



# << El Derecho Penal en América Latina a finales del siglo XX >>.

Manuel de Rivacoba y Rivacoba

DIREITO e CIUDADANIA

Ano IV, nº 10-11, 2000-2001, pp. 33-54

Praia – Cabo Verde

<http://www.cienciaspenales.net>

[ [www.cienciaspenales.net](http://www.cienciaspenales.net) ]



## EL DERECHO PENAL EN AMERICA LATINA A FINALES DEL SIGLO XX\*

MANUEL DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA

*Professor da Universidade de Valparaíso\*\**

### I. Introdução

**1. Advertencia preliminar** — La América latina es ante todo una expansión cultural de los países ibéricos, con la aportación aislada, tardía y mínima de Francia en Haití. Lo cual supone evidentemente la existencia previa y la influencia constante de la cultura latina, es decir, la que se originó en Roma y en las diferentes regiones itálicas, y se integra posteriormente con sucesivos elementos provenientes de diversos pueblos europeos, llegados en gran parte mediante distintos y a veces nutridos fenómenos inmigratorios, entre los que ha tenido destacada importancia y significación la inmigración italiana de las últimas décadas del siglo XIX y la primera mitad del actual, que alcanzó singular intensidad en las tierras del Plata y las ha signado con impronta peculiar.

Así surge y se desarrolla un proceso que no excluye, sino que abarca la presencia y acción de las innumerables culturas autóctonas, de dispar gravi-

\* Exposición preparada por el autor para el *Convegno internazionale* organizado por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Urbino (Italia) y celebrado en su Aula magna, y en la República de San Marino, los días 2, 3, 4 y 5 de junio de 1999, y efectuada en la sesión del día 2 por la mañana. El título de dicha exposición, propuesto por los organizadores del *Convegno*, fue: *El estado actual del Derecho penal en los países de la América latina (perspectivas para Europa)*; y su última parte, entre paréntesis, condiciona la orientación general del estudio que sigue y a la vez explica en particular algunos de sus párrafos y algunas de sus expresiones. Por razones fáciles de comprender, tal título ha sido substituido para esta publicación por el que encabeza las presentes páginas. Naturalmente, en ellas se considera sólo el Derecho codificado, pero también debe ser estudiado el contenido en leyes especiales, con frecuencia más significativo e importante.

\*\* Chile

tación, empero, según su respectivo grado de evolución y el distinto caudal demográfico y la diferente importancia política de las comunidades a que pertenecían en las diversas regiones americanas; y de ningún modo cabe olvidar la influencia de las culturas del África negra, traídas con la esclavitud, cada una con su origen y sus caracteres propios y asentadas en zonas geográficas, en núcleos sociales y en épocas poco coincidentes, incorporándose desde ellas a la inmensidad, heterogeneidad y complejidad de América.

Ahora bien, los elementos autóctonos y los africanos tuvieron un peso indudable y ejercieron un poder incontrastable en muchos aspectos de las sociedades coloniales y de su vida cotidiana, configurando muy considerablemente la cultura profunda y dejándose sentir, esto es, haciéndose más o menos ostensibles en múltiples manifestaciones culturales, pero, como es fácil de comprender, apenas habían de reflejarse o recogerse en la organización formal y el aparato de dominación de dichas sociedades, o sea, en las instituciones sociales, la regulación jurídica y el régimen de gobierno, importados de o impuestos por las respectivas metrópolis. Por ello, no es mucho, sino más bien natural, que los nativos de los países europeos gozasen de una terminante situación de privilegio en lo económico, lo social y lo político, con la correlativa y acusada minusvalía o situación de inferioridad, en tales órdenes, de sus mismos y en ocasiones muy próximos descendientes, hijos ya de la tierra americana<sup>1</sup>, ni que desde bien temprano se alumbraran entre éstos actitudes de desagrado, de protesta e incluso de rebelión<sup>2</sup>, ni tampoco que, andando el tiempo, las posteriores y ya decididas ideologías, movimientos y guerras de independencia fueran obra, no de las masas indígenas, sino de instruidos y acomodados sectores criollos, ni que a la postre tales convulsiones resultaran una suerte de guerras civiles. En verdad, la emancipación fue empresa no menos española y portuguesa que la del descubrimiento y la conquista, dio a ésta sentido y la completó para el devenir histórico y la evolución de la cultura.

Con semejantes antecedentes se comprenderá sin dificultad varios acaecimientos posteriores. En primer lugar, que las normas penales de los pueblos aborígenes carecieran de importancia en absoluto, no ya sólo para la conformación de los ordenamientos punitivos de la época colonial, sino asimismo para los de los nuevos Estados independientes<sup>3</sup>. "Al investigar los

(<sup>1</sup>) Con denominación muy expresiva, que denota conciencia de su propia y distinta identidad y descubre un punto de orgullo, se llamaron en algunas partes *mancebos de la tierra*.

(<sup>2</sup>) En lo que se conoce hoy con el nombre de Litoral en la Argentina, en la ciudad de Santa Fe, hubo prontamente, en 1580, una rebelión encabezada por siete de estos jóvenes, ninguno mayor de treinta años, denominados *los siete jefes*, que al día siguiente pagaron su gesto con su vida y cuyos cuerpos fueron despedazados, colocándose los cuartos en los cruces de los caminos, para que sirvieran de aviso y escarmiento.

(<sup>3</sup>) Cfr. al respecto Miguel S. Macedo, *Apuntes para la historia del Derecho penal en México*, México, D.F., Cultura,

fundamentos históricos del Derecho en los diferentes países de América latina, descubrimos que muy poca cosa debemos, y suponiendo que sea algo y aun indirectamente, a los Derechos de las civilizaciones autóctonas<sup>74</sup>.

Otro consistió en la pervivencia de las regulaciones coloniales en los nuevos Estados durante períodos por lo común muy prolongados, hasta que pudieron darse sus propias leyes<sup>5</sup>. Como quiera que la ruptura había sido sólo política<sup>6</sup>, no cultural, la sociedad permaneció con sus hábitos, costumbres y organización, con las mismas instituciones, etcétera, es decir, continuó viviendo de su propia tradición<sup>7</sup>; y los primeros gobiernos, absorbidos por la tarea de afianzar y consolidar la independencia y de estructurar sus respectivos países, no podían preocuparse de substituir la legislación, limitándose a complementarla en materias muy parciales que lo reclamaban con urgencia<sup>8</sup>.

Un tercero se halla constituido por la rapidez y fidelidad con que los primeros países latinoamericanos en darse sus propios códigos penales se atuvieron a los grandes cuerpos punitivos que existían en Europa a la sazón. Así, la República del Salvador con su Código del 13 de abril de 1826<sup>9</sup> y Bolivia con el de 28 de octubre de 1830 siguieron casi al pie de la letra al elaborado por la España liberal entre 1820 y 1822 y promulgado el 9 de julio de este último año<sup>10</sup>, y el francés fue adoptado por Haití en el suyo de 31 de

1931, pág. 82; Raúl Carrancá y Trujillo, *Derecho penal mexicano, Parte general*, México, D.F., Porrúa, 1941, págs. 77 y 82; Sebastián Soler, *Derecho penal argentino*, 3a reimpr., 5 vols., Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1956, tomo I, pág. 99; Carlos Fontán Balestra, *Derecho penal, Introducción y Parte general*, 3a ed., puesta al día y aumentada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1957, pág. 78, y *Tratado de Derecho penal*, 7 vols., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966 y sigs., tomo I, pág. 147, y Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal* (publicados, 7 vols.), tomo I, 3a ed., actualizada, Buenos Aires, Losada, 1964, pág. 913. Para el Brasil, recientemente, Luis Regis Prado Curso de Direito penal brasileiro, Parte general, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, pág. 58, con bibliografía.

"La consideración de los ordenamientos, o de fragmentos o sectores de los ordenamientos, prehispánicos en América, más que a la historia del Derecho, en cuanto formas y realidades pretéritas de las que derivan las presentes, corresponde al estudio de las antigüedades jurídicas en cuanto tales y meras antigüedades, o sea, a la arqueología jurídica o jurídicocriminal". Rivacoba, *El Código de Netzahualcōyōtl o el término de una evolución frustrada en el Derecho penal americano* (en el volumen colectivo *Derecho penal, Homenaje al Doctor Raúl Peña Cabrera*, Lima, Ediciones Jurídicas, 1991, págs. 535-543), pág. 541.

(<sup>5</sup>) Manuel Rodríguez Ramos, *Visión de conjunto del Derecho de América latina*, Madrid, Reus, 1960, pág. 4.

(<sup>6</sup>) Cfr. Soler, op. et vol. cit., págs. 99 y 102-103; Fontán, *Derecho penal*, cit., págs. 79-80, y *Tratado de Derecho penal*, cit., vol. cit., págs. 149-150; Regis Prado, op. cit., págs. 60-61; Jiménez de Asúa, op., vol. et ed. cit., pág. 1.154; Eduardo Novoa Monreal, *Curso de Derecho penal chileno, Parte general*, 2 vols., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1960-1966, tomo I, pág. 104; Federico Estrada Vélez, *Manual de Derecho penal*, Medellín (Colombia), Pequeño Foro, 1972, pág. 28, y Angel C. Betancourt, *Código penal*, 2a ed., La Habana, 1922, págs. 3-4, así como muchos otros autores, obras y pasajes. También Eugenio Raúl Zaffaroni, *Los primeros códigos penales de Iberoamérica* (en el libro de Rivacoba y Zaffaroni, *Siglo y medio de codificación penal en Iberoamérica*, Valparaíso, Edeval, 1980, págs. 11-45), pág. 13, y Rivacoba, *Los códigos del siglo y medio* (en el mismo volumen, págs. 47-111), págs. 49-50 y 79-80, y *Evolución histórica del Derecho penal chileno*, Valparaíso, Edeval, 1991, págs. 17-18 y 21-22.

(<sup>7</sup>) Y en los comienzos ni aun eso; a lo menos abiertamente.

(<sup>8</sup>) Cfr. Rivacoba, *Evolución histórica del Derecho penal chileno*, cit., págs. 17-18.

(<sup>9</sup>) Cfr. Soler, op. et vol. cit., págs. 104-109, y Rivacoba, *Evolución histórica del Derecho penal chileno*, cit., págs. 17-22.

(<sup>10</sup>) De vigencia muy problemática. Cfr. Zaffaroni, op. cit., págs. 13-15.

(<sup>11</sup>) Fuente asimismo del Código del Estado mejicano de Veracruz, de 1834 (cfr. Zaffaroni, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, 5 vols., Buenos Aires, Ediar, 1980-1983, tomo I, pág. 383), y junto con el francés, del colombiano

julio de 1835 y, traducido imperfectamente al castellano, por la República Dominicana un decenio después. Y todavía es de destacar que el Código bávaro de 1813 sirvió de modelo en la Argentina algo más tarde para el llamado Proyecto de Tejedor, que fue Código en el Paraguay en 1871, antes de serlo en diversas provincias argentinas y de ser la base principal del Código argentino, ya con carácter y alcance nacional, en 1886. Por lo demás, hay que recordar al Código brasileño de 16 de diciembre de 1830, que se inspiró en las ideas de Bentham, Beccaria y Mello Freire y se fundó en los códigos francés, bávaro y napolitano y, especialmente, en el Proyecto para la Luisiana, sin alisarse bajo ninguno de ellos y mostrándose original en más de un punto<sup>11</sup>.

De ninguna manera son del olvidar los proyectos compuestos por particulares en diversas países latinoamericanos a raíz de su emancipación, importantes, aunque no desembocaran en código alguno, por poner de manifiesto o ratificar la existencia de un poderoso pensamiento penal y su enfeudación o pertenencia al europeo continental; y es lícito sospechar que, si no aparecieron más, sería por la fuerte sugestión que ejerció, e incluso el arraigo que directa o indirectamente logró, el Código español de 1822. En Colombia se cita uno de 1823<sup>12</sup>. En el Brasil los diputados José Clemente Pereira y Bernardo Pereira de Vasconcellos presentaron sendos proyectos a la Cámara en 1826 y 1927, inclinándose, las comisiones legislativas que los examinaron, a favor del segundo, que así, aun sin dejarse de tomar en consideración las ideas del primero, pasó a ser la base de la discusión parlamentaria del Código<sup>13</sup>; y en fin, el peruano Manuel Lorenzo de Vidaurre y Encalada envió desde Boston, donde se encontraba desterrado, en 1828 al Congreso Constitucional de su patria y al Ministro chileno de Estado y de Relaciones Exteriores un Proyecto de Código penal que no prosperó en ninguno de los dos países y cuya escasa importancia en cuanto propuesta para legislar queda sobradamente compensada en el plano teórico con la amplia y eruditísima exposición doctrinal que le antecede<sup>14</sup>.

de 27 de junio de 1837 (cfr. Jiménez de Asúa, op., vol. et ed. cit., pág. 1.314; Zaffaroni, *Tratado*, cit., vol. cit., págs. 384, y Levene y Zaffaroni, *Los códigos penales latinoamericanos*, 4 vols., Buenos Aires, La Ley, 1978-1980, tomo I, pág. 13). El Código español de 1822 fue propuesto también como Código para Chile, con elogios, en 1828, 1832 y 1846 (cfr. Rivacoba, *Evolución histórica del Derecho penal chileno*, cit., págs. 31 y 38).

(<sup>11</sup>) Cfr. Regis Prado, op. cit., pág. 62. En realidad, la referencia al Proyecto para la Luisiana es al que con puso Edouard Livingston y se publicó en París el año 1825.

Acerca del Código brasileño de 1830 conviene ver Zaffaroni, *Tratado*, cit., vol. cit., págs. 373-376.

(<sup>12</sup>) Cfr. Estrada Vélez, op. cit., pág. 29.

(<sup>13</sup>) Ampliamente sobre la materia, Zaffaroni, *Los primeros códigos penales de Iberoamérica*, cit., págs. 32-34.

Es de tener en cuenta, y parece decisivo en este punto, que Pereira era portugués y había sido autor de un proyecto para abolir la esclavitud, lo que en aquel tiempo se consideraba una agresión a los intereses nacionales, mientras que Pereira de Vasconcellos había estudiado en Coimbra con el ilustrado Pascoal José de Mello Freire dos Reis (1738-1798) y era un liberal adaptado a las condiciones esclavistas de la sociedad brasileña de la época.

(<sup>14</sup>) La obra tuvo una gestación muy prolongada, desde mucho antes de la independencia; y sobre ella Rivacoba, *El primer proyecto americano de Código penal*, en los "Anales del Instituto de Chile", de Santiago de Chile, 1985, págs. 85-93, y *Evolución histórica del Derecho penal chileno*, cit., págs. 24-31 y 34-38. El texto del Proyecto ha sido publicado

Por otra parte, no estará de más y puede redundar en la comprensión del proceso de erección de la cultura jurídica en la América latina, y en la de su configuración actual, señalar el natural flujo de juristas que se produjo desde las potencias colonizadoras hasta el Nuevo Mundo y su contrapartida, de lógicamente mucha menor intensidad, pero significativa, de nacidos en América que recibieron en ésta su primera formación y marcharon luego a la metrópoli, perfeccionándose y llegando en ella a ser grandes jurisconsultos, a ocupar cargos muy elevados, a realizar una labor importante y a dejar obras señeras. Ejemplo notable se tiene en el mejicano don Manuel de Lardizábal y Uribe, que terminó sus estudios en España y fue personaje relevante bajo los reinados de Carlos III, Carlos IV y Fernando VII, tuvo confiada la misión de reformar las leyes criminales y es acaso el representante más característico del pensamiento del despotismo ilustrado en materia penal, con su célebre *Discurso sobre las penas*<sup>15</sup>.

Con todo lo cual no ha de extrañar que las legislaciones y la doctrina jurídica de los países latinoamericanos se inscriban plenamente en la tradición europea continental.

**2. Referencia clasificatoria** — Por la ingente cantidad de códigos penales de los correspondientes países latinoamericanos es preciso para su estudio clasificarlos adecuadamente. La elección del criterio para efectuarlo no es sencilla. Jiménez de Asúa ya advirtió que, a diferencia de lo que ocurre en Europa, “no es fácil, en verdad, calificar los códigos de Iberoamérica en antiguos y modernos por razón de su cronología”<sup>16</sup>, pues algunos de data muy posterior se nutren de ideas muy antiguas; y, en consecuencia, parece preferible atenerse a las distintas ideologías en que se sustentan. Por ello, las denominaciones utilizadas en lo que sigue no se deben tomar en un sentido nudamente temporal, sino en el de la evolución de las sucesivas ideologías penales y su proyección en las distintas codificaciones punitivas. Con este criterio, se calificará de *antiguas* y se reunirá en un primer grupo las leyes que se atengan a patrones clásicos y se mantienen ajenas a las nociones de peligrosidad y de medidas asegurativas; se llamará *modernas* y formarán un segundo grupo las que receptan en mayor o menor medida el pensamiento positivista y, sobre todo, adoptan un sistema dualista de culpabilidad y peligrosidad y de penas y medidas y respon-

recientemente de nuevo con comentarios por el Profesor Julio Armaza Galdos, Arequipa (Perú), Consorcio Editorial del Sur, 1996, en un volumen de 142 páginas.

(<sup>15</sup>) Madrid, Ibarra, MDCCCLXXXII. Cfr. principalmente Francisco Blasco y Fernández de Moreda, *Lardizábal, el primer penalista de América española*, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1957, y Rivacoba, *Lardizábal, un penalista ilustrado*, Santa Fe (Argentina), Universidad Nacional del Litoral, 1964, con bibliografía.

(<sup>16</sup>) Op., vol. et ed. cit., pág. 1.153.

den a los postulados de una dogmática clásica o, a lo sumo, neoclásica; se rotulará como *contemporáneas* y se incluirá en un tercer grupo las que se inspiran en los modelos de la dogmática del delito alumbrados o difundidos con posterioridad a la segunda conflagración mundial, y se considerará *recientes*, en un cuarto y último grupo, las que recogen las actuales orientaciones y propuestas de la política criminal y se preocupan preferentemente de renovar y humanizar los elencos de la penalidad, con frecuencia incorporando o creando instituciones originales que pueden ofrecer particular interés en otras latitudes, y, más en concreto, para Europa.

Esta clasificación parece preferible a la que se base en las diferentes fuentes históricas que hayan prevalecido en la redacción de los distintos códigos y predominen en su articulado, que, si bien en algunos casos son nítidas y muy fáciles de identificar, en otros se entrecruzan inextricablemente y sólo resulta posible establecerlas con cierta seguridad ante instituciones o simples disposiciones determinadas.

**3. Los códigos antiguos** — Sin duda, figuran en este grupo los más antiguos de América: el de Haití, ya mencionado, y el dominicano, ya que, si bien éste lleva fecha de 20 de agosto de 1884, no se trata sino de una segunda versión del francés de 1810 al castellano, más perfecta que la de 1845, con que el joven país había adoptado tempranamente el texto napoleónico. También, por supuesto, el chileno, de 1874, en vigencia desde 1875, cuya factura ya original y sus muy limitadas influencias belgas en ciertos puntos no desmienten su acendrada prosapia española. A pesar de encontrarse fechado en 1937, es verdaderamente antiguo y muy imperfecto el ecuatoriano, que en lo fundamental deriva asimismo del belga, de 1867; y hay que agregar a esta lista el hondureño, de 1906, de clara ascendencia española, y el venezolano, de 1926, vinculado al italiano de 1889, que rigió a partir del 1º de enero de 1890.

**4. Los códigos modernos** — Son más o menos decididamente tales el argentino, de 1921, vigente desde 1922; el costarricense, de 1974; el cubano, de 1987; el guatemalteco, de 1936; el mejicano, de 1931; el nicaragüense, de 1974; el portorriqueño, de 1974; el salvadoreño, de 1973, y el uruguayo, de 1933, en vigencia desde el 1º de agosto de 1934.

**5. Los códigos contemporáneos** — No sin alguna dificultad o impropiedad en ciertos casos, se incluye en este grupo el boliviano, de 1972, cuya vigencia, que en un principio debía haber empezado en 1973, fue diferida hasta 1974, y que ha sido ampliamente reformado en 1997; el

colombiano, de 1980; el panameño, de 1982, y el paraguayo, de 1998. Por su significación, y no obstante su ambigüedad, que oscila entre una dirección neoclásica y las soluciones contemporáneas y que permitiría filiarle en el apartado anterior, se ha de mencionar en el presente el Proyecto de Código penal tipo para Iberoamérica.

**6. Los códigos recientes** — Son el brasileño (Parte general), de 1984, y el peruano, de 1991. Por el interés de sus innovadoras y avanzadas propuestas hay que referirse en este grupo al Proyecto de Código penal para El Ecuador, de 1993.

## II. Los códigos antiguos en particular

**1. Los códigos de origen francés: el Código haitiano y el dominicano** — Siendo el uno reproducción y el otro traducción del viejo Código francés de 1810, ya substituído éste en 1994, resulta innecesario extenderse acerca del arcaísmo de aquéllos y su radical insuficiencia para subvenir a las concepciones y demandas del mundo actual.

**2. Los códigos de origen español: el Código chileno y el hondureño** — Diferentemente, a pesar de su antigüedad, distan mucho de encontrarse agotados e incapaces de responder, sea en el fondo o por deficiencias técnicas, a las necesidades del presente. En cuanto al chileno, su liberalismo y la precisión con que está escrito son garantía de seguridad jurídica, y, aunque se le pueda criticar por la estrechez de su fórmula de la inimputabilidad y la de otras eximentes, por conservar residuos de responsabilidad objetiva o por el resultado, por carecer de toda regulación y aun mención del error esencial, por la falta de protección o la protección insuficiente de ciertos bienes jurídicos, manteniendo, en cambio, figuras delictivas obsoletas, e incluso por el nivel algo alto de sus puniciones, considerable parte de estos inconvenientes puede ser superada mediante una inteligente labor de construcción o reconstrucción dogmática, cabe o se debe recordar y poner en aplicación sagaces previsiones y preceptos de que en general se ha hecho poco uso, su orientación es excelente y sus paredes maestras firmes y poderosas, que admiten o reclaman reformas limitadas que lo modernicen, con lo cual puede ser puesto fácilmente a la altura de los tiempos y continuar siendo, no un código perfecto, que nunca lo fue ni tiene posibilidades de serlo ya, pero siempre preferible a otros de factura y fecha muy posteriores, a los que no anima un espíritu como el suyo de respeto al



individuo humano, y siempre mucho más recomendable y mejor que cualquier substitución precipitada o su reemplazo por otro que se calque o inspire en modelos extraños, de más fama por la fuerza e influencia de los pueblos a que pertenecen que por sus virtudes intrínsecas. Además, existe fuera del Código y lo complementa una Ley, la número 18.216, de alternativas de las penas privativas y restrictivas de libertad, de 1983, que palia alguno de sus más salientes aspectos negativos, morigerando no poco la gravedad de sus penalidades. También se ha de consignar que Chile ha contado con una ley de peligrosidad sin delito, con las consiguientes medidas de seguridad, denominada *Ley de estados antisociales*, número 11.625, de 1954, que, por fortuna, en su parte substancial nunca entró en vigencia, pues su mismo texto exigía para ello el señalamiento o la creación de los establecimientos adecuados, lo que ni siquiera se trató de llevar a cabo; y hoy se halla formalmente derogada. Y otro tanto se puede decir del hondureño, no sin subrayar que en él la duración máxima de las penas no excede de los doce años.

**3. Los códigos ecuatoriano y venezolano** — Por ser breves, quedará de manifiesto su absoluta falta de aptitud para regular la vida de una nación moderna en cuestiones criminales y punitivas con sólo indicar que en ambos perdura la presunción *iuris et de iure* de conocimiento de las leyes penales, sin que su ignorancia excuse ningún delito ni falta; y también son significativas al respecto la excusa del primero para quien, sorprendiendo “en acto carnal ilegítimo a su hija, nieta o hermana”, la mate, hiera o golpee o mate, hiera o golpee al varón que yace con ella, y la atenuación del segundo para el uxoricidio, las heridas o los malos tratos por adulterio. En abono del ecuatoriano hay que destacar, empero, que el límite máximo de las penas no pasa de los dieciséis años.

### III. Los códigos modernos en particular

**1. El Código argentino** — Con elementos en su seno españoles, italianos, del Proyecto suizo y del Código de Tejedor, que suelen resultar fácilmente reconocibles, constituye, sin embargo, un cuerpo original, muy breve, “acaso el más breve de cuantos rigen en el orbe”<sup>17</sup>, de sólo trescientos dos artículos (trescientos cinco con las *disposiciones complementarias*),

(<sup>17</sup>) Jiménez de Asúa, *ibidem*, pág. 1.055. Hoy hay que hacer excepción del Código de Puerto Rico, conforme se verá luego.

que se ocupa nada más que de los delitos, no de las faltas o contravenciones, las cuales en la República Argentina, que es un Estado federal, competen a la Capital federal y a las provincias, que tienen sus códigos de faltas propios. Baza la responsabilidad criminal en la imputabilidad y la culpabilidad, no apareciendo el peligrosismo sino en contadas ocasiones y con funciones muy concretas: *a)* con carácter complementario de la culpabilidad como criterio para determinar la pena; *b)* como fundamento y criterio mensurador de la pena en el llamado delito imposible; *c)* como fundamento de las medidas de seguridad para los inimputables, y *d)* como fundamento de la medida de reclusión por tiempo indeterminado para los multirreincidentes y criterio para mantenerla o, en caso de faltar, otorgarles la libertad condicional a los cinco años de su cumplimiento.

**2. El Código costarricense** — Depende del Proyecto de Código tipo para Iberoamérica, cuyo influjo se advierte bien en lo fundamental de su estructura, sus conceptos en general, la solución dada a no escasos problemas y muchas de sus disposiciones, tal vez con algún ribete más de peligrosismo, sin utilizar esta palabra ni ninguna parecida, al sancionar la tentativa absolutamente imposible. También sigue a su modelo en el régimen del error, que se aproxima al de las teorías y los códigos contemporáneos, en el sentido de castigar por culpa el error de tipo, cuando es vencible y existe la correspondiente figura culposa, y atenuar la punición del de prohibición, cuando asimismo es vencible, asimilando, sin embargo, el error indirecto de prohibición, siempre en la hipótesis de que sea vencible, a las consecuencias del de tipo. Aunque no emplea el vocablo peligrosidad, la noción está presente en el pronóstico que el Instituto de Criminología debe hacer acerca de la posibilidad de que un individuo vuelva a delinquir; admite las nociones afines de reincidente y, sobre todo, de delincuente habitual y profesional, y dispone de un amplísimo y severísimo repertorio de medidas de seguridad.

**3. El Código cubano** — Por más que la mayoría de sus disposiciones provenga del Código de defensa social, que le precedió, lo que prevalece en él y lo caracteriza principalmente en su sujeción a la ideología política que domina a la isla desde 1959. Su finalidad es ampliamente retributiva e intimidatoria, sin que deban inducir a engaño sus reiteradas afirmaciones relativas a la reeducación y la enmienda, que en todo caso han de ser conformes a las normas de la convivencia que llama socialista; y junto con la retribución y vinculada con la intimidación o procurada mediante ella la finalidad de incomparablemente mayor importancia es la defensiva del régimen polí-

tico, entendido en un sentido muy amplio, que protege en primer término a los dirigentes del Partido Comunista de Cuba y a sus familiares, así como los bienes de unos y otros. En congruencia, las penas son de extrema dureza; y, por otra parte, acoge, según era de esperar, la noción de estado peligroso, que define como “la especial proclividad en que se halla una persona para cometer delitos, demostrada por la conducta que observa en contradicción manifiesta con las normas de la moral socialista”, sin requerir, por supuesto, delito. Los índices de peligrosidad son variados y a veces vagos. Las medidas de seguridad pueden ser pre y postdelictivas, son copiosas y tienen entidad de verdaderas penas. Desde el punto de vista técnico, se encuentra en muchos puntos anclado en el grado de desarrollo que había alcanzado la ciencia penal en las vísperas de la segunda guerra mundial, siendo particularmente confusa su regulación del error, que de ningún modo, empero, vislumbra las teorías o posiciones de la actualidad.

**4. El Código guatemalteco** — Esencialmente español, hasta en su recepción de alguna de las innovaciones debidas a la República Española en su reforma del Código penal en 1932, le fueron añadidos los conceptos de estado peligroso y de medidas de seguridad. Los índices de peligrosidad son abundantes y comprenden la tentativa absolutamente imposible y la embriaguez, la vagancia y la delincuencia habituales, con una rica serie de medidas aseguradoras por tiempo indeterminado. Depende también de la carencia de peligrosidad social, o de su presencia, la posibilidad de otorgar, o no, el perdón judicial. Si bien se hace cargo del concepto de error como causa de inculpabilidad, se refiere a él como la mera creencia racional del agente, de que existe una agresión ilegítima contra su persona. Hablan a su favor la previsión relativa a las personas jurídicas para sancionar como responsables de los delitos respectivos a los directores, gerentes, ejecutivos, representantes, administradores, funcionarios o empleados de ellas, que hubieren intervenido en el hecho y sin cuya participación no se hubiere realizado éste; la del delito continuado, y la del delito de contagio venéreo.

**5. El Código mejicano** — A diferencia de aquellos países federales, entre los cuales figuran en la América latina la Argentina, el Brasil y Venezuela, cuyos códigos substantivos, y, por tanto, el penal, rigen por igual en toda la nación, el Código mejicano es sólo para el Distrito federal y los territorios federales, poseyendo cada Estado uno privativo. El de la Federación, según su Exposición de motivos, es ecléctico o, más bien, pragmático, en lo que se percibe con claridad la concepción de Quintiliano Saldaña, no teniendo consiguientemente nada de particular, sino que es

natural, que en algunos de sus preceptos se observe esta misma influencia ni que en ciertos artículos se note la del Código español de 1928 (el *Código gubernativo* o *Código faccioso*); lo cual no excluye, antes bien, explica, la fuerte dosis de positivismo inconfeso que hay en él. De hecho, es un código de imputabilidad y culpabilidad y de peligrosidad, con el nombre de temibilidad, habiéndose de reconocer, empero, la manera más tortuosa que feliz de expresar la culpabilidad y de referirse a los parcos efectos de la ignorancia inculpable, así como, por otra parte, la restringida función que asigna al estado peligroso, sólo para complementar los criterios de determinación o aplicación de la pena, de modo semejante al argentino; y es igualmente código de penas y medidas, empleando para unas y otras el nombre de sanciones, enunciándolas sin separación y no separando tampoco las reglas para su aplicación ni para su ejecución, con un innegable talante positivista. Habla del delincuente habitual y de otros que revelan tendencias criminales, con un desorden notable. Establece sanciones para las personas jurídicas.

**6. El Código nicaragüense** — El esfuerzo por desfigurar que es de estirpe española y por darle una apariencia en cierto modo moderna no logra ocultar sus indudables orígenes ni tampoco su carácter rudimentario; y consta, por un lado y pese a desconocer olímpicamente cuanto concierne al error y hasta la misma palabra, de imputabilidad y culpabilidad para fundar la pena y, por otro, de peligrosidad para las medidas de seguridad. La pena se determina o aplica mediante la apreciación de la culpabilidad y la peligrosidad juntas, y las medidas subsisten o cesan según se mantenga o desaparezca la peligrosidad.

**7. El Código portorriqueño** — El *Código penal del Estado Libre Asociado de Puerto Rico*<sup>18</sup>, de sólo doscientos setenta y seis artículos (doscientos ochenta y tres con las *disposiciones complementarias*), se halla más incardinado que lo que acaso cupiera imaginar en la tradición y las concepciones jurídicas del mundo hispánico y concretamente se encuentra en él muchos elementos de neta procedencia española, siendo, por lo contrario, escasos los tomados del modelo anglosajón o, más en particular, norteamericano<sup>19</sup>. En su sencillez, que rehuye las complicaciones, requiere para la existencia del delito imputabilidad y culpabilidad, sea ésta bajo la forma de dolo, que llama intención, o la de culpa, que llama negligencia,

(<sup>18</sup>) Según su artículo 1º, éste es su nombre oficial.

(<sup>19</sup>) Quizá sea el más representativo la sentencia indeterminada (indeterminación relativa), del artículo 58.

nitidez, y considera causa de exclusión de la responsabilidad lo que denomina “error esencial de hecho”, entendido como “la ausencia de toda intención o negligencia”. Por otra parte, están las situaciones de peligro delictuoso, a saber: la incapacidad mental; la de quienes cometen delito en estado o como consecuencia de embriaguez habitual o por acción de una adicción o dependencia de sustancias narcóticas, deprimentes, estimulantes o similares cuyo uso acostumbraren; la de los delincuentes sexuales que hubieren revelado tendencia irreprimida a cometer tales delitos; la de los que hubieren revelado mediante su delito tendencia irreprimible a cometer otros de la misma especie o naturaleza, y la de los sancionados con pena de reclusión que anteriormente hubieren sido condenados por dos o más delitos conminados con esta clase de pena, cometidos en tiempos diversos e independientes entre sí, demostrando con ello una persistente tendencia a delinquir. Naturalmente, así como para los delitos prevé penas, para semejantes situaciones establece las correspondientes medidas de seguridad. Considera que las personas jurídicas pueden ser responsables criminalmente y señala hasta cinco penas distintas para ellas, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurran las personas naturales que hayan participado en el delito.

**8. El Código salvadoreño** — Es otro caso de código lejanamente derivado del tronco español y relativamente modernizado según la sugestión del Proyecto de Código tipo en la Parte general y por influencias muy diversas en la especial, y, por tanto, de imputabilidad y culpabilidad y de peligrosidad, con penas y medidas, en general, de gran dureza. Entre las causas de inculpabilidad figura el error, en dos variedades, error de hecho y excluyentes putativas; y, no obstante haber proclamado al principio, bajo la rúbrica *error de derecho*, que “el desconocimiento de la ley penal o la noción imperfecta de la misma que conduzca a una apreciación errónea no excluye la responsabilidad penal”, concede luego eficacia atenuante a haber cometido el delito en la creencia de obrar lícitamente, debida a ignorancia o errónea apreciación de la ley que no sean reprochables.

**9. El Código uruguayo** — La República Oriental del Uruguay es el país de América que ha recibido en sus códigos penales más acusada influencia italiana: primero, del Código de Zanardelli en el de 1889, cuya vigencia comenzó incluso antes que la de aquél, y, más adelante, del de Rocco en el actual, de refinado tecnicismo<sup>20</sup>; y, lógicamente, la doctrina

(<sup>20</sup>) “Aunque se resiente, a veces, de excesivo tecnicismo”. Jiménez de Asúa, op., vol. et ed. cit., pág. 1.277.

penal está también enfeudada con preferencia a la italiana. La influencia del Código de Rocco en el uruguayo actual se revela de continuo, y el autor de éste, el eminente penalista José Irureta Goyena, confiesa haber seguido en general la sistematización del que entonces era nuevo Código italiano, aunque eliminando todo lo que le pareció “en él excesivo y de corte demasiado fascista”<sup>21</sup>. En el tratamiento del error queda bien de relieve, con la distinción error de hecho, error de persona, error de derecho y del que induce en error, y la disposición de que “el error de derecho se presume voluntario sin admitirse prueba en contrario, salvo tratándose de las faltas, en que, según su naturaleza, dicha prueba puede tener acogimiento”<sup>22</sup>. Aunque para su autor “es un trabajo de política criminal, inspirado en las exigencias de la defensa social”<sup>23</sup>, abunda en elementos positivistas y se hacen sentir en él mucho más que en su modelo la noción de peligrosidad y el pensamiento peligrosista en general. Se ponen de manifiesto éstos, sobre todo, en el régimen de individualización de la pena, para la que es determinante la peligrosidad del agente, tanto por ella en sí, como por la cuenta en que se deberá tener las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran y el valor esencialmente sintomático que se les asigna de la misma peligrosidad. Lo cual no obsta a la necesidad de que en el delito se den la imputabilidad y la culpabilidad, pero reduce mucho su significación o casi la aniquila para apreciar su gravedad y fijar en consecuencia la pena, ni tiene nada que ver en orden a la peligrosidad, siempre delictiva, y su relación con las medidas de seguridad<sup>24</sup>.

#### IV. Los códigos contemporáneos en particular

1. **El Código boliviano** — El a la sazón ministro de Justicia en Bolivia, René O. Blattmann Bauer, que tiempo antes había sido discípulo en Basilea de Günter Stratenwerth, requirió la presencia de su maestro en el

(<sup>21</sup>) *Exposición de motivos del Proyecto*, § XXI.

(<sup>22</sup>) Cabe objetar que, afirmando la exigencia de culpabilidad y estableciendo que “nadie puede ser castigado por un hecho que la ley prevé como delito, si no es intencional, ultraintencional o culposo, cometido, además, con conciencia y voluntad”, y ateniéndose, por otra parte, a la llamada fórmula mixta de la inimputabilidad, o sea, necesitándose para ser imputable capacidad “de apreciar el carácter ilícito” del acto que se ejecuta, de ello fluye que nunca que falte por error la actualización de tal capacidad podrá haber culpabilidad ni en definitiva existir delito. Cfr. Rivacoba, *Cuantificación de la pena y discrecionalidad judicial (con particular aplicación al Derecho uruguayo)* (en la “Revista de Derecho Penal y Criminología”, de Madrid, número 3, 1993, págs. 621-639), págs. 636-637. Este artículo se encuentra publicado también en la “Revista de Ciencias Penales”, de Montevideo, número 2, julio de 1996 (“Estudios en homenaje a Adela Reta”), págs. 105-117.

(<sup>23</sup>) Op. cit., § I.

(<sup>24</sup>) Un denodado esfuerzo por interpretar y reconstruir dogmáticamente el Código del Uruguay a la luz de los principios de bien jurídico y de culpabilidad y en conformidad con ellos, restringiendo mucho el peso y los efectos de la noción de peligrosidad y extrayendo consecuencias soterradas en su texto, en Rivacoba, *Cuantificación de la pena y discrecionalidad judicial*, cit.

Basilea de Günter Stratenwerth, requirió la presencia de su maestro en el país con el objeto de reformar el Código penal, que llevaba en vigencia poco más de veinte años y que así quedó profundamente renovado en el aspecto técnico. Las modificaciones tuvieron como propósito dominante consagrar en plenitud el principio de culpabilidad, introducir la comisión por omisión y el obrar por otro y practicar una serie de cambios en concordancia, sobre todo, con los relativos a la culpabilidad. Para plasmar estas ideas se amplió el estado de necesidad, de manera que admita el conflicto entre bienes de valor igual; se reemplazó la pareja del error de hecho y el de derecho por la de error de tipo y de prohibición; se prescribe la punición del primero, cuando sea vencible y exista la correspondiente figura culposa, por culpa, y se permite, cuando lo sea el segundo, atenuar especialmente la pena. El error vencible sobre circunstancias que hubieran justificado o exculpado el hecho sigue el tratamiento del error vencible de tipo. En el aspecto políticocriminal, apenas sufrieron alteraciones el sistema de penalidades ni el de medidas de seguridad, ni tampoco son muy significativas o importantes las de la Parte especial.

**2. El Código colombiano** — Recibió en su formación las influencias principales del que le precedió y del Proyecto de Código penal tipo para Iberoamérica: aquélla, importante, sobre todo, en la estructura de la Parte especial y en la formulación de muchos tipos delictivos, mejorando en no pocas ocasiones su redacción, y ésta, decisiva en la configuración concreta de instituciones fundamentales de la Parte general y tanto o más en el espíritu que anima toda la ley, con una preocupación por los puntos de vista teóricos preponderante sobre los afanes prácticos. Sin embargo, incurre en algunos deslices al respecto, como al situar entre las causas de justificación el estado de necesidad entendido aníplamente, o sea, sin atender para nada a la relación de valor entre sí de los bienes que coliden y comprendiendo, por tanto, los conflictos entre bienes de valor igual. Luego de haberse referido a la inimputabilidad según una fórmula mixta muy fiel al Proyecto de Código tipo, exige para que haya delito culpabilidad, en forma de dolo, culpa o preterintención, y reconoce naturaleza de inculpa-bilidad a la convicción errada e invencible de que en el acto se dan todos los requisitos necesarios para que aquél se adecue a una descripción legal y también a la de que está amparado por una justificante. En el primero de tales casos, “si el error proviene de culpa, el hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo”, sin ninguna disposición paralela para la otra especie de error. En semejantes preceptos se puede percibir un atisbo muy elemental e imperfecto de la distinción del error entre el que

hoy se llama, con denominación sumamente generalizada ya en la época de elaboración del Código, pero que éste no recogió, error de tipo y el de prohibición, concebido sólo como error indirecto de prohibición, sin sacar las consecuencias lógicas en orden a su vencibilidad, más que para el primero. Por de contado, consta también de una serie y una regulación habituales de medidas de seguridad.

**3. El Código panameño** — Entre los variados y no siempre compatibles documentos legislativos que fueron tomados en cuenta durante su preparación se observa la influencia del repetidamente citado Proyecto de Código penal tipo para Iberoamérica en la orientación y muchos puntos del libro primero o Parte general y la huella del Código que le precedió en muchos artículos de la misma Parte general y como fuente acaso la más extendida e importante de los preceptos de la especial. Su apariencia y su contenido no denotan en muchos temas una concepción o mentalidad muy anticuada y sus aspectos negativos no son por lo común mayores que los de otros cuerpos punitivos de su propia región y época, aventajando a alguno en cuestiones determinadas y resistiendo en general la comparación con ellos; admite instituciones de relativa modernidad y sus penalidades no son más severas que las acostumbradas; su noción de la inimputabilidad es aceptable y se muestra indudablemente culpabilista, y en la caracterización del error de tipo y los efectos que le asigna guarda gran proximidad a la ley colombiana, sin que, finalmente, el régimen de sus medidas de seguridad resulte de particular irracionalidad y rudeza, todo lo cual inclina a ubicarlo entre los códigos contemporáneos, si bien se alza como desconcertante y poderoso argumento en contra, que lo retrotrae a estadios muy anteriores en el proceso o corriente de la codificación penal, su abrupto artículo 6º: “El desconocimiento de la ley penal no exime de responsabilidad al que la infringe”.

**4. El Código paraguayo** — Es una lamentable traducción del alemán en vigencia desde 1975<sup>25</sup>.

**5. El Proyecto de Código penal tipo para Iberoamérica** — Obedeció a una iniciativa del presidente del Instituto Chileno de Ciencias

---

(<sup>25</sup>) Cfr. Rivacoba, *Consideraciones críticas de carácter general acerca del Proyecto de Código penal para el Paraguay* (1995), en la “Revista de Derecho Penal y Criminología”, cit., número 6, 1996, págs. 1.283-1.297, y José Luis Guzmán Dálbora, *El nuevo Código penal del Paraguay* (1997), en la revista “Direito e Cidadania”, de Praia (República de Cabo Verde), año II, número 4, julio-octubre de 1998, págs. 53-90. El primero de estos artículos ha sido reproducido por la “Revista de Ciencias Penales”, de Corrientes (Argentina), 1999-1, págs. 135-150.



ción hizo suya y que llevó a congregarse, para poner la idea en ejecución y trasladarla a la realidad, a un buen número de penalistas americanos de habla castellana y portuguesa, más Jiménez de Asúa, que se encontraba exiliado por su republicanismo. Con el tiempo fue variando y ampliándose el número de los participantes en la elaboración del Proyecto, de manera, pues, que intervinieron casi todos los más distinguidos especialistas del continente, desde el Río Grande hasta el Estrecho de Magallanes, en la época, quienes, trabajando en reuniones plenarios y en grupos por países, dieron cima en seis de dichas reuniones, celebradas de 1963 a 1971, a la Parte general, y seguidamente continuaron en otras tantas, a partir de 1972, con la especial, hasta que en 1979 quedó interrumpida o abandonada la labor<sup>26</sup>. Ya en la primera se acordó, desde luego, que lo que se redactaría no sería, “en ningún caso, una ley de bases”; que el Código debería “estar constituido por preceptos redactados para su aplicación concreta como leyes penales obligatorias y no como un mero enunciado de principios básicos”, y que tales preceptos habrían “de cubrir el mayor número posible de materias propias de una legislación penal completa”. Respondía al espejismo de que es factible unificar siquiera en lo fundamental los ordenamientos punitivos mediante la simple adopción de soluciones uniformes a los mismos problemas técnicos, sin percatarse de las diferentes particularidades y posibilidades geográficas, sociales, culturales, políticas y económicas de los distintos pueblos, que los signan e individualizan y con ellos signan e individualizan sus legislaciones penales. Por tanto, los textos que se propusieran con el designio de que fueren aceptados por todos, no podrían moverse sino en el plano formal de la técnica, rehuendo pronunciamientos de fondo, y, en especial, los de carácter innovador, que cuestionaran las bases y orientaciones políticocriminales existentes y bosquejaran otras más acordes en cada latitud con las necesidades y demandas de la hora. Donde mejor se refleja la mentalidad que informa la idea y la elaboración del Código tipo, conformista con la situación existente y sólo renovadora en lo externo y superficial, nada original y de evidente sentido elitista, de miras puramente técnicos y carente de cualquier ambición o inquietud políticocriminal, es en la convicción y la afirmación de que parte: la existencia de una comunidad en todos los órdenes importantes para la vida de los pueblos, y de manera singular en el de la cultura, entre los países iberoamericanos, lo cual supone apegarse a las apariencias y desconocer o preterir la realidad, restringiendo la mirada y la atención a las minorías urbanas, o

(<sup>26</sup>) Cfr. *Código penal tipo para Latinoamérica*, Parte general, Materiales publicados bajo la dirección del Prof. Francisco Grisolia, 3 vols., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1973-1974; y, para los textos de la Parte especial aprobados, Levene y Zaffaroni, op. cit., tomo IV, págs. 509-515.

incluso rurales, mas en todo caso dominantes, y desentendiéndose de la existencia y personalidad de las masas autóctonas o que, sin serlo, se encuentran también marginadas, cada una con su acusadísima identidad propia y su riquísima y respetable tradición cultural, y poco reductibles a unidad o uniformidad alguna. Al respecto, es elocuente el hecho de que ni siquiera se manifestara la necesidad de servirse de estudios empíricos acerca de la realidad criminal y penal de los distintos países o sus regiones, y que sus autores trabajaran persuadidos de hacerlo en lo que un insigne penalista argentino ha llamado con exactitud y no sin sorna "inmunidad ideológica"<sup>27</sup>, con una fuerte preocupación por la pureza jurídica, muy acorde con su confianza en la técnica. En cuanto a su concepción del delito, se atiende evidentemente a la dogmática neoclásica, si bien adopta la noción, ya que no la expresión, de error de tipo, y también la de error de prohibición, aceptando, para cuando éste fuere vencible, su punición atenuada. Por lo que toca a la pena, es sumamente duro, sin ninguna innovación que tienda a humanizarla; dureza que queda confirmada con la severidad y rigidez que ostentan las medidas de seguridad, carentes asimismo de cualquier aspiración o intento de renovación o benignidad. En algún momento prescribe al juez tener en cuenta la "personalidad moral" del delincuente. Es imposible no percibir en él una influencia decisiva del positivismo italiano, filtrada a través del Código de Rocco, y una absorbente mentalidad tecnocrática, y, por su parte, la ha ejercido amplia en los códigos de Colombia, Costa Rica, Guatemala, Panamá y El Salvador, e incluso muy levemente en el del Perú<sup>28</sup>.

## V. Los códigos recientes en particular

1. **El Código brasileño** — Siguiendo el ejemplo de Alemania, que reemplazó en su Código punitivo la antigua Parte general por otra nueva en 1975, manteniendo de momento la especial, el Brasil substituyó también en el suyo la Parte general en 1984 y se encuentra al presente preparando una especial asimismo nueva<sup>29</sup>. La Parte general en vigencia se

(<sup>27</sup>) Que "no pasa de ser una ilusión". Zaffaroni, *La reacción penal en el Código penal tipo latinoamericano frente a la Convención americana de derechos humanos y a las actuales demandas de la política criminal continental* (en su libro misceláneo *Política criminal latinoamericana, Perspectivas-disyuntivas*, Buenos Aires, Hammurabi, 1982, págs. 115-123), pág. 118.

(<sup>28</sup>) Críticamente, Zaffaroni, *La reacción penal en el Código penal tipo latinoamericano*, etc., cit., y Rivacoba, *Pensamiento penal y criminológico del Código penal tipo para Iberoamérica*, en el volumen colectivo *Estudios jurídicos sobre la reforma penal*, Universidad de Córdoba (España), 1987, págs. 215-244.

(<sup>29</sup>) Trad. de esta Parte general al castellano por Francisco Muñoz Conde, en el "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", de Madrid, tomo XL, 1987, págs. 721-752.

ajusta a las directrices de la doctrina contemporánea y las características de los códigos hodiernos. Bajo el epígrafe *error sobre elementos del tipo* se lee: “El error sobre elemento constitutivo del tipo legal del delito excluye el dolo, pero permite el castigo por delito culposo, si está previsto en la ley”; y en sendos párrafos se ocupa de las *eximentes putativas*, cuyas consecuencias son idénticas, el *error determinado por tercero*, situación en la que responderá del delito quien produjo el error, y el *error sobre la persona*, que no exime de pena. A continuación, bajo el epígrafe *error sobre la ilicitud del hecho* se tiene: “El error sobre la ilicitud del hecho eximirá de pena, cuando sea inevitable, y la disminuirá de un sexto a un tercio, cuando sea evitable”; y es interesante su párrafo: “Se considerará evitable el error si el agente actuó u omitió sin conciencia de la ilicitud del hecho, cuando le era posible, en aquellas circunstancias, tener o alcanzar esa conciencia”. Pero lo más destacable es el sistema y el régimen de las penas y las medidas de seguridad: aunque todavía consta de dos penas privativas de libertad, éstas ven disminuído su ámbito de aplicación por las posibilidades de que sean convertidas en otras restrictivas de derechos o la multa; y sólo somete a medidas a los inimputables y los semiimputables, y aquéllas no consisten sino en internamiento con tratamiento o en tratamiento ambulatorio, que no podrán pasar de tres años. En verdad, se hubiera esperado la desaparición, y es de lamentar la conservación, de la agravante de reincidencia.

**2. El Código peruano** — Es verdaderamente evolucionado, y aun se le podría calificar de revolucionario. A despecho de cierta influencia del Proyecto de Código penal tipo para Iberoamérica en el título preliminar, de *principios generales*, y de algunos errores técnicos<sup>30</sup>, es un documento de real carácter innovador y humanitario. En materia de error, además de los errores de tipo y de prohibición, con la atenuación obligatoria de este último en los casos en que sea vencible, establece el *error de comprensión culturalmente condicionado*, para “el que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión”; clase de error que exime igualmente de responsabilidad. Cuando por la misma razón la posibilidad de comprensión o de determinación se hallare disminuída, “se atenuará la pena”. Admite como eximente, o, en su caso, atenuante, obrar “con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición”. Declara no punible la tentativa absolutamente imposible, sea por ineficacia

(<sup>30</sup>) Uno muy grave e inexplicable en el artículo 13º, apartado 1.

clara no punible la tentativa absolutamente imposible, sea por ineficacia del medio o por impropiedad del objeto. Introduce el obrar por otro, y para fundamentar y determinar la pena, la coculpabilidad. Reduce a una las penas privativas de libertad, y, en cambio, establece una amplia y variada panoplia de penas limitativas de derechos, por las cuales, y por la de multa, puede aquélla convertirse, perdiendo de hecho así gran campo de aplicación. Además, permite suspender la ejecución de la pena y reservar el fallo condenatorio, con generosas condiciones, y eximir de pena, "si la responsabilidad del agente fuere mínima". Para la peligrosidad delictiva de los inimputables se aplicará la internación en un centro hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado, con fines terapéuticos o de custodia y por un tiempo no mayor que el de la pena privativa de libertad que les hubiera correspondido por su delito, y para la de los imputables relativos, el tratamiento ambulatorio, con fines terapéutico o de rehabilitación. Cuando se necesite aplicar una medida de internación a un imputable relativo o a un imputable que sea alcohólico o toxicómano, ella tendrá lugar antes de la pena y su dura se computará como tiempo de cumplimiento de ésta, "sin perjuicio de que el juez pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración atendiendo al éxito del tratamiento". Otro mérito que hay que destacar es el haber prescindido de las categorías de reincidencia y habitualidad. Y asimismo en la Parte especial campea un espíritu de renovación, racionalidad, comprensión y benignidad muy patente y logrado<sup>31</sup>.

**3. El Proyecto de Código penal para El Ecuador** — Se originó en un convenio entre la Corte Suprema de Justicia de El Ecuador y el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), en 1992, para que éste prestara a aquélla la oportuna asistencia técnica con el fin de preparar sendos anteproyectos de Código penal y de Ley de ejecución de penas. El Instituto designó de inmediato como directores del programa pertinente al profesor doctor Eugenio Raúl Zaffaroni y al que esto escribe, quienes cumplirían, además, funciones de asesoramiento, y la Corte a cinco profesores de Derecho penal ecuatorianos para integrar la que se denominó Pequeña Comisión. Debía constituirse también la que se llamó Gran Comisión, con funciones principalmente revisoras, que no llegó a organizarse. Tras algunos retrasos, las tareas de componer los respectivos textos empezaron de manera efectiva a comienzos de 1993, hubieron de ser casi por entero realiza-

(<sup>31</sup>) Cfr. Guzmán Dálbora, *El nuevo Código penal del Perú (1991)*, en la revista "Doctrina Penal", de Buenos Aires, año 14, 1991, págs. 631-731.

das por los directores y quedaron concluídas, poco antes de lo previsto, el 1º de septiembre del mismo año. Luego, por factores propios del país, la empresa no pasó a estadios ulteriores de desarrollo. Sin embargo, los autores pusieron a contribución su capacidad y su laboriosidad, en el empeño de forjar textos, tanto para el Código penal cuanto para la Ley de ejecución de penas, de pensamiento y miras progresistas y avanzadas, de fondo y estructura racional y de carácter minimizador, que no dejaran por ello de atender a las nuevas necesidades de la sociedad actual ni, por supuesto, a las peculiaridades de la sociedad ecuatoriana, y, sobre todo, abiertos al valor, el sentimiento y los lazos de humanidad. Así, el Anteproyecto de Código, con sus cuatrocientos setenta y cinco artículos, consigna la comisión por omisión; los principios de ofensividad, con su corolario referente a la insignificancia, y de culpabilidad, proscribiendo cualquier forma de responsabilidad objetiva; la eficacia eximente de los errores racionalmente invencibles de tipo y de prohibición, con los consiguientes remanentes, cuando fueren vencibles, de responsabilidad a título de culpa para el primero, siempre que estuviese prevista en la ley la figura culposa del correspondiente delito, y de responsabilidad atenuada para el segundo; la eficacia asimismo eximente del error de comprensión culturalmente condicionado; la atenuación para el delincuente mayor de sesenta años o que, por haber sufrido un accidente grave o padecer una enfermedad incurable, tuviere extraordinariamente reducidas sus expectativas de vida; la coculpabilidad; la disminución de la penalidad por razón y en proporción de la gravedad de la tortura, el tormento o cualquier vejación que hubiera sufrido el reo después de su detención o durante el proceso, infligidas o consentidas por los funcionarios encargados de su detención o custodia; la facultad judicial de reemplazar la pena de prisión que no supere los tres años por la de amonestación o la de satisfacción a la víctima, cuando el delito haya tenido para el condenado, sus parientes o personas allegadas a él por relaciones análogas, o para su patrimonio, consecuencias lesivas de extraordinaria gravedad y que cupiere estimar que constituyan motivo suficiente para que obre en lo sucesivo con arreglo a derecho, y también para proceder en la misma forma, cuando el delincuente sea mayor de sesenta años o le sobrevenga una enfermedad que le limite sus expectativas de vida o se las agrave; la posibilidad, con cierto recaudos, de que, cuando los responsables y las víctimas de un delito pertenezcan a una comunidad con sistemas o formas tradicionales de punir y se produzca aquél en su seno, sea perseguido y penado conforme a ellos, y la suspensión de la prescripción en los delitos perpetrados en ejercicio o abuso de la función pública durante un régimen *de facto*, hasta

el restablecimiento del orden constitucional. Contiene catorce penas distintas, sólo la primera de las cuales es de privación de libertad, pudiéndose imponer las restantes como penas independientes en los delitos conminados con alguna de ellas o como substitutivas de la de prisión. Como quiera que el Código vigente ya establece para las penas de privación de libertad el límite superior de dieciséis años, y no pareciendo excesivo para la actualidad, se lo respetó en sus propios términos. Desconoce los conceptos de reincidencia, habitualidad, peligrosidad y cualesquiera otros semejantes, y, sin llamarlas medidas de seguridad, prevé la internación de los inimputables o, conforme a las necesidades del tratamiento, la sujeción a control de un establecimiento o servicio psiquiátrico, con la posibilidad de salidas periódicas o de tratamiento ambulatorio; todo, fiscalizado o resuelto por el juez en un proceso contradictorio y con participación personal del interesado, a quien, por lo demás, el juez oirá en audiencia privada cada cuatro meses. Idénticos espíritu y propósitos recorren también los libros segundo y tercero, de los delitos y de las contravenciones en particular y sus penas. Son bien expresivas al respecto la exención de responsabilidad penal para la muerte y las lesiones de una persona mayor de veintiún años, no enajenada ni en situación de trastorno mental transitorio, obrando con su aquiescencia o por su petición, súplica o instancia, expresas, serias, apremiantes y reiteradas, y la incriminación especial del secuestro, sin dar razón del paradero de la víctima y haciéndola desaparecer<sup>32</sup>.

## VI. Reflexiones finales

De esta exposición parecen desprenderse algunas conclusiones. Ante todo, que la extraordinaria cantidad y variedad de los códigos penales de los correspondientes países latinoamericanos no permite un estudio verdaderamente comparativo<sup>33</sup>, sino sólo descriptivo.

Por lo demás, hay que reconocer que el saber penal y los modelos legislativos en esta materia han seguido un curso paralelo al caminar del sol: de oriente a occidente, o sea, desde Europa hasta América; lo cual no impide

(<sup>32</sup>) Los textos del anteproyecto de Código y del de Ley de ejecución, en Rivacoba y Zalfaoni, *Anteproyecto de Código penal y de Ley de ejecución penal para El Ecuador*, en la "Revista de Derecho Penal y Criminología", cit., número 3, cit., págs. 817-964.

(<sup>33</sup>) Un magno esfuerzo de tal índole en Jiménez de Asúa, op., vol. et ed. cit., págs. 1.368-1.395. Con un campo de referencia más restringido, Manuel Castro Ramírez (hijo), *Breve estudio comparativo de la legislación penal centroamericana*, en el volumen colectivo *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964, págs. 802-813.

encontrar en códigos americanos de antigua data y factura muy imperfecta disposiciones henchidas de auténtica benignidad y sentido de humanidad que no existen en el viejo mundo y muy bien pueden servir de ejemplo.

Y, para concluir, en leyes de este tiempo se advierte un esfuerzo vigoroso y generoso por crear instituciones inéditas que satisfagan las necesidades y solicitudes de la hora presente, con un decidido propósito reductor y minimizador de lo penal, acompasado a una abierta aspiración de solidaridad y a la comprensión de las desdichas y las diferencias humanas; instituciones que no estará de más tomar en cuenta en otras latitudes, a las que grandes fenómenos migratorios muy recientes han llevado y en las que han hecho asentar nutridas comunidades de cultura extraña, cuyos valores más arraigados e importantes, con sus consiguientes normas y exigencias, no es dable despreciar, y que no merecen exclusión ni condenación. América es un continente abigarrado, hecho, sin embargo, en la superación de las dificultades, el respeto a la diversidad y el esfuerzo por la convivencia.