

CONTENIDO DE LAS NORMAS PENALES

Fernando A. BARRITA LÓPEZ

SUMARIO: I. *Las normas penales.* A) *La realidad social subyacente y la prevención no penal.* B) *La estructura de las normas penales.* C) *Los tipos legales.* D) *La descripción legal de las medidas de seguridad.* II. *Los hechos típicos del inimputable permanente, determinados por la peligrosidad.* III. *La aplicación y ejecución de las medidas de seguridad.*

I. LAS NORMAS PENALES

A) *La realidad social subyacente y la prevención no penal*

Si partimos de la afirmación de Von Ihering, cuando decía que los hechos del mundo natural no pueden ser alterados por la construcción dogmática, entonces nuestra exposición ha de comenzar por esos sucesos de la vida a los que el legislador, al describirlos en forma general y abstracta, les da relevancia penal.

Así, frente a los eventos lesivos de los intereses sociales, sean individuales o colectivos, el Estado responde etiquetándolos de antisociales y creando, como último recurso y después de agotadas otras instancias, las normas penales.

Decimos que las normas penales han de ser el último recurso porque, aun cuando es verdad que los delitos generan una pérdida social y económica para el Estado, también es cierto que el sujeto, al delinquir, representa una pérdida de recursos humanos; además, su encarcelamiento y tratamiento origina una erogación de fuertes cantidades de dinero (policías, funcionarios, establecimientos, etcétera). Por ello, ante esos eventos antisociales, lo aconsejable es una política de prevención general que tienda a la supresión de los múltiples factores que propician la comisión de dichos eventos. Más que medidas penales, son necesarias, en principio, medidas de prevención no penal: sociales, políticas, culturales, servicios públicos, fuentes de trabajo, etcétera.

Sin embargo, como a pesar de ponerse en juego toda esta serie de

medidas, se seguirán presentando los eventos antisociales, el Estado estará legitimado para poner en marcha —desde su misma creación— un sistema jurídico punitivo, tendente a la prevención penal a través de la represión de quienes, al cometer dichos eventos antisociales, lesionan los intereses sociales.

Dentro de este sistema jurídico punitivo encontramos, como parte del núcleo básico, las normas jurídico-penales. Éstas, ya lo sabemos, son elaboradas por el legislador.

B) *La estructura de las normas penales*

Las normas penales, por razones de técnica legislativa, aparecen fragmentadas en un número variable de textos legales. El legislador, en los diversos artículos de que se componen los códigos penales, describe, por una parte, clases de actividades o inactividades lesivas de los intereses sociales y, por otra, elementos que son comunes a las clases de antisocialidad descritas. El intérprete no debe olvidar que esos textos legales no constituyen, cada uno por sí, una norma penal completa; y que, por ello, a la inversa de la técnica legislativa, debe coordinar todos los textos legales que en alguna medida describen la misma clase de antisocialidad. En otras palabras: el intérprete debe reconstruir cada una de las normas penales.

La lectura de los códigos penales nos lleva, precisamente, a percatarnos de la existencia de punibilidad y de medidas de seguridad. Unas y otras, descriptivas de consecuencias que sobrevendrán a quienes realicen la descripción formulada. Las primeras, para los imputables; las segundas, para los inimputables permanentes. Y ambas categorías nos conducen a plantear la existencia de dos grandes universos de normas penales.

Cada norma, de cualesquiera de estos dos universos, contiene dos partes: una, en la que se describen las conductas antisociales, y que los teóricos, convencionalmente, denominan “tipo”; otra, en la que se describen las consecuencias: a) punibilidad, en relación a los imputables, y b) medidas de seguridad, para los inimputables permanentes.

Lo anterior trae como consecuencia el que existan variantes en el contenido de ambas clases de tipos. Si relacionamos los textos legales que describen la antisocialidad, con los textos descriptivos de la punibilidad, el contenido del tipo será uno; en cambio, si los relacionamos con los textos que describen a las medidas de seguridad, el contenido del tipo será parcialmente distinto.

Esto no puede ser de otra manera, pues sabemos que los eventos antisociales son realizados por seres humanos, entre los cuales es necesario establecer una distinción: los seres humanos con plena capacidad mental y los seres humanos que de alguna manera están afectados en su capacidad mental. Esta diferencia nos conduce, apoyados además en los razonamientos apuntados en el párrafo anterior, a nuestra afirmación acerca de la existencia, en los códigos, de dos clases de normas: las normas penales elaboradas para contemplar las conductas de los seres humanos plenamente capaces en lo mental y las normas penales que se elaboran para captar las conductas de los seres humanos que tienen afectada de alguna manera su capacidad mental.

Por lo que se refiere al segundo caso, y en concreto al contenido de las normas penales para los inimputables permanentes, que es el tema de esta ponencia, hemos de afirmar lo siguiente: antes que nada se hace necesario el empleo correcto del lenguaje para evitar confundir instancias jurídicas diferentes, como son la legislativa, la judicial y la ejecutiva, y así hacer claro el problema de la legitimación, el concepto, la finalidad y la definición de la materia que ha de manejarse en relación al contenido de las normas citadas, a saber: los tipos y la descripción de las medidas de seguridad.

C) *Los tipos legales*

Respecto del tipo, y antes de entrar a exponer su contenido, es conveniente recordar que no es más que una descripción, general y abstracta, de una determinada clase de eventos antisociales. Más exactamente: un tipo legal es una figura elaborada por el legislador, descriptiva de una determinada clase de eventos antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar la protección de uno o más bienes jurídicos.

Si el tipo es una figura, debe de ser un reflejo fiel de la clase de eventos antisociales que tiene como base de su legitimación, es decir, debe de reflejar la fuente real que lo sustenta y que legitimó al legislador para la elaboración de la norma penal.

El tipo legal para inimputables permanentes contiene a la mayoría de los elementos incluidos en el tipo legal para imputables. Para decirlo en forma explícita: el tipo legal para inimputables permanentes contiene los siguientes subconjuntos y elementos:

1) BIEN JURÍDICO

Elemento:

Bien jurídico.

2) SUJETO ACTIVO

Elementos:

Voluntabilidad;

Inimputabilidad permanente o inimputabilidad por falta de desarrollo;

Calidad específica;

Número específico.

3) SUJETO PASIVO

Elementos:

Calidad específica;

Número específico.

4) OBJETO MATERIAL

Elemento:

Objeto material.

5) KERNEL

Elementos:

Voluntad dolosa;

Actividad;

Resultado material; por tanto, nexo causal;

Medios;

Referencia temporal;

Referencia espacial;

Referencia de ocasión.

6) LESIÓN O PUESTA EN PELIGRO DEL BIEN JURÍDICO

Elementos:

Lesión del bien jurídico;

Puesta en peligro del bien jurídico.

7) INJUSTIFICACIÓN DE LA CONDUCTA

Elemento:

Injustificación de la conducta.

Adviértase, en comparación con los subconjuntos y elementos del tipo legal para imputables y que sirve de fundamento al delito, que en la lista anterior de subconjuntos y elementos del tipo para inimputables permanentes se han eliminado seis elementos y dos subconjuntos y, en cambio, se han incorporado dos elementos y un subconjunto. Los elementos que se eliminan son los siguientes: el deber jurídico penal, la

imputabilidad, la calidad de garante, la culpa, la inactividad y la violación del deber jurídico penal; y los subconjuntos que se suprimen son: el deber jurídico penal y la violación del deber jurídico penal. Los elementos que se incorporan son los siguientes: la inimputabilidad permanente (no transitoria) o la inimputabilidad por falta de desarrollo y la injustificación de la conducta; y el subconjunto que se agrega es el de la injustificación de la conducta.

El deber jurídico penal se eliminó por razones de coherencia: si la base para afirmar la existencia del deber es la punibilidad, en ausencia de ésta deberá cancelarse aquél. Así, en el caso de las normas penales para inimputables, como no existe la punibilidad, no es válido afirmar dentro de estas normas un deber jurídico penal. Por otra parte, no tiene sentido alguno hablar de deber jurídico penal en relación a los inimputables permanentes, porque precisamente estos sujetos carecen de la capacidad de comprender la prohibición penal; en tal situación, no se puede concebir que el legislador les imponga deberes penales. Hay una coherencia entre la ausencia de punibilidad y la ausencia del deber jurídico penal como elemento del tipo.

De la ausencia del deber se sigue la necesidad de eliminar la calidad de garante, la culpa y la inactividad. Tanto la calidad de garante, como la culpa y la inactividad tienen sentido sólo a partir de la existencia de un deber; no se puede hablar de la calidad de garante ni de la culpa ni de la inactividad al margen de los deberes jurídico penales.

Respecto a la supresión de la inimputabilidad, no hacen falta explicaciones, ya que la norma penal es elaborada para contemplar precisamente las conductas de los inimputables.

Finalmente, la violación del deber jurídico penal queda cancelada como consecuencia de la supresión del deber; además, carece de sentido pensar que el inimputable permanente incurre en violación de un deber.

Sin embargo, en lugar de la violación del deber jurídico penal, se incluye un elemento (y el correspondiente subconjunto) al que denominamos: "injustificación de la conducta". Debemos entender que el inimputable permanente, al realizar acciones que lesionan o ponen en peligro un bien, ha de hacerlo, para merecer la aplicación de una medida de seguridad, sin que medie justificación alguna. Si el sujeto, por el contrario, al lesionar o poner en peligro al bien, con su acción va a salvar un bien y no tiene otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva, no le será aplicable la medida de seguridad, por estar justificada su conducta.

Una aclaración es necesaria en relación a la voluntabilidad y al dolo.

La inexistencia del deber jurídico penal y de la violación del deber jurídico penal, en nada modifica las definiciones de voluntabilidad y de dolo. La razón es la siguiente: es verdad que se eliminan del tipo los dos elementos valorativos mencionados, pero, a cambio, se introduce un elemento valorativo: la injustificación de la conducta.

D) *La descripción legal de las medidas de seguridad*

El segundo contenido de las normas penales para inimputables permanentes, como ya se apuntó, viene a ser la descripción de las medidas de seguridad. Esta descripción, igual que el tipo, es elaborada por el legislador en forma general y abstracta, y no depende, en cuanto a su existencia, de la realización de las particulares y concretas acciones antisociales. Por estas razones, es necesario evitar toda confusión entre los tres problemas que vamos a enunciar: *a)* descripción (legislativa) de las medidas de seguridad; *b)* aplicación (judicial) de las medidas de seguridad; *c)* ejecución (por el poder ejecutivo) de las medidas de seguridad. Ahora bien, en este momento, y puesto que estamos abordando el problema de las normas penales, sólo interesa la descripción legislativa de las medidas de seguridad. En un apartado final, nos ocuparemos brevemente de la aplicación y ejecución.

A diferencia de la punibilidad, la descripción legal de las medidas de seguridad no está orientada precisamente a la prevención general, es decir, no es una conminación penal. Más bien, puede afirmarse que la descripción se formula, tan sólo, para fundamentar normativamente la privación o restricción de bienes del inimputable permanente, en protección de la sociedad. Sin embargo, no se trata de una real y concreta privación o restricción de bienes del autor. Es, tan sólo, el señalamiento de la consecuencia que sobrevendrá a todos los sujetos inimputables permanentes abarcados por el supuesto normativo y, como tal, se encuentra en los códigos penales.

Precisamente por lo que acabamos de apuntar, nos parece que la denominación más adecuada, en este nivel legislativo y a falta de una etiqueta más breve, es: "descripción legal de medidas de seguridad".

La legitimación, como seguramente se expresa en la diversa ponencia sobre el *ius puniendi*, está dada por la necesidad social emanada de la realización de las conductas antisociales.

Ahora bien, en relación a los inimputables permanentes, no podemos decir que la descripción legislativa de las medidas de seguridad debe

ser idónea para la prevención general, pues precisamente la alteración de su capacidad mental no les permite comprender las prohibiciones penales. No obstante, sí vale afirmar que esa descripción legal debe ser, en lo cualitativo, idónea para la simple protección del bien tutelado en el correspondiente tipo legal, y, en lo cuantitativo, proporcional a la magnitud del daño causado por la conducta. Dicho de otra manera: la clase de medida de seguridad descrita en la norma penal depende de la clase de bien tutelado, y la cantidad de esa medida depende: a) del rango valorativo del bien tutelado; b) del dolo; c) de la lesión o puesta en peligro del bien tutelado.

Lo anteriormente señalado permite ver que la finalidad que se persigue con la descripción legal de las medidas de seguridad es el aseguramiento de bienes individuales o colectivos y, en última instancia, de la sociedad misma.

Por tanto, podemos decir que la descripción legal de las medidas de seguridad es el mero señalamiento de la privación o restricción de bienes del autor de la acción típica, injustificada y peligrosa, formulado por el legislador para el aseguramiento de la sociedad, y determinado cualitativamente por la clase de bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste.

II. LOS HECHOS TÍPICOS DEL INIMPUTABLE PERMANENTE, DETERMINADOS POR LA PELIGROSIDAD

En relación a los particulares y concretos hechos típicos del inimputable permanente, determinados por la peligrosidad, parece conveniente establecer previamente un paralelismo con los hechos constitutivos de delito. Recordemos que en materia de delitos existen, entre otros, tres principios fundamentales:

- a) No existe delito sin tipo;
- b) No existe punición sin punibilidad;
- c) Tampoco existe punición sin delito.

En cuanto a los hechos típicos de los inimputables permanentes, podríamos decir paralelamente lo siguiente:

- a) No existe hecho típico del inimputable permanente, determinado por la peligrosidad, sin el tipo legal respectivo;

- b) No existe aplicación ni ejecución de medidas de seguridad, sin la previa descripción legislativa de las mismas;
- c) No existe aplicación ni ejecución de medidas de seguridad, sin la previa comisión del hecho típico, determinado por la peligrosidad.

Lo que queremos subrayar es que para la aplicación y ejecución de las medidas de seguridad son necesarios dos fundamentos: uno normativo y uno fáctico. El fundamento normativo está dado por la norma penal: tanto por el tipo como por la descripción de las medidas de seguridad. El fundamento fáctico está dado por el hecho típico cometido por el inimputable permanente; pero este hecho servirá de fundamento a la aplicación y ejecución de las medidas de seguridad sólo si satisface todos los requisitos exigidos en el tipo legal, y, además, también satisface la correspondiente exigencia de peligrosidad manifestada en ese particular y concreto hecho típico.

Cabe, también aquí, establecer un paralelismo con la tipicidad que se plantea en atención a los delitos: el hecho cometido por el inimputable permanente será relevante para aplicar una medida de seguridad sólo si se da una correspondencia biunívoca, uno a uno, entre los elementos del tipo y los contenidos del hecho típico del inimputable; esto es, que para cada elemento del tipo tiene que haber una porción de contenido del hecho típico que satisfaga la semántica de ese elemento del tipo, y para cada porción de contenido del hecho típico tiene que haber un elemento del tipo que exija esa concreción. Así, si no se da esta correspondencia, el hecho no será típico y, en consecuencia, no procederá la aplicación de la medida de seguridad.

En este orden de ideas, veamos, a través de la tipicidad y de la atipicidad, cómo se constituye el hecho típico ejecutado por el inimputable permanente.

El esquema, en relación a los presupuestos, es el siguiente:

- 1) BIEN JURÍDICO
 - a) Tipicidad;
 - b) Atipicidad. El consentimiento.
- 2) SUJETO ACTIVO
 - A) Autoría:
 - a) Tipicidad;
 - b) Atipicidad.
 - B) Voluntabilidad:

- a) Tipicidad;
 - b) Atipicidad. Sueño, sonambulismo, crisis epilépticas, crisis histéricas, estados febriles, otros estados de inconsciencia.
- C) Inimputabilidad permanente:
- a) Tipicidad;
 - b) Atipicidad.
- D) Calidad específica:
- a) Tipicidad;
 - b) Atipicidad.
- E) Número específico:
- a) Tipicidad;
 - b) Atipicidad.
- 3) SUJETO PASIVO
- A) Calidad específica:
- a) Tipicidad;
 - b) Atipicidad.
- B) Número específico:
- a) Tipicidad;
 - b) Atipicidad.
- 4) OBJETO MATERIAL
- a) Tipicidad;
 - b) Atipicidad. El consentimiento.

El esquema, en relación a los elementos, es el siguiente:

- 1) KERNEL
- A) Acción:
- a) Voluntad dolosa:
 - aa) Tipicidad;
 - ab) Atipicidad. Error sobre los presupuestos y elementos definitorios del dolo. Casos límite de error. *Vis absoluta, vis maior*, movimientos reflejos.
 - b) Actividad:
 - ba) Tipicidad;
 - bb) Atipicidad.
- B) Resultado material:
- a) Tipicidad;

- b) Atipicidad.
- C) Nexo causal:
 - a) Tipicidad;
 - b) Atipicidad.
- D) Modalidades:
 - a) Medios:
 - aa) Tipicidad;
 - ab) Atipicidad. El consentimiento.
 - b) Referencia temporal:
 - ba) Tipicidad;
 - bb) Atipicidad.
 - c) Referencia espacial:
 - ca) Tipicidad;
 - cb) Atipicidad.
 - d) Referencia de ocasión:
 - da) Tipicidad;
 - db) Atipicidad.
- 2) LESIÓN O PUESTA EN PELIGRO DEL BIEN JURÍDICO
 - A) Lesión del bien jurídico. Consumación:
 - a) Tipicidad;
 - b) Atipicidad. El consentimiento.
 - B) Puesta en peligro del bien jurídico. Tentativa:
 - a) Tipicidad;
 - b) Atipicidad. El consentimiento.
- 3) INJUSTIFICACIÓN DE LA CONDUCTA
 - a) Tipicidad;
 - b) Atipicidad. Causas de justificación: legítima defensa, estado de necesidad, temor fundado, actuación del agresor frente a un exceso en la legítima defensa.

III. LA APLICACIÓN Y EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

La aplicación de las medidas de seguridad corresponde, por exigencias constitucionales relativas a la división del ejercicio del poder público, a los jueces penales, quienes la realizan a través de la sentencia penal. En esta instancia judicial, tampoco se lleva a cabo una real y concreta privación o restricción de bienes del autor de la conducta típica, injus-

tificada y peligrosa. El órgano jurisdiccional únicamente dicta un mandato, particular y concreto, cuyo contenido es una orden de privar o de restringir un bien al autor. Esto es, el juez fija, tan sólo, la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor; pero será el órgano ejecutivo el que llevará a cabo esa privación o restricción de bienes, en los términos señalados en la resolución judicial.

La legitimación proviene aquí de la particular y concreta acción típica, injustificada y peligrosa, cometida por el inimputable permanente y que se probó plenamente en el procedimiento penal.

Por último, por lo que se refiere al criterio para determinar la aplicación judicial de la medida de seguridad, sólo puede ser cuantitativo. El criterio cualitativo está excluido porque el juez ya no se plantea la pregunta acerca de cuál es la clase de medida de seguridad que, por ser la idónea, debe dictar en su resolución. Este problema no es propio de la aplicación judicial, sino de la descripción legislativa; por ello, lo diremos una vez más, es un problema del legislador. El juez simplemente aplica la medida de seguridad correspondiente al hecho típico cometido. Pero, en cambio, tiene ante sí un serio problema cuantitativo. Si la medida de seguridad está descrita en forma de intervalo, con un mínimo y un máximo, ¿cuál es la base para determinar el punto específico del intervalo que a título de aplicación va a dictar el juez en la resolución? La respuesta es la siguiente: la cantidad de peligrosidad exteriorizada a través del particular y concreto hecho típico cometido, y nunca superior a ésta. La peligrosidad es el criterio rector de la actividad del juez y que no debe olvidar en su resolución, preservando al inimputable del uso arbitrario del poder estatal penal.

Respecto a la peligrosidad, sólo apuntaremos algunas ideas, ya que el tema es propio de una ponencia diversa. Entendemos a la peligrosidad de dos maneras distintas: a) Como un modo de ser del sujeto (estado del sujeto) y, por tanto, como la mera probabilidad de que el sujeto cometa (futuro) conductas antisociales; así entendida, la peligrosidad es previa e independiente de la realización o no realización de conductas típicas; b) Como un conjunto de circunstancias (marco de referencia) que generan y rodean a la comisión (presente) de la particular y concreta acción típica, injustificada y peligrosa.

La segunda noción de peligrosidad que acabamos de esbozar es la que precisamente debe tomar en cuenta el juez para hacer la aplicación, en el caso concreto, de la o de las medidas de seguridad legisladas. Es inadmisibles una sentencia penal que se apoya en la peligrosidad entendida como estado (modo de ser) del sujeto. El estado peligroso

nunca debe servir de base para la sentencia penal; en cambio, sí debe funcionar a nivel de ejecución. Aquí, en la ejecución, la medida de seguridad disminuirá cuantitativamente en función de la disminución o cesación del estado peligroso.