

¿“SUPERACIÓN DEL PASADO A TRAVÉS DEL DERECHO PENAL”?

—NOTAS SOBRE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL
PERUANO A DIEZ AÑOS DE SU VIGENCIA—

I

1. “La reforma del derecho penal es tan antigua como el derecho penal mismo”, con estas expresiones anunciaba Jescheck el gran movimiento internacional que, desde la segunda mitad del siglo pasado y sin parangón en la historia, tiene lugar en pos de su renovación¹ y que seguramente acompañará al desarrollo del derecho penal durante muchos años más.² En ese contexto se aprobó el vigente Código Penal peruano de 1991, no como iniciativa del Congreso de la República o fruto del consenso de los diversos sectores de la sociedad, sino como decisión política del Poder Ejecutivo, a través del Decreto Legislativo núm. 635, en ejercicio de facultades delegadas. Es decir, como producto de la renuncia del Poder Legislativo a regular los límites penales de la libertad constitucionalmente garantizada, práctica que ha imperado durante los últimos diez años y que ha diezmado sensiblemente la reserva de ley derivada del principio de legalidad³ y por esa vía la libertad.

1 Jescheck, “Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del derecho penal”, *La reforma del derecho penal*, Barcelona, 1980, p. 9.

2 Roxin, *Dogmática penal y política criminal*, Lima, 1998, pp. 440-446, quien augura que, pese a todo, “el derecho penal todavía existirá dentro de cien años”.

3 Urquizo Olaechea, *El principio de legalidad*, Lima, 2000, pp. 32 y 33.

No es por ello casualidad que las normas penales con mayores signos de arbitrariedad entre 1990 y 2000 se hayan dictado entre los cuarteles y el Ejecutivo bajo el ropaje de Decretos Leyes o Decretos Legislativos, muchos de ellos contrarios al texto expreso y claro de la Constitución y los principales instrumentos de derechos humanos que vinculan al Estado peruano.⁴ Ello debe conducirnos tanto a una revisión de la legislación penal vigente como a reflexionar sobre la necesidad de establecer constitucionalmente la necesidad de que la regulación penal sea de exclusiva competencia del Congreso de la República, e inclusive, como en el modelo de la Constitución española de 1978, mediante un quórum calificado.⁵

2. En todo caso se impone una reforma urgente y parcial frente a esta legislación que de modo alguno, puede estimarse en el estado actual como “carta magna del delincuente”⁶ o ley del

4 Ministerio de Justicia, *Restituyendo el Estado de derecho. Informe final de la Comisión de Estudio y Revisión de la legislación emitida desde el 5 de abril de 1992*, Lima 2001, pp. 33-46, 114-118.

5 PNUD-Ministerio de Justicia del Perú, “De la exclusión a la confianza mediante el acceso a la justicia”; Informe de la Misión “Fortalecimiento Institucional de la Justicia en el Perú”, inédito, abril de 2001, capítulos III y IV. Dicha Misión recomienda, como primera propuesta en materia de “Acceso a la justicia penal” una “No injerencia en las decisiones parlamentarias relativas a derechos fundamentales”. Se considera que “en la última década la dirección de la política criminal en el Perú ha estado en manos del poder ejecutivo, que ha gozado de amplias facilidades para influenciar en el proceso formulador de normas en materia penal —en claro detrimento del Parlamento—. La legislación penal especial, que desafortunadamente ha distorsionado todo el sistema penal, es el ejemplo más claro de la tendencia”, concluyéndose que: “Esta circunstancia contribuye a la formación de una cultura autoritaria entre los ciudadanos e impide un consenso de las fuerzas políticas y sociales. Fomenta la arbitrariedad y la servidumbre de la legislación penal a los intereses políticos”, recomendándose por ello “Incrementar la participación y liderazgo del Parlamento en la elaboración de normas penales tomando en imprescindible que aquellas normas que afectan a derechos fundamentales de la persona, fueran de su exclusiva competencia”.

6 Parafraseando a Von Liszt, “Über dem Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriff des Strafrechts”, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlín, 1970, reimpr. 1905, t. II, p. 80.

más débil.⁷ La Ley núm. 27421 del 7 de febrero de 2001 ha creado una nueva Comisión Revisora del Código Penal “a fin de elaborar un ‘Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal’”. Esta decisión se incardina en una coyuntura especialmente turbulenta para el derecho penal peruano. La transición política de los últimos nueve meses, tras diez años de ese gobierno alejado de los fundamentos democráticos, ha despertado el deseo colectivo de recuperar la institucionalidad del Estado, inclusive a través de los medios que dispensa el control penal, como se aprecia a través del inédito procesamiento de los hasta hace poco “intocables” miembros de la red de corrupción y abusos del gobierno de 1990 al 2000, que incluyó a altos funcionarios de todos los poderes públicos, empresarios de importantes industrias y medios de comunicación, o personas vinculadas al tráfico de drogas, el lavado de dinero y el tráfico de armas, cuando no a la grave violación de los derechos humanos mediante la tortura y la desaparición forzada, principalmente.⁸

Muchos de estos últimos actos quizás serán desvelados por la Comisión de la Verdad, creada mediante el D.S. núm. 065-2001-PCM del 4 de junio de 2001 a fin de “esclarecer el proceso, los hechos y responsabilidades de la violencia terrorista y de la violación de los derechos humanos producidos desde mayo de 1980 hasta noviembre de 2000, imputables tanto a las organizaciones terroristas como a los agentes del Estado”.⁹

7 Parfraseando a Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, pp. 15 y ss.

8 Véase Sexto Informe de la Procuraduría *ad-hoc*, inédito, Lima, junio de 2001, que cifra en 163 las investigaciones fiscales y judiciales y en 650 los procesados e investigados en general, de los cuales 84 se encuentran con mandato de detención —43 en cárcel y 41 prófugos—, 32 con arresto domiciliario y 3 se hallan detenidos en el extranjero con proceso de extradición.

9 Méndez, J. E., “El derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”, *Debate Defensorial*, núm. 3, 2001, pp. 11 y ss. *Defensoría del pueblo*, “Propuestas de la Defensoría del Pueblo para la instalación de una Comisión de la Verdad en el Perú”, *ibidem*, pp. 313 y ss.

3. Estas importantes iniciativas no deben, sin embargo, orientarse por el afán de “superar el pasado a través del derecho penal”. Aunque no puede dejar de comprenderse, y sólo eso, el deseo colectivo de prevención general, cuando no de mera retribución, frente a los graves delitos cometidos durante el gobierno de Alberto Fujimori y que recién ahora son investigados por el Congreso de la República, el Ministerio Público y el Poder Judicial, para cuyo descubrimiento y eficaz persecución inclusive se han puesto en vigor especiales reglas procesales y de derecho premial.

Pero este sentimiento social no deroga los fundamentos constitucionales del derecho penal, de allí por ejemplo que algunos defensores de los investigados, entre los que se encuentran importantes abogados como profesores universitarios antes dedicados sólo a lo académico, hayan calificado de inconstitucionales las normas que permiten, por ejemplo, la detención preliminar, la incautación o el levantamiento del secreto bancario desde la etapa fiscal, sin necesidad de descargo previo ni proceso judicial en curso (Ley núm. 27379 del 21 de diciembre de 2000), conclusión seguramente opinable en tanto la ley exige control judicial y se acate que la Constitución otorga al Ministerio Público la misión de investigar el delito y reunir la prueba para ejercer la acción penal.¹⁰ La trascendencia de estas investigaciones para la sociedad civil peruana incluso ha despertado el interés de importantes juristas de la comunidad iberoamericana, se ha prestado atención a los límites constitucionales de la actividad probatoria, sosteniéndose que los videos y/o documentos “obtenidos irregularmente” constituyen prueba prohibida a ser excluida del proceso.¹¹

10 San Martín Castro, “Las medidas limitativas de derechos en la investigación preliminar del delito”, *Gaceta Jurídica*, 2001, t. 86, pp. 9 y ss.

11 Véase el informe del jurista argentino Oswaldo Alfredo Gozaíni del 4 de mayo de 2001 y el “Dictamen sobre la denuncia penal contra directivos de la empresa Lucchetti valor probatorio en un proceso penal de grabaciones de conversaciones obtenidas mediante videos y relevancia penal de las conversaciones grabadas en ellos” del jurista español Francisco Muñoz Conde del 16 de mayo de 2001, donde concluye, “*1a.* La grabación en video por parte del

4. Si lo que se persigue es la superación del presente perturbado por el pasado, no debe perderse de vista que la actual alteración de los bienes afectados no puede ser eliminada mediante el derecho penal, especialmente si la pena no se concibe como la irracional secuencia de dos males:¹² el delito y la venganza de las víctimas. Una sanción vinculada a la prevención no se concide con un derecho penal de la coyuntura,¹³ de allí que una reforma plena mediante un nuevo Código Penal tal vez debe esperar a establecer, mediante el consenso, los fundamentos de la actividad reformadora, de modo que se atienda no sólo a los problemas urgentes, como los derivados de la desordenada regulación de los delitos de funcionario público, la derogación de las llamadas normas sobre “seguridad nacional” o los vacíos del actual tratamiento de los delitos socioeconómicos. Debe también prestarse importancia a cuestiones como la incidencia en el derecho interno de la posible ratificación del Estatuto de Roma de

señor Montesinos de las conversaciones que con él mantenían sus interlocutores, sin conocimiento de ellos, es constitutiva de un delito contra la intimidad. 2a. El origen delictivo de dichas grabaciones, por afectar a un derecho fundamental reconocido en los Pactos Internacionales de derechos humanos y en la Constitución peruana, impide admitir y valorar como prueba el contenido de las mismas. 3a. Existe además una nulidad sobrevinida de dichas grabaciones por haberse obtenido con infracción del también derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio. 4a. En todo caso, y aún admitiendo por vía de hipótesis la validez de dichas pruebas, el contenido de las conversaciones grabadas no constituye para los interlocutores en las mismas del señor Montesinos hecho delictivo alguno. 5a. En consecuencia, debe ser inmediatamente sobreesédo el proceso penal actualmente en marcha instado por el Ministerio Público contra los representantes de la empresa ‘Lucchetti S.A.’”. Cabe advertir que estos documentos se dieron a conocer en julio de 2001, en la Audiencia Pública ante el Tribunal Anticorrupción relativa a la apelación contra el auto de no haber lugar a abrir instrucción contra Andronico Luksic y Gonzalo Menéndez, funcionarios de la empresa Lucchetti, por los delitos de cohecho activo y tráfico de influencias.

12 Jakobs, “¿Superación del pasado mediante el derecho penal? Acerca de la capacidad de rendimiento del derecho penal tras una fractura del régimen político”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994, p. 138.

13 Roxin, “Problemas actuales de la política criminal”, *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*, México, 2001, pp. 94-96.

la Corte Penal Internacional,¹⁴ el rol de la víctima en la realización del injusto, la relevancia de las reparaciones espontáneas y la tercera vía del derecho penal o la posible necesidad de regular con mayor exhaustividad las reglas de individualización judicial de la pena y las medidas de seguridad, aspectos técnicos sin duda, pero con enormes consecuencias para la libertad constitucionalmente protegida.

5. Una reforma parcial y urgente de la legislación penal es un paso necesario hacia la democratización del derecho penal vigente. Esta tarea tampoco es ajena a la definición de objetivos claros en el terreno político criminal, de modo que se superen las todavía visibles marchas y contramarchas del legislador, como se evidenció con la reciente derogación, mediante la Ley núm. 27472 del 5 de junio de 2001, de la cadena perpetua para los delitos de abuso sexual de menor del artículo 173 del Código Penal,¹⁵ y la casi inmediata reinstauración de dicha pena por el propio Congreso a través de la Ley núm. 27507 del 13 de julio de 2001, producto de las campañas de opinión pública “contra la impunidad de los violadores” enarbolada por sectores de la sociedad civil y determinados medios de comunicación.¹⁶

Tampoco parece casual que el 17 de junio de 2001 se haya publicado el “Anteproyecto de Ley que modifica la legislación penal en materia de tráfico ilícito de drogas y tipifica el delito de lavado de activos” y hasta la fecha no sólo no se haya aprobado, sino que ni siquiera se ha promovido un debate institucio-

14 Defensoría del Pueblo, *Corte Penal Internacional*, Lima, 2000, pp. 38 y ss. El proceso de ratificación del Estatuto cuenta con el dictamen favorable de las Comisiones de Justicia (abril de 2001) y de Relaciones Exteriores (mayo de 2001) del Congreso de la República. Su discusión estará a cargo del pleno del próximo Congreso.

15 Sobre la inconstitucionalidad de dicha sanción, véase Caro Coria y San Martín Castro, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Lima 2000, pp. 122 y 123.

16 Véase www.teleley.com, la Exposición de Motivos de los Proyectos de Ley núm. 1895/2001 del 7 de junio de 2001 presentado por el Congresista Manuel Masías Oyanguren, y núm. 1900/2001 del 11 de junio de 2001 suscrito por el Congresista Luis Bernardo Guerrero Figueroa.

nal. Se proyectó una reducción de las sanciones en materia de tráfico de drogas y el traslado del lavado de dinero a una sección nueva dentro de los delitos contra la función jurisdiccional, bajo el nombre de lavado de activos y con sanciones que oscilan entre los cuatro y los quince años de privación de libertad, renunciándose a la cadena perpetua. A partir del arresto de Montesinos Torres el 23 de junio, quien se encuentra procesado, entre otros delitos, por lavado de dinero, nadie ha comentado la necesidad de aprobar esta norma que, sin duda, favorecería a dicho procesado ante una eventual condena como consecuencia de la retroactividad benigna.

6. Similares razones de coyuntura explican la repentina publicación el 1o. de julio de 2001 de los Proyectos de Ley Orgánica de la Justicia Militar y de Código de Justicia Militar. Como se sabe, en el Perú las relaciones entre la jurisdicción ordinaria y la militar son muy sensibles, especialmente desde la inconstitucional definición a favor de este último de la contienda de competencia en el caso de la Cantuta.¹⁷ La expansión de la jurisdicción militar para el juzgamiento de civiles, en casos de terrorismo, traición a la patria o terrorismo especial, no encontraba ya límites cuando se utilizó para controlar a ex miembros de las fuerzas armadas o civiles que prestaban algún servicio para tales fuerzas,¹⁸ o lo más grave, para encubrir actos de miembros de éstas en agravio de bienes jurídicos no militares como la vida, la libertad o la integridad sico-física, como sucedió precisamente en los hechos de la Cantuta y Barrios Altos, que como todos sabemos y ha sido lugar común en las dictaduras latinoamericanas,¹⁹ se pretendió dejar impunes mediante las Leyes de

17 Cubas Villanueva, *La Cantuta. Crónica de la investigación fiscal*, Lima, 1998, pp. 215 y ss.

18 Eto Cruz *et al.*, "La jurisdicción militar en el Perú", *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica*, Lima, 1997, pp. 379 y ss.

19 Ambos, *Impunidad y derecho penal internacional. Un estudio empírico dogmático sobre Colombia-Bolivia-Perú-Chile-Argentina*, Medellín, 1997, *passim*.

amnistía núm. 26479 del 15 de junio de 1995 y núm. 26492 del 2 de julio de ese año, preceptos “carentes de efectos jurídicos” por ser incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conforme ha declarado la sentencia del 14 de marzo de 2001 de la Corte Interamericana de San José en el caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros *c.* Estado peruano).²⁰

Estos problemas no se superan definitivamente en los citados proyectos, el de Ley Orgánica aún concibe el fuero militar como una extensión de las Fuerzas Armadas, sin incardinarlo dentro de la organización del Poder Judicial, y cifra el concepto de delito de función al margen de la necesidad de agravio a intereses estrictamente militares como plantea la doctrina,²¹ lo que tiene correlato en la parte especial del Código de Justicia Militar, plagado de tipos que afectan bienes jurídicos protegibles en el fuero ordinario o que sencillamente configuran meras infracciones administrativas. Por lo demás, la parte general del proyecto de Código de Justicia se aleja de los postulados básicos relativos al “hecho punible” del Código Penal, estableciendo criterios de imputación tributarios de un derecho penal de autor o de la responsabilidad objetiva, mientras que la regulación procesal plantea la subsistencia del modelo inquisitivo en desmedro del acusatorio que debe regir a la jurisdicción penal en general, lo que incluye tanto la ordinaria, como la militar y por extensión la de menores.

7. Si la coyuntura no permite acercarnos mucho más a un derecho penal del Estado social y democrático de derecho, conviene todavía reflexionar sobre los fundamentos de la legislación vigente (II) y los que deben imperar en el proceso de reforma penal emprendido recientemente (III).

20 Defensoría del Pueblo, *Amnistía vs. derechos humanos*, Lima, 2001, pp. 105 y ss.

21 San Martín Castro, *Derecho procesal penal*, Lima, 1999, vol. I, pp. 103-105.

II

8. Como he puesto antes de relieve,²² la recepción del derecho penal europeo en general, en varios momentos de la codificación penal peruana, desde el siglo XIX y hasta la actualidad, quizás no ha dejado de manifestarse como un simple “desembarco de textos o modelos”,²³ es decir, sin adaptarse las instituciones extranjeras a las exigencias y limitaciones de nuestro sistema jurídico y de la realidad nacional.²⁴

Sólo el Proyecto de Código Penal de Manuel Lorenzo de Vidaurre, publicado en Bostón en 1828,²⁵ se alejó intencionalmente de la influencia del Código Penal español de 1822²⁶ y adoptó los modelos franceses e ingleses de la época, en busca de un derrotero propio para la elaboración de un Código original a partir del estudio y recepción de las ideas europeas.²⁷ Sin embargo, el retorno al derecho peninsular operó con la puesta en vigor del Código Penal boliviano, por orden del General Santa-Cruz,²⁸ en el Estado Sud-Peruano de la Confederación Peruano-Boliviana, que tuvo como fuentes el Código español de 1822,²⁹ inspirado en el “movimiento de la Enciclopedia” y el “movimiento codificador francés”,³⁰ el Código Napoleón de 1810 y el derecho his-

22 Caro Coria, “Presentación”, en Serrano-Piedecabras Fernández, *Conocimiento científico y fundamentos del derecho penal*, Lima, 1999, pp. XIV y XV.

23 Zaffaroni, “Introducción a la codificación penal latinoamericana”, *Los códigos penales latinoamericanos*, Santa Fe de Bogotá, 1994, pp. 38 y ss.

24 Hurtado Pozo, *La ley “importada”*, Lima, 1979, pp. 101 y ss.

25 De Vidaurre, *Proyecto de Código Penal*, reimp. de la ed. de 1928, Arequipa, 1996.

26 Villa Stein, *Derecho penal. Parte general*, Lima, 1998, p. 84.

27 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, Lima, 1987, p. 106.

28 *Código Penal Santa-Cruz del Estado Sud-Peruano*, Lima, Editorial Oficial, 1836.

29 Para Bramont Arias, *Derecho penal. Parte general*, Lima, 1972, p. 110, el Código Santa Cruz “no era otra cosa que una edición reformada del Código español de 1822 —tal vez mejor dicho mal reformada—”.

30 Hurtado Pozo, *op. cit.*, nota 27, pp. 106 y 107.

tórico español.³¹ Este Código rigió apenas entre el 13 de octubre de 1836 y julio de 1838, tras la caída de la Confederación.

Posteriormente, el Código Penal peruano de 1863³² tuvo una marcada inspiración en el Código Penal español de 1848 y reformado en 1850,³³ el cual recibió a su vez la influencia del Código brasileiro de 1830 inspirado en el Código napolitano, como éste en el francés de 1810.³⁴ El texto de 1863 fue casi inmediatamente sometido a proceso de reforma, anheló “avivado al expedirse en España el Código Penal de 1870”,³⁵ a través de las Comisiones del 17 de marzo de 1871, del 18 de octubre de 1873 que elaboró el proyecto de 1874,³⁶ del 3 de julio de 1877 que escribió el Anteproyecto de 1877,³⁷ y la del 27 de enero de 1900 que produjo el Anteproyecto de 1900-1902.³⁸ Estos proyectos mantuvieron la influencia hispana de la época, ninguno se materializó en texto legislativo quizás porque no significaron un cambio importante de las instituciones del texto de 1863,³⁹ en cuya interpretación concurrieron diversas concepciones ibéricas como la “doctrina expiacionista” defendida por Francisco Pacheco en el sentido ecléctico de Rossi y enarbolada en nuestro medio por Ricardo Heredia, la escuela alemana del derecho natural cimentada por Krause y difundida por Ahrens y Roeder, y por José Silva Santisteban en Perú, la reacción contra esta con-

31 *Código Penal Santa-Cruz del Estado Sud-Peruano*, cit., nota 28, p. III. Villavicencio Terreros, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Lima, 1990, p. 73.

32 *Código Penal del Perú*, Editorial Oficial, Lima, 1862, Heredia R., *Lecciones de derecho penal filosófico*, Lima, 1884. Silva Santisteban, *Derecho natural o filosofía del derecho*, Lima, 1884. Viterbo Arias, *Exposición comparada y comentada del Código Penal de 1863*, Lima, 1900, 3 vols.

33 Zavala Loaiza, *Sinópsis histórica de la legislación penal en el Perú*, Lima, 1941, p. 31.

34 Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, 4a. ed., Buenos Aires, 1964, t. I, p. 760.

35 Zavala Loaiza, *op. cit.*, nota 33, p. 58.

36 Bramont Arias, *op. cit.*, nota 29, p. 113.

37 *La reforma del Código Penal*, Lima, 1918, t. I, pp. 3 y ss.

38 *Ibidem*, pp. 179 y ss.

39 Bramont Arias, *op. cit.*, nota 29, pp. 113 y 114.

cepción a cargo de Manuel Vicente Villarán y Juan Bautista de Lavalle, así como el positivismo italiano acogido por Javier Prado Ugarteche y Óscar Miro Quezada.⁴⁰

9. En este contexto ideológico se promovió la aprobación del “Código Maúrtua” de 1924, que recoge la experiencia codificadora helvética expresada en los Anteproyectos de agosto de 1915 y 1916 y del Proyecto suizo de 1918.⁴¹ El antecedente nacional inmediato del texto de 1924 es el proyecto de 1916 cuyo autor y ponente fue Víctor Maúrtua,⁴² en virtud del encargo establecido por la Ley núm. 2110 del 27 de enero de 1915. Este proyecto fue revisado por una Comisión en virtud de la Ley núm. 4460 del 30 de diciembre de 1921 y aprobado sin discusión parlamentaria mediante la Ley núm. 4868 del 11 de enero de 1924.

El Código Maúrtua estuvo influenciado por el Código italiano Zanardelli de 1889 en cuanto a la sistemática de tratar primero lo relativo a la ley penal, después la sanción y finalmente las infracciones, así como respecto del sistema de penas privativas de libertad paralelas. También se aprecia la injerencia del proyecto Ferri de 1921 en el tratamiento de la peligrosidad, el régimen de prisión y la relegación como medida de seguridad para los multireincidentes especialmente peligrosos. Otras fuentes relevantes son el Código argentino de 1922, el uruguayo de 1889 en la regulación de las faltas y el proyecto sueco de 1918 en el sistema de días-multa.⁴³ No se renunció totalmente a la fuente hispana, como se observa por ejemplo en el tratamiento de las causales de exclusión de responsabilidad penal y porque se conservó ciertos elementos del Código de 1863.⁴⁴ En un grado mucho menor, se ha citado como fuentes los Proyectos de Servia de

40 Hurtado Pozo, *op. cit.*, nota 27, pp. 109 y 110.

41 Villavicencio, *Parte general*, p. 73. Bramont Arias, *op. cit.*, nota 29, p. 116.

42 *La reforma del Código Penal*, Lima, 1918, t. II, pp. 5 y ss.

43 Hurtado Pozo, *op. cit.*, nota 27, p. 111.

44 *Ibidem*, pp. 110, 126.

1910 y de Suecia de 1916,⁴⁵ así como el Código Penal holandés de 1881 en cuanto a la aplicación de la ley penal y el concurso de infracciones.⁴⁶ Precisa Estuardo Núñez que el texto de 1924 recibió también una influencia nada irrelevante del Anteproyecto alemán de 1909, como de la doctrina y de la ley germanas.⁴⁷

Como bien se adelantó, el Código Penal de 1924 tuvo influencia predominantemente helvética, la distribución de materias de la parte general⁴⁸ y la clasificación de los delitos de la parte especial es análoga a la del Proyecto suizo de 1918,⁴⁹ sin soslayarse el influjo de los anteproyectos de 1915 y 1916, al extremo de que se transcribieron disposiciones de aquellos casi literalmente, de forma que profesores e interpretes como Paul Logoz recurrieron a los comentarios suizos para entender el derecho vigente en el Perú.⁵⁰

El Código Maúrtua incorporó novedosas instituciones penales, principalmente en la parte general, en materia de penas y reglas de imputación. En la misma línea de los proyectos suizos antes citados, se adoptó la orientación pluralista o ecléctica de la política criminal, entre los extremos de la concepción clásica derivada del modelo del Código Penal italiano de 1889 y los postulados de la escuela positivista expresada en el Proyecto Ferri de 1921.⁵¹ Sin embargo, ello no denota que la reforma penal de 1924 estuviera determinada por un cambio en la concepción jurídica nacional, la recepción de las fuentes extranjeras se redujo

45 Jiménez de Asúa, *Derecho penal de la República del Perú*, Lima, 1987, reimp. de 1926, p. 45. Altmann Smythe, *Reseña histórica de la evolución del derecho penal*, Lima, 1944, p. 248.

46 Benites Sánchez, *Derecho penal peruano*, Lima, 1952, p. 19. Hurtado Pozo, *op. cit.*, nota 27, p. 111.

47 Núñez, *La influencia alemana en el derecho peruano*, Lima, 1937, pp. 29-31.

48 Hurtado Pozo, *L'influence de la législation pénale suisse sur le Code pénal péruvien (partie générale)*. Bienne, 1972, *passim*.

49 Bramont Arias, *op. cit.*, nota 29, p. 115.

50 Jiménez de Asúa, *op. cit.*, nota 34, p. 1205.

51 Hurtado Pozo, *op. cit.*, nota 27, p. 113.

casi a la importación de normas foráneas, no fue producto de la evolución interna de la legislación y de las ideas penales existentes en el medio, ni una respuesta adecuada a las condiciones de nuestro país, de allí que para Hurtado el Código es comparable con un “mosaico asimétrico elaborado con diversos materiales”, cuyo único factor común se cifra en su procedencia del derecho eurocontinental.⁵² Pero lo más grave de todo radicó en que dicha forma de legislar determinó un profundo distanciamiento de la norma penal frente a la realidad, como dijera Manuel G. Abastos, “el raro destino del código Maúrtua ha sido envejecer sin haber sido aplicado ni suficientemente estudiado”.⁵³

Pese a ello, el Código de 1924 fue valorado por los penalistas más importantes de la época como un texto muy avanzado.⁵⁴ Bien puso de relieve Jiménez de Asúa que:

El Código peruano pertenece a la escuela político-criminal, en su sector más avanzado, por la dualidad de los medios puestos en la lucha contra el crimen —penas y medidas de seguridad—...; pero por la acogida de la sentencia indeterminada, incluso para ciertas penas, y por la ideología que preside la nueva ley, se aproxima al Proyecto italiano, hijo del reciente sesgo jurídico dado por la escuela positivista... En suma el Código del Perú puede figurar entre los más avanzados documentos legislativos y es uno de los hechos más importantes de la legislación penal contemporánea.⁵⁵

10. No es extraño entonces que tan sólo un año después de la entrada en vigor del Código Maúrtua, mediante la Ley núm. 5168 del 31 de julio de 1925 se creó una comisión integrada por Ángel Gustavo Cornejo y Plácido Jiménez, con el objeto de proponer las necesarias reformas de la legislación penal, propuesta

52 Hurtado Pozo, *op. cit.*, nota 24, p. 125.

53 *Ibidem*, p. 126.

54 Kunicka-Michalska, “La reforma del derecho penal en el Perú y sus antecedentes”, *Actualidad Penal*, núm. 9, 1995, p. 107.

55 Jiménez de Asúa, *op. cit.*, nota 45, p. 72.

que se concretó en el Proyecto de 1928⁵⁶ y tal como previó en su momento Jiménez de Asúa,⁵⁷ no sólo fue una revisión del texto de 1924 sino un modelo diferente en los principios generales y los delitos en particular.⁵⁸

Los posteriores intentos de reforma penal se remontan a 1965, durante el primer gobierno de Belaunde Terry se creó mediante el D.S. núm. 136-AL del 25 de marzo, una comisión encargada de revisar el Código de 1924, la misma que fue presidida por Torres Malpica e integrada por penalistas importantes como Bramont Arias, Roy Freyre y Peña Cabrera. Esta Comisión produjo, ya durante el gobierno militar de Velazco Alvarado, el Anteproyecto del 7 de junio de 1972, texto que mantuvo los postulados básicos de 1924 y se orientó a controlar los excesos de la dictadura militar,⁵⁹ razón por la que quizás no pudo cobrar vigencia.

11. El programa penal de la Constitución de 1979 puso en vigor un conjunto de garantías no tenidas en cuenta durante el régimen militar de 1968 a 1980.⁶⁰ La Constitución no reclamaba necesariamente la aprobación de un nuevo Código Penal, pese a lo cual desde 1984 se emprendió la tarea prelegislativa, dadas las limitaciones de las reformas operadas desde 1980, la falta de un programa de política criminal integral y viable,⁶¹ y la “euforia” del movimiento internacional de reforma penal gestado desde el Proyecto Alternativo Alemán de 1966, pero cuya fuerza no pudo percibirse en Latinoamérica sino hasta principios de los años ochenta. A la mitad de dicha década ya advertía Prado como en los anteriores quince años se había “desarrollado un consenso en cuanto a diagnosticar y aceptar la necesidad de re-

56 *Proyecto de Código Penal*, Lima, 1928.

57 Jiménez de Asúa, *op. cit.*, nota 45, pp. 73 y 74.

58 Villavicencio Terreros, *op. cit.*, nota 31, p. 74.

59 Peña Cabrera, *Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general*, 3a. ed., Lima, 1999, pp. 164 y 165.

60 Prado Saldarriaga, *Derecho penal y política. Política penal de la dictadura y la democracia en el Perú*, Lima, 1990, pp. 50-58.

61 Hurtado Pozo, *op. cit.*, nota 27, pp. 72 y ss., 85 y ss.

formar el Código Maúrtua o, cuando menos, de actualizar sus normas”.⁶² Sin embargo, la tarea reformadora sería más bien desordenada, al extremo de que una Comisión no había siquiera publicado sus propuestas y ya otra había sido nombrada para los mismos fines.

Una orientación conservadora primó en nuestros primeros proyectos de Código Penal “de la democracia”, de septiembre-octubre-noviembre de 1984, agosto de 1985 y marzo-abril de 1986, influenciados por la inercia del Código de 1924 y el tecnicismo de la parte general del Código Penal Tipo para Latinoamérica,⁶³ cuya redacción se concluyó en São Paulo en 1971⁶⁴ y estuvo inspirada a su vez, entre otras fuentes, por el Proyecto Oficial alemán de 1962.⁶⁵ Otras fuentes importantes de estos primeros textos se concretan en el Código colombiano de 1980 y el brasilero de 1984.⁶⁶ El proyecto de septiembre de 1984,⁶⁷ pese a ser el fruto de tres años de trabajo de la Comisión creada mediante la R.S. núm. 070-81-JUS del 8 de septiembre de 1981, manifestó una conformidad general con el estado de la legislación penal, manteniendo casi todas las instituciones de la parte general y de la parte especial y proponiendo ligeras modificaciones a fin de adaptar el Código a los postulados básicos de la Constitución. Muy al margen estuvieron las reflexiones político criminales, como era tradición en nuestro medio desde el siglo XIX, no se cuestionó la eficacia de la regulación *de lege lata* ni se diagnosticaron las dificultades de su aplicación en nuestra rea-

62 Prado Saldarriaga, *Política criminal peruana*, Lima, 1985, p. 271.

63 Especialmente en las propuestas de 1984, Villavicencio Terreros, *op. cit.*, nota 31, p. 73, n. 68.

64 Grisolia, *Código Penal Tipo para Latinoamérica. Parte general*, Santiago de Chile, 1973, t. I, t. II, vol. 1 y t. II, vol. 2. Bustos Ramírez y Valenzuela Bejas, *Derecho penal latinoamericano comparado*, t. I: *Parte general*, Buenos Aires, 1981, pp. 1 y ss.

65 Zaffaroni, “Introducción a la codificación penal latinoamericana”, *Los códigos penales latinoamericanos I*, Santa Fe de Bogotá, 1994, pp. 106 y 107.

66 Prado Saldarriaga, *op. cit.*, nota 62, p. 272. Hurtado Pozo, *op. cit.*, nota 27, p. 86.

67 Diario *El Peruano* del 3 al 5 de septiembre de 1984.

lidad, la no publicidad de una exposición de motivos o actas de los trabajos preparatorios, es representativa de esta orientación.

Los Proyectos de octubre-noviembre de 1984⁶⁸ y agosto de 1985,⁶⁹ tampoco acompañados de explicación alguna, fueron producto de la Comisión Revisora creada mediante la Ley núm. 23859 del 5 de julio de 1984, la misma que otorgó facultades delegadas al Poder Ejecutivo para aprobar un nuevo Código Penal, pretensión que no se materializó ante la ausencia de una coyuntura favorable. El primero de estos proyectos fue elaborado en el tiempo record de tres meses y días, prácticamente se limitó a reproducir las discutibles disposiciones del Código Penal Tipo para Latinoamérica⁷⁰ y la gran ausente en tan sumario periodo fue la definición de metas político-criminales. Como advirtió Prado, era necesario desarrollar un mínimo de investigación criminológica y tratar de consensuar las bases o principios que debían inspirar la parte general y la definición del catálogo de delitos, entre ellos los principios de legalidad y reserva, mínima intervención, lesividad, resocialización, culpabilidad, humanidad, *ultima ratio* penal, entre otros,⁷¹ principios cuyo asidero constitucional era indiscutible. La propuesta de agosto de 1985, derivada de la misma Comisión no es sino la de octubre-noviembre de 1984 con algunas enmiendas,⁷² bien ha criticado Hurtado que su defecto principal, al igual que su fuente básica, el Código de 1924, fue su excesiva pretensión de perfeccionismo técnico y teórico, la preocupación de los autores no fue de política criminal, no cuestionó la efectividad de la ley vigente, ni trataron de sustituirla por una más pragmática y adecuada a nuestra realidad.⁷³

68 Diario *El Peruano* del 20 y 30 de octubre de 1984, 3 y 4 de noviembre de 1984.

69 Diario *El Peruano* del 19 a 21 de agosto de 1985.

70 Prado Saldarriaga, *op. cit.*, nota 60, p. 63.

71 Prado Saldarriaga, *op. cit.*, nota 62, pp. 275-277.

72 Véase párrafo 4 de los "Antecedentes" de la Exposición de Motivos del Código Penal de 1991.

73 Hurtado Pozo, *op. cit.*, nota 27, p. 86, véase también 87-90.

La Comisión Consultiva del Ministerio de Justicia, creada mediante la R.M. núm. 193-85 de 31 de julio de 1985, elaboró el Proyecto de marzo-abril de 1986,⁷⁴ tuvo como principales insumos los Proyectos de octubre-noviembre de 1984 y agosto de 1985, reproduciendo en consecuencia los defectos antes mencionados. Esta propuesta fue especialmente debatida en el seno de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos,⁷⁵ oportunidad en la que Zaffaroni puntualizó que un nuevo Código Penal peruano “tendría que inspirarse en una filosofía bien distinta a la que responden el Código vigente y el Proyecto”, basándose en un derecho penal de acto y no de autor, debiendo la reforma tener en claro ciertos objetivos político criminales.⁷⁶ Por su parte, Solís Espinoza señaló que la problemática del delito debía analizarse desde una perspectiva criminológica y social, económica y de la realidad peruana, sin dejarse de lado los aspectos normativos.⁷⁷ Para Peña Cabrera era necesario trabajar más intensamente la problemática de las penas, su sistema y el respectivo correlato en el terreno de la ejecución penal,⁷⁸ mientras que Villavicencio Terreros criticó más bien el abandono de la fuente helvética en materia de delitos de peligro común⁷⁹ y Sánchez Ve-

74 Diario *El Peruano* del 31 de marzo a 2 de abril de 1986.

75 Varios autores, *Política criminal. Presupuestos científicos para la reforma del Código Penal*, Lima, 1986.

76 Zaffaroni, “La parte general del Proyecto de Código Penal de abril de 1986”, *Política criminal. Presupuestos científicos para la reforma del Código Penal*, cit., nota 75, pp. 13-16.

77 Solís Espinoza, “La delincuencia común, política y de cuello blanco”, *Política criminal. Presupuestos científicos para la reforma del Código Penal*, cit., nota 75, pp. 73 y 74.

78 Peña Cabrera, “Presupuestos científicos para la reforma del Código Penal”, *Política criminal. Presupuestos científicos para la reforma del Código Penal*, cit., nota 75, p. 96.

79 Villavicencio Terreros, “Delitos de terrorismo en el Proyecto de Código Penal”, *Política criminal. Presupuestos científicos para la reforma del Código Penal*, cit., nota 75, pp. 101-115.

larde evaluó los problemas del Proyecto vinculados a la despenalización.⁸⁰

12. La Ley núm. 24911 del 25 de octubre de 1988, bien avanzado el gobierno del Partido Aprista, amplió el plazo previsto por la Ley núm. 23859 en orden a que el Poder Ejecutivo promulgue un nuevo Código Penal mediante Decreto Legislativo. La nueva Comisión Revisora tuvo como materia prima el Proyecto de 1986 y estuvo integrada por penalistas como Roy Freyre y Bramont Arias, en calidad de colaboradores participaron, entre otros, Peña Cabrera, Villavicencio Terreros, San Martín Castro y Prado Saldarriaga. Esta Comisión publicó en primer término una propuesta de Parte General en septiembre de 1989⁸¹ y luego, al final del gobierno de García, el Proyecto completo de Código Penal en julio de 1990.⁸²

Dichas propuestas eran más acordes con las modernas tendencias del derecho comparado, pero lo más importante es que tomaron como punto de partida el reconocimiento de la profunda crisis del derecho penal y en especial de la ejecución penitenciaria, así como las limitaciones de nuestra realidad, lo que condujo a la Comisión a adoptar los presupuestos básicos de un derecho penal de mínima intervención, es decir, los principios de culpabilidad, lesividad, prevención, *ultima ratio*, entre otros.⁸³

Entre las fuentes más importantes cabe citar el Proyecto de Código Penal español de 1980, la Propuesta Alternativa de la Parte General del Grupo Parlamentario Comunista de 1982, la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal español de 1983, el texto refundido de Código Penal español de 1944 reformado conforme a los principios constitucionales en 1983, el Proyecto Alternativo alemán de 1966 y la Parte General del Código Penal ger-

80 Sánchez Velarde. "Despenalización en el Proyecto de Código Penal de 1986", Política criminal. Presupuestos científicos para la reforma del Código Penal, cit., nota 75, Ibid., pp. 117-134.

81 Diario *El Peruano* del 9 de septiembre de 1989.

82 Diario *El Peruano* del 17 de julio de 1990.

83 Exposición de Motivos del Proyecto de 1990, pp. 7 y ss.

mano (StGB) que entró en vigor el 1o. de enero de 1975, el Código Penal brasilero de 1984, de Portugal de 1982, de Colombia de 1980, el Proyecto de Código Penal argentino de 1987, así como el Proyecto peruano de 1986 y el Código Maúrtua de 1924.⁸⁴

El retorno a las fuentes españolas y la intensificación de la influencia alemana son especialmente visibles en la Parte General publicada en 1989, donde por ejemplo se introducen las cláusulas alemanas de la omisión (artículo 18) y de la actuación “en lugar de otro” (artículo 32), también recogidas en las fuentes hispanas, se renuncia a los conceptos de tentativa y frustración por normas acordes con los criterios germanos de tentativa inacabada y acabada (artículos 21 y ss.). La influencia española se deja sentir más claramente por ejemplo en el tratamiento de las consecuencias accesorias para la persona jurídica (artículo 105), inspirado en el Anteproyecto de Código Penal español de 1983.

Este tecnicismo de la parte general, claramente advertido en la Exposición de Motivos del texto de 1990,⁸⁵ no imperó en la Parte Especial publicada ese año, si bien el proyectista tuvo la iniciativa de modernizar el catálogo de delitos y codificar la ya profusa legislación complementaria, se enfrentó al viejo problema de concretar tipos penales acordes con los principios limitadores del *ius puniedi* derivados de la Constitución y en muchos casos anunciados en la parte general. De un lado se descriminalizaron figuras delictivas que ya habían sido cuestionadas por la doctrina nacional, sea por desuso como el duelo o la piratería, por establecer reglas de responsabilidad objetiva como la figura de la riña, o por desvincularse del principio de lesividad según se observa en el adulterio. Asimismo, no puede soslayarse el valor de incorporar figuras modernas como el homicidio por piedad, el genocidio, los delitos contra la intimidad,

84 Villavicencio Terreros, *op. cit.*, nota 31, p. 74, nota 69. También la Exposición de Motivos del Código Penal peruano de 1991, *passim*.

85 Exposición de Motivos del Proyecto de 1990, p. 10.

los delitos laborales, el fraude en la administración de sociedades mercantiles o cooperativas, los delitos económicos o los delitos ambientales. Pero llama la atención que la propia exposición de motivos declara el distanciamiento de una concepción moral del derecho penal,⁸⁶ mientras en los delitos sexuales se considera como bien jurídico “las buenas costumbres” y el “honor sexual”. Un aspecto especialmente problemático durante la coyuntura de 1990 era el tratamiento del terrorismo, el proyectista mantuvo el núcleo de conductas previstas en la legislación anterior, pero recurriendo a penas graves de hasta veinticinco años de privación de libertad que contrastaban con la orientación resocializadora que se pretendía dispensar a la pena.⁸⁷ Otra propuesta polémica fue la descriminalización del aborto por indicación ética y eugenésica (artículo 120, núms. 2 y 3), lo que produjo una importante reacción contraria de los sectores conservadores de la sociedad y de la Iglesia Católica, al extremo que al aprobarse el Código Penal de 1991 tuvo que preverse una sanción simbólica para estas conductas de hasta tres meses de privación de libertad (artículo 120). Estos aspectos problemáticos de la parte especial, presentados sólo a modo de ejemplos, son representativos de un elemento común que ha acompañado a la reforma penal peruana de los últimos decenios, no la politización del proceso de selección de conductas punibles y sus sanciones, factor sin duda inevitable en toda labor vinculada a la parte especial y hasta quizás deseable en tanto se observen determinados parámetros político criminales,⁸⁸ sino la adopción de

86 *Ibidem*, p. 7.

87 *Ibidem*, p. 8.

88 *Ibidem*, p. 10, como bien advirtió la Comisión Revisora de 1990 “La parte general tiene una reconocida dimensión jurídico-filosófica que compete fundamentalmente precisar a los expertos, no así la parte especial que demanda, más bien, decisiones políticas que implican, consecuentemente, apreciaciones político criminales que deben ser convenientemente aceptadas por una Comisión Codificadora o Revisora. No olvidemos que la parte especial de un Código Penal es el lugar en donde, con motivo de la descripción de las ilicitudes, se reactualizan, determinan, concretizan, reconsideran y complementan

soluciones penales para resolver problemas puramente coyunturales, para atender las demandas del momento o acallar las exigencias de la opinión pública, incluso recurriendo a tipificaciones ayunas de lesividad.

Antes bien, la propuesta de 1990 merece sin lugar a dudas una valoración positiva, por primera vez se aprecia claramente un proyectista técnico, comprometido con la necesidad de establecer una legislación penal más acorde con la realidad social del país, que guarda mayor celo frente a las fuentes extranjeras y que en general es consecuente con los presupuestos político-criminales previstos en la Constitución.

13. El Proyecto de Código Penal de enero de 1991,⁸⁹ publicado sin Exposición de Motivos, fue el producto de la Comisión Revisora creada durante el primer gobierno de Cambio Noventa, mediante la Ley núm. 25280 del 30 de octubre de 1990 que delegó facultades en el Poder Ejecutivo para promulgar en el plazo de 90 días un nuevo Código Penal. La Comisión estuvo integrada por miembros de las Cámaras de Senadores y de Diputados y de diversas instituciones del país, entre cuyos penalistas destacaban Méndez Jurado, Portocarrero Hidalgo y Luis Bramont Arias, mientras que Peña Cabrera intervino como colaborador. Esta propuesta no es más que una revisión del Proyecto de 1990, por un lado se mantuvo casi intacta la parte general, incorporándose un Título Preliminar como en el Proyecto de 1986 a fin de consagrar los principales principios reguladores del *ius puniendi*. De otro lado, la Parte Especial acentuó la línea sobre-criminalizadora en materia de tráfico de drogas y terrorismo, sin superar los principales problemas del texto de 1990, en especial el relativo a ser consecuente con el principio de lesividad. El plazo fijado por la Ley núm. 25280 fue ampliado por sesenta días más por la Ley núm. 25350 del 10 de febrero de 1991, en

los enunciados y cuantificaciones, según el caso, contenidos en la Parte General y que se refieren al delito o a sus penalidades”.

89 Diario *El Peruano* del 20 de enero de 1990.

virtud de la cual y sobre la base del Proyecto de enero de 1991 y sin trámite parlamentario alguno, se aprobó el Código Penal a través del Decreto Legislativo núm. 635 del 8 de abril de 1991, aunque la publicación de las normas se hizo secuencialmente el 8, 9 y 10 de abril.

14. Pese a los diez años de vigencia del Código de 1991 es aún difícil establecer una valoración global en torno a una norma que, parafraseando a Manuel G. Abastos al calificar el Código de 1924, viene quizás envejeciendo sin haber sido totalmente aplicada ni suficientemente estudiada. Seguramente varias de las consideraciones señaladas en torno a los proyectos de 1990 y 1991 son aquí relevantes, pero no debe perderse de vista que varias normas y hasta capítulos enteros del Código de 1991 han sido reformados varias veces, sin quedar en ocasiones rastro del esbozo original en el texto vigente. A ello se suma la extensa legislación complementaria que en muchos casos toma distancia de los principios político criminales derivados de la carta magna y que ha terminado por desvirtuar la pretensión codificadora que inspiró el proceso de reforma iniciado en los años ochenta

El nuevo Código fue recibido en 1991 con cierto fervor por la comunidad jurídica nacional, se había logrado la derogación de un texto anacrónico alejado del desarrollo penal de los últimos setenta años. Debe recordarse además que la euforia del movimiento de la criminología crítica tuvo su auge en nuestro país entre fines de los años ochenta y principios de los noventa, producto del cual varios sectores de la comunidad jurídica expresaban un rechazo hacia la legislación vigente por derivar de procesos de criminalización selectivos y discriminatorios.⁹⁰ No era entonces posible legislar de espaldas a nuestra realidad, de allí que de la Exposición de Motivos se deduzca que la reforma total del ordenamiento penal no sólo tuvo como fin adaptar el

90 Yrigoyen Fajardo, "Nociones básicas sobre criminología y sistema penal", *Separata de criminología*, Lima, núm. 2, 1990, pp. 5 y ss. Prado Saldañriaga, *op. cit.*, nota 60, pp. 59 y ss. Caro Coria, *La protección penal del ambiente*, Lima, 1995, pp. 51-91.

Código al sistema político dibujado por la Constitución de 1979, sino también a las nuevas realidades de la sociedad peruana y a los avances que presentaba la dogmática penal, la política criminal, la ciencia penitenciaria y la criminología.⁹¹ En tal sentido, como expresa el legislador en la Exposición de Motivos “El Código Penal persigue concretar los postulados de la moderna política criminal, sentando la premisa de que el derecho penal es la garantía para la viabilidad posible en un ordenamiento social y democrático de derecho”, declaración acorde con la regulación de los principales principios limitadores del *ius puniendi* en el Título Preliminar, como los de legalidad, lesividad, culpabilidad o proporcionalidad.

Al igual que en el Proyecto de 1990, destacan como fuentes el Proyecto de Código Penal español de 1980, la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal español de 1983, el Proyecto Alternativo alemán de 1966 y el Código Penal germano (StGB), el Código brasileiro de 1984 y el de Colombia de 1980, aunque cabe subrayar que el legislador procuró no repetir las fuentes extranjeras, tomó de ellas lo que consideró conveniente y, en algunos caso, mantuvo las normas nacionales.⁹² Como puede observarse desde la Exposición de Motivos, el tecnicismo imperó en la Parte General, la misma que reprodujo casi totalmente las normas del Proyecto de enero de 1991 y por esa vía las del Proyecto de 1990. Aunque no es posible detallar exhaustivamente las principales innovaciones, cabe al menos resaltar las siguientes: la cláusula de la omisión (artículo 13), la regulación diferenciada del error de tipo y el de prohibición (artículo 14), el error de comprensión culturalmente condicionado (artículo 15), la formas de tentativa y el desistimiento (artículos 16 y ss.), el tratamiento diferenciado del estado de necesidad justificante y exculpante (artículo 20, núms. 4 y 5), el miedo insuperable (ar-

91 Kunicka-Michalska, *op. cit.*, nota 54, p. 112.

92 Zúñiga Rodríguez, “El nuevo Código Penal peruano”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1991, p. 516.

título 20. 7), el consentimiento justificante (artículo 20.10), la actuación “en lugar de otro” (artículo 27), la unificación de las penas privativas de libertad y la eliminación de la reincidencia y habitualidad, las variadas medidas alternativas a la privación de libertad fuera de la condena condicional (reserva del fallo condenatorio, exención de pena y conversiones) y las consecuencias accesorias para la persona jurídica (artículo 105).

La injerencia política en la parte especial fue un factor decisivo en la sobrecriminalización del tráfico de drogas y el terrorismo, como ya se advertía desde la propuesta de 1990. La modernización anunciada desde ésta se materializó con la eliminación del duelo, la piratería o la riña, y con la incorporación del homicidio por piedad, el genocidio, los delitos contra la intimidad, los delitos laborales, el fraude en la administración de personas jurídicas, los libramientos indebidos y delitos económicos en general. En cuanto a las sanciones, el legislador de 1991 intentó ceñirse al principio de proporcionalidad de acuerdo a la jerarquía de los bienes jurídicos, incluso en delitos especialmente sensibles ante la opinión pública como los abusos sexuales, el secuestro o el robo, orientación que duraría muy poco, especialmente hasta el autogolpe de Estado y liquidación del Parlamento el 5 de abril de 1992.

En suma, aunque provocó muchas críticas,⁹³ el texto original del Código Penal de 1991 fue considerado un documento legislativo muy avanzado, como indicó en su momento Kunicka-Michalska “Recoge tendencia progresistas en la ciencia penal actual y, sin duda constituye un éxito en la ciencia penal latinoamericana, así como un acontecimiento en el movimiento de reforma penal contemporáneo”.⁹⁴

15. La contrareforma penal se inició apenas siete meses después de promulgado el nuevo Código Penal, el Decreto Legislativo núm. 736 del 12 de noviembre de 1991, incorporó los ar-

93 *Ibidem*, pp. 515-524.

94 Kunicka-Michalska, *op. cit.*, nota 54, p. 123.

títulos 296-A y 296-B a fin de sancionar el lavado de activos derivados del tráfico de drogas o del narcoterrorismo, estableciendo penas que podían superar los veinte años de privación de libertad. Este y otros Decretos Legislativos aprobados por el Poder Ejecutivo a fines de 1991 fueron derogados mediante la Ley núm. 25399 del 10 de febrero de 1992, hecho que sumado a otros de mayor envergadura política, marcó un serio distanciamiento entre el gobierno y el Congreso en el que *Cambio Noventa* no gozaba de mayoría parlamentaria.

Tal problema fue resuelto con el llamado “autogolpe de Estado” del 5 de abril de 1992 que en definitiva marco un nuevo capítulo en el desarrollo del derecho penal peruano, porque hasta fines de ese año se aprobaron mediante Decretos Leyes normas especialmente draconianas, sin participación alguna del Congreso que fue disuelto de facto en abril, sobre todo en materia de terrorismo (D.Ley núm. 25475 del 6 de mayo de 1992), traición a la patria (D.Leyes núm. 25659 del 13 de agosto de 1992, núm. 25880 del 26 de noviembre de 1992)⁹⁵ y lavado de activos (D.Ley núm. 25428 del 11 de abril de 1992), con sanciones de hasta cadena perpetua cuya vigencia se mantiene hasta la actualidad pese a los cuestionamientos levantados por el Ministerio de Justicia en los últimos meses.⁹⁶ Con ello se ensombreció totalmente la labor reformadora que había tardado en madurar desde 1980.

Este nuevo derecho penal de clara vocación autoritaria trajo consigo graves violaciones de derechos humanos, por los excesos en la lucha antisubversiva y por la progresiva expansión de las reglas de la emergencia penal, anclada en las concepciones de “seguridad nacional” de los años setenta,⁹⁷ a otros sectores

95 Críticamente, Prado Saldarriaga, *Comentarios al Código Penal de 1991*, Lima, 1993, pp. 155 y ss. Gamarra Herrera, *Terrorismo. Tratamiento jurídico*, 2a. ed., Lima, 1996, pp. 25 y ss. Rivera Paz, *Veinte propuestas de modificación de la legislación antiterrorista*, Lima, 1999, pp. 5 y ss.

96 Ministerio de Justicia, *op. cit.*, nota 4, pp. 33 y ss.

97 Prado Saldarriaga, *op. cit.*, nota 60, p. 73.

vinculados a la delincuencia común u ordinaria, como los delitos de secuestro, robo, abigeato o violación sexual. Esta violencia penal no fue debidamente detenida ni corregida por el Congreso Constituyente Democrático que operó entre 1993 a 1995, ni por el Congreso de la República de 1995 a 2000, periodos en los que el gobierno gozó de una clara mayoría congresal y donde se observa más bien la renuncia del Poder Legislativo a revisar la legislación penal precedente, pese a que las razones motivadoras de la emergencia penal habían cesado, al menos desde junio de 1995 en que se pretendió amnistiar mediante leyes del propio Congreso a los autores de graves violaciones de los derechos humanos con el fin de “consolidar la pacificación y la reconciliación nacional”.

Esta grave omisión parlamentaria permitió en 1996, entre otras soluciones inconstitucionales, el otorgamiento de facultades de persecución penal al Órgano Administrador del Tributo (artículo 7o. del D.Leg. núm. 813), es decir, una suerte de oportunidad administrativa que permitió graves actos de persecución política y corrupción nunca antes conocida, a través de una jurisdicción especializada, integrada por jueces y fiscales nombrados desde el Servicio de Inteligencia Nacional de las Fuerzas Armadas (SIN), como se ha hecho público a través de los videos del caso Montesinos. Dicha jurisdicción fue ampliada luego mediante una simple Resolución Administrativa (núm. 744-CME-PJ del 23 de septiembre de 1998) emitida por un órgano inconstitucional, la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial creada mediante la Ley núm. 26546 del 21 de noviembre de 1995 para, con el pretexto de “reformar y modernizar la administración de justicia”, someter el Poder Judicial a un control político directo. La citada Resolución extendió la jurisdicción penal tributaria para perseguir delitos comunes no vinculados con lo tributario: estafas y defraudaciones patrimoniales, delitos contra la función jurisdiccional y contra la fe pública. Tal extensión concentró la persecución penal de hechos de relevancia penal empresarial en manos del SIN, desde donde se extorsionó a gru-

pos empresariales y se persiguió a quienes osaron ser desleales al régimen. Como si esto no fuera suficiente, otra Resolución Administrativa (núm. 1148-2000-CME-PJ del 3 de junio de 2000) extendió más el fuero penal-tributario, esta vez para controlar las graves denuncias por actos de corrupción de funcionarios en las postrimerías del segundo gobierno de Fujimori, aunque quizás fue también diseñada ante la eventualidad de que se destapara la compra del cambio de bancada al oficialismo de Congresistas de la oposición electos para el periodo 2000-2005, como efectivamente ocurrió en septiembre de 2000 cuando tras la difusión del famoso video Kouri-Montesinos, una fiscal provincial en lo Penal Tributario resolvió no haber mérito a denunciar penalmente el hecho ante el Poder Judicial, decisión que finalmente no se impuso.

Tampoco puede soslayarse, como parte de la obra penal del segundo mandato de Fujimori, normas netamente inconstitucionales como la del delito de contumacia (Ley núm. 26641 del 26 de junio de 1996) o la puesta en vigor en 1998, nuevamente mediante el peligroso recurso a Decretos Legislativos (núm. 895 sobre “Terrorismo especial” del 23 de mayo; núm. 896 contra delitos agravados del 24 de mayo; núm. 898 contra la posesión de armas de guerra del 27 de mayo de 1998; núm. 899 contra el “pandillaje pernicioso” del 28 de mayo),⁹⁸ de las llamadas normas sobre “seguridad nacional” que ampararon nuevas sanciones de cadena perpetua o la habilitación de la jurisdicción militar para el juzgamiento de civiles que cometían delitos comunes como el secuestro o la extorsión.

Este alejamiento radical de los presupuestos básicos de la Constitución durante el periodo 1991-2000 a través de la legislación complementaria, no dejó de estar presente, aunque con menor intensidad, en la Parte General del Código, como dan

98 Críticamente, Caro Coria, “Seguridad ciudadana y ‘Decretos de Emergencia’”, *Informativo legal B, M & U*, Lima, núm. 41, mayo de 1998, p. 1. Ugaz Sánchez-Moreno, “Grandes urbes e inseguridad ciudadana”, *Seguridad ciudadana y derechos humanos*, Lima, 1999, pp. 327 y ss.

cuenta por ejemplo las normas que otorgaron capacidad penal a los menores de 16 años, exceso que sólo fue corregido en 1995 mediante la Ley núm. 26447 del 21 de abril que la fijó en 18 años a través de la modificación del artículo 20.2 del Código Penal, y que promovió el debate sobre los fundamentos del derecho penal de menores, cuyas primeras líneas ofrece el Proyecto de Ley Penal del Adolescente publicado el 26 de julio de 2001, aunque sin expresar un sometimiento claro a los criterios y garantías de la imputación penal como plantea la doctrina penal contemporánea.

Otra muestra de la dirección autoritaria de la parte general deriva de la Ley núm. 27024 del 25 de diciembre de 1999 que reformó el artículo 22 del Código Penal para excluir la disminución de la pena para los imputables restringidos de 18 a menos de 21 años de edad que hubieran cometido delitos de sexuales, tráfico de drogas, terrorismo, terrorismo especial, atentados contra la seguridad nacional, traición a la patria o cualquier otro delito sancionado con cadena perpetua. Del mismo modo, se reformó el artículo 29 del Código a fin de ratificar la cadena perpetua como pena en nuestro ordenamiento y elevar el máximo permitido de la privación de libertad temporal a 35 años, modificación que introdujo la 5a. Disposición Final del Decreto Legislativo núm. 896 del 23 de mayo de 1999.

16. La nueva Comisión Revisora del Código Penal creada mediante la Ley núm. 27421 del 7 de febrero de 2001 tiene la misión de elaborar un “Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal” y para ello se le ha otorgado el plazo de un año. La norma no precisa exactamente si la Comisión debe elaborar una propuesta de nuevo Código, o si acaso más bien una propuesta de reforma urgente y parcial del Código vigente como sería conveniente. La necesidad de superar los aspectos más graves de la regulación vigente demanda una reforma inmediata sobre la base de determinados principios constitucionales como los de proporcionalidad de las penas, lesividad y legalidad, de modo similar a la experiencia española cuando tras la puesta en

vigor de la Constitución de 1978 y una vez establecidas las bases del régimen democrático, se realizó en 1983 una reforma urgente del texto refundido del Código de Penal de 1973.

Por el contrario, el proceso de aprobación de un nuevo Código debe estimarse como una tarea de largo plazo, se requiere un periodo de tiempo importante para discutir los fundamentos de una regulación alternativa,⁹⁹ no se trata, como es común hasta la actualidad en nuestro medio, de que una comisión ilustrada proponga una profunda reforma sin siquiera haberse sometido a debate los principales problemas de la legislación vigente frente a la realidad nacional, ni alcanzado consenso sobre los diversos problemas de la parte general y de la parte especial que merecen ser atendidos por el legislador. En esa dirección merece poner de relieve, aunque sea de modo general, las principales tendencias de la doctrina penal nacional a fin de establecer los grandes derroteros de *lege ferenda*.

III

17. La parte general del derecho penal peruano no ha sido suficientemente estudiada, descontando el *Manual* de Hurtado Pozo¹⁰⁰ o las *Lecciones* de Villavicencio Terreros¹⁰¹ adaptados al Código de 1924, se cuenta apenas con algunos trabajos que inciden sobre todo en la explicación de las normas del Código Penal, entre los que cabe citar el de Peña Cabrera¹⁰² y Villa Stein,¹⁰³ o más específicamente sobre la teoría del delito, como el

99 Silva Sánchez, "Malos tiempos para la codificación penal en Europa. A propósito del nuevo Código Penal español", *Revista Peruana de Ciencias Penales*, núms. 7-8, 1999, pp. 271 y ss.

100 Hurtado Pozos, *op. cit.*, nota 27.

101 Villavicencio Terreros, *op. cit.*, nota 31. También ha publicado comentarios a la parte general en su *Código Penal*, 2a. ed., Lima, 1997.

102 Peña Cabrera, *op. cit.*, nota 59.

103 Villa Stein, *op. cit.*, nota 26.

de Miguel Bramont-Arias.¹⁰⁴ El desarrollo monográfico de los problemas dogmáticos más actuales no ha sido la nota común en nuestro medio, recientemente ha empezado a adquirir importancia la problemática de las consecuencias jurídicas del delito,¹⁰⁵ mientras que temas especializados como el de la imputación objetiva o la parte general del derecho penal económico¹⁰⁶ apenas empiezan a tratarse.

El desarrollo dogmático de la parte especial del derecho penal peruano no ha sido más fructífero, aún se carece de comentarios sistemáticos e integrales que analicen todas las normas del Código y la extensa legislación complementaria. Desde la vigencia del Código de 1991 se han publicado varios trabajos que analizan aspectos específicos de la legislación, principalmente en el plano hermenéutico y exegético, muchas veces desligados de los irrenunciables fundamentos de la parte general.¹⁰⁷ Comentarios más generales estuvieron primero a cargo de Peña Cabrera,¹⁰⁸ cuyos textos reflejan una importante influencia de la doctrina latinoamericana, obra continuada hasta la fecha por sus colaboradores Ángeles y Frisancho, cuya orientación es glosar todas las normas del Código de 1991.¹⁰⁹ También merece atención el *Manual* de Luis Bramont-Arias y García Cantizano,¹¹⁰ sostenido casi de modo exclusivo en la doctrina española. Los

104 Bramont-Arias Torres, L. M., *Manual de derecho penal. Parte general*, Lima, 2000.

105 Prado Saldarriaga, *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Lima, 2000.

106 Abanto Vásquez, *Derecho penal económico. Parte general*, Lima, 1997.

107 Álvarez Calderón, "Relaciones entre la parte general y la parte especial del derecho penal", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, pp. 1009 y ss.

108 *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, Lima, 2 ts., IIA, IIB, III y IV, 1992, 1993, 1994, 1995.

109 Ángeles González y Frisancho Aparicio, *Código Penal. Comentado, concordado, anotado*, Lima, 1996-2000, ts. I-IX.

110 Bramont-Arias Torres y García Cantizano, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 4a. ed., 1998.

nuevos problemas de la parte especial casi no han sido tratados, temas vinculados al derecho penal económico y empresarial, la delincuencia organizada o las llamadas nuevas formas de criminalidad, sólo han merecido una atención inicial, se aprecia más bien un interés por las figuras del derecho penal clásico (homicidio, aborto, lesiones, robos, secuestros) y, a partir de la coyuntura de los últimos meses, por los delitos de funcionarios públicos.

Las publicaciones periódicas, entre las que cabe citar el *Anuario de Derecho Penal* que dirige Hurtado Pozo desde 1988 y la *Revista Peruana de Ciencias Penales* dirigida por Urquiza Olaechea desde 1993, contienen múltiples trabajos sobre la parte general y la parte especial del derecho nacional, algunos inclusive a cargo de autores extranjeros. Recientemente, la *Revista de Doctrina & Jurisprudencia Penal* editada por el Instituto Peruano de Ciencias Penales presta atención a una tendencia importante en el derecho penal contemporáneo, el funcionalismo sistémico de la Escuela de Bonn del profesor Günther Jakobs, cuya difusión en Latinoamérica y en nuestro medio viene extendiéndose en los últimos años.

De otra parte, los trabajos criminológicos, tras el auge de la criminología crítica en el Perú hasta principios de los años noventa, se han limitado en los últimos tiempos a la reproducción de los postulados generales del derecho penal mínimo, sin insistirse más en la meta utópica, al menos en el estado actual del derecho penal en el mundo, de la abolición del sistema penal, lo que tampoco ha motivado un estudio más extenso del derecho penitenciario que continúa siendo residual.

Finalmente y aquí radica un aspecto medular de toda reforma, a pesar de que la reflexión político criminal ha acompañado en general el discurso de los penalistas peruanos en la última década y no obstante los diez años de vigencia del Código de 1991, no se ha planteado hasta ahora un debate profundo sobre el rol de la política criminal en el trabajo dogmático y en la interpretación del derecho penal vigente, lo que a puertas de una reforma penal en el Perú nos ubica, *mutatis mutandi*, en una situa-

ción similar a la que condujo a la aprobación del Código Penal de 1924, en la que imperó el tecnicismo jurídico y el deseo de adaptar la legislación foránea a las necesidades propias, pero sin tener en cuenta la realidad político-criminal del país, ni la fuerza de la cultura jurídica nacional. A este hecho se suma que un sector de la doctrina peruana viene defendiendo la adopción del método funcional en el análisis penal, lo que justifica prestar atención a las actuales orientaciones de este método a fin de identificar el rol de la política criminal, si es que se piensa todavía, parafraseando a von Liszt, en un derecho penal como “barrera infranqueable de la política criminal”.¹¹¹ En esa línea de ideas, merece poner de relieve la recepción en nuestro medio de los aportes del profesor Jakobs en la interpretación del derecho vigente.

18. En la presentación de una colección de artículos de Jakobs, publicados bajo el título *Bases para una teoría funcional del derecho penal*,¹¹² señalé ya que la difusión y conocimiento de su extensa obra es relativamente reciente en Latinoamérica y, especialmente, en Perú. La importancia de la misma es indiscutible, Jakobs es reconocido como uno de los juristas más trascendentes en la ciencia penal contemporánea,¹¹³ sobre todo por el desarrollo de un modelo funcionalista normativo del derecho penal que expone principalmente en su *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grudlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*,¹¹⁴ ya traducido al español desde 1995 por Cuello Contreras y Serrra-

111 Von Liszt, *op. cit.*, nota 6, p. 80.

112 *Bases para una teoría funcional del derecho penal*, Lima, 2000, pp. 11 y ss.

113 En la recensión a la primera edición de 1983 del *Tratado de derecho penal* de Jakobs, su obra fue calificada por Roxin como el más audaz y más consecuente esbozo hasta ese entonces de un sistema puramente teleológico, con reflexiones originales que anticipaban los próximos treinta años, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1984, p. 2270.

114 *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grudlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2a. ed., Berlín, 1991.

no Gonzáles de Murillo.¹¹⁵ A esta obra sobre la parte general, se suman las múltiples contribuciones del autor orientadas a establecer los fundamentos de una teoría funcional del derecho penal.

Durante el desarrollo de más de veinte años de las tesis normativistas de Jakobs, se aprecia una progresiva desvinculación de la teoría de los sistemas de Luhmann y un acento en su raigambre hegeliana.¹¹⁶ Antes bien, desde sus inicios Jakobs tomó distancia de la herencia ontológica del finalismo, para dar paso a una (re)normativización de los conceptos jurídico-penales conforme a la función que corresponde al derecho penal y no de acuerdo a datos previos naturales o ajenos a la sociedad. A su juicio ella se concreta en el mantenimiento de la configuración de la sociedad en cuanto configuración normativa, es decir, que la misión del derecho penal es confirmar la identidad social. Como precisa en el prólogo a la primera edición de su *Tratado sobre la Parte General*, la misión de la dogmática penal se cifra en desarrollar las proposiciones necesarias para reaccionar ante la infracción penal como acto con significado, con contenido expresivo, mediante otro acto con significado. El objetivo es la sistematización de derecho penal vigente en términos normativos,¹¹⁷ se pretende describir en un sistema normativo el funcionamiento de un determinado sistema de imputación, se trata de una concepción que persigue separar política criminal y dogmática penal, sin que ello deba valorarse, a juicio de sus seguidores, como prueba de determinadas intenciones políticas.¹¹⁸

Este punto de partida conduce a múltiples consecuencias, entre las que cabe destacar, por su trascendencia para todo el sis-

115 *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2a. ed., Madrid, 1997.

116 Silva Sánchez, *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Buenos Aires, 1998, p. 28.

117 *Tratado sobre la Parte General*, Berlín, 1983, pp. V y VI.

118 Suárez González y Cancio Meliá, "Estudio preliminar", Jakobs, *La imputación objetiva*, Madrid, 1996, pp. 79 y 80.

tema del derecho penal, la concepción de la pena como medio de estabilización de las expectativas normativas. Dicho de otro modo, la pena tiene como función el mantenimiento de la confianza en la vigencia de la norma, antes que perseguir otros efectos de carácter psicológico-social o psicológico-individual que la punición estatal también podría producir. No se trata en consecuencia de dispensar protección a lo que clásicamente se conoce como bien jurídico sino de orientar la tutela hacia la estabilización de los preceptos normativos.¹¹⁹ Como puede apreciarse, esta concepción normativa de la pena y en general de la propia misión del derecho penal, repercute directamente en el entendimiento de aspectos tradicionalmente ligados a categorías psicológicas, pre-jurídicas o lógica-objetivas, entre ellos los conceptos de acción y culpabilidad, pero también en la delimitación de estructuras que surgieron como correctivos normativos, por ejemplo, la imputación objetiva o la autoría.

Este camino de refundamentación normativa de la teoría jurídica del delito y del método dogmático, no ha sido valorado de forma homogénea en la dogmática penal. En una perspectiva crítica, se ha señalado la necesidad de tomar en cuenta determinados aspectos de la realidad del ser, las consecuencias político-criminales de las soluciones dogmáticas en un marco crítico frente al sistema social y el presupuesto de un derecho penal al servicio de la persona humana y no de la sociedad.¹²⁰ Estas objeciones forman parte del debate actual y no han sido desatendidas por el autor, especialmente en su trabajo “Sociedad, norma

119 Jakobs, “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en Jakobs y Cancio Meliá, *El sistema funcionalista del derecho penal*, Lima, 2000, pp. 43 y ss.

120 Lüderssen, “El derecho penal entre el funcionalismo y el pensamiento vinculado a los principios ‘europeos tradicionales’. O ¿adiós al ‘derecho penal europeo tradicional?’”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, núm. 9, 1999, pp. 65 y ss. Muñoz Conde, “Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal”, *Revista Penal*, núm. 5, 2000, pp. 47 y 48.

y persona en una teoría de un derecho penal funcional”,¹²¹ Jakobs ratifica la importancia de elaborar un sistema del derecho penal capaz de responder a las necesidades de una comunicación normativa sin por ello, a su entender, instrumentalizar a la persona, la cual concibe en términos también funcionales, como la representación de una competencia socialmente comprensible, no como un ente capaz de ocasionar o impedir un suceso, sino como aquélla que puede ser responsable de éste.

En 1983 ya advertía Jakobs que al (re)normativizar no se trata de erigir sistemas normativos al margen del contexto social, sino que los esfuerzos se orientan a un derecho penal en el seno de una sociedad de estructura dada, sin que evidentemente deba renunciarse a formular aspiraciones frente a la realidad.¹²² Precisamente por ello, y bastante lejos de lo que en varias ocasiones se ha sostenido, una teoría funcional del derecho penal no es ontológicamente compatible con un “derecho penal del enemigo” que Jakobs cuestiona por oponerse a una sociedad de libertades.¹²³ A juicio de Suárez González y Cancio Meliá, la propia concepción de Jakobs parte de un determinado sistema social cuyo pilar básico es el reconocimiento del *status* y de la esfera del ciudadano, de allí que sus posturas no son incompatibles con reflexiones político criminales o relacionadas con la legitimidad del sistema o de partes del mismo.¹²⁴

121 *Bases para una teoría funcional del derecho penal*, cit., nota 112, pp. 19 y ss.

122 Jakobs, *AT*, cit., p. VI.

123 Jakobs, *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*, Bogotá, 2000, pp. 29-35.

124 Suárez González y Cancio Meliá, *op. cit.*, nota 118, pp. 80, n. 166, 81. Véase, asimismo, Peñaranda Ramos y Suárez González y Cancio Meliá, *Un nuevo sistema del derecho penal*, Lima, 1998, pp. 41 y ss. Como señala García Cavero, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona, 1999, p. 34, n. 44, no puede afirmarse que una visión funcionalista del derecho también explicaría una “sociedad de demonios” si ésta funcionara, pues la descripción del sistema social debe conllevar los fundamentos valorativos que configuran la sociedad.

19. Estas aclaraciones son de suma trascendencia ante la progresiva recepción en nuestro medio del método funcionalista normativo de Jakobs.¹²⁵ La desordenada expansión de la legislación penal peruana, alejada en muchos casos de los límites constitucionales del poder punitivo como se ha descrito, no pueden convalidarse a través de una concepción funcional del derecho penal que, más allá de cualquier esfuerzo por vincularla a determinados parámetros axiológicos, se viene aún estimando neutral o quizás compatible con cualquier sistema político-social.¹²⁶ Que esta orientación funcional no sea promotora de un derecho penal autoritario o “del enemigo”, quizás no es suficiente garantía para adoptarlo en la interpretación de nuestro derecho penal vigente, tarea necesitada de un indudable ingrediente valorativo¹²⁷ que demanda por el contrario una no neutralidad político criminal frente a regulaciones *de lege lata* desvinculadas de la Constitución y en un contexto social donde no se han superado las graves violaciones a los derechos humanos.

Ya en la presentación del libro *Conocimiento científico y fundamentos del derecho penal* del profesor Serrano-Piedecasas,¹²⁸ he sostenido que la necesaria orientación axiológica puede dispensarla el método funcionalista moderado, desarrollado principalmente por el profesor Claus Roxin.¹²⁹ Él propone orientar el sistema del derecho penal hacia las valoraciones de la política criminal, lo cual, frente a la perspectiva ontológica heredada del finalismo, obliga a una amplia normativización de los concep-

125 Véase García Cavero, *op. cit.*, nota 124, pp. 32 y ss. Villa Stein, *op. cit.*, nota 26, pp. 75, 189. Críticamente, Caro Coria, *Derecho penal del ambiente*, Lima, 1999, pp. 17 y ss.

126 Muñoz Conde, *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*, Valencia, 2000, p. 72.

127 Hurtado Pozo, “La interpretación de la ley en el derecho penal”, *Derecho*, núm. 32, 1974, p. 164.

128 *Cit.*, nota , pp. XII y XIII.

129 Roxin, *Política criminal y sistema del derecho penal*, Barcelona, 1972, pp. 15 y ss.; *Política criminal y estructura del delito (elementos del delito en base a la política criminal)*, Barcelona, 1992, pp. 9 y ss.; *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3a. ed. 1997, t. I, §7/III; *Dogmática penal, cit.*, nota 2, pp. 25 y ss.

tos, de modo que se garantice la flexibilidad necesaria para hacer posible las variaciones de contenido en los conceptos, en función de los cambios valorativos o del equilibrio de fines, lo que permitirá avanzar hacia la construcción de un “sistema abierto” de orientación teleológica.¹³⁰ De este modo puede plantearse una postura crítica frente a la consideración de la pena como medio de estabilización o integración de las expectativas sociales, y especialmente, ante la atribución al derecho penal de una misión protectora de la vigencia de la norma y no de bienes jurídicos merecedores y necesitados de tutela penal.

La perspectiva funcionalista moderada ubica pues a la dogmática, tanto tiempo difuminada entre pretensiones de una desmedida científicidad o neutralidad que no estaba en condiciones de ofrecer,¹³¹ en una posición crítica frente al sistema social. Por ese motivo, reflexiones político-criminales como el carácter de *ultima ratio* del derecho penal, la función preventiva de la pena, el contenido valorativo-imperativo de la norma penal, la fundamentación material del bien jurídico-penal, entre otros, siempre desde el enfoque normativo de la Constitución y los derechos humanos, son de enorme trascendencia en el Perú porque proporciona los instrumentos dogmáticos necesarios para confrontar nuestro propio expansionismo penal.

20. Sí frente a la “huida al derecho penal”, no es conveniente una lectura neutral del derecho penal vigente, ni de sus perspectivas de *lege ferenda*, de ello no se deduce un rechazo *in limine* o una “satanización” de lo funcional, como parece apreciarse en algunos sectores de la doctrina española, hacia los fundamentos y soluciones dogmáticas propuestas por la Escuela de Bonn, las que en muchos casos coinciden con las planteadas desde otras perspectivas metodológicas respecto de temas especialmente complejos en la actualidad, como la imputación objetiva, la im-

130 Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 68 y 69. Schünemann (comp.), *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, 1991, pp. 31 y ss.

131 Silva Sánchez, *op. cit.*, nota 130, p. 71.

putación subjetiva, la culpabilidad, la omisión o las formas de intervención en el delito.¹³²

Es más, la renuncia a un derecho penal protector de bienes jurídicos que ha motivado las críticas más severas contra Jakobs en la dogmática española, sigue siendo un aspecto en franca revisión dentro del llamado “moderno derecho penal”¹³³ o en las normas contra el crimen organizado.¹³⁴ En estos sectores es lugar común el recurso a la tutela de bienes jurídicos colectivos, la sanción de comportamientos de peligro abstracto, la criminalización de actos preparatorios o el tratamiento de la mera participación delictiva como formas especiales de autoría. No se trata de convalidar el derecho vigente mediante el entierro del principio de lesividad, pero tampoco se puede ser ajeno a una realidad legislativa en expansión frente a la cual el principio de exclusiva tutela de bienes jurídico juega un rol casi imperceptible.

Sólo la Escuela de Frankfurt y sus seguidores han planteado un retorno a un “viejo y mejor” derecho penal liberal y en consecuencia la restitución de la vigencia del principio de lesividad, especialmente en sectores vinculados a la criminalidad económica.¹³⁵ A juicio de Hassemer debe reducirse el derecho penal al “derecho penal básico” protector de bienes individuales y de determinados bienes colectivos ante puestas en peligro “graves y evidentes”. Las restantes conductas sancionadas en el moderno derecho penal pueden ser controladas mediante un derecho de intervención (*interventionsrecht*) ubicado ente el derecho penal y el derecho sancionatorio administrativo, entre el derecho civil y

132 Véase Roxin *et al.*, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid, 2000, pp. 181 y ss., el “Informe sobre las discusiones” de Silva Sánchez.

133 Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, Bogotá, 1999, p. 20.

134 Hassemer, “Límites del Estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada. Tesis y razones”, *Ciencias Penales*, núm. 9, 1997, pp. 7 y ss.

135 Véase ampliamente varios autores, *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, 2000, *passim*.

el derecho público, con un nivel de garantías y sanciones menores a las del derecho penal.¹³⁶

Esta perspectiva *de lege ferenda* que reivindica la lesividad ha sido criticada por Silva Sánchez porque el derecho penal liberal del siglo XIX que se pretende reconstruir ahora “en realidad nunca existió como tal”, aunque tampoco se deba aceptar sin reparos el proceso de desnaturalización del sistema de garantías del derecho penal, por lo que plantea la asunción de un “derecho penal de dos velocidades”. Se puede salvaguardar el modelo clásico de imputación y de principios para el núcleo duro de delitos sancionados con pena privativa de libertad, mientras que en sectores como el derecho penal económico puede aceptarse una flexibilización controlada de las reglas de imputación y de los principios político-criminales, principios susceptibles de una acogida gradual que no tienen que integrarse con la misma intensidad en los dos niveles de derecho penal,¹³⁷ entre los que cabe incluir quizás el principio de exclusiva tutela de bienes jurídicos.

Estas reflexiones son de *corta data* en nuestro medio,¹³⁸ el principio de lesividad tiene acogida expresa en el artículo IV del Código de 1991 y en la jurisprudencia,¹³⁹ pero no se ha reflexionado sobre la necesidad de realizar una revisión de la parte especial absolutamente consecuente con dicho principio,¹⁴⁰ o más

136 Hassemer, *op. cit.*, nota 133, pp. 34 y 35.

137 Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal*, Madrid, 1999, pp. 115 y 116, 125.

138 Caro Coria, “‘Sociedades de riesgo’ y bienes jurídicos colectivos”, *Thémis*, núm. 37, 1998, pp. 195 y ss.; *Derecho penal del ambiente, cit.*, nota 125, pp. 5 y ss.

139 SCS del 5 de diciembre de 1994, exp. 3374-93-B. Resolución de la Corte Suprema del 28 de diciembre de 1994, exp. 2900-94. SCS del 17 de noviembre de 1997, RN 5269-97. SCS del 20 de abril de 1999, RN 668-99.

140 Véase PNUD-Ministerio de Justicia del Perú, “De la exclusión a la confianza mediante el acceso a la justicia”, *cit.*, nota 5. Dicha Misión sólo recomienda, como segunda propuesta en materia de “Acceso a la justicia penal”, “una revisión de las penas, sobre todo en materia de delincuencia común con el fin de acomodarlas a la importancia del bien jurídico protegido y permitir la resocialización. A corto plazo habría de derogarse la legislación especial”.

bien, mediante una flexibilización del mismo como propone Silva Sánchez o, más radicalmente, renunciando al mismo como baremo del derecho penal. Esta tarea es necesaria en sectores como los delitos económicos donde es común la criminalización de simples infracciones administrativas, lo que vulnera además el principio de *ne bis in idem*; en el terreno de los delitos sexuales es necesario todavía excluir la tutela de valores morales como “pudor sexual” o la sanción de lo “obsceno”; en los delitos de funcionarios públicos hace falta identificar el interés protegido en los tipos de malversación de fondos y de enriquecimiento ilícito, entre otros ejemplos de infracciones aparentemente ayunas de lesividad.

Tal vez advirtiendo este problema actual de las legislaciones contemporáneas, considera Jakobs que puede intentarse presentar el derecho penal como protección de bienes jurídicos, pero sólo de modo bastante forzado, mientras que la teoría del derecho penal como protección de la vigencia de la norma demuestra su validez, según el autor, sobre todo en la teoría de los fines de la pena: “el hecho es una lesión de la vigencia de la norma, la pena es su eliminación”.¹⁴¹ Con ello Jakobs remarca su rai-gambre hegeliana, en el marco de las teorías absolutas ya Hegel había sostenido que el delito equivale a la negación de la voluntad general, mientras que la pena la negación de dicha negación, es decir, la restitución de esa voluntad general,¹⁴² de allí que el modelo de la prevención general estabilizadora de la norma surja vinculado a la retribución penal.¹⁴³

En todo caso y como ya se advirtió, la insatisfactoria neutralidad del concepto “vigencia de la norma” favorece más bien el recurso a una orientación funcional moderada, de forma que la

141 Jakobs, *op. cit.*, nota 119, pp. 59 y 60.

142 Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 5a. ed., Barcelona, 1998, p. 47.

143 Silva Sánchez, *op. cit.*, nota 130, pp. 227 y 228. Berdugo *et al.*, *Leciones de derecho penal. Parte general*, 2a. ed., Barcelona, 1999, p. 26, estiman que estamos ante una actualización del pensamiento retributivo.

misión de una dogmática jurídico-penal apoyada en puntos de vista político-criminales “podría consistir en el futuro en abrir la puerta a la reforma de la legislación penal, en tanto que también critique el derecho penal vigente y el sistema social”.¹⁴⁴ Si durante mucho tiempo no hemos podido evitar, parafraseando a von Kirchmann, que tres palabras rectificadoras del legislador conviertan en desperdicio bibliotecas enteras,¹⁴⁵ una perspectiva dogmática que mira desde la política criminal podrá convertirse en el baremo más importante en la reforma penal peruana que ya se encuentra en curso y que se extiende al sector penal militar y penal de menores.

IV

21. Recientemente, en una investigación relativa a Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo, Muñoz Conde advierte como un importante dogmático alemán del causalismo valorativo de los años veinte pudo convertirse durante el nacionalsocialismo, tras su nombramiento en enero de 1935 como Canciller del Reich Adolph Hittler, en un vehemente defensor de la eliminación o liquidación de los elementos de la población perjudiciales al pueblo o a la raza como fin de la pena (*Ausmerzung*), y de la infracción o el quebrantamiento del deber de fidelidad del individuo para la comunidad del pueblo alemán, como fundamento y esencia del concepto material de delito (*Verrat*). Ello para luego, en la segunda pos guerra, desviar la atención de la comunidad científica, mediante su trabajo *Moderne wege der Strafrechtadogmatik* publicado en 1950,¹⁴⁶ del juzgamiento de ese

144 Muñoz Conde, *op. cit.*, nota 120, pp. 50 y 51.

145 Von Kirchmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, reimpr. de 1960, p. 25.

146 Mezger, *Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal*, Valencia, 2000.

*pasado de horror*¹⁴⁷ hacia la ahora vieja discusión, puramente técnica y neutral, entre causalistas y finalistas.¹⁴⁸

Lamentablemente nuestro pasado inmediato no ha sido inmune a la participación de sujetos como Mezger que justificaron técnicamente, en el plano jurídico-penal, los horrores políticos de los últimos años en el Perú: el golpe de Estado del 5 de abril de 1992, las leyes de amnistía de 1995 para criminales de lesa humanidad, el pretendido retiro de la competencia de la Corte Interamericana de San José de Costa Rica, la destitución de los magistrados del Tribunal Constitucional que declararon la invalidez de la Ley que luego permitió la fraudulenta reelección de Fujimori en el 2000, el secuestro de los medios de comunicación, la expansión de la jurisdicción militar, entre otros. Es evidente que dichos Mezger peruanos pretenden ahora intervenir en la recuperación de esa democracia y ese Estado de derecho que liquidaron con frialdad. Quizás sólo por ello cabe compartir, *mutatis mutandi*, el creciente respeto que expresa Muñoz Conde hacia quienes en tiempos difíciles se mantuvieron en un plano estrictamente académico y “no pusieron sus ideas, por lo menos no por dinero, al servicio del mejor postor”.¹⁴⁹

147 Bramont Arias, *La ley penal*, Lima, 1950, p. XVIII, llegó incluso a creer que Mezger fue uno de los juristas alemanas que “se esforzaron por corregir el excesivo formalismo jurídico por concepciones realistas y teleológicas: el derecho pasa a ser un bien espiritual de la cultura, una realidad valorativa”, “Mezger y otros (*precisa*), ponen de manifiesto que el derecho penal tiene un contenido finalista que radica en la protección de los bienes jurídicos, que se defienden precisamente para lograr la justicia y la libertad”.

148 Muñoz Conde, *op. cit.*, nota 126. Véase especialmente pp. 23, 27-42.

149 *Ibidem*, p. 96.