrosa y en fin de cuentas, inútil. Por ello, aun notoriamente reducido, mantuvimos aquel casuismo que no era posible suprimir sin provocar un divorcio entre el texto y su aplicación y la realidad.

IV.—*Bases filosóficas y concepción del Derecho Penal.*
—Todo Código Penal, debe obedecer a una concepción del mundo y de la vida, es decir, a unas bases filosóficas que le sirvan de fundamento, en cuanto el Derecho Penal y su Ciencia, como cualquiera otra disciplina, forma parte de un ordenamiento jurídico que, a su vez, debe ser configurado de acuerdo a unas normas de cultura, a una especial actitud filosófica que, en lo posible, debe adaptarse a un sistema. Existe una conexión íntima entre Filosofía, Política y Derecho Penal, de índole quizá más íntima que la que otra cualquier disciplina jurídica pueda mantener con las dos primeramente enumeradas y ello, por el hecho de que el Derecho Penal abarca un mayor número de valores culturales que el Derecho Ci-

vil. Mercantil, etc., pueden comprender. Mientras éstos contemplan aspectos más o menos parciales, aunque extensos de un conjunto de bienes jurídicos: propiedad, matrimonio, comercio, familia, etc., el Derecho Penal, se refiere no sólo a éstos, sino también al honor, dignidad, buenas costumbres, patria, trabajo, economía, diversas clases de patrimonio y a otros muchos bienes jurídicos, algunos de los cuales como el honor, dignidad y costumbres no se hallan sujetos a ninguna regulación estricta y sí, a una de índole normativa en cierto modo libre y flexible, bienes que significan una más directa conexión con la trayectoria cultural de un pueblo y que imponen por consiguiente, en el Derecho Penal, un contacto más íntimo con eso que ampliamente hemos denominado concepción del mundo y de la vida. De ahí también, el que el Derecho Penal haya de tener una mayor flexibilidad que las demás disciplinas jurídicas.

Ahora bien, esa fundamentación, esas bases en las que se sintetiza la manera de concebir el mundo y la vida, deben obedecer a un sistema y a una orientación y tanto uno como otra actúan en un doble sentido: de un lado el Derecho Penal, el ordenamiento jurídico-social que ésta representa, debe apoyarse en esa contextura histórica y de otro, a su vez, él influye en la evolución de la misma, encauzada, manteniendo o configurando bienes jurídicos. Partiendo de esa doble función, la Ciencia del Derecho Penal, de la que el Derecho Penal es expresión legal en un momento determinado, tiene que apoyarse de un lado en la política y de otro en la Filosofía, escogiendo o creando, en su caso, el sistema filosófico que la permita tomar en la realidad, de una realidad no dirigida, aquello que deba ser llevado al Derecho Penal.

Conforme a lo expuesto y como declaración previa, el presente Código Penal, abandona, la todavía en boga, con más o menos atenuaciones, concepción materialista del mundo y de la vida con todas las afirmaciones y luchas que la misma entraña. Creemos sinceramente que, la crisis actual del mundo, indica la superación de tal manera de concebir a aquel, y que los nuevos horizontes que se vislumbran ya en la tragedia presente, tienden a configurar un mundo en el cual, el hombre de tipo económico, el "homo economicus" de nuestro tiempo, no tendrá aceptación. Se marcha hacia

un mundo en el que los dos valores fundamentales del mismo: Estado y Persona, no serán considerados como dos valores antagónicos o absorbentes el uno del otro. Durante años y años, se ha mantenido una concepción individualista, con el consiguiente concepto del Estado liberal, del Estado que tenía enfrente al individuo, tesis que dió paso después a la de un Estado omnipotente que trataba por todos los medios de subyugar al hombre, de convertirse en medio para logro de fines estatales o a veces, de simple partido, especialmente del funesto partido único. Ambas posiciones, de índole extrema, tan terminado su ciclo y a lo que se tiende es, no a un antagonismo más o menos equilibrado de ambos elementos, a una pugna contenida de los mismos, sino a una conjugación armónica de los dos, lo cual es factible teniendo en cuenta que el mundo futuro será un mundo con un sentido más humanista, un mundo con abandono de privilegios de un lado y de otro, con igual abandono de extremismos más o menos reivindicatorios que, en sí no pueden solucionar ningún problema, sino a base de crear nuevos antagonismos o un mundo "dirigido". Se precisa un mayor equilibrio de la Técnica y del Espíritu, subordinando aquella a éste, no tratando de configurar al hombre desde puntos de vista de un capitalismo absorbente o de un extremismo destructor. De ahí, que al materialismo, expresión en la que comprendemos tanto el materialismo de extrema derecha como el de extrema izquierda o sea, el de más o menos poderosas entidades económicas desequilibradoras de un armónico funcionamiento estatal y el de una afirmación de una lucha de clases, le estimemos juntamente con los matices intermedios que entre dichos dos aspectos materialistas pueden darse, como superado y que, en la configuración del presente texto hayamos sistemáticamente rehusado una fundamentación ideológica materialista del mismo, partiendo en lo esencial de un más adecuado equilibrio, sin subordinaciones absorbentes entre los elementos que constituyen fundamentalmente la vida: Patria, Pueblo, Estado, Familia, Economía y Persona.

Para hacer esa equilibrada valoración que, en la ley supone una tarea orientadora para el futuro, era forzoso escoger un sistema filosófico que permitiera con la mayor flexibilidad posible, la articulación de los valores y bienes jurí-

dicos, articulación que implica una orientación hacia un mundo, en el cual el hombre tenga la auténtica categoría que debe tener: la de Persona y no la de medio o instrumento en la consecución de fines materialistas que pueden concretarse en la palabra: Producción, la cual no es ya patrimonio de una teoría extremista de izquierda, sino incluso de buen número de otras extremistas de derecha, pues todo dependerá del punto de vista desde el que se considere dicha Producción:

El sistema escogido, es el que brinda la llamada Filosofía de los valores. Con tal expresión, no queremos indicar un seguimiento absoluto de las concepciones de Rickert y Windelband, en parte también ya superadas, pero sí, que en lo fundamental, hemos seguido la distinción entre Realidad y Valor como los dos aspectos fundamentales del Saber. Dichos aspectos, y ello ya lo indicó Windelband, no son extraños entre sí, a lo que cual se puede agregar con mayor concreción que los dos se hallan íntimamente unidos, tan unidos que la división en todo caso nunca absoluta, de las ciencias en naturales y culturales, tan construída por Rickert, debe admitirse hoy, con una mayor relatividad que entonces, planteándose la cuestión, que aquí no tiene por qué ser examinada, de si es posible ya una separación o clasificación de las ciencias como hasta ahora las palabras separación o clasificación respecto a las mismas, han querido dar a entender.

Todo hecho o fenómeno puede ser conocido o estudiado en dos aspectos fundamentales: el de su realidad, que significa una búsqueda de su por qué y otro, el de su finalidad, que implica una valoración o si se quiere, el de su *para que*. Partiendo de ello, el delito que es una realidad, un hecho, puede ser considerado tanto en orden a su por qué, que es examen de su causación, como respecto a lo que significa, la valoración o desvalorización que supone. En el primer supuesto, se ocupa de él, la Criminología, en el segundo el Derecho Penal. Ambas consideraciones no suponen partes o cosas distintas, sino simples aspectos de un mismo todo: el delito. Tratar de que uno de ellos prevalezca sobre el otro, es negar esos dos aspectos fundamentales de todo Saber, no debiendo olvidarse que el Derecho es también una manifestación del Saber. En la evolución del Derecho Penal, y sin pretender marcar más que épocas fundamentales, se han dado

las dos formas de absorción de uno de los aspectos de dicho saber, que han dado lugar, cada una, a un error: el de desconocer o rebajar el otro aspecto del delito. Una primera, es la representada por la época que pudiéramos llamar de concepción lógico abstracta del delito, que tiene dos etapas, una primera que concibe a éste como un pecado público, etapa de una Filosofía teológica, que influye enormemente en la configuración del delito, configuración que responde, a su vez, a otra más amplia pero análoga del mundo y de la vida y una segunda, en la que el delito es estimado como algo parecido a un ente jurídico, a algo abstracto derivado de una concepción predominantemente positivista del Derecho, de indole notoriamente metafísica.

Después, como reacción a ese positivismo jurídico metafísico, que por otra parte presentaba muy diversas y aun opuestas modalidades, surge la segunda forma de error metódico con el llamado "Positivismo", expresión vaga, pero con la que se quiere indicar el rechazo en el Derecho de toda actitud formal o apriorística y la intromisión en el mismo, de la experiencia. Es la aplicación de la metódica de las ciencias naturales a las llamadas ampliamente sociales, a las que se quiso someter a una ley de causalidad idéntica, ni siquiera análoga, a la que regla las disciplinas naturalísticas. Con semejante criterio, se desvió erróneamente el estudio y concepción del Derecho, que fué sustituido por la investigación de los factores del mismo, creyéndose así que, al estudiar éstos, se estudiaba al mismo tiempo aquél. Especial extensión cobró el Positivismo en el campo de la Ciencias del Derecho Penal, dando nacimiento en la misma, más que en ninguna otra disciplina jurídica, a un Positivismo confuso y difuso, cuyo método llamado científico no se sabe en verdad lo que quiere decir. Surgen, así, los conceptos de delito natural, de factores de delito, peligrosidad, defensa social y otros muchos que tanta aceptación tuvieron y aun tienen allí, donde hay una escasa o nula preparación filosófica y aun penal, en cuanto una y otra es la única que permite sobreponer uno de los aspectos fundamentales al otro, hablándose de delito natural al confundir los factores o etiología del mismo con su propio concepto, confusión análoga a la que podría darse entre los elementos o factores que con-

tribuyen a la belleza o bondad y estos conceptos mismos. Se olvidó y aún se sigue olvidando por los positivistas y neopositivistas, que su posición unilateral significaba desconocer que el delito es un producto de la Cultura, un concepto variable, paralelo a la evolución espiritual de los pueblos y que si fuera un fenómeno natural sería algo de índole estable, con lo que los Códigos, una vez establecidos, no necesitarían ser renovados o modificados ya que lo "natural" del delito, su "naturalística" causación, sería siempre la misma. Igualmente, con esa famosa peligrosidad que nadie sabe lo que es y que en fin de cuentas no es más que un juicio de probabilidad, se olvidaba y se olvida que la misma, su índole probable, tiene dos aspectos fundamentales, esos dos que hemos señalado: *por que* y *para qué*. Los positivistas y "positivizantes", se limitan al primero tratando de determinar el por qué de la peligrosidad y dejan de lado el para qué o respecto a que la misma es, aunque sea una redundancia, peligrosa. Este *para qué*, significa la necesaria referencia a todo el ordenamiento jurídico, que es el que determina y establece un sistema de valores, el cual forzosamente tiene en todo país que existir cualquiera que sea el régimen jurídico que en él impere, pues, siempre habrá necesidad de modelar éste, conforme a ciertas normas culturales: políticas, económicas y morales y esa modelación de mayor o menor carácter imperativo o preceptivo, constituirá el derecho en un momento histórico dado y delito será no un "fenómeno natural", sino lo que empíricoculturalmente sea opuesto al ordenamiento jurídico establecido. De ahí, que la afirmación precipitada, tan favorita a ciertos penalistas, de que el Derecho Penal será tragado por la Criminología, no es más que la afirmación, hija de una carencia filosófica, de un error, al olvidar o desconocer que uno sólo de los aspectos del Saber, el del por qué no basta, no se adapta a todas las exigencias culturales. a lo que, en definitiva, en la vida íntegramente acontece. Se puede saber por qué se ha cometido un delito, por qué los mismos se cometen, pero tal saber que es sólo explicativo, no podrá invalidar lo que frente a él, en muchas ocasiones, se alza, la estimación y aceptación de ciertos valores humanos imprescindibles para una adecuada convivencia: honor, vida, integridad corporal, concepto del Estado, patrimonio, etc.

Tales conceptos, que son valoraciones, evidentemente cambian, unas veces por influjo de las ciencias llamadas naturales y otras, de las culturales, pero cualquiera que sea su modificación, su evolución representa un sistema cultural que es preciso respetar y de ese sistema, es de donde únicamente podrá salir la justificación de un determinado actuar, de un determinado para qué. Pues, no se debe olvidar que no es lo mismo explicar que justificar, que muchas cosas pueden ser explicadas, sin que encontremos su justificación, su finalidad. Esta sólo puede ser dada, aunque históricamente vaya variando, como varían a su vez las explicaciones que se dan por las disciplinas explicativas, por las ciencias culturales, por las que tienen como tarea una adjudicación valorativa. De ahí, que el Derecho Penal exista y existirá siempre en cuanto es y será expresión empírico cultural de un ordenamiento humano, de ahí también el que el delito sea un concepto también empírico cultural derivado del mismo y de ahí, por último, que no deba confundirse la Criminología con el Derecho Penal y que sea lógica y humana la coexistencia de ambas disciplinas.

El Positivismo penal, tuvo una fácil aceptación, que se explica muy bien y es su simplicidad pues, bastaba a cualquiera manejar más o menos desenfadadamente la "peligrosidad" para pasar por penalista, añadiendo a tal manejo, el no menos irresponsable, de estimar al delito como "fenómeno natural" o "biológico" o como más pintorescamente se ha dicho: "de que el delito es la consecuencia de una inadaptación" y al referirse al indio, de que este se encuentra en una "situación constituyendo lógicamente un peligro", desconociendo quien tal afirma que ese "lógicamente" entraña un juicio valorativo empírico-cultural que se quiere a todo trance sustituir por un "estado peligroso". Lo curioso de tales y parejos positivizantes, es su falta de conocimientos psicológicos, biológicos y sociológicos. Salvo excepciones, se contentan con manejar los conceptos como algo elástico que les sirve para todo. Así, manipulan los conceptos de herencia biológica, peligrosidad, factores sociales o endógenos, tendencia al delito, equiparación del delincuente al enfermo y otros más, con desconocimiento de lo que la Psicología, Biología y Sociología actuales, no la de hace cuarenta años,

dicen sobre tales términos gustosamente empleados por ellos. Si se asomaran a tales disciplinas, verían que el tipo criminal, la herencia del delito, la actuación de los factores y otras cosas superficialmente manejadas, a más de no estar resueltas, son algo distinto a lo que ellos piensan y que, incluso en América del Norte, salvo la posición aislada de Hooton y algún otro, no se piensa ya en el delito como fenómeno natural, sino como algo terriblemente complejo que tiene una índole cultural y que en todo caso no puede resolverse conforme a un puro sistema de factores. El haber olvidado esto, y haberse seguido durante años y años un Derecho Penal a base de "factores", es lo que ha producido en buena medida, el fracaso en la lucha contra el delito en el citado país. El Positivismo, dió nacimiento sistemático a la Criminología, pero dejó subsistente el Derecho Penal y ésta distinción básica es la que no ven aún, por carencia de preparación, los que desde viejos rincones, siguen manejando a troche y moche los exiguos conceptos de delito, fenómeno biológico (sic), defensa social y peligrosidad, tres conceptos que por su plurivalencia, por su falta de fundamentación filosófica, — el Positivismo no es Filosofía, sino simple reflexión, lo que no es lo mismo, — han servido, no precisamente para los regímenes democráticos en los que una exigencia de garantías siempre ha representado una dificultad para su aceptación, sino por los antidemocráticos en los cuales todos o casi todo — persona o cosa — es considerado como peligroso y es que, con el Positivismo y no sólo el penal, sino con todo Positivismo sea este jurídico, analítico, sociológico o Kelseniano, se realiza una despersonalización del hombre, un rebajamiento del mismo, en cuanto a base de un formalismo, aquel queda reducido a la categoría de simple cosa y decimos formalismo a sabiendas, ya que en el Positivismo penal, el término peligrosidad es, tal como lo manejan "ferristas" y "positivoides", un puro concepto lógico-abstracto.

Por lo expuesto, se ha rehusado dar al Proyecto una configuración positivista, neo positivista o esa vaga y no menos carente de sistemática, basada en criterios psicológicos atrasados que llamaremos "psicologizante" y de la que son partidarios, profesionales de escasa o mala preparación filosófica. Dichas tres posiciones se basan, para construir una

peligrosidad o algo que se le parezca, en las características biopsíquicas que una persona pueda presentar en un momento determinado, formulando así una especie de predicción o adivinación pseudo científica, que adjudica características personales peligrosas o deduce una temibilidad de un medio ambiente determinado. Para ello, se valen, con falta de información, de Psicologías y Biologías de índole "estática" es decir, de Psicología o Biología que no parten, como debe ser, de una concepción estructural dinámica de la personalidad, estructura y dinamismo que reducen enormemente esa predicción de peligrosidad que ellos precipitadamente afirman. ¿Entonces, si el juicio de peligrosidad que es juicio respecto al futuro, de predicción de una conducta, es tan aleatorio según la Psicología y Biología modernas nos enseñan, como vamos a fundamentar todo un sistema penal en esa peligrosidad? De ahí, que más que estar jugando con tal concepto, los "peligrosistas" o "defensistas", debieran dedicarse a dos tareas: una, a documentarse mejor y otra, a hacer desaparecer las condiciones que hacen a una persona peligrosa y no elaborar sobre ésta, lógico abstractamente, un concepto de peligrosidad que no resiste a una mediana crítica ni siquiera desde un punto de vista naturalístico.

Los anteriores errores no se dan con la aceptación de la Filosofía de los Valores y su dualidad Realidad y Valor. La referencia al valor, es obtenida conforme a una idea de fin, partiendo siempre de una Realidad. En tal sentido, la conexión entre ambos conceptos es íntima y la formación de un concepto penal, es algo de índole compleja, en el que lo que interesa, no es precisamente la "cantidad" de realidad o valor que en el mismo haya, sino el complejo estructural inseparable de elementos, tanto valorativos como reales que hay en todo concepto jurídico. Si éste, en su configuración se debe basar fundamentalmente en una realidad, que es la que se lleva a la ley penal, afectada de ciertos fines, sencillo es deducir que al cambiar, como acontece, la realidad inicial, tiene forzosamente que cambiar, a su vez, los contenidos que se producen en virtud de la afectación de valores y fines. Ejemplo de ello, entre otros múltiples, nos lo ofrece la palabra "enajenado", tan distinta de la de imbécil o loco que con equivalente alcance usaban y aún usan algunos

Códigos Penales. Desde el punto de vista de la realidad inicial, ha habido una transformación en el concepto natural de dicha palabra, pero también y paralelamente ha habido una afectación de contenido a la nueva realidad, afectación que implica un valor distinto al anterior. Igual acontece con los términos imputabilidad, buena fama, honor, vida, consentimiento, etc., usados por el Derecho Penal. Y en todos, se ve ese entrelazamiento íntimo entre Realidad y Valor, ese menor peligro de formalismo que la elaboración de un valor ofrece, frente, por ejemplo, al *deber ser* de la teoría Kelseniana. Con ello, la formación de los conceptos jurídicos, no es algo de índole lógico abstracta, sino algo vivo que arranca y mira hacia la realidad. Por eso, en la formación de un concepto jurídico, deben forzosamente entrar elementos extrajurídicos, aunque éstos una vez elaborado el concepto queden transformados en empírico-culturales. En tal sentido, dicho concepto no es una mera creación formal, sino una transformación mediante la "afectación" de una realidad. El Derecho entonces y con él, el Derecho Penal, adquiere una flexibilidad que no tiene en ninguno de los positivimos indicados y el ordenamiento jurídico no se agota en la ley, no cabiendo tampoco identificar el Derecho con el Estado, pues éste no es más que un valor, más o menos alto, dentro de una gradación jurídica de valores. Así también, el juez realiza o debe realizar en todo momento, una mayor tarea creadora y el hombre en general, delincuente o no, no se halla encadenado a un formalismo jurídico estático en el que se realizan encajes y filigranas formalistas, a base de distinguos, contradistingos y ficciones. El Derecho no es un tinglado o armazón más o menos complicado de preceptos formales, sino algo flexible que permite una consideración humana de los problemas de la vida. Una estimativa formalista del Derecho, hace al hombre esclavo de éste, de sus fórmulas, recovecos y obscuridades, afirmando que lo que no está en el ordenamiento jurídico escrito no es Derecho, es decir, se niega la existencia de unos principios supralegales vivificadores que permitan resolver los problemas que toda insuficiencia legal presenta. El Derecho como ciencia, no es un puro ideal ni tampoco un conjunto de fórmulas, sino la atribución de significaciones, de valores a ciertas realidades en

sí cambiantes y que hacen cambiar, consecuentemente, las valoraciones que sobre las mismas recaen. Es pues, algo vivo, dinámico que se adapta a la evolución cultural más, mucho más que una concepción formalista y esto se admite, incluso sin saberse gran cosa de la Filosofía de los valores. Así, cuando el Tribunal Supremo de España, ante la carencia de un precepto legal adecuado, equiparó el contagio venéreo a las lesiones y la energía eléctrica a la cosa mueble, no hizo más que realizar una valoración partiendo de una realidad y en vista de ciertos fines que el Derecho debe cumplir. Y sin embargo, estas valoraciones, que significan una adaptación del Derecho a la vida y no una supeditación de ésta a aquél, son negadas por los partidarios de un positivismo jurídico.

De ahí también que, no consideremos admisible la teoría pura del Derecho de Kelsen, que tanta aceptación ha obtenido en algunos sectores Iberoamericanos, especialmente argentino. De antemano puede afirmarse que una teoría pura del Derecho, es inadmisibles por la sencilla razón de que el Derecho, como "producto" no es un producto puro, exclusivamente jurídico, pues quienes tales pretenden olvidan que por tal camino se llega a un formalismo jurídico, tan artificioso y perjudicial como el que en buena parte imperó en el siglo XIX. La tesis de Kelsen significa eliminar de lo jurídico, del Derecho todos los elementos extra-jurídicos, posición simplista, aunque atractiva, que le lleva a hacer afirmaciones o identificaciones como las siguientes: identidad entre Derecho y Administración; identidad entre Estado y Derecho, identidad también entre la función judicial y la administración, afirmación de que, incluso en un régimen despótico existe un sistema de Derecho, con lo que llegamos a la conclusión de que la voluntad de uno o de varios puede llegar a constituir la norma jurídica por muy perjudicial o arbitraria que la misma sea. En la tesis de Kelsen hay una falta de color, en cuanto reduce el Derecho a una pura forma, a un deber ser que puede ser rellenado de muy diversas maneras, con lo que el Derecho no tiene un fin únicamente, sino plurales fines, unos superiores, medianos o viles, según la constitución, es pues, algo de índole mecánica, sin alma, que puede servir para cualquier régimen político o humano.

Es cierto, que, desgraciadamente en bastantes casos, el Derecho es eso, pero *no debe* serlo y justamente por aceptarse esta concepción del Derecho, de índole puramente formal, se ha perdido el sentido finalista de índole ética, de realzamiento y afirmación de la persona humana que todo ordenamiento jurídico debe tender a realizar. Ser Kelseniano es profesar un positivismo formalista, alejado de la vida en cuanto no es posible construir conceptos jurídicos, sin incluir en ellos elementos no jurídicos. Este complicado proceso de elaboración de los indicados conceptos, es la crítica más grave, especialmente en el orden penal, que puede hacerse a la teoría pura del Derecho, que en virtud de su formalismo jurídico y como consecuencia de una rigurosa pureza de método, trata de sustituir el concepto de causalidad por el de imputación. Sabemos perfectamente que un puro concepto de causalidad natural no es admisible en el Derecho y por eso hablamos de causalidad jurídica o en sentido jurídico, pero estas expresiones significan un *substratum real*, la conexión entre realidad y valor, mientras que el concepto de imputación puede apartarse tanto de la realidad misma, que puede llegar a convertirse en algo exclusivamente formal, en un puro *deber ser*. En Kelsen, el concepto de voluntad sólo es admitido con una configuración jurídica pura, excluyéndose del mismo, en virtud también de una pureza metódica, una estimativa de índole psicológica y resulta en verdad difícil concebir un concepto de voluntad exclusivamente jurídico formal. Kelsen expulsa del Derecho justamente lo que vivifica a éste, lo deja reducido a una simple armazón, excluyendo del mismo lo teleológico del Derecho en sí.

No es dable pues, comparar la dualidad ser y deber ser de Kelsen que conduce a un formalismo jurídico que rechazamos, con la de realidad y valor en cuanto si bien puede haber una cierta correlación entre lo que es y la *realidad*, la misma se da entre un *deber ser* y un *valor* ya que mientras lo debido es algo que se halla afectado por una valoración, lo valorado no significa siempre un deber ser y justamente, en la vida, el mundo de los valores no es exclusiva y forzosamente un mundo normativo, sin que quepa tampoco identificar la *no* normativo con la realidad. La Filosofía de los valores se adapta mucho más humanamente a esa realidad y

libera al Derecho, que no es siempre, en sentido estricto, un conjunto de normas, sino una expresión empírico-cultural, de ese formalismo kelseniano que consciente o inconscientemente ha adquirido un cierto favor y a nuestro juicio por no haberse ahondado en la índole del mismo.

Rechazamos pues, en la concepción del Derecho y por ende en el Penal, todo Positivismo, cualquiera que sea su clase, en cuanto a más de lo dicho respecto a los dos aspectos fundamentales del mismo examinados, no se adecúa a la realidad, al dinamismo y flexibilidad de la vida e igualmente rechazamos toda concepción materialista. Ni ésta ni el Positivismo, son por otra parte, las estructuras filosóficas que permiten establecer la necesaria conexión entre el Derecho Penal y la Política, si a ésta hemos de concebirla desde un punto de vista humanista o cuando menos, democráticamente. Tanto el materialismo como el positivismo, el primero más que el segundo, rechazan una concepción humana, la de un hombre de carne, huesos y espíritu que es preciso mejorar. Para el materialismo, cualquiera que sea su índole, el hombre es un simple medio y para el segundo, en sus diversos matices, es algo de índole indiferente, en cuanto lo fundamental es un concepto de defensa social o de formalismo jurídico; en ambos supuestos despersonalización del hombre y por ende, consecuencias antihumanistas y antidemocráticas. El proyecto partiendo del artículo 1.º de la Constitución y de lo doctrinalmente expuesto, establece la imprescindible conexión entre el Derecho Penal y Política, concibiendo a ésta democráticamente.

De lo expuesto, se deduce la última conclusión apuntada en el epígrafe de este apartado: la de la índole jurídica del Derecho Penal. Durante mucho tiempo positivistas, "defensistas" y "positivizantes", con su escasa o nula preparación filosófica, han mantenido la tesis de un Derecho Penal "defensista" no jurídico, por haber dejado de lado los aspectos fundamentales del Saber, conduciéndose muchos como el personaje célebre que hablaba en prosa sin saberlo. Así, ellos, creyendo demoler el Derecho Penal hacían Criminología sin conocerla, dando lugar en algunos casos, como consecuencia de tal confusión metódica, a Códigos de Defensa Social, como el de Cuba cuyo contenido, en muchos aspectos,

no corresponde a la pomposa etiqueta que lleva y ello, como simple consecuencia de la falta de método y preparación apuntada pues, el "defensismo" y más ampliamente, el Positivismo, carece de medios técnicos y sistema y llevado rigurosamente a la práctica, implicaría la casi supresión de todo Código, incluso el Civil, ya que la peligrosidad tanto se da en uno como otro aspecto. Ahora bien, esto no es admisible y entonces los "defensistas" y demás "istas", pobres en técnica, redactan Códigos como el apuntado y algún otro proyecto positivizante, como el argentino de 1937, en los que se trata de aunar lo que no es aunable: un Positivismo superado que no responde ya en ningún aspecto a las concepciones actuales y la necesidad cultural ineludible, de mantener un Derecho Penal jurídicamente concebido.

El Derecho Penal así configurado, vemos no significa una concepción o estructura lógico abstracta del mismo, como en la tesis kelseniana, sino algo de índole empírico-cultural, pues, en la formación de los conceptos humanos entran los elementos extrajurídicos necesarios de índole psicológica, biológica y sociológica que la realidad de la vida presenta y que el Derecho debe contener, si quiere auténticamente serlo y no convertirse en un simple conjunto de reglas sin propio contenido, en una especie de armazón o hangar jurídico, donde se puede meter lo que se quiera conforme a Kelsen: despotismo, ilustración, democracia, tiranía, etc.

Con nuestra concepción, el Derecho Penal es algo flexible, tanto en la Parte General como en la Especial, singularmente en la formulación de las causas de justificación, de inculpabilidad, autoría y sanciones, llevando anejo, teóricamente, un amplio arbitrio judicial, en todos sentidos, que sin embargo, la realidad judicial boliviana, debidamente valorizada, no ha permitido insertar en toda su integridad. Así también, en la formulación de los tipos penales se ha huido de formulismos, requisitos y casuismos, pues concepción jurídica del Derecho Penal no significa formulismo alguno, sino concebir el Derecho conforme a una más fina percepción de la realidad y de los valores humanos, a un auténtico e indisoluble entrelazamiento de esos dos aspectos fundamentales mediante los juicios valorativos correspondientes.

Con lo expuesto y en contra de la corriente declaración,

que muchas veces es simple imposibilidad de no poder declarar nada, de que el proyecto redactado no se afilia a ninguna escuela o tendencia o a lo más responde a una posición ecléctica o a una Política criminal, expresiones vagas y acogedoras, que lo son tanto que es casi como no acogerse a nada, el presente, responde en los tres aspectos señalados de Filosofía, Política y Ciencia del Derecho Penal a unas tendencias definidas y perfectamente coherentes entre sí, que dan al mismo una fisonomía y características, un contenido propio, que todo trabajo de esta naturaleza debe ostentar y poseer, sin esconder una y otra bajo la escogida declaración de un eclecticismo sin compromisos o de una carencia de filiación o tendencia.
