

PRINCIPIO DE DETERMINACIÓN DE LA LEY PENAL

José Urquiza Olaechea

Profesor de Derecho Penal. Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la
Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad
Salamanca, Cuenca, 2001

<http://www.cienciaspenales.net>

PRINCIPIO DE DETERMINACIÓN DE LA LEY PENAL

José Urquizo Olaechea
Profesor de Derecho Penal
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

I) Fundamentación

La codificación penal cubre las ansias de seguridad jurídica en la medida que, una vez formulada una norma penal, el ciudadano “sabe” qué conductas no debe realizar al encontrarse amenazadas con una pena estatal. Una de las funciones más importantes que desempeña la ley penal es de servir de pauta de orientación al comportamiento de las personas. La ventaja principal de un sistema jurídico codificado sobre un sistema jurídico basado en la costumbre es el ofrecer mayor certeza a los ciudadanos¹. Pues toda conducta que se halla prohibida ha de encontrarse en la ley, sin que los jueces puedan crear derecho libremente. El juez no se encuentra vinculado a los usos o a las costumbres sociales sino a la ley.

En nuestro sistema jurídico el elemento legitimante y esencial de la norma penal surge de su capacidad de crear “seguridad jurídica”, lo cual es inherente al Estado liberal. El pueblo confía en el Estado, como titular del *ius puniendi*, y de sus legisladores a los que considera “garantes de la seguridad jurídica”. La falta de conciencia del legislador como garante de la seguridad jurídica, arrastra por tierra el principio de determinación penal.

Sin embargo, no se crea que la ventaja de la codificación es absoluta y se logra cumplir a plenitud. La ley penal, como toda ley escrita, posee cuotas de “inexactitud” y de vaguedad, las cuales encuentran su etiología en las limi-

¹ Conf. JESCHECK, HANS; *Tratado de Derecho Penal*; (trad. de MANZANARES SAMANIEGO); Granada Comares; 1993; p. 114 para quien “la ventaja frente al derecho consuetudinario radica en que la ley refleja el panorama jurídico con mayor claridad y precisión para el ciudadano, garantiza su estabilidad y, gracias, a su redacción va más allá del caso individual, asegura mejor la igualdad y unidad en la aplicación del Derecho”.

taciones e imperfecciones propias del lenguaje o en la necesidad de dotar a la construcción típica de términos técnicos que poseen una carga valorativa independiente y por definir. No todos los supuestos legales reflejan la claridad y precisión que se espera de ellos ni permiten el acceso a una comprensión cabal y sin dudas del contenido de la ley penal. Aunque el legislador no lo busque, a veces, se restringe de modo significativo la “calculabilidad” del ciudadano respecto a sus comportamientos o si lo busca, esto es, si teniendo la posibilidad de precisar una norma no lo hace, esperando que sea la jurisprudencia la que llene tal vacío con su interpretación.

La expectativa de la “Lex Certa”, algunas veces se ve frustrada. El carácter previo de la ley penal, que efectivamente se cumple, no impide que a nivel de la formulación de la norma penal, por efectos de los aspectos normativos o valorativos, la protección jurídica resulte difícilmente delimitada, ampliándose desmedidamente su núcleo de significación y sus fronteras, creando verdaderas situaciones de indeterminación; de tal manera que la certeza jurídica que debe surgir de la ley termina siendo resuelta por el juzgador. Por ello, solo se puede hablar de una exigencia de precisión relativa de la ley penal.

En el pensamiento de ESER “el principio de determinación no puede entenderse como una exclusión total de ambigüedad, ni como la exclusión total de valoraciones”². La completa exclusión de valoraciones jurídicas o los meros juicios de valor por parte del juez no son cosas que se pretendan alcanzar con el principio de certeza, pues son inherentes a toda tarea hermenéutica y dogmática que se vinculan a la función judicial.

Estos problemas tienen suma importancia en cuanto advierten cuál es la *realidad* en que se mueve el derecho penal y cuál es (o será) la respuesta a esperar en cada caso concreto. La realidad cambiante influye sobre la ley al momento de valorarla. Cada etapa histórica concede sus propias estimaciones vg. el concepto de honor sometido a “su” momento histórico, tendrá una respuesta del Derecho Penal conforme a esa realidad valorativa y cultural concreta.

Una de las limitaciones que atentan contra la vigencia irrestricta del principio de determinación de la ley penal se relaciona con el origen de las normas penales que surgen de los “consensos” o acuerdos entre la mayoría y minoría parlamentaria al momento de decidir los “comportamientos punibles”³. Al decir de “el Derecho Penal no escapa del destino de otros instrumentos políticos: en su empleo siempre se mira de soslayo a la clientela de lobbies y electores. Este factor hace también atractiva para el legislador la

² ESER, ALBIN; *Derecho Penal*; (Trad. de BACIGALUPO SAGESSE y CANCIO MELLÁ); Madrid; Colex; 1995; 2/17; p. 55.

³ Conf. MANTOVANI, FERRANDO; *Diritto Penale*; PADOVA; Cedam; 1992; 3 ed.; p. 98; FIANDACA–MUSCO; *Diritto Penale*; Bologna; Zanichelli; 1989; 2 ed.; p. 31.

inobservancia del mandato de determinación”⁴. Esto quedará reflejado en la formulación legal, que puede optar, conforme a los intereses dominantes, entre una redacción con una mayor precisión ya sea del tipo o la pena o puede ofrecer una falta de fijación, aceptando sin reservas la amplia valoración judicial. Por ello no es raro que se afirme que el legislador puede ex-profesamente formular leyes con márgenes de incertidumbre⁵, muchas veces movido por una salida coyuntural o en otras ocasiones por la misma naturaleza compleja del objeto de regulación.

Si la norma penal es creadora de libertad jurídica y reconoce los procesos organizacionales internos de los ciudadanos, una de las limitaciones al momento de graficar esta zona de impunidad como también el ámbito de lo punible es el lenguaje:

“La palabra escrita, en general –el lenguaje de la ley, en particular– representan serios condicionamientos y limitaciones a las expectativas de máxima claridad y certidumbre, porque el idioma es siempre un medio de expresión que cambia con el tiempo y las circunstancias, poco preciso, imperfecto. Lo propio sucede con la ley, instrumento insustituible, que padece una permanente tensión entre dos necesidades antagónicas, generalizar y concretar, justicia material y seguridad jurídica, describir y valorar; entre la matemática penal y el arbitrio judicial”⁶. Esto no significa una admisión general que el lenguaje es un obstáculo, pues, el legislador está obligado a la precisión en cuanto le sea posible⁷

¿Qué significa regirse por el principio de determinación? Significa que el tipo legal debe aparecer como una construcción técnica, clara y precisa que permita una comprensión natural y sin esfuerzo acerca de un comportamiento antijurídico a un entendimiento razonable sobre el contenido nuclear y de los límites de las normas penales. Permite una interpretación respecto al ámbito de lo penal, señalando el sentido de un comportamiento valorado.

⁴ SÜB, FRANCK; *El Trato actual del Mandato de Determinación; en: La Insostenible situación del Derecho Penal*; (Trad. DAVID FELIP Y SABORIT); Granada; Comares; 2000; p. 239.

⁵ Conf. HASSEMER, WINFRIED; *Fundamentos de Derecho Penal*; Barcelona; Bosch; (Trad. de Muñoz CONDE y ARROYO ZAPATERO); 1984; p. 314 para quien “...hay casos en los que el legislador no quiere una *lex certa* (...) el moderno legislador, también en Derecho Penal, tiene tendencia a la experimentación y esto es algo inevitable ya que frente al clásico entendimiento de determinación de los valores irrenunciables de los valores de vida comunitaria, se impone –también– en el sistema jurídico penal el criterio de la dirección social de la intervención política interna (...). La *lex certa* es para ella más un obstáculo porque exige del legislador una toma de posición prematura y precisa antes de que pueda valorar en su conjunto las consecuencias de esta toma de posición”

⁶ RODRÍGUEZ DE VESA, JOSÉ MARÍA; *Derecho Penal Español*; Madrid; Dykinson; 1994; 17 ed; p. 184. En el mismo sentido HURTADO POZO, JOSÉ; *Manual*; Lima; Eddili; 1987; 2ª ed.; p. 153 “al pretender exigir una totalidad claridad y certeza de la ley, el legislador no tuvo presente, que el lenguaje no es un instrumento exacto que permita reproducir con fidelidad lo que se habla”.

⁷ SÜB, FRANCK; *El Trato actual del Mandato de Determinación*; Op. Cit.; p. 232.

Como apunta Romano “el principio de determinación es el último y más refinado fruto de la evolución del principio de legalidad”⁸

En síntesis, una norma penal será imprecisa cuando el contenido del injusto material (prohibición o mandato) sea vago (v. gr. “será sancionado con pena privativa de libertad quien infrinja los principios del orden democrático”); lo mismo ocurrirá en cuanto no queden definidos los extremos de la pena a aplicarse. El principio de determinación de la ley penal no se restringe únicamente a la descripción del supuesto de hecho típico⁹ si no que se extiende a una adecuada determinación de la pena.

La norma penal así estructurada, viola el principio político de división de poderes, en cuanto la función legislativa es potestad única del legislador elegido democráticamente; y, no es tarea de Juez penal fijar en los injustos penales el núcleo de la prohibición o mandato conforme a sus personales criterios. La vaguedad de las normas penales modifica la relación Ley-Juez, Ciudadano-Ley y Legislador-Ley; situación caótica que logra “desconfianza” alterándose las reglas de libertad.

El principio de “lex certa” de la ley penal se halla vinculado a los criterios preventivos generales de la pena. Una norma indeterminada al carecer de un objeto de regulación específico difícilmente puede motivar a los ciudadanos a evitar un comportamiento. El mensaje normativo al ser genérico puede que no sea comprendido con suficiente amplitud. A una mayor limitación de la ley penal le corresponde una mayor exigencia de adecuar el comportamiento conforme a derecho.

II) Destinatarios del Principio de Determinación

Los principales destinatarios del principio de determinación son el legislador y el juez penal. De allí que algunos autores distingan entre principio de determinación del principio de taxatividad. El principio de determinación se dirige al juez penal, siendo su deber el emplear la técnica legislativa adecuada para dar leyes claras, mientras que el mandato de taxatividad se dirige al legislador, impidiéndole ir más allá del sentido literal posible de las normas penales, respetando la estructura del lenguaje¹⁰.

El postulado de “Lex Certa” en Derecho penal se orienta al legislador a fin que cuando emita normas en materia penal cumpla con una descripción

⁸ ROMANO, MARIO; *Commentario Sistematico del Codice Penale*; Milano; Giuffrè Editore; 1995 2ª ed; T I; p. 41.

⁹ Así, empero, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN; *Derecho Penal Fundamental*; Bogota; Temis; 1989; T II; p. 27 quien lo denomina como principio de “tipicidad inequívoca”. También COBO-VIVES; *Derecho Penal*; Valencia; Tirant lo Blanch; 1996; 4 ed; p. 304 quien los estudia dentro del tipo penal.

¹⁰ Véase al respecto FIANDACA-MUSCO; *Diritto Penale*; p. 30; ROMANO, MARIO; *Commentario Sistematico del Codice Penale*; T I; p. 41; MANTOVANI, FERRANDO; *Diritto Penale*; p. 97.

clara, capaz de ser entendible a cualquier ciudadano. Por ello, el “legislador responsable” en la descripción típica o en la ley penal en general, dejará sentado la finalidad de la norma y el objeto de protección de la misma, brindando las pautas esenciales de valoración para una interpretación teniendo en cuenta las variadas circunstancias y hechos de la vida sin que se pueda tildar a la ley de oscura, ambigua o arbitraria. El legislador responsable debe estar en condiciones de formular leyes precisas. El mandato que se dirige a él no sólo es el de emitir leyes justas, si no también leyes claras y racionales. Esta exigencia surge de la naturaleza del principio de legalidad en cuanto promotor de mayores cotas de seguridad jurídico penal.

El legislador en la descripción del objeto de prohibición debe optar por un lenguaje sencillo, el más accesible al entendimiento de los ciudadanos con el fin de motivarlos convenientemente para que puedan ajustar sus comportamientos a los objetivos de las normas jurídicas. No se crea, como entienden usualmente algunos, que el mandato de determinación exige el empleo preferencial de los elementos descriptivos sobre los elementos normativos; más aún si en ocasiones los términos descriptivos encierran una mayor indeterminación que los normativos. Debe tenerse en cuenta también el objeto de regulación o la materia que se pretende normar, los cuales pueden exigir el empleo de un lenguaje de una mayor complejidad¹¹.

También el principio de “Lex Certa” se dirige al Juez penal a fin que se rija por el principio de legalidad respetando el *sentido literal posible* de la ley penal¹². Así, se espera que las leyes penales en manos del Juez garanticen la certeza en la interpretación de los tipos y que arroje un saldo de lealtad a la ley. Aquí, se pueden plantear las siguientes situaciones: a) que siendo la ley básicamente taxativa, esto es, formulada con precisión, el juez penal la oscurezca y debilite con su interpretación; b) que la norma penal si bien se encuentra claramente descrita pueda contener algún defecto u omisión. En estos casos se espera interpretaciones fecundas y claras que no tuerzan el contenido de la norma específica y que por tanto siga brindando seguridad jurídica en beneficio de los ciudadanos; c) si la norma penal tiene defectos evidentes, se debe recurrir a la Constitución en busca de superar las limitaciones originales de la propia ley, planteando una interpretación según la Constitución¹³. Los criterios orientadores

¹¹ ESER, ALBIN; *Derecho Penal*; (Trad. de BACIGALUPO SAGESSE y CANCIO MELIÁ); 2/14; p. 54.

¹² El sentido literal posible representa el límite máximo de la interpretación jurídico-penal. Ir más allá de él supone incurrir en analogía. Véase al respecto ROXIN, CLAUDIUS; *Derecho Penal*; (Trad. LUZÓN PEÑA, VICENTE REMESAL; GARCÍA CONLLEDO); Madrid; Civitas; 1997; 5/26; p. 147; JESCHECK, HANS; *Tratado de Derecho Penal*; (Trad. de MANZANARES SAMANIEGO); p. 141; MIR PUIG, SANTIAGO; *Derecho Penal*; Barcelona; PPU; 1996; 4 ed.; 4/40; p. 86.

¹³ Sobre la interpretación según la Constitución véase LARENZ, KARL; *Metodología de la Ciencia del Derecho*; (Trad. de RODRÍGUEZ MOLINERO) Barcelona; Ariel; 1980; p. 337; MAURACH-ZIPF; *Derecho Penal*; (trad. de AIMONE GIBSON); Buenos Aires; Astrea; 1994; T I, 9/25; p. 152.

de base constitucional debe compatibilizarse con la norma penal y los fines de protección que la ley penal recoja. La interpretación que amplíe la base de protección de forma desmesurada y se aleje del sentido literal posible, se convierte en una traición al ciudadano que no podrá oponer una defensa cierta ante una ley así interpretada. En estos casos, el camino a seguir es plantear una queja de inconstitucionalidad.

Mientras el principio de reserva de la ley asegura el monopolio de la ley en la creación de delitos y penas evitando el arbitrio del poder ejecutivo, el principio de determinación asegura la certeza del Derecho evitando el arbitrio del juez, proscribiendo la posibilidad de punir los casos no previstos expresamente en la ley: *tanto mayor es la certeza, tanto menor es el subjetivismo ideológico o de carácter, del juez*¹⁴.

Sin embargo, no le falta razón a HASSEMER cuando sostiene que la jurisprudencia (puede) “hacerse la tonta” y negarse a corregir defectos evidentes, aferrándose a que el tenor literal, al que tiene que vincularse, ha sido formulado en un sentido determinado¹⁵.

Existe una relación entre el mandato de certeza y el ciudadano, el cual si bien no se dirige a él como deber o exigencia se vincula con la culpabilidad, el principio de responsabilidad subjetiva y la posibilidad de motivarse convenientemente conforme a derecho. Para ello se parte de la idea que debe permitirse a todos calcular sus comportamientos a fin que el programa pre constituido de cada persona no sea sesgado por el Derecho penal sino que se una a él, mediante el conocimiento de las normas penales. Las leyes deben ofrecer al ciudadano “las posibilidades de conocer las facultades de intervención del Estado”¹⁶. Quien con su hacer decide infringir las normas del Derecho penal asume automáticamente la carga de tolerar una intromisión en sus bienes jurídicos más importantes (vida, libertad, patrimonio, etc.) ello en virtud a que el derecho le otorgó la opción de calcular o bien optar por solucionar sus conflictos dentro de los límites de la ley. El mandato de certeza debe afianzar la solución del conflicto no ahondarlo. Cuando la norma penal deja truncados las expectativas del sujeto dentro del entramado jurídico-penal, es por la duda que genera o la oscuridad con que fue descrita. Se trata, en estos supuestos, de una norma penal que deja de cumplir su función motivadora y fundamentadora de seguridad jurídica. El ciudadano no sabe, o tiene dudas, para construir sus comportamientos. Una ley imprecisa repercute en las relaciones en las medida que las formas de comportamiento social quedan afirmadas legalmente. Pues la ley no le indica si ese comportamiento

¹⁴ Conf. MANTOVANI, FERRANDO; *Diritto Penale*; p. 98 y ss.

¹⁵ HASSEMER, WINFRIED; *Fundamentos de Derecho Penal*; (trad. de MUÑOZ CONDE y ARROYO ZAPATERO); p. 137.

¹⁶ SÜB, FRANCK; *El Trato actual del Mandato de Determinación*; Op. Cit.; p. 225.

puede considerarse punible o es un comportamiento adecuado al Derecho. Bajo este parámetro, las reglas del “juego penal” no están claramente definidas e identificadas. Un Derecho penal así se convierte en una potencial arma de opresión.

Las repercusiones del principio de determinación no se encuentran sólo en la esfera del Derecho Penal sustantivo. Una visión de esta índole es visiblemente reducida. Su valor se extiende a la esfera del Derecho Procesal, vinculándose al principio de la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal¹⁷. Una norma indeterminada trae consigo no sólo márgenes extensos de vaguedad, si no también la posibilidad que el ejercicio de la potestad persecutoria del Estado sea ilimitado, no siendo capaz de ser sometida a un control riguroso. Una cláusula general, un concepto puramente valorativo que tenga un contenido moral aceptará dentro de su sentido, siempre problemático, cualquier conducta.

La vulneración del principio de taxatividad penal perjudica también el ejercicio del derecho de defensa. El ciudadano queda desprotegido y desarmado frente al empleo del *ius puniendi*. No puede interponer de manera válida un medio de defensa, pues a la conducta que se le atribuye le pueden suceder variadas interpretaciones, la falta de fijación nunca beneficia al ciudadano, si no legitima las intervenciones estatales más abiertas.

III. El criterio estricto del Principio de Determinación

El principio de legalidad exige al legislador dictar leyes penales exhaustivas, esto es, que los tipos legales sean descritos taxativamente y que las sanciones se encuentren claramente caracterizadas. Este modelo tiene acogida en la doctrina:

“El problema crucial de la formulación típica no radica tanto en la naturaleza de sus términos como en la precisión y claridad con que pueda delimitarse su contenido, esto es, en la medida en que el legislador haya respetado el principio de taxatividad. Cuando un término contiene una referencia precisa, clara y bien determinada, decimos que se trata de un término cerrado o rígido. Por el contrario, los términos que contienen una referencia difusa se denominan flexibles, abiertos, elásticos, o vagos. Las exigencias de taxatividad en la determinación del ámbito de lo punible, dimanantes del significado esencial del principio de legalidad, requieren que la formulación de los tipos se lleve a cabo mediante términos rígidos, en los que la discrecionalidad del intérprete quede reducida al mínimo”¹⁸.

¹⁷ Ampliamente véase en la doctrina italiana FIANDACA–MUSCO; *Diritto Penale*; p. 31; MANTOVANI, FERRANDO; *Diritto Penale*; p. 99.

¹⁸ COBO–VIVES; *Derecho Penal*; p. 308.

El modelo estricto del principio de determinación ante las tensiones derivadas de la tipificación penal, se inclina por declarar inconstitucional la norma penal por conculcar el principio de legalidad. En un Estado de Derecho —escribe ZUGALDÍA— el principio de legalidad debe tomarse en serio y puede, sin dificultad tomarse en serio (...) el mandato de certeza que comporta el principio de legalidad se exige hoy con mayor intensidad en el ámbito de la “garantía criminal” (ya que rechaza totalmente que el ámbito de lo prohibido o de las agravaciones de la pena se determine a través de cláusulas generales vagas o de difícil concreción)¹⁹.

Sin embargo, nada de lo dicho enerva la realidad que el Derecho penal moderno reconoce: algunas normas penales de la parte general tienen un fuerte componente de generalidad y las descripciones típicas de la parte especial se construyen utilizando elementos descriptivos, normativos y valorativos, que por lo demás frente a casos específicos no tienen respuestas homogéneas. Ejemplos ilustrativos de las formulaciones penales con sesgo indeterminado tenemos: a la ferocidad (art. 108 inc.1 del CP); Las Faltas de Tranquilidad Pública y las Faltas contra las Buenas Costumbre, actos contrario al pudor (art. 176 CP) y otros más.

La percepción del modelo estricto del principio de clara fijación penal aparece como consecuencia del principio de legalidad. La afirmación, in extenso, de la seguridad jurídica de los ciudadanos y que el principio de determinación constituye una limitación al Estado, definida a través de la codificación penal, evidencia la ascendencia liberal de dicho modelo.

Si se quiere seguir afirmando que la pena cumple fines preventivos, el criterio estricto es el único que permite una real motivación en la medida que pretende una definición del hecho apelando a la claridad de su descripción (rechazo absoluto a la ambigüedad del lenguaje y la interpretación) y la existencia previa de la pena a imponerse. Bajo este esquema, la técnica legislativa utilizada por el legislador no debe guiarse por la idea que debe ser el juzgador quien finalmente solucione los problemas o insuficiencias de la ley al momento de su redacción. Esta alternativa debe ser rechazada porque desnaturaliza la función judicial, convirtiéndolo en legislador. Se quebranta así el principio de división de poderes y la sujeción del juez a la ley. El legislador por la fidelidad al pueblo debe asumir su responsabilidad al momento de dictar las leyes penales. Los intereses políticos o los objetivos de los grupos de presión que aparecen en el origen de la norma penal no justifican ningún proceso de indeterminación. La aludida razón no es base suficiente para que los jueces llenen de contenido dicha norma. No debe olvidarse que la jurisprudencia no es fuente del Derecho penal, sólo la ley penal cumple esa función.

¹⁹ ZUGALDÍA ESPINAR, MIGUEL; *Fundamentos de Derecho Penal*; p. 282.

En el mismo sentido, si el legislador utiliza la norma penal como salvamento de una política criminal coyuntural, como lamentablemente ocurre a veces, la exigencia de determinación del injusto es bastión ineludible al que debe apelarse, pues en ningún caso la seguridad jurídica debe quedar de lado.

El modelo estricto del principio de "lex certa", concibe y propone soluciones radicales. El razonamiento del modelo estricto es coherente con la relación principio de legalidad y bien jurídico protegido. El principio de legalidad experimenta crisis, y, el principio de lex certa es una de ellas. Lo mismo ocurre con el bien jurídico protegido, el cual no tiene un carácter absoluto y por el contrario en los últimos tiempos existe una tendencia a prescindir de ellos o declararlos insuficientes como fundamentadores del Derecho penal²⁰.

El principio de determinación estricto no es posible matizarlo, con lo cual lo único que queda en pie es el modelo rígido, pues la ley es cierta o incierta. En este último caso la solución no incide en la naturaleza del principio sino en los medios o métodos que se aplicaran para evitar que el derecho penal –en casos de indeterminación concreta– no se sumerja en el pantano del abuso bajo el argumento de la existencia positiva de la ley.

Entonces, el modelo estricto se convierte en irreal o en un ideal –incluso de técnica legislativa– que no se da. La construcción del Derecho penal es compleja, y requiere abordarla en sus variados matices.

IV. Relativización del Principio de Determinación

Un sector importante de la doctrina acepta que no es posible prescindir de la utilización de elementos normativos y valorativos al momento de definir las normas penales de carácter general y de estructurar los tipos legales. Agregan además que tampoco es posible afirmar que los elementos descriptivos, entendido como la narración de un objeto del mundo exterior permitan lograr la más alta determinación o exhaustividad, pues muchas veces terminan siendo objeto de valoración²¹.

Esto significa que se acepta un grado razonable de inexactitud, pues la tarea legislativa y la codificación no puede prescindir de la utilización de términos o ideas que tengan fuertes elementos valorativos o normativos. Se insiste, que este grado de indeterminación, que no se desea, pero se acepta

²⁰ JAKOBS, GÜNTHER; *Derecho Penal*; Madrid; Marcial Pons; 1995; p. 94 y ss.

²¹ ROXIN, CLAUS; *Derecho Penal*; 10/58; p. 306: "Ahora bien, en la descripción usual de elementos descriptivos y normativos apenas se presentan circunstancias puramente descriptivas o normativas, pues incluso elementos a primera vista descriptivos como "sustraer" o "edificio", en los casos dudosos deben interpretarse conforme al fin de protección del correspondiente precepto penal y, por tanto, conforme a criterios normativos; así vimos ya que incluso conceptos como "ser humano" o "cosa" no se pueden precisar sin ayuda de valoraciones jurídicas".

parcialmente no nos puede llevar a afirmar que expresiones como “Ticio es un enemigo del pueblo” o “Cayo es un sujeto peligroso” puedan cumplir con el mandato de taxatividad. La relativización del principio de determinación no supone la pérdida de racionalidad y equilibrio en las leyes penales como tampoco supone la afectación a la seguridad jurídica penal²².

El principio de *lex certa* cede a favor de reconocer que es sumamente difícil la tarea de crear normas penales cerradas con un lenguaje puramente descriptivo. El problema es complejo, pues tiene tintes políticos, técnicos, lingüísticos y otras limitaciones al momento de definir lo que se quiere proteger. Esto no significa que el mandato de determinación se entienda como una autorización de abierta flexibilización tornándolo un axioma caprichoso y acomodable²³. La *lex certa* es lo óptimo, pero si no se logra, queda sólo exigir un *máximo de taxatividad posible*²⁴ con el objetivo de que logre la mayor seguridad jurídica. Estos son los justos términos del principio de determinación que no puede ser comprendido como una exigencia de absoluta claridad y precisión en la descripción de la conducta. Puede aceptarse cierta vaguedad como consecuencia del empleo de formulas generales. Pero la exigencia sigue reposando en la máxima taxatividad posible. Lo dicho también permite aceptar la formulación de los injustos penales empleando descripciones típicas que alberguen elementos descriptivos, normativos y valorativos.

Como anotan COBO-VIVES: “El rigor absoluto, no puede ciertamente alcanzarse, pero no por ello hay que renunciar absolutamente al rigor, sino que es necesario intentar lograrlo hasta donde sea posible, de modo persistente cada vez como meta a conseguir cotas más elevadas de seguridad y certeza”²⁵.

La finalidad del mandato de precisión penal es que la ley penal deba ser formulada con exactitud, que no agregue nuevas dosis de inseguridad y no llegue a situaciones imposibles “hasta extremos que no podrían ser cumplidos en ninguna legislación razonable”²⁶. En el mismo sentido, JOAQUÍN CUELLO afirma que ningún legislador puede cumplir plenamente con el principio de determinación “y además no es deseable un exceso de taxatividad, incompatible con la justicia individual a la que debe aspirar el Derecho penal”²⁷.

²² FERRAJOLI, LUIGI; *Derecho y Razón*; Madrid; Trotta; 1995; p. 503 y ss.

²³ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO; *Derecho Penal*; Bogotá; Temis; 1997; 3ª ed.; p. 275.

²⁴ En este sentido SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA; *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*; Barcelona; Bosch; 1992; p. 256 quien alude que “el logro de la máxima taxatividad posible y de la real vinculación del juez al tenor de la ley es un objetivo irrenunciable para el Derecho Penal de un Estado democrático de Derecho”. En el mismo sentido HURTADO POZO, JOSÉ; *Manual*; p. 154 quien alude al “carácter relativo del principio de determinación”.

²⁵ COBO-VIVES; *Derecho Penal*; p. 312.

²⁶ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA; *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*; p. 255.

²⁷ CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN; *El Derecho Penal Español: Curso de Iniciación*; p. 155.

La Constitución Política del Perú en el art. 2 inc. 24 par. D al referirse al principio de legalidad precisa que “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de *manera expresa e inequívoca*, como infracción punible”. La referencia constitucional a la descripción expresa e inequívoca no debe entenderse como una exigencia de absoluta determinación y taxatividad de la ley penal, pues ello sería poco menos que utópico, dada las limitaciones naturales a las que se halla sometido el lenguaje jurídico y el lenguaje humano en general. El precepto mencionado no tiene mayor vinculación, como quieren ver algunos autores, con el empleo de determinados medios o métodos de interpretación penal²⁸.

V. Principio de Determinación y técnica de redacción de leyes penales

No existen reglas sobre técnica legislativa que nos lleven exitosamente a decir que las normas penales cumplan con todos los requerimientos de precisión y claridad idóneos para motivar a los ciudadanos. Aún en los casos más conocidos y de mayor data histórica, como es el tipo de estafa, se ha logrado una precisión exquisita. La astucia, ardid o el engaño no agotan todas las posibilidades del fraude patrimonial que se busca castigar al encerrar un grave disvalor de la acción, de allí que se recurra a la fórmula extensiva: “*u otra forma fraudulenta*” (art. 196 C.P.).

El Derecho penal sigue pautas propias en su construcción, siendo el principio de legalidad el que señala los límites que el legislador no debe sobrepasar. La técnica legislativa debe, por ello, sintetizar tales límites que guardan relación con las “garantías” penales. El delito y la pena deben presidir las leyes penales. El supuesto de hecho debe concretizar un comportamiento no querido, (matar, violar, hurtar, etc.) y la pena no debe extenderse desproporcionalmente en relación a ese daño. El binomio supuesto de hecho y pena deben responder al objeto de protección y ese hilo conductor debe tener la ventaja de la claridad.

Cuando la descripción típica se hace difusa o general, es decir, altera los límites, tales normas entran al programa de normas indeterminadas o leyes que vulneran el principio de “lex certa”. La unión del bien jurídico y el disvalor de la acción resulta fecunda si se pretende maximizar los logros del principio de taxatividad penal.

²⁸ En contra BERNALES BALLESTEROS, ENRIQUE—OTÁROLA PEÑARANDA, ALBERTO; *La Constitución de 1993: Análisis Comparado*; Lima; Rao; 1998; 4 ed.; p. 176

5.1. *Casuismo penal*

La legislación moderna se ha decantado a favor de fórmulas que eviten el “rigorismo legalista” o la “estrecha legalidad”²⁹. El motivo del abandono de esta técnica legislativa se encuentra en el hecho que si el injusto penal no se define con suficiente precisión, se corren dos riesgos: la impunidad o el castigo injusto. Se ha considerado que no es posible recoger todos los matices que se encuentran en la realidad, pues, ella siempre desborda las previsiones del legislador. Habrá casos sumamente graves que no son abrazados por el tenor de la norma y dada las necesidades de punición pueden dar lugar a interpretaciones forzadas o a marcadas lagunas de punibilidad³⁰.

La paradoja del casuismo penal es patente. Cuando se configuran los tipos penales detallados, minuciosos, herméticos, la posibilidad de aplicar la norma por el juez penal queda limitada al supuesto legal formulado, que recepciona aspectos mínimos al momento de valorar el injusto. Todos los requisitos deben cumplirse pues el supuesto no se aplica parcialmente sino en su totalidad y cuando no se logra se ingresa a la zona de impunidad. Es cierto que se quiere afirmar la libertad y esta puede cobrar vida a través de tipos legales bien dispuestos, siguiendo la idea que mientras más cerrados los tipos mayor su acercamiento a la seguridad jurídica, pero, el plus, esto es, la construcción típica cerrada deja la puerta abierta a zonas de penumbra o zonas de libertad no queridas. Si el legislador pretende proteger a través de una norma penal un bien jurídico específico, esta protección se reducirá al utilizarse una técnica legal detallista o con elementos muy rigurosos.

El derogado CP de 1924 describió la seducción en los siguientes términos: “Art. 201: *Será reprimido con prisión no mayor de dos años, el que sedujera y tuviere el acto carnal con una joven, de conducta irreprochable, de más de catorce años y menos de dieciocho, (...)*”. El elemento *conducta irreprochable* constituye, a mi modo de ver, un requisito exagerado e innecesario dentro de la protección penal de la libertad sexual y paralelamente aparece como un elemento valorativo moral. La jurisprudencia estimó que: “No puede reputarse conducta irreprochable en la presunta agraviada, quien se embriaga con personas a quienes recién conocía” (Ejecutoria de 25-junio-1942) o “Tratándose de una menor de más de 16 años de edad, la calidad de conducta irreprochable es condición indispensable para estimar como delito el acto sexual verificado sin violencia” (20-septiembre-1943). En el mismo sentido la Sala Penal declaró: “Si la agraviada, quien fue desflorada por el acusado, antes de la comisión de

²⁹ Conf. ANTÓN ONECA, JOSÉ; *Derecho Penal*; Madrid; Akal; 2ª ed.; p. 111.

³⁰ MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN; *Derecho Penal*; Valencia; Tirant lo Blanch; 1996; 2ª ed.; p. 107: “el legislador penal no puede pretender recoger todos los matices con que se expresa la realidad (...) cuando ello se intenta se cae en la utilización de enumeraciones casuísticas que generalmente no agotan las posibilidades fácticas y obligan a interpretaciones forzadas para evitar lagunas de punibilidad. Así en el delito de robo (art. 242) el legislador se refiere a la utilización de “violencia o intimidación en las personas” porque la ley no puede prever todas las múltiples formas violentas posibles”.

este hecho ha tenido relaciones sexuales contra natura, queda descartada su conducta irreprochable, que es el elemento sustancial para configurar el delito de seducción” (28-diciembre-1967).

Si bien el casuismo penal aparentemente favorece a la seguridad jurídica termina socavándola pues no se logra cumplir con los fines político criminales trazados por el legislador en el momento de formular la norma. La utilización del casuismo de forma desmesurada causa la hipertrofia en la construcción jurídica, dejando inaplicables muchas veces la norma así redactada o crea insoportables lagunas de punibilidad. La norma no se realiza y menos cumple su papel de tutela de bienes jurídicos.

El casuismo exagerado es expresión de la pérdida de racionalidad por parte del legislador, que trae consigo una secuela de “*indefensión*” jurídico penal al resto de los ciudadanos. Con lo cual se concluye que la solución (“exceso de taxatividad”) reconduce a una nueva crisis, siendo ésta más perjudicial que el propio problema que se pretendía solucionar. El “exceso de taxatividad” queda sin fundamento material alguno en la medida que la sociedad queda desprotegida del conjunto de supuestos no abarcados por la norma, pero que encierran igual o mayor disvaliosidad, más aún en una sociedad que proclama insistentemente “seguridad”³¹. La técnica legislativa moderna debe buscar nuevos derroteros que eviten la polarización o posiciones radicales, realizando una labor de “síntesis jurídico penal”³². No olvidemos, por otro lado, que bajo la técnica del “*caso por caso*” el juez penal cumple funciones mecánicas y su posibilidad de valoración se reduce a límites mínimos

Parece ser que el legislador en algunos casos considera inevitable aplicar el supuesto específico, de forma tal que la interpretación judicial resulte accesoria. Así la ley asume el contenido completo y uniforme de “cómo” debe interpretarse dicha norma.

Un ejemplo de norma casuística es el art. 296 B del C.P., introducido por Ley 27225 (17-DICIEMBRE- 1999) quien enumera a todos los que participan en el manejo de una persona jurídica y que se ven comprometidos en la comisión de un ilícito penal. Ella hace mención a “la condición de miembro del directorio, gerente, accionista, directivo, titular o asociado de una persona jurídica...”. Dicha norma constituye un ejemplo de una defectuosa técnica legislativa que emplea un casuismo por partida doble. Por un lado, repite de un modo innecesario el

³¹ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA; *La Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Post-industriales*; Madrid; Civitas; 1999; p. 30. Bajo el título de la sensación social de inseguridad el profesor español comenta: “El caso es que, en medida creciente, *la seguridad* se convierte en una pretensión social a la que se supone que el Estado y, en particular, el Derecho Penal deben dar respuesta”.

³² Conf. FIANDACA-MUSCO; *Diritto Penale*; p. 32 señalando que “il legislatori ricorre ad una seconda tecnica, quella sintetatica cioè adotta una qualificazioni di sintesi mediante l’impiego di elementi normativi.....”

principio de presunción de inocencia, señalando que el ocupar cargos de dirección o tener participación en una empresa no es indicio suficiente de responsabilidad penal. Y por otro lado, enuncia de manera prolija las calidades especiales de los sujetos que se benefician con el alcance de la norma, llegando a nombrar a siete posibles destinatarios como son: “el miembro del directorio, gerente, socio, accionista, directivo, titular o asociado de una persona jurídica”. El legislador pudo optar por una mejor redacción enfatizando en la posición de administración o dirección que un ciudadano ocupa al interior de una persona jurídica no puede significarle automáticamente la atribución de responsabilidad penal. Quienes se hallan vinculados a personas jurídicas y no tienen algunas de las calidades señaladas en la ley queda al margen de esta “protección”.

5.2. Cláusulas generales

Las cláusulas generales representan lo opuesto al casuismo en cuanto el tipo legal no tiene una clara definición de su contenido. En ellas es difícil encontrar elementos específicos que marquen diferencias con otras normas jurídicas a quienes aparentemente abraza e incorpora en su contenido. El señalar: “*Será sancionado con pena privativa de libertad todo comportamiento antijurídico*” es por antonomasia un ejemplo de aplicación de cláusula general que atenta contra el principio de determinación. Esta versión extrema ha ocurrido muchas veces en la historia del Derecho penal. Basta recordar el parágrafo 2 del Código Penal Alemán de la época nazi que disponía: “*Será castigado el que cometa un acto que la ley declara punible o que merezca serlo con arreglo a la previsión fundamental de una ley penal y al sano sentimiento del pueblo*”.

En la actualidad no se presentan las cláusulas generales abiertas ni extremas como los ejemplos mencionados, pero existen y forman parte del conglomerado penal adquiriendo diversas formas o presentaciones. En la cláusula general la problemática de *lex certa* se centra en la falta de delimitación de la prohibición o mandato. El art. 325 CP describe el delito de traición a la patria en los siguientes términos: “*El que practica un acto dirigido a someter la República, en todo o en parte, a la dominación extranjera o a hacer independiente una parte de la misma,...*”. Practicar “*un acto dirigido a*” tiene la desventaja de no precisar el tipo de comportamiento al que la norma se refiere³³, con lo cual su interpretación puede extenderse tanto que incluso puede comprender los actos preparatorios³⁴. Las dificultades técnicas que configuran estos supuestos radica en su incapacidad de proveer razonablemente seguridad jurídica: la conducta inculpada no tiene definición alguna³⁵ (v.gr. actos indebidos del art. 337 CP).

³³ Conf. HURTADO POZO, JOSÉ; *Manual de Derecho Penal*; p. 155.

³⁴ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO; *Derecho Penal*; p. 276.

³⁵ El art. 337 del C.P. prescribe: “El que viola la soberanía de un Estado extranjero practicando en su territorio *actos indebidos...*” o el art. 296: “El que promueve, favorece o facilita el consumo ilegal de drogas tóxicas....”.

La valoración jurídica que todo tipo penal recoge se halla ausente³⁶ y la antijuricidad del comportamiento por su propia indefinición no cumple siquiera la función indiciaria. El tipo penal no anuncia ni es *ratio cognoscendi* de la antijuricidad, razón por la cual, el destino de los ciudadanos queda dentro de una esfera gris en materia de seguridad jurídica³⁷.

5.3. Conceptos necesitados de complementación valorativa

Son aquellos que no obedecen a ninguna norma ni se encuentran insertas bajo algún criterio concreto. Existen por razón del lenguaje o por convicción del legislador. Su empleo obedece también a convenios o ciertos consensos o por considerar que las leyes deben responder con criterios elásticos o abiertos para que se guarde relación con los cambios que se producen por el transcurrir del tiempo y que afecta las escalas valorativas existentes en un momento histórico determinado.

El problema que genera esta técnica legislativa reside en que el intérprete de la ley pasará a precisar el contenido y los límites de la proposición legal. No es el legislador quien describe el núcleo del ilícito si no que en virtud al empleo de estos términos se delega al juez la facultad de interpretarlos. Se genera, en algunos casos, un conflicto con la Constitución cuando esta predica la seguridad de los ciudadanos³⁸ y precisamente se niega cuando la ley, su contenido y alcances son determinados por el intérprete en cada caso concreto. En palabras de ROXIN: “Una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del ius puniendi; ...”³⁹.

Existen posiciones tan radicales respecto a términos con contenidos difusos que en opinión de COBO-VIVES “no cabe hablar de tipicidad allí donde una defectuosa técnica legislativa dejan al arbitrio del intérprete la determinación del contenido de las proposiciones legales”⁴⁰. La creación del tipo legal o del ámbito situacional antijurídico, recoge diversas facetas del “hacer criminal” que no es posible incluir con precisión matemática.

Ejemplo de casos necesitados de complementación valorativa pueden contarse a las carencias sociales (art. 45 inc. 1); actos contrarios al pudor (art.

³⁶ Conf. GARCÍA PABLOS, ANTONIO; *Derecho Penal*; p. 252 nota 177 “Las cláusulas generales no sólo vulneran el mandato de certeza y de determinación, si no el principio de división de poderes”. También SERRANO PIEDECASAS, JOSÉ RAMÓN; *Conocimientos Científicos y Fundamentos de Derecho Penal*; p. 95 y ss.

³⁷ ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL; *Fundamentos de Derecho Penal*; p. 282: “El mandato de certeza que comporta el principio de legalidad se exige hoy con mayor intensidad en el ámbito de la *garantía criminal*, ya que se rechaza totalmente que el ámbito de lo prohibido o de las agravaciones de la pena se determine a través de cláusulas generales de difícil comprensión”

³⁸ El art. 44 de la Constitución prescribe “Son deberes primordiales del Estado: (...) garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su *seguridad* (...)”

³⁹ ROXIN, CLAUDIUS; *Derecho Penal*; 5/65; p. 169.

⁴⁰ COBO-VIVES; *Derecho Penal*; p. 308.

176); ferocidad (art. 108 inc 1); carácter obsceno (art. 183 inc. 1); la referencia a los móviles antisociales etc.

5.4. Elementos descriptivos del tipo penal

El tipo objetivo del injusto penal al formalizar su descripción utiliza términos que no requieren un mayor esfuerzo intelectual para su conocimiento y que pueden ser aprehendido por los sentidos. Casos, como matar a otro (art. 106 CP), causar daño grave (art. 121 CP), exponer a peligro de muerte (art. 125 CP), dañar o inutilizar un bien (art. 205 CP), engaño, astucia, ardid, (art. 196 CP); tienen la posibilidad de ser asumidos y comprendidos por cualquier ciudadano dentro del ámbito normal de sus procesos de relación.

El Derecho penal no exige un conocimiento profundo y depurado sino aquella posibilidad normal de comprensión y motivación. Así, el deber de solidaridad impide abandonar a un menor en peligro. Aún, si no existiera la norma penal la ayuda al prójimo no requiere elucubraciones profundas para su comprensión. En este sentido, los elementos descriptivos cumplen la función de comunicar los contenidos de las normas penales con un lenguaje claro y sencillo a cualquier entendimiento de forma tal que el conocimiento del mandato o la prohibición penal no generen oscurantismo ni ambigüedad.

El lenguaje jurídico y el lenguaje común pueden coincidir y de esta manera la “seguridad” a favor del ciudadano queda saldada. La ventaja de los elementos descriptivos estriban en una mayor precisión del núcleo del ilícito de tal manera que queda mejor representado. Una ley penal con estas características se encuentra en una mejor posición de pedir al ciudadano que transforme su conducta a favor del Derecho y específicamente del Derecho penal.

El elemento descriptivo sensibiliza la realidad de forma tal que el ciudadano acierta en su contenido. El aborto, la estafa, la apropiación ilícita, lesiones, daños, violación, etc. forman parte del circuito de comprensión generalizada por la colectividad en materia de criminalidad. Desde el punto de vista de la eficiencia, la capacidad de control por parte del Derecho penal se hace patente en estos casos. El sujeto en su hacer concreto acertará con su conducta precisamente por conocer los alcances de la misma, sin depender de conocimientos especiales y sin que al conocimiento le signifique una reflexión profunda. Quien hurta sabe en sentido general que la cosa que toma para sí no le pertenece, le es ajena. La discusión sobre la ajenidad, si existiera en el caso concreto, no enerva el hecho (verificable) que su comportamiento fue comprendido conforme a los mensajes del Derecho penal: no hurtes, no tomes lo ajeno como propio.

Existen situaciones en que los elementos descriptivos deben especificarse con arreglo a criterios valorativos. Así, la precisión del momento de la muerte

(¿al cesar la actividad del corazón o la del cerebro?) implica inevitablemente una elección hasta cierto punto valorativa⁴¹. Lo mismo ocurre con el inicio de la vida o con situaciones como el parto o estado puerperal, que para una mejor configuración de contenido y sentido pasan por una reflexión y apoyo de las ciencias médicas.

Incluso los hechos simples de la vida o las creaciones literarias quedan sometidas a la valoración (comprensión) del intérprete. Se puede llegar a procesos de interpretación similares o antagónicos o totalmente separados de los hechos o de la idea del autor de la creación literaria, sobre un mismo marco referencial.

El lenguaje jurídico penal es convencional y orientado a la seguridad jurídica⁴². Términos como dolo directo, dolo eventual, dolo de consecuencias necesarias portan un determinado sentido jurídico penal cuyo fin es no crear inseguridad al momento de su aplicación. Lo mismo ocurre con los casos de culpa, culpa consciente, culpa inconsciente, etc. Esta línea convencional creada por el derecho penal a través de la jurisprudencia y la doctrina, permiten una comprensión razonable y segura de grandes parcelas de la vida social. Sin embargo, subsisten otros casos que son objetos de discusión. Por supuesto, que el ordenamiento jurídico actual no sólo concibe al Derecho penal como parte integrante de los fines y realizaciones del Estado de Derecho, que de por sí es una salvaguarda ante interpretaciones sesgadas, sino que actualiza a través de sus razonamientos medios de seguridad a favor del ciudadano.

5.5. Elementos normativos

a) elementos normativos determinados

Son aquellos que están referidos a conceptos que poseen un contenido jurídico y que logran precisarse con ayuda de valoraciones jurídicas específicas. Una característica de estos elementos es que su contenido material se encuentra previamente determinado por la ley o se deduce de ella. No son conceptos vagos o difusos sino conceptos absolutamente predecibles en sede jurídica. El concepto *funcionario público*, viene derivado del art. 40 de la Constitución así como del art. 425 del CP y la interpretación no puede rebasar el marco señalado en la ley. El concepto *ajenidad* se vincula a la propiedad teniendo su referencia legal en el Código Civil. Igual sucede con el término *condominio* que por sus propias características remite al Derecho Civil.

⁴¹ MIR PUIG, SANTIAGO; *Derecho Penal*; Barcelona; PPU; 1996; 4ª ed.; 9/67; p. 210.

⁴² Conf. CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN; *El Derecho Penal Español: Curso de Iniciación*; Madrid; Civitas; 2ª ed; p. 159 quien afirma “que lo que caracteriza principalmente al lenguaje jurídico, concretamente al penal, es una mayor formalización (por ejemplo a través de una formulación legal expresa), pero su aplicación presenta la misma estructura que el lenguaje común: el significado de los términos jurídicos lo determina su uso. La formulación legal no *determina* su uso, si no que es un modelo al que se debe encontrar parecidos de familia.

Bien mueble o bien inmueble son elementos jurídicos que tienen un marco normativo definido en sede civil. En Derecho penal el contenido jurídico asignado a algunos términos por otras ramas del Derecho puede ser asumido o puede ser reinterpretado según su naturaleza e intereses propios. Así por ejemplo, un avión, es un bien inmueble, pero en Derecho penal, si dicho contenido jurídico se aceptara, tendríamos que admitir el delito de usurpación de avión. El ordenamiento jurídico penal asume que el avión es una cosa mueble y, por tanto, susceptible de sustracción por terceros pero no de usurpación. El contenido jurídico del término bien inmueble como elemento normativo sufre una interpretación de acuerdo a las reglas del Derecho penal, pero ello no supone la creación de zonas de inseguridad o creación judicial por parte del juez penal o la existencia de una interpretación arbitraria.

Los elementos valorativos jurídicos tienen la virtud de ser conceptos básicamente cerrados, los cuales permiten una razonable calculabilidad sobre su aplicación evitando distorsiones o decisiones arbitrarias flagrantes. El término patente (art. 222 CP) viene consolidado por el contenido jurídico previo del cual el juzgador no se puede desprender, lo mismo ocurre con el término mutuo (art. 246 CP), institución bancaria (247 CP), circulación de billetes o moneda (253 CP), etc. Si bien se requiere una complementación, esta no es vaga ni difusa.

b) elementos normativos indeterminados

Existe un grupo de términos legales que requieren una concreción por parte del juez penal, son los denominados elementos normativos valorativos jurídicos. Estos elementos pueden tener más o menos concreción en cuanto se le relaciona con el contexto general en el que aparecen, pero, ello no significa que efectivamente se encuentren determinados. Ejemplo de estos casos tenemos en el Código Penal: “importancia de los deberes infringidos” (art. 46) “violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza” o “bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal” (art. 49); “si la responsabilidad del agente fuere mínima” (art. 68); “peligrosidad delictual del agente” (art. 73); “obliga a otro a hacer lo que la ley no manda o le impide hacer lo que ella no prohíbe” (art. 151); “readaptación social” (178-A) “interés superior” (art. 214); bienes de valor científico, histórico, artístico, cultural, religioso, asistencial, militar o de importancia económica (art. 275), etc.

Estos conceptos jurídicos indeterminados serán llenados de contenido por el juez y no existe regla alguna a seguir, salvo la creencia que el juzgador actuará con justicia e integrará sus resoluciones dentro de los marcos convencionales de conocimiento jurídico penal acorde con exigencias de

seguridad a favor del ciudadano. La interpretación del juzgador no significa descalificar el sentido típico de la norma sino orientar su aplicación a fin que la punibilidad del comportamiento sea accesible al ciudadano y no se convierta en una “carga” que le resulta doblemente pesada al no comprenderla. En estos casos se requiere que la interpretación del juez sea exhaustiva en su fundamentación, que explique la razón jurídica que lo llevo a acoger una interpretación y no otra y se acoja al “fin de protección de la norma” y no la expanda innecesariamente. Esta exigencia cobrará sentido siempre que se recuerde que una de las funciones del Estado es proteger la seguridad de sus ciudadanos (artículo 44 de la Constitución).

En síntesis, los conceptos normativos pueden surgir de cualquier parte del ordenamiento jurídico y pueden ser aplicados al Derecho penal sin variar su contenido o algunas veces ajustándose a la naturaleza jurídica propia del área penal, pero, no significa necesariamente un avasallamiento a la seguridad jurídica de los ciudadanos. Se puede plantear que la utilización de términos jurídicos en la construcción de los tipos penales viene acompañada de tecnicismos que no es posible comprender por el ciudadano común y por esta razón se convierte en instrumento de inseguridad jurídica.

A ello hay que oponerle que el problema de comprensión de la norma penal no viene revelado como una visión y márgenes de exactitud precisos que le son imputables al ciudadano. Basta al Derecho penal una comprensión dentro del ámbito normal del desarrollo de la persona, esto es, de sus procesos de relación convencionales. El ciudadano no necesita saber cuál es la legislación que rige las relaciones de los bancos, es suficiente que perciba que es un banco en sentido común u ordinario. Lo favorable en la utilización de términos jurídicos es que su precisión conceptual surge de la base normativa positiva y se interpreta conforme a esas reglas preexistentes.

El segundo nivel viene dado por los elementos valorativos indeterminados, que si bien se encuentran a la vera de la indeterminación, al juez penal se le exige que su interpretación explique el fin de protección de la norma. El juez está vinculado constitucionalmente a proveer seguridad y su interpretación de elementos valorativos indeterminados debe ajustarse y concretizar la naturaleza del injusto –si lo hay– o rechazar la aplicación de la norma por no encontrar una dirección cierta de valoración o considerar que el bien jurídico protegido no ha sido debidamente abarcado⁴³.

⁴³ Véase ampliamente al respecto STRATENWERTH, GÜNTHER; *Derecho Penal*; (trad. de GLADYS ROMERO); Madrid; Edersa; 1992; p. 32; ROXIN, CLAUDIUS; *Derecho Penal*; p. 170 y ss; POLAINO NAVARRETE, MIGUEL; *Derecho Penal*; Barcelona; Bosch; 1996; 3 ed; p. 410 y ss; ESER, ALBIN; *Derecho Penal*; p. 55; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO; *Derecho Penal*; p. 276 y ss; GARCÍA PABLOS, ANTONIO; *Derecho Penal*; p. 255; MUÑOZ CONDE–GARCÍA ARÁN; *Derecho Penal*; p. 107; FIANDACA–MUSCO; *Derecho Penal*; p. 33; RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO; *Derecho Penal*; p. 63; HURTADO POZO, JOSÉ; *Manual de Derecho Penal*; p. 154.

5.6. Elementos valorativos

Son aquellos que quedan plenamente en manos del juez penal siendo él quien determina en cada caso los contornos del injusto penal o delimita cuál es la interpretación a seguir sobre las normas generales no claramente delineadas. Los elementos valorativos se nutren de los términos difusos, generales. En realidad, no se encuentran proscritos del Derecho Penal, pues resultan indispensables para precisar determinados objetos de regulación. Ellos pueden ser reconducidos a las valoraciones sociales imperantes, según convicciones jurídicas o culturales sumamente extendidas.

Términos, como lucro, placer, gran crueldad (art.108); imperio de una emoción violenta (art. 109); reglas técnicas de profesión, de ocupación o industria (art. 111); enfermo incurable (art. 112); móvil egoísta (art. 113); abuso de su ciencia o arte (art.117); inseminación artificial (art.120); anomalía psíquica (art.121); persona incapaz de valerse por sí misma (art. 125); palabras, gestos o vías de hecho (art.130); honor, reputación (art. 132); intimidad personal y familiar (art.135); pandillas perniciosas (art. 148-A); renuncia o abandona maliciosamente su trabajo (art. 149); graves daños en el cuerpo o en la salud física o mental (art. 152); explotar social o económicamente a la víctima (art. 153); disminuye o distorsiona la producción (art.168); acto sexual u otro análogo (170); estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir (art. 171); le impulse a depositar en él su confianza (art. 173); situación de abandono o de extrema necesidad económica (art. 179); afectar gravemente el pudor del agraviado o excitar prematuramente o pervertir el instinto sexual (art. 183); bienes destinados al auxilio de poblaciones que sufren las consecuencias de desastres naturales u otros similares (art. 190); reflejan la existencia de un lenguaje por decodificar.

La principal consecuencia del principio de legalidad estima que el juez está ligado a la ley y a lo que ella determine, con lo cual se cumple el principio de ley estricta. La falta de una norma rompe con los procesos vinculatorios del juez a ley. Si no hay una norma penal que regule un número determinado de casos no queda si no declarar la impunidad de la conducta. El juez sólo puede aplicar una norma jurídica en la medida que el conjunto de supuestos que pretenda abarcar se encuentren dentro del sentido literal posible de la norma.

En los elementos valorativos no existe un forzoso marco vinculatorio que determine al juez a realizar una interpretación de la norma en un determinado sentido. No existen en estos casos sujeción irrecusable del juez a la ley así v.g. afectar gravemente el pudor del agraviado, no tiene un criterio unívoco y la única “esperanza” en el sentir de JESCHECK es que la “valoración responda exclusivamente a las estimaciones de la colectividad⁴⁴”.

⁴⁴ JESCHECK, HANS; *Tratado*; p. 116.

En todo caso, el Juez verificará la existencia de los valores y se inclinará por uno de ellos. Situación difícil en una sociedad pluralista (art. 2, inc. 1º de la Constitución).

Sin embargo, el Juez no está obligado a interpretar conforme los conceptos valorativos de un grupo social determinado, según la clase social, económica o política, ni puede legitimar prácticas contrarias al ordenamiento jurídico estatal. Así, existen situaciones en que comunidades toman justicia por propia mano. Aún si esta aptitud de los ciudadanos fuera reiterativa es notorio que se contradice los criterios nucleares de justicia, que no puede enervarse por más que muchos sectores sociales lo practiquen o toleren. Finalmente, la asunción de un criterio subjetivo por parte del Juez es una solución muy limitada y no ofrece un saludable mecanismo de seguridad jurídica, que, es lo que se reclama. De otro lado, en los últimos tiempos JAKOBS, al referirse a las cláusulas generales considera que la ley debe cerrar el paso al abuso para fines de regulación ilegítimos. Tampoco se puede renunciar a las cláusulas generales que se adapten a los cambios de orden social. Sin embargo, la ley no puede convertirse en una norma en blanco que remita a su vez a las normas necesarias para la convivencia, sino que ella misma tiene que indicar los elementos (bienes, instituciones) que pretende proteger⁴⁵.

Sin embargo, un criterio delimitador para captar el sentido y fin de los términos no claramente definidos o vagos, lo encontramos en el bien jurídico. Pues la doctrina aceptada reconoce que “ninguna de las expresiones contenidas en la figura legal puede ser interpretada sino a través del objeto formal concretamente protegido en ella”⁴⁶.

Los criterios para limitar y no ahondar los casos flagrantes de indeterminación jurídica utilizan al bien jurídico como criterio de interpretación⁴⁷. Para ello se parte que el bien jurídico es claramente definible. Sin embargo, no siempre es así, pues existen tipos legales en los que el contenido de la protección penal pasa por más de una argumentación y por variados grados de aceptación o rechazo, siendo discutible cuales son los intereses tutelados. Estos casos, no ayudaran a delimitar la interpretación de los términos difusos, generales o sin claro sentido. La taxatividad se pierde por falta de precisión que –como se dijo– incluso no se encuentra en el bien jurídico protegido y las posibles soluciones (valorativas) tienen tantas peculiaridades que no pueden obtenerse criterios vinculantes surgidos de la ley. En pocas palabras: no solucionan nada⁴⁸. A la fecha, la doctrina no está en capacidad de ofrecer una solución razonable.

⁴⁵ JAKOBS, GÜNTHER; *Derecho Penal*; p. 95.

⁴⁶ COBO-VIVES; *Derecho Penal*; p. 304 y ss.

⁴⁷ ESER, ALBIN; *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*; en Revista Peruana de Ciencias Penales; Núm. 6; Año III; p. 583; URQUIZO OLAECHEA, JOSÉ; *El Bien Jurídico*; en Revista Peruana de Ciencias Penales; Núm. 6; Año 3; p. 805.

⁴⁸ JAKOBS, GÜNTHER; *Derecho Penal*; p. 46.

Pese a ello debe aludirse a la propuesta promovida por ROXIN, quien considera que la solución correcta debe encontrarse por la vía de los interpretaciones en Derecho Penal, según los cuales “un precepto penal será suficientemente preciso y determinado si y en la medida en que la del mismo se pueda deducir un claro fin de protección al legislador y que de todos modos el tenor literal siga marcando límites a una extensión arbitraria de la interpretación”⁴⁹.

VI. Determinación de la pena

El principio de legalidad señala expresamente que “Nadie será (...) sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella” (Art. II – Título Preliminar del Código Penal).

La consecuencia jurídica no es ajena al principio de determinación que surge de la *lex certa*. La pena, sin embargo, pierde su rigidez en cuanto la ley permite a los jueces trabajar con mínimos y máximos (Cfr. Art. 29 C.P.).

La determinación de la pena requiere la fijación de un marco penal capaz de respetar el principio de proporcionalidad, el cual se vincula con la importancia del bien jurídico. La dañosidad social de la conducta y la actitud interna disvaliosa se conviertan en un punto de referencia obligado que incidirá en la aplicación de la pena. El mandato de determinación de las penas logra su cometido cuando cuenta con una pena definida, precisa y cuando existe una relación de adecuación entre el comportamiento antijurídico y la lesión a un bien jurídico. El marco penal permite al juez graduar la responsabilidad penal dentro de una valoración previa realizada por el legislador. Evita no sólo la arbitrariedad judicial o el subjetivismo del juez, si no también la rigidez y la dureza en la administración de justicia penal, permitiendo la aplicación equitativa de la ley penal teniendo en cuenta las circunstancias en los que el hecho se comete, la personalidad del autor (móviles, antecedentes, fines etc.) y la magnitud del injusto cometido.

El principio de determinación no supone, como a veces se cree, el requerimiento de una pena exacta o completamente tasada como la pena de muerte o la cadena perpetua. Pues dichas sanciones jurídico penales lo que hacen es truncar el principio de proporcionalidad impidiendo la valoración favorable y beneficiosa al reo de las circunstancias que le eximen o atenúan la responsabilidad penal. Las penas aludidas sólo fomentan un computo perjudicial, neutralizando cualquier posibilidad de aplicación de la equidad.

El principio de determinación de las penas como emanación de la garantía penal del principio de legalidad implica: 1º La fijación de una determinada

⁴⁹ ROXIN, CLAUS; *Derecho Penal*; 5/73; p. 172, quien plantea su criterio frente a algunas propuestas de la ciencia penal alemana que se inclinan por la teoría de la “mejor redacción posible” (ESER, JAKOBS) o por el porcentaje de los “elementos típicos suficientemente determinables” (SCHÜNEMANN).

clase de penas⁵⁰, aceptándose, excepcionalmente su sustitución cuando sea favorable al reo; 2º La fijación de un marco penal razonable en el que, por lo menos, el límite máximo debe encontrarse cerrado, evitando cualquier discrecionalidad judicial en la imposición de las penas.

La “clase de pena” resulta esencial en la verificación de la legalidad y es un requisito que se tiene que cumplir si se pretende evitar la inconstitucionalidad de la pena a aplicar. En síntesis, en nuestro ordenamiento jurídico rige formalmente el principio “NULLA POENA SINE PRAEVIA LEGE” en cuanto se ha determinado su clase, duración y características^{51/52}.

El mandato de determinación que compete a las consecuencias jurídicas del delito es mucho más flexible respecto al mandato de determinación en la creación y agravación de delitos (tipos)⁵³. La mayor flexibilidad del principio de taxatividad en las consecuencias jurídicas se debe a las corrientes humanitarias que impulsan al Derecho Penal como a la difusión del pensamiento resocializador y preventivo–especial, el cual obliga a reparar en el delincuente y su personalidad en el momento de imponer sanciones. Mientras el supuesto de hecho se encuentra taxativamente descrito en la ley y el juez no puede alterarlo, modificando su sentido según sus intereses o particular parecer, en la determinación de la pena hay la posibilidad de una activa participación del juez a quien se le entrega mayor discrecionalidad para que imponga el quantum de la pena según el caso particular. Aquí los márgenes de valoración y de decisión son mucho más amplios, pues el juez estando sujeto a la ley, tiene el campo libre para sopesar todos los elementos del delito y las circunstancias que han influido en su autor.

El tipo penal describe la conducta punible siendo la tarea del juez comprobar si un comportamiento que ha sucedido puede encajar dentro del sentido literal posible de la ley. Por su parte la determinación de la pena implica no una labor de subsunción, si no una valoración, computando los factores favorables y perjudiciales, que llevan a decidir el tiempo o el monto de la pena a imponer. Es visible, entonces, que las consecuencias que trae el principio de determinación obliga a contemplar una mayor discrecionalidad o libre criterio en la fijación de la pena que en el supuesto de hecho típico.

Rige tanto para las penas, medidas de seguridad y las consecuencias accesorias del delito como el comiso o las medidas contra las personas jurídicas.

⁵⁰ Conf. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO; *Derecho Penal*; p. 277 propone como ejemplo de la indeterminación de la pena el caso en donde se renuncia a mencionar la clase de pena: “la mujer que se causare el aborto o permisiere que otro se lo cause incurrirá en sanción de dos a seis años”. En tal disposición no se indica si la sanción es una pena privativa de libertad o no, si es una pena o medida de seguridad.

⁵¹ GARCÍA PABLOS, ANTONIO; *Derecho Penal*; p. 254.

⁵² ROXIN, CLAUDIUS; *Derecho Penal*; p. 174.

⁵³ Conf. GARCÍA PABLOS, ANTONIO; *Derecho Penal*; p. 255; ZUGALDÍA ESPINAR, MIGUEL; *Fundamentos de Derecho Penal*; p. 284.

No se puede restringir su aplicación sólo a la órbita de las penas que si bien son las sanciones jurídico penales más importantes no son las únicas. Sin embargo, debe hacerse hincapié en las limitaciones que encuentra la realización del principio de determinación en las medidas de seguridad. Ello obedece a su propia naturaleza y sentido⁵⁴.

El aspecto material del principio de determinación de la pena, se vincula con el principio de proporcionalidad y de intervención mínima, de lo que se deriva:

- a) A mayor gravedad de la pena mayor determinación de su clase, característica y duración. Si bien, toda norma penal y toda consecuencia jurídica debe cumplir con el mandato de determinación la exigencia es mucho mayor cuando se trate de leyes penales que imponen penalidades severas o sumamente drásticas.
- b) La “punibilidad” no puede establecerse arbitrariamente, sino considerando la gravedad *de la lesión* al bien jurídico protegido, o en su defecto el menor grado de injusto trae consigo la aplicación de una penalidad menor. Esto guarda relación con el principio de proporcionalidad, que establece procesos valorativos diferenciadores de base jurídica o ético social respecto del daño causado, merecimiento de pena y necesidad de pena⁵⁵.

Así por ejemplo, la pena en el delito de extorsión pondera diversos niveles de apreciación sobre el bien jurídico y no responde obviamente al criterio de proporcionalidad de las penas. Destaca más bien por ser un “reproche” jurídico *desmesurado* que deshonra las bases del sistema penal garantista y desde el punto de vista de la prevención especial (art. IX del Título Preliminar del C.P.) no queda ninguna función por realizar.

La flexibilización (mínimos y máximos) tienen a su vez mayores elementos de evaluación al momento de decidir sobre la pena a aplicar (art. 46 C.P.) al ser instrumentos normativos correctivos frente a arbitrariedad o abuso del uso de la pena, por parte del juez. El bien jurídico concurre como elemento limitador y de ponderación, por ejemplo, el homicidio, art. 106 C.P. tiene una pena máxima de veinte años, frente a un delito patrimonial como la extorsión, art. 200 C.P., que puede llegar hasta la cadena perpetua (art. 29 C.P.)⁵⁶. La flexibilización de la determinación de la pena es un instrumento legitimado sólo en cuanto provea mecanismos para bajar la penalidad, nunca para subirla.

⁵⁴ Conf. CEREZO MIR, JOSÉ; *Curso de Derecho Penal español*; T I; p. 170.

⁵⁵ ESER, ALBIN; *Derecho Penal*; p. 58.

⁵⁶ HURTADO POZO, JOSÉ; *MANUAL*; p. 164: criticando la Resolución de la Corte Suprema del 13.11.1973, consideró: que la decisión de la Corte Suprema, “desarticuló todo el sistema de penas que refleja la jerarquía de los bienes jurídicos admitida originalmente por el legislador” p. 164.