

Dino Carlos Caro Coria (Perú) *

¿Superación del pasado a través del Derecho Penal?

Sobre el proceso de reforma penal y constitucional en el Perú

I

1. “La reforma del Derecho Penal es tan antigua como el Derecho Penal mismo”. Con estas expresiones anunciaba Jescheck el gran movimiento internacional de reforma que, desde la segunda mitad del siglo pasado y sin parangón en la historia, tiene lugar en orden a la renovación de los sistemas penales,¹ proceso que seguramente acompañará al desarrollo del *ius puniendi* durante muchos años más.² En ese contexto se aprobó el vigente Código Penal (CP) 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 n° 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 once años y que ha diezmado sensiblemente la reserva de ley derivada del principio de legalidad³ y por esa vía la libertad.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Profesor de Derecho Penal y Coordinador de la Maestría de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ Jescheck, “Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho Penal”, en *La reforma del Derecho Penal*, Barcelona, 1980, p. 9.

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

³ Urquiza Olaechea, *El principio de legalidad*, Lima, 2000, pp. 32-33.

No es casualidad que las normas penales con mayores signos de arbitrariedad entre 1990 y 2000 se hayan dictado bajo el ropaje de decretos leyes o decretos legislativos, muchos 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 a una revisión de la legislación penal vigente, así como a evaluar la necesidad de establecer constitucionalmente que la regulación penal compete exclusivamente al Congreso de la República o, más aún, como en el modelo de la Constitución española de 1978, que debe adoptarse mediante un quórum parlamentario calificado.⁵ *De lege ferenda* ya se plantea esta alternativa; el artículo 2 § 1 *in fine* del anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución de 5 de abril de 2002 establece que la materia penal deberá regularse mediante ley orgánica, aprobada por más de la mitad del número legal de miembros de la cámara. De modo similar aunque menos explícito, el artículo 51 § 1 del Proyecto de Constitución de julio de 2002, que actualmente se debate en el Parlamento, establece: “Sólo por ley orgánica, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de los derechos fundamentales”.⁶

2. Aún 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 delincuen-

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 2001, caps. 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”, y se concluye: “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”. Por ello se recomienda “incrementar la participación y el liderazgo del Parlamento en la elaboración de normas penales tornando en imprescindible que aquellas normas que afectan a derechos fundamentales de la persona, fueran de su exclusiva competencia”.

⁶ Con ello se adopta el modelo de la Constitución española de 1978, en la que la garantía de Ley Orgánica deriva de los artículos 53.1 (“Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos [...]”) y 81.1 (“Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas [...]). Véase por todos Berdugo Gómez de la Torre y otros, *Lecciones de Derecho Penal*, Parte general, 2ª ed., Barcelona, 1999, p. 45.

te”⁷ o ley del más débil.⁸ La ley n° 27.421 de 7 de febrero de 2001 creó una nueva Comisión Revisora del Código Penal “a fin de elaborar un ‘Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal’”. Esta decisión se incardinó en una coyuntura especialmente turbulenta para el Derecho Penal peruano. La transición política que se inició en noviembre de 2000, tras diez años de un gobierno seriamente distanciado de los fundamentos democráticos más elementales, ha despertado el deseo colectivo de recuperar la institucionalidad del Estado, inclusive a través de los medios que dispensa el control penal. Así se aprecia, a través del inédito procesamiento de “intocables” miembros de una red de corrupción y abusos durante el 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, principalmente mediante la tortura y la desaparición forzada.⁹

Muchos de estos últimos actos serán quizás desvelados por la Comisión de la Verdad, creada mediante el decreto supremo n° 065-2001-PCM de 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”.¹⁰

3. Estas importantes iniciativas no deben orientarse sin embargo 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 período de 1990 a 2000, los que recién desde fines de 2000 han venido investigándose en el Congreso de la República, el Ministerio Público y el Poder Judicial, no siempre de modo articulado y con resultados inicialmente satisfactorios pero actualmente inciertos.¹¹

Pero ese sentimiento social contra la impunidad 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, hayan calificado de inconstitucionales las normas que permiten, por ejem-

⁷ Parafraseando a von Liszt. “Über dem Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriff des Strafrechts”, en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. II, Berlín, 1970 (1905), p. 80.

⁸ Parafraseando a Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, pp. 15 ss.

⁹ Véase *Informe de la Procuraduría Ad-Hoc*, inédito, Lima, junio de 2002.

¹⁰ J. E. Méndez, “El derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”, *Debate Defensorial* 3/2001, pp. 11 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 ss.

¹¹ Una valoración preliminar de estos esfuerzos se aprecia en el libro que recoge las ponencias de la I Conferencia Nacional Anticorrupción, Lima 2001, véanse especialmente pp. 237 ss.

plo, 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 n° 27.379 de 21 de diciembre de 2000),¹² conclusión quizás 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 antes de ejercer la acción penal.¹³ La trascendencia de estas investigaciones para la sociedad civil peruana ha despertado incluso el interés de importantes juristas de la comunidad iberoamericana; por ejemplo, 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 penal por imperio de la Constitución, que protege la intimidad personal en el artículo 2.7.¹⁴

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 una irracional secuencia de dos males:¹⁵ el delito y la venganza de las víctimas. Una sanción vinculada a la prevención no se condice con un Derecho Penal de la coyuntura;¹⁶ 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 completa derogación de las llamadas normas sobre “seguridad nacional” o los vacíos del actual tratamiento de los delitos socioeconómicos.

Debe prestarse importancia también a problemas que suelen pasar desapercibidos, como 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.

¹² Críticamente, Reyna Alfaro, *Comentarios a la legislación anticorrupción*, Lima, 2002, pp. 58-62. Favorable a los excepcionales fundamentos de esta regulación, R. A. Peña Cabrera, *Comentarios a la legislación anti-corrupción*, Lima, 2002, pp. 22-23.

¹³ San Martín Castro, “Las medidas limitativas de derechos en la investigación preliminar del delito”, *Gaceta Jurídica*, 86/2001, pp. 9 ss.

¹⁴ Ampliamente sobre este problema, San Martín Castro, Caro Coria y Reaño Peschiera, *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*, Lima, 2002, pp. 86-100.

¹⁵ Jakobs, “¿Superación del pasado mediante el Derecho Penal? Acerca de la capacidad de rendimiento del Derecho Penal tras una fractura del régimen político”, *ADPCP 1994*, p. 138.

¹⁶ Roxin, “Problemas actuales de la política criminal”, en *Problemas fundamentales de política criminal y Derecho Penal*, México D.F., 2001, pp. 94-96.

Del mismo modo, la ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional¹⁷ ha abierto el debate relativo a las medidas de implementación que deben adoptarse en el ordenamiento peruano.¹⁸ Como he puesto de relieve en otra parte,¹⁹ ello implica comprender los principales antecedentes y fundamentos dogmáticos de las reglas del Estatuto de Roma, tarea difícil porque la regulación supranacional evidencia la asunción de soluciones de compromiso entre el *common law* y los sistemas continentales,²⁰ “responde a un modelo de fusión de las diversas perspectivas jurídicas implicadas en el funcionamiento de la Corte”,²¹ con lo que nos ubica frente a instituciones jurídicas novedosas en nuestro ordenamiento. Pues bien, aunque no se cuenta en Perú con un proyecto de Código Penal Internacional como el que se viene discutiendo en Alemania (*VStGB-Entwurf*), el Ministerio de Justicia ha anunciado extraoficialmente el deseo de contar con un programa de implementación del Estatuto de Roma, lo que hasta donde alcanzo a ver deberá contemplar un análisis del ordenamiento penal y procesal penal, principalmente.

En efecto, desde el punto de vista penal material debe evaluarse, por ejemplo, la congruencia entre el elemento de intencionalidad, el error de hecho y de derecho de los artículos 30 y 32 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), con la delimitación del dolo y las formas de error de tipo y prohibición desde la perspectiva legal y jurisprudencial peruana. También debe estudiarse la posibilidad de asimilar las reglas de la responsabilidad individual y del mando de los artículos 25 y 28 del Estatuto, a las formas de autoría y participación y la regulación de la omisión de nuestro CP, entre otros aspectos relativos a la Parte general.

El análisis de la Parte especial evidencia, por ejemplo, que los crímenes de lesa humanidad, aunque pueden ser sancionados bajo otras figuras del CP y del Código de Justicia Militar (CJM), carecen de una previsión específica en el ordenamiento peruano, pudiendo reconocerse vacíos de punición. La regulación del genocidio, la tortura y la desaparición forzada requiere ser adaptada a los términos del ECPI; otros vacíos de punición se presentan en el *apartheid* o en torno a la cláusula abierta del artículo 7.1.k del ECPI, que prohíbe otros “actos inhumanos de carácter similar”. Mayor desa-

¹⁷ A través de la resolución legislativa n° 27.517 de 16 de setiembre de 2001. El proceso de ratificación del Estatuto contó con el dictamen favorable de las Comisiones de Justicia (abril de 2001) y de Relaciones Exteriores (mayo de 2001) del Congreso de la República. Véase Defensoría del Pueblo, *Corte Penal Internacional*, Lima 2000, pp. 38 ss.

¹⁸ Véase la obra colectiva coordinada por E. Salmón, *La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú*, Lima, 2001.

¹⁹ Véase en adelante Caro Coria, “Prólogo”, en Ambos, *El nuevo Derecho penal internacional*, Lima, 2002 (en prensa), n°s 5-6.

²⁰ Ragués i Vallès, “El Tribunal Penal Internacional. La última gran institución del siglo XX (I)”, *La Ley*, 5289/2000, p. 4.

²¹ Lorenzo Copello, “Hacia la Corte Penal Internacional: los aspectos penales del Estatuto de Roma”, *Jueces para la Democracia*, 38/2000, pp. 93-94.

rollo requieren los crímenes de guerra, que sólo tienen importancia residual en el CP y en el CJM, mientras que el crimen de agresión cuenta apenas con una regulación limitada en el CP.²² No menos relevantes son las necesidades de implementación en el terreno procesal penal; por ejemplo, para definir los alcances de la competencia complementaria (artículo 19 del ECPI)²³ o las reglas de cooperación del Estado peruano con la Corte Penal Internacional (CPI) (artículos 86 y ss.) en materia de detención del imputado (artículos 59 y 92 del ECPI), identificación y búsqueda de personas u objetos, práctica de pruebas, interrogatorio de personas, notificación de documentos, práctica de allanamientos y decomisos, entrega de registros y documentos, protección de víctimas y testigos (artículo 93.1 del ECPI), así como otras formas de cooperación.²⁴

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 derogación, mediante la ley n° 27.472 de 5 de junio de 2001, de la cadena perpetua para los delitos de abuso sexual de menor del artículo 173 del Código Penal,²⁵ y la casi inmediata reinstauración de dicha pena por el propio Congreso a través de la ley n° 27.507 de 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.²⁶

Tampoco parece casual que en junio de 2001 se publicara el “Anteproyecto de Ley que modifica la legislación penal en materia de tráfico ilícito de drogas y tipifica el delito de lavado de activos”²⁷ y durante cerca de un año no se hayan debatido sus alcances. 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 de 2001,

²² Caro Coria, “La tipificación de los crímenes consagrados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú*, op. cit., pp. 141 ss.

²³ San Martín Castro, “Los principios de legalidad penal y de complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, ibídem, pp. 129 ss.

²⁴ Villavicencio Terreros, “Cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional”, ibídem, pp. 218 ss.

²⁵ Sobre la inconstitucionalidad de dicha sanción, véase Caro Coria y San Martín Castro, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Lima, 2000, pp. 122-123.

²⁶ Véase la exposición de motivos de los proyectos de ley n° 1895/2001 de 07-06-01, presentado por el congresista Manuel Masías Oyanguren, y n° 1900/2001 de 11-06-01, suscrito por el congresista Luis Bernardo Guerrero Figueroa, en www.teleley.com.

²⁷ Publicado como separata especial en el *Diario Oficial El Peruano*, 17 de junio de 2001.

quien aún se encuentra investigado, entre otros delitos, por lavado de dinero conforme a la regulación vigente, no se defendió la necesidad de aprobar esta norma que, como consecuencia de la retroactividad benigna, podría favorecer a dicho procesado ante una eventual condena. Sólo recientemente el Congreso de la República, casi sin debate parlamentario, ha aprobado la ley n° 27.765 de 27 de junio de 2002 contra el “lavado de activos”, derivando la regulación de estas infracciones a la legislación complementaria.

6. Similares razones de coyuntura explican la repentina publicación el 1 de julio de 2001 de los Proyectos de Ley Orgánica de la Justicia Militar y de Código de Justicia Militar,²⁸ en las postrimerías del llamado “gobierno de transición”. 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 esta última de la contienda de competencia en el caso de la Cantuta.²⁹ 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 fuerzas³⁰ 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 sicofísica, como sucedió precisamente en los hechos de la Cantuta y Barrios Altos, que, como se sabe y ha sido lugar común en las dictaduras latinoamericanas,³¹ se pretendió dejar impunes mediante las leyes de amnistía n° 26.479 de 15 de junio de 1995 y n° 26.492 de 2 de julio de ese año. Estos preceptos son “carentes de efectos jurídicos” por ser incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos; así lo declara la sentencia de 14 de marzo de 2001 de la Corte Interamericana de San José en el caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros c. Estado peruano), que ordenó al Estado peruano investigar los hechos y establecer quiénes son los responsables de esas graves violaciones de los derechos humanos.³² Ello ha motivado el inicio de múltiples investigaciones judiciales, así como las actuaciones de la Comisión de la Verdad.³³

²⁸ Publicado como separata especial en el *Diario Oficial El Peruano*, 1 de julio de 2001.

²⁹ Cubas Villanueva, *La Cantuta. Crónica de la investigación fiscal*, Lima, 1998, pp. 215 ss.

³⁰ Eto Cruz, Landa Arroyo y Palomino Manchego, “La jurisdicción militar en el Perú”, en *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica*. Lima, 1997, pp. 379 ss.

³¹ Ambos, *Impunidad y Derecho Penal internacional. Un estudio empírico dogmático sobre Colombia-Bolivia-Perú-Chile-Argentina*, Medellín, 1997, pássim.

³² Defensoría del Pueblo, *Amnistía vs. Derechos Humanos*, Lima, 2001, pp. 105 ss.

³³ Pero a contracorriente, cabe llamar la atención sobre la investigación penal contra un grupo de los oficiales militares que en abril de 1997 participaron en el llamado operativo Chavín de Huantar, que puso fin al secuestro de varias personas por más de cuatro meses en la residencia del embajador de Japón en Lima, a cargo del grupo armado Movimiento Revolucionario Tupac Amaru (MRTA). A partir de las investigaciones preliminares del Ministerio Público se afirma la presencia de indicios de ejecuciones extrajudiciales de aquellos terroristas que se habrían rendido tras el rescate; ello condujo al

Estos problemas subsisten en los citados proyectos. El de Ley Orgánica aún concibe el fuero militar como una extensión administrativa 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,³⁴ 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 en la jurisdicción penal en general, lo que incluye tanto la ordinaria como la militar, y por extensión la de menores.

La superación de estas deficiencias implica una profunda tarea que debe incardinarse dentro de un amplio proceso de democratización y reforma de las Fuerzas Armadas y Policiales,³⁵ el cual, ya con contramarchas, se encuentra aún en sus inicios. Es en todo caso significativo que el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, actualmente en debate,³⁶ establezca en el artículo 4 § 1, dentro de las “Disposiciones generales” que deben orientar la actuación del Poder Judicial, criterios de delimitación de la jurisdicción militar, es decir, para el juzgamiento de “delitos directamente vinculados con las funciones militares o policiales, y siempre y cuando afecten bienes jurídicos exclusivamente castrenses o el orden disciplinario de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional y no resulten agraviados civiles en situación de paz”. Más ambi-

Fiscal a solicitar la detención preliminar de los investigados, orden que decretó el Poder Judicial, abriendo con ello un amplio debate sobre la legalidad de la propia investigación y de la medida de detención. Frente a ello, varios grupos parlamentarios han presentado entre el 15 y 16 de mayo de 2002 los proyectos de Ley de Amnistía n° 2.861, 2.865, 2.877 (este proyecto plantea la extensión de los alcances de la Ley de Amnistía n° 26.479 de 15 de junio de 1995, con lo que parte de ratificar la vigencia de la misma norma que fue declarada ineficaz por la Corte Interamericana de Derechos Humanos) y 2.895, para poner fin a una investigación seguida contra “héroes nacionales” (véase la sección “Proyectos y Legislación” en <http://www.congreso.gob.pe>). Ante ello, varias instituciones, como la Comisión de la Verdad y la Defensoría del Pueblo, vienen expresando su preocupación por esta atmósfera de posible injerencia política contra el debido juzgamiento de hechos graves que afectan los derechos humanos. Recientemente, sin embargo, a fines de agosto de 2002, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema ha decidido que estos sucesos deberán ser juzgados en el Fuero Privativo Militar, desvinculándose con ello del mandato constitucional del artículo 173 *ab initio*, que restringe la jurisdicción castrense al conocimiento de delitos de función.

³⁴ San Martín Castro, *Derecho Procesal Penal*, vol. I, Lima, 1999, pp. 103-105.

³⁵ Caro Coria, “Interés público, Derecho Penal y poder de Policía”, en Gonzáles (ed.), *Ensayos de interés público*, Lima, 2002, pp. 246-249.

³⁶ Proyecto de ley n° 1667/2001-CR, publicado como separata especial en el *Diario Oficial El Peruano*, 3 de enero de 2002.

cioso es el anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución que en el artículo 227 restringe el ámbito de la jurisdicción militar frente a delitos estrictamente castrenses y bajo la competencia de jueces militares “que constituyen órganos especializados del Poder Judicial”, correspondiendo a la Corte Suprema revisar las resoluciones dictadas en esta jurisdicción especial. En la misma perspectiva, el artículo 201 del Proyecto de Constitución de julio de 2002 establece que “Los miembros de las Fuerzas Armadas en actividad que cometan delitos estrictamente castrenses están bajo la competencia de jueces especializados del Poder Judicial”, pudiendo la Corte Suprema revisar las resoluciones de dichos jueces.

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 actual contexto de reforma constitucional, a través del “permanente” proceso de reforma penal emprendido desde fines del 2000 (III).

II

8. Como he puesto antes de relieve,³⁷ 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”,³⁸ es decir, sin adaptarse las instituciones extranjeras a las exigencias y limitaciones de nuestro sistema jurídico y de la realidad nacional.³⁹

Sólo el Proyecto de Código Penal de Manuel Lorenzo de Vidaurre, publicado en Boston en 1828,⁴⁰ se alejó intencionalmente de la influencia del Código Penal español de 1822⁴¹ 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 la recepción de las ideas europeas.⁴² Sin embargo, el retorno al Derecho peninsular operó con la puesta en vigor del Código Penal boliviano, por orden del general Santa-Cruz,⁴³ en el estado Sud-Peruano de la Confederación Peruano-Boliviana, que tuvo como fuentes el Código español de 1822,⁴⁴ inspirado en el “movimiento de la Enci-

³⁷ Caro Coria, “Presentación”, en Serrano-Piedecabras Fernández, *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho Penal*, Lima, 1999, pp. XIV, XV.

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

³⁹ Hurtado Pozo, *La ley “importada”*, Lima, 1979, pp. 101 y ss.

⁴⁰ De Vidaurre, Proyecto de Código Penal, Arequipa, 1996 (1928).

⁴¹ Villa Stein, *Derecho Penal*, Parte general, Lima, 1998, p. 84.

⁴² Hurtado Pozo, *Manual de Derecho Penal*, Parte general, Lima, 1987, p. 106.

⁴³ *Código Penal Santa-Cruz del estado Sud-Peruano*, Ed. Oficial, Lima, 1836.

⁴⁴ 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”.

clopea” y el “movimiento codificador francés”,⁴⁵ el Código Napoleón de 1810 y el Derecho histórico español.⁴⁶ 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 1863⁴⁷ tuvo una marcada inspiración en el Código Penal español de 1848 reformado en 1850,⁴⁸ el cual recibió a su vez la influencia del Código brasileiro de 1830, inspirado en el Código napolitano, como éste en el francés de 1810.⁴⁹ El texto de 1863 fue casi inmediatamente sometido a proceso de reforma, anhelo “avivado al expedirse en España el Código Penal de 1870”,⁵⁰ a través de las Comisiones de 17 de marzo de 1871, de 18 de octubre de 1873 —que elaboró el proyecto de 1874—,⁵¹ de 3 de julio de 1877 —que escribió el Anteproyecto de 1877—⁵² y la de 27 de enero de 1900 —que produjo el Anteproyecto de 1900-1902—.⁵³ 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 1863,⁵⁴ en cuya interpretación concurren 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 concepción a cargo de Manuel Vicente Villarán y Juan Bautista de Lavalle, así como el positivismo italiano acogido por Javier Prado Ugarteche y Oscar Miro Quezada.⁵⁵

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 1918.⁵⁶ El antecedente nacional inmediato del texto de 1924 es el proyecto de 1916, cuyo autor y ponente fue Víctor M. Maúrtua,⁵⁷ en virtud del encargo establecido por la ley n° 2.110 de 27

⁴⁵ Hurtado, *Manual...*, op. cit., pp. 106-107.

⁴⁶ *Código Penal Santa-Cruz del Estado Sud-Peruano*, cit., p. III; Villavicencio Terreros, *Leciones de Derecho Penal*, Parte general, Lima, 1990, p. 73.

⁴⁷ *Código Penal del Perú*, Ed. Oficial, Lima, 1862; R. Heredia, *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*, 3 vols., Lima, 1900.

⁴⁸ Zavala Loaiza, *Sinopsis histórica de la legislación penal en el Perú*, Lima, 1941, p. 31.

⁴⁹ Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, t. I, 4ª ed., Buenos Aires, 1964, p. 760.

⁵⁰ Zavala, op. cit., p. 58.

⁵¹ Bramont, op. cit., p. 113.

⁵² *La reforma del Código Penal*, t. I, Lima, 1918, pp. 3 ss.

⁵³ *Ibidem*, pp. 179 ss.

⁵⁴ Bramont, op. cit., pp. 113-114.

⁵⁵ Hurtado, *Manual...*, op. cit., pp. 109-110.

⁵⁶ Villavicencio, *Lecciones...*, op. cit., p. 73; Bramont, op. cit., p. 116.

⁵⁷ *La reforma del Código Penal*, t. II, Lima, 1918, pp. 5 ss.

de enero de 1915. Este proyecto fue revisado por una Comisión en virtud de la ley n° 4.460 de 30 de diciembre de 1921 y aprobado sin discusión parlamentaria mediante la ley n° 4.868 de 11 de enero de 1924.

El Código Maúrtua estuvo influido 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.⁵⁸ 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 conservaron ciertos elementos del Código de 1863.⁵⁹ En un grado mucho menor, se ha citado como fuentes los proyectos de Serbia de 1910 y de Suecia de 1916,⁶⁰ así como el Código Penal holandés de 1881 en cuanto a la aplicación de la ley penal y el concurso de infracciones.⁶¹ Precisa Estuardo Núñez que el texto peruano de 1924 recibió también una influencia nada irrelevante del anteproyecto alemán de 1909, así como de la doctrina y de la ley germanas.⁶²

Como se adelantó, el Código Penal de 1924 tuvo influencia predominantemente helvética; la distribución de materias de la Parte general⁶³ y la clasificación de los delitos de la Parte especial son análogas a las del Proyecto suizo de 1918,⁶⁴ sin soslayarse el influjo de los anteproyectos de 1915 y 1916, al extremo de que se transcribieron disposiciones de aquéllos casi literalmente, de forma que profesores e intérpretes como Paul Logoz recurrieron a los comentarios suizos para entender el Derecho vigente en el Perú.⁶⁵

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

⁵⁸ Hurtado, *Manual...*, op. cit., p. 111.

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 110, 126.

⁶⁰ Jiménez de Asúa, *Derecho Penal de la República del Perú*, Lima, 1987 (1926), p. 45; Altmann Smythe, *Reseña histórica de la evolución del Derecho Penal*, Lima, 1944, p. 248.

⁶¹ Benites Sánchez, *Derecho Penal peruano*, Lima, 1952, p. 19; Hurtado, *Manual...*, op. cit., p. 111.

⁶² Núñez, *La influencia alemana en el Derecho peruano*, Lima, 1937, pp. 29-31.

⁶³ Hurtado Pozo, *L'influence de la législation pénale suisse sur le Code pénal péruvien* (partie générale), Bienne, 1972, *pássim*.

⁶⁴ Bramont, op. cit., p. 115.

⁶⁵ Jiménez de Asúa, *Tratado...*, op. cit., p. 1205.

Código Penal italiano de 1889 y los postulados de la escuela positivista expresada en el proyecto Ferri de 1921.⁶⁶ 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 casi a la importación de normas foráneas, no fue producto de la evolución interna de la legislación y 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.⁶⁷ 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”.⁶⁸

Pese a ello, el Código de 1924 fue valorado por los penalistas más importantes de la época como un texto muy avanzado.⁶⁹ Bien puso de relieve Jiménez de Asúa:

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.⁷⁰

10. No es extraño entonces que tan solo un año después de la entrada en vigor del Código Maúrtua, mediante la ley n° 5.168 de 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 que se concretó en el proyecto de 1928.⁷¹ Tal como previó en su momento Jiménez de Asúa,⁷² éste no sólo fue una revisión del texto de 1924 sino un modelo diferente en los principios generales y los delitos en particular.⁷³

Los posteriores intentos de reforma penal se remontan a 1965. Durante el primer gobierno de Belaunde Terry se creó, mediante el decreto supremo n° 136-AL de 25 de marzo, una Comisión encargada de revisar el Código de 1924, que fue presidida por Torres Malpica e integrada por penalistas importantes como Bramont Arias, Roy Fre-

⁶⁶ Hurtado, *Manual...*, op. cit., p. 113.

⁶⁷ Hurtado. *La ley...*, op. cit., p. 125.

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 126.

⁶⁹ Kunicka-Michalska, “La reforma del Derecho Penal en el Perú y sus antecedentes”, *Actualidad Penal* 9/1995, p. 107.

⁷⁰ Jiménez de Asúa, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 72.

⁷¹ Proyecto de Código Penal, Lima, 1928.

⁷² Jiménez de Asúa, *Derecho Penal...*, op. cit., pp. 73-74.

⁷³ Villavicencio, *Lecciones...*, op. cit., p. 74.

yre y Peña Cabrera. Esta Comisión produjo, ya durante el gobierno militar de Velazco Alvarado, el anteproyecto de 7 de junio de 1972, texto que mantuvo los postulados básicos de 1924 y se orientó a controlar los excesos de la dictadura militar,⁷⁴ 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 1980.⁷⁵ La Constitución no reclamaba necesariamente la aprobación de un nuevo Código Penal, pese a lo cual a partir de 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 viable⁷⁶ 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 cómo en los anteriores quince años se había “desarrollado un consenso en cuanto a diagnosticar y aceptar la necesidad de reformar el Código Maúrtua o, cuando menos, de actualizar sus normas”.⁷⁷ 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 y octubre-noviembre de 1984, agosto de 1985 y marzo-abril 1986, influidos por la inercia del Código de 1924 y el tecnicismo de la Parte general del Código Penal Tipo para Latinoamérica,⁷⁸ cuya redacción se concluyó en São Paulo en 1971⁷⁹ y estuvo inspirada a su vez, entre otras fuentes, por el Proyecto Oficial alemán de 1962.⁸⁰ Otras fuentes importantes de estos primeros textos se concretan en el Código colombiano de 1980 y el brasilero de 1984.⁸¹ El proyecto de setiembre de 1984,⁸² pese a ser el fruto de tres años de trabajo de la Comisión creada mediante la resolución suprema n° 070-81-JUS de 8 de setiembre 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 propo-

⁷⁴ Peña Cabrera, *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la Parte general*, 3ª ed., Lima, 1999, pp. 164-165.

⁷⁵ Prado Saldarriaga, *Derecho Penal y política. Política penal de la dictadura y la democracia en el Perú*, Lima, 1990, pp. 50-58.

⁷⁶ Hurtado, *Manual...*, op. cit., pp. 72 y ss., 85 y ss.

⁷⁷ Prado Saldarriaga, *Política criminal peruana*, Lima, 1985, p. 271.

⁷⁸ Especialmente en las propuestas de 1984, Villavicencio, *Lecciones...*, op. cit., p. 73, n. 68.

⁷⁹ Grisolia, *Código Penal Tipo para Latinoamérica*, Parte general, t. I, t. II vol. 1 y t. II vol. 2, Santiago de Chile, 1973; Bustos Ramírez y Valenzuela Bejas, *Derecho Penal latinoamericano comparado*, t. I, Parte general, Buenos Aires, 1981, pp. 1 y ss.

⁸⁰ Zaffaroni, “Introducción a la codificación penal latinoamericana”, en *Los códigos penales latinoamericanos*, 1, Santa Fe de Bogotá, 1994, pp. 106-107.

⁸¹ Prado, *Política criminal...*, op. cit., p. 272; Hurtado, *Manual...*, op. cit., p. 86.

⁸² Diario *El Peruano*, 3 al 5 de setiembre de 1984.

niendo 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 realidad. 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 1984⁸³ y agosto de 1985,⁸⁴ tampoco acompañados de explicación alguna, fueron producto de la Comisión Revisora creada mediante la ley n° 23.859 de 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 récord de tres meses y días; prácticamente se limitó a reproducir las discutibles disposiciones del Código Penal Tipo para Latinoamérica,⁸⁵ estando ausente en tan sumario periodo 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,⁸⁶ principios cuyo asidero constitucional podía admitirse en el marco de la Carta de 1979. La propuesta de agosto de 1985, derivada de la misma Comisión, no es sino la de octubre-noviembre de 1984 con algunas enmiendas.⁸⁷ 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 cuestionaron la efectividad de la ley vigente ni trataron de sustituirla por una más pragmática y adecuada a nuestra realidad.⁸⁸

La Comisión Consultiva del Ministerio de Justicia, creada mediante la R.M. n° 193-85 de 31 de julio de 1985, que elaboró el proyecto de marzo-abril de 1986,⁸⁹ tuvo como principales insumos los proyectos de octubre-noviembre de 1984 y agosto de 1985, por lo que reprodujo los defectos antes mencionados. Esta propuesta fue especialmente debatida en el seno de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos,⁹⁰ oportunidad en la que Zaffaroni puntualizó que un nuevo Código Penal peruano

⁸³ Diario *El Peruano*, 20 y 30 de octubre de 1984, 3 y 4 de noviembre de 1984.

⁸⁴ Diario *El Peruano*, 19 a 21 de agosto de 1985.

⁸⁵ Prado, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 63.

⁸⁶ Prado, *Política criminal...*, op. cit., pp. 275-277.

⁸⁷ Véase § 4 de los "Antecedentes" de la "Exposición de motivos" del Código Penal de 1991.

⁸⁸ Hurtado, *Manual...*, op. cit., p. 86; véanse también pp. 87-90.

⁸⁹ Diario *El Peruano*, 31 de marzo a 2 de abril de 1986.

⁹⁰ Varios autores, *Política criminal. Presupuestos científicos para la reforma del Código Penal*, Lima, 1986.

“tendría que inspirarse en una filosofía bien distinta de aquella 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.⁹¹ 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 dejar de lado los aspectos normativos.⁹² 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,⁹³ mientras que Villavicencio Terreros criticó más bien el abandono de la fuente helvética en materia de delitos de peligro común⁹⁴ y Sánchez Velarde evaluó los problemas del proyecto vinculados a la despenalización.⁹⁵

12. La ley n° 24.911 de 25 de octubre de 1988, bien avanzado el gobierno del Partido Aprista, amplió el plazo previsto por la ley n° 23.859 en orden a que el Poder Ejecutivo promulgara 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 setiembre de 1989⁹⁶ y luego, al final del Gobierno de García, el proyecto completo de Código Penal en julio de 1990.⁹⁷

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.⁹⁸

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

⁹¹ Zaffaroni, “La Parte general del Proyecto de Código Penal de abril de 1986”, *ibídem*, pp. 13-16.

⁹² Solís Espinoza. “La delincuencia común, política y de cuello blanco”, *ibídem*, pp. 73-74.

⁹³ Peña Cabrera, “Presupuestos científicos para la reforma del Código Penal”, *ibídem*, p. 96.

⁹⁴ Villavicencio Terreros, “Delitos de terrorismo en el Proyecto de Código Penal”, *ibídem*, pp. 101-115.

⁹⁵ Sánchez Velarde, “Despenalización en el Proyecto de Código Penal de 1986”, *ibídem*, pp. 117-134.

⁹⁶ Diario *El Peruano*, 9 setiembre de 1989.

⁹⁷ Diario *El Peruano*, 17 de julio de 1990.

⁹⁸ Exposición de motivos del proyecto de 1990, pp. 7 ss.

general del Código Penal germano (StGB) que entró en vigor el 1 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 1924.⁹⁹

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 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 1990,¹⁰⁰ 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, fuera 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 observaba 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, 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,¹⁰¹ mientras en los delitos sexuales se consideran 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.¹⁰² Otra propuesta polémica fue la descriminalización del aborto por indicación ética y eugenésica (artículo 120 numerales 2 y 3), lo que produ-

⁹⁹ Villavicencio, *Lecciones...*, op. cit., p. 74, n. 69; también la “Exposición de motivos” del Código Penal peruano de 1991, pássim.

¹⁰⁰ Exposición de motivos del proyecto de 1990, p. 10.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 7.

¹⁰² *Ibidem*, p. 8.

jo 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 de hasta tres meses de privación de libertad para estas conductas (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 se trata de 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,¹⁰³ sino la adopción de 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 proyecto 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 1991,¹⁰⁴ publicado sin exposición de motivos, fue el producto de la Comisión Revisora creada durante el primer gobierno del grupo político Cambio Noventa, mediante la ley n° 25.280 de 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, a la que se incorporó 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 sobrecriminalizadora 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 n°

¹⁰³ *Ibíd.*, 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 los enunciados y cuantificaciones, según el caso, contenidos en la Parte General y que se refieren al delito o a sus penalidades”.

¹⁰⁴ Diario *El Peruano*, 20 de enero de 1990.

25.280 fue ampliado por sesenta días más por la ley n° 25.350 de 10 de febrero de 1991, en virtud de la cual, sobre la base del proyecto de enero de 1991 y sin trámite parlamentario alguno, se aprobó el Código Penal a través del decreto legislativo n° 635 de 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 once 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 cuando calificaba 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 el Perú entre fines de los años ochenta y principios de la primera mitad de los noventa, producto de la cual varios sectores de la comunidad jurídica expresaban un rechazo hacia la legislación vigente por derivar de procesos de criminalización selectivos y discriminatorios.¹⁰⁵ No era entonces posible legislar de espaldas a la 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 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 presentaban la dogmática penal, la política criminal, la ciencia penitenciaria y la criminología.¹⁰⁶ 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.

¹⁰⁵ Yrigoyen Fajardo, “Nociones básicas sobre criminología y sistema penal”, en *Separata de Criminología*, n° 2, Lima, 1990, pp. 5 ss.; Prado, *Derecho Penal...*, op. cit., pp. 59 ss.; Caro Coria, *La protección penal del ambiente*, Lima, 1995, pp. 51-91.

¹⁰⁶ Kunicka-Michalska, op. cit., p. 112.

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, sino que tomó de ellas lo que consideró conveniente y, en algunos casos, mantuvo las normas nacionales.¹⁰⁷

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), las formas de tentativa y el desistimiento (artículos 16 ss.), el tratamiento diferenciado del estado de necesidad justificante y exculpante (artículo 20, numerales 4 y 5), el miedo insuperable (artículo 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 según la jerarquía de los bienes jurídicos, incluso en delitos especialmente sensibles para la opinión pública, como los abusos sexuales, el secuestro o el robo, orientación que duraría muy poco, especialmente hasta el autogolpe de Estado y la liquidación del Parlamento el 5 de abril de 1992.

En suma, aunque provocó muchas críticas,¹⁰⁸ el texto original del Código Penal de 1991 fue considerado un documento legislativo muy avanzado. Como indicó en su momento Kunicka-Michalska:

Recoge tendencias 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.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Zúñiga Rodríguez, “El nuevo Código Penal peruano”, *ADPCP 1991*, p. 516.

¹⁰⁸ *Ibidem*, pp. 515-524.

¹⁰⁹ Kunicka-Michalska, *op. cit.*, p. 123.

15. La contrarreforma penal se inició apenas siete meses después de promulgado el nuevo Código Penal. El decreto legislativo n° 736 de 12 de noviembre de 1991 incorporó los artículos 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. Éste y otros decretos legislativos aprobados por el Poder Ejecutivo a fines de 1991 fueron derogados mediante la ley n° 25399 de 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 cual la agrupación política Cambio Noventa no gozaba de mayoría.

Tal problema fue “resuelto” con el llamado “autogolpe de Estado” de 5 de abril de 1992, que en definitiva marcó 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 (decreto ley n° 25475 de 6 de mayo de 1992), traición a la patria (decretos leyes n° 25.659 de 13 de agosto de 1992, n° 25880 de 26 de noviembre de 1992)¹¹⁰ y lavado de activos (decreto ley n° 25.428 de 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 desde 2001¹¹¹ y por organismos supranacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 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 los 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—¹¹² a otros sectores 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 funcionó entre 1993 a 1995, ni por el Congreso de la República de 1995 a 2000. En estos periodos el Gobierno gozó de una clara mayoría congresal y se observó 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, cuando 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”.

¹¹⁰ 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.

¹¹¹ Ministerio de Justicia, op. cit., pp. 33 ss.

¹¹² Prado, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 73.

Esta grave omisión parlamentaria permitió, por ejemplo, en 1996, entre otras soluciones inconstitucionales, el otorgamiento de facultades de persecución penal al Órgano Administrador del Tributo (artículo 7 del decreto legislativo n° 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 en algunos casos desde el Servicio de Inteligencia Nacional de las Fuerzas Armadas (SIN), como se ha hecho público a través de los videos del caso Montesinos.

Esa jurisdicción fue ampliada luego mediante una simple resolución administrativa (n° 744-CME-PJ de 23 de setiembre de 1998), emitida por un órgano inconstitucional, la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, creada mediante la ley n° 26.546 de 21 de noviembre de 1995 para, con el pretexto de “reformular 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 a 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 grupos empresariales y se persiguió a quienes osaron ser desleales al régimen. Como si esto no fuera suficiente, otra resolución administrativa (n° 1148-2000-CME-PJ de 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 de congresistas de la oposición electos para el periodo 2000-2005. Esto efectivamente ocurrió en setiembre 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 pueden soslayarse, como parte de la obra penal del segundo mandato del ex presidente Fujimori, normas netamente inconstitucionales, como la del delito de contumacia (ley n° 26.641 de 26 de junio de 1996) o la puesta en vigor en 1998, nuevamente mediante el peligroso recurso a decretos legislativos, 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 (n° 895 sobre “terrorismo especial” de 23 de mayo, n° 896 contra delitos agravados de 24 de mayo, n° 898 contra la posesión de armas de guerra de 27 de mayo de 1998, n° 899 contra el “pan-dillaje pernicioso” de 28 de mayo).¹¹³

¹¹³ Críticamente, Caro Coria, “Seguridad ciudadana y ‘Decretos de Emergencia’”, en *Informativo Legal B, M & U*, n° 41, Lima, mayo de 1998, p. 1; Ugaz Sánchez-Moreno, “Grandes urbes e inseguridad ciudadana”, en *Seguridad ciudadana y Derechos Humanos*, Lima, 1999, pp. 327 y ss.

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. De ello dan 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 n° 26.447 de 21 de abril, que la fijó en 18 años a través de la modificación del artículo 20.2 del Código Penal y promovió el debate sobre los fundamentos del Derecho Penal de menores, cuyas primeras líneas ofrece el proyecto de Ley Penal del Adolescente, de julio de 2001,¹¹⁴ aunque este proyecto tampoco expresa un sometimiento claro a los criterios y garantías de la imputación penal, como plantea la doctrina penal contemporánea.¹¹⁵ Así, en España se ha promulgado la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, la cual supera el común deseo de acudir a una lógica tuitiva o protectora del menor, que más bien termina soslayando las garantías para la imputación. En el caso peruano, la reforma del Derecho Penal de menores plantea varias alternativas, desde la construcción de todo un Código Penal y Procesal Penal para menores hasta la más simple de establecer cláusulas de remisión general a los principios del Código Penal y de Procedimientos que rigen los principios para atribuir la infracción al autor, independientemente de si el menor tiene culpabilidad, una menor culpabilidad o una culpabilidad propia distinta de la construida para los adultos. En todo caso, la ausencia de acuerdo dogmático sobre la culpabilidad del menor no debe significar la renuncia legislativa a trasladar, desde el punto de vista político-criminal, las mismas garantías del Derecho Penal sustantivo al Derecho Penal del menor y establecer consecuencias, básicamente, desde una perspectiva de prevención especial.

Otra muestra de la dirección autoritaria en materia de Parte general deriva de la ley n° 27.024 de 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 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 n° 896 de 23 de mayo de 1999.

¹¹⁴ Publicado como separata especial en el *Diario Oficial El Peruano*, 26 de julio de 2001.

¹¹⁵ Martínez Serrano, "Principios sustantivos y procesales básicos de la responsabilidad penal de los menores establecidos en la LO 5/2000", en Ormosa Fernández (dir.), *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, Madrid, 2001, pp. 19 ss.

16. La nueva Comisión Revisora del Código Penal, creada mediante la ley n° 27.421 de 7 de febrero de 2001, tiene la misión de elaborar un “Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal” y para ello se le otorgó el plazo de 365 días útiles desde la instalación de la primera legislatura del año 2001. 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 en 1983, tras la puesta en vigor la Constitución de 1978 y una vez establecidas las bases del régimen democrático, se realizó una reforma urgente del texto refundido del Código Penal de 1973. Sin embargo —y en ello radica lo contradictorio de la práctica legislativa—, la Comisión Revisora, pese a contar con año y medio de creación, aún no se ha instalado ni iniciado el trabajo prelegislativo. Frente a ello no sólo se tiene detenido el proceso de revisión sistemática y urgente de la legislación penal, sino que también dicha tarea viene siendo suplida finalmente por el Congreso de la República, el cual, a falta de un programa orgánico de reforma penal, viene legislando desordenadamente y en muchos casos por razones meramente coyunturales.

Así, entre agosto de 2001 y agosto de 2002 se han puesto en vigor más de 20 leyes de relevancia penal. Algunas son respuesta a un específico problema social, como da cuenta por ejemplo la ley n° 27686 de 19 de marzo de 2002, que elevó las penas de los tipos de los artículos 283 y 315 del CP en casos de “entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos y disturbios”, norma aprobada como reacción ante los múltiples reclamos populares que se ven en nuestro país desde agosto de 2001 y cuya eficacia es casi nula,¹¹⁶ como demuestran los recientes acontecimientos de Arequipa suscitados durante la segunda y tercera semana de junio de 2002 contra el proceso de privatización de dos empresas. Algo similar acontece con la ley n° 27.716 de 11 de mayo de 2002, que regula la fabricación, importación, depósito, transporte, comercialización y uso de productos pirotécnicos, aprobada tras el grave incendio de la zona comercial Mesa Redonda en diciembre de 2001 y que contempla en el artículo 7 nuevos tipos penales.

No ha sido posible articular coherentemente un proceso de reforma parcial y urgente de la legislación penal. Por ello debe insistirse en que el proceso de aprobación de un nuevo Código debe estimarse como una tarea de largo plazo; se requiere un periodo importante para discutir los fundamentos de una regulación alternativa,¹¹⁷

¹¹⁶ Caro Coria, “¿Relevancia penal de los ‘disturbios públicos’? Notas sobre la reforma penal mediante la Ley N° 27686”, *Legal Express* 16/2002, p. 9.

¹¹⁷ Silva Sánchez, “Malos tiempos para la codificación penal en Europa. A propósito del nuevo Código Penal español”, *Revista Peruana de Ciencias Penales* 7-8/1999, pp. 271 ss.

más aún teniendo en cuenta el actual proceso de reforma constitucional en el que viene cobrando fuerza la necesidad de elevar al máximo nivel normativo determinados principios de carácter penal. Así, el citado anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución introduce los “Límites de la potestad punitiva del Estado” (artículo 2), la “Orientación de la política criminal y penitenciaria” (artículo 3), el “Deber de investigación de violaciones de derechos humanos” (artículo 4), entre otras disposiciones propias de un programa penal de la Constitución. Asimismo, aunque el reciente Proyecto de Constitución de julio de 2002 es menos explícito en el desarrollo de principios directamente vinculantes en materia penal, trae consigo importantes disposiciones como la garantía de Ley Orgánica (artículo 51 § 1) o la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y de guerra (artículo 2.27), así como principios generales vinculados al modelo de Estado que delinearían el modelo penal constitucional.

No se trata entonces, como ha sido bastante común en Perú, 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 reclaman la atención del 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 esos grandes derroteros de *lege ferenda*.

III

17. La Parte general del Derecho Penal peruano no ha sido suficientemente estudiada. Descontando el *Manual...* de Hurtado Pozo¹¹⁸ o las *Lecciones...* de Villavicencio Terreros,¹¹⁹ 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 los de Peña Cabrera¹²⁰ y Villa Stein,¹²¹ o más específicamente sobre la teoría del delito, como el de Miguel Bramont-Arias.¹²² 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,¹²³ mientras que temas especializados como el de la imputación objetiva o la Parte general del Derecho Penal económico¹²⁴ apenas empiezan a tratarse.

¹¹⁸ Hurtado, *Manual...*, op. cit.

¹¹⁹ Villavicencio, *Lecciones...*, op. cit.; también ha publicado comentarios a la Parte general en su *Código Penal*, 2ª ed., Lima, 1997.

¹²⁰ Peña Cabrera, *Tratado...*, op. cit.

¹²¹ Villa Stein, op. cit.

¹²² Bramont-Arias Torres, *Manual de Derecho Penal*, Parte general, Lima, 2000.

¹²³ Prado Saldarriaga, *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Lima, 2000.

¹²⁴ Abanto Vásquez, *Derecho Penal económico*, Parte general, Lima, 1997.

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.¹²⁵ Comentarios más generales estuvieron primero a cargo de Peña Cabrera,¹²⁶ 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 1991.¹²⁷ También merece atención el *Manual...* de Luis Bramont-Arias y García Cantizano,¹²⁸ sostenido casi de modo exclusivo en la doctrina española. Los nuevos problemas de la Parte especial casi no han sido tratados; temas vinculados al Derecho Penal económico y empresarial,¹²⁹ 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 Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, 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 Prof. Günther Jakobs, cuya difusión en Latinoamérica y en el Perú viene extendiéndose en los últimos años.

De otra parte, los trabajos criminológicos, tras el auge de la criminología crítica en el país hasta principios de la primera mitad 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

¹²⁵ Álvarez Calderón, "Relaciones entre la Parte general y la Parte especial del Derecho Penal", *ADPCP* 1993, pp. 1009 ss.

¹²⁶ *Tratado de Derecho Penal*, Parte especial, t. II, II A, II B, III y IV, Lima, 1992, 1993, 1994, 1995.

¹²⁷ Ángeles Gonzáles y Frisancho Aparicio, *Código Penal. Comentado, concordado, anotado*, t. I-IX, Lima, 1996-2000.

¹²⁸ Bramont-Arias Torres y García Cantizano, *Manual de Derecho Penal*, Parte especial, 4ª ed., 1998.

¹²⁹ En esa perspectiva cabe citar el reciente trabajo de Reyna Alfaro, *Manual de Derecho Penal económico*, Parte general y Parte especial, Lima 2002.

en el mundo, de la abolición del sistema penal. Ello tampoco ha motivado un estudio más extenso del Derecho penitenciario, que continúa siendo residual en el Perú.

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 el último decenio, y no obstante los once años de vigencia del Código de 1991, no se ha planteado un debate profundo sobre el rol de la política criminal en el trabajo dogmático y en la interpretación del Derecho Penal vigente.¹³⁰ A las puertas de una reforma penal en el Perú, ello nos ubica, *mutatis mutandi*, en una situación 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”.¹³¹ En esa línea de ideas, merece ponerse de relieve la recepción en nuestro medio de los aportes del Prof. Jakobs en la interpretación del Derecho vigente.

18. En la presentación de una colección de artículos de Jakobs publicados con el título *Bases para una teoría funcional del Derecho Penal*,¹³² señalé ya que la difusión y el conocimiento de su extensa obra es relativamente reciente en Latinoamérica y especialmente en Perú. La importancia de ésta es indiscutible: Jakobs es reconocido como uno de los juristas más trascendentes en la ciencia penal contemporánea,¹³³ 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*,¹³⁴ ya traducido al español desde 1995 por Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo.¹³⁵ A esta obra sobre la Parte general se suman las múltiples contribuciones del autor orientadas establecer los fundamentos de una teoría funcional del Derecho Penal.

¹³⁰ Una orientación en ese sentido, vinculada a las reflexiones de Mir Puig sobre el Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho, se aprecia en Castillo Alva, *Principios de Derecho Penal*, Parte general, Lima, 2002.

¹³¹ Von Liszt, op. cit., p. 80.

¹³² Lima, 2000, pp. 11 ss.

¹³³ 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, *NJW* (1984), p. 2270.

¹³⁴ 2ª ed., Berlín, 1991.

¹³⁵ *Derecho Penal*, Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación, 2ª ed., Madrid, 1997.

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.¹³⁶ 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 con 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;¹³⁷ 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.¹³⁸

Este punto de partida conduce a múltiples consecuencias, entre las que cabe destacar, por su trascendencia para todo el sistema 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.¹³⁹ 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, prejurídicas o lógico-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 determina-

¹³⁶ Silva Sánchez, *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Buenos Aires, 1998, p. 28.

¹³⁷ 1ª ed., Berlín, 1983, pp. V-VI.

¹³⁸ Suárez González y Cancio Meliá, "Estudio preliminar", en Jakobs, *La imputación objetiva*, Madrid, 1996, pp. 79-80.

¹³⁹ 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 ss.

dos 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.¹⁴⁰ Estas objeciones forman parte del debate actual y no han sido desatendidas por el autor, especialmente en su trabajo “Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional”.¹⁴¹ 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, a 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 aquél 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.¹⁴² 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.¹⁴³ A juicio de Suárez González y Cancio Meliá, la propia concepción de Jakobs parte de un determinado sistema social cuyo pilar principal 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 de éste.¹⁴⁴

19. Estas aclaraciones son de suma trascendencia ante la progresiva recepción en nuestro medio del método funcionalista normativo de Jakobs.¹⁴⁵ La desordenada expansión de la legislación penal peruana, alejada en muchos casos de los límites

¹⁴⁰ 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*, 9 (1999), pp. 65 ss.; Muñoz Conde, “Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal”, *Revista Penal*, 5 (2000), pp. 47-48.

¹⁴¹ En *Bases para una teoría funcional del Derecho Penal*, op. cit., pp. 19 ss.

¹⁴² Op. cit., 1ª ed., cit., p. VI.

¹⁴³ Jakobs, *La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente*, Bogotá, 2000, pp. 29-35.

¹⁴⁴ Suárez y Cancio, op. cit., pp. 80, n. 166, 81. Véase asimismo, Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá, *Un nuevo sistema del Derecho Penal*, Lima, 1998, pp. 41 ss. Como señala García Caveró (*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.

¹⁴⁵ Véase García Caveró, op. cit., pp. 32 ss.; Villa Stein, op. cit., pp. 75, 189. Críticamente, Caro Coria, *Derecho Penal del ambiente*, Lima, 1999, pp. 17 ss.

constitucionales del poder punitivo, como se ha descrito, no puede 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.¹⁴⁶ 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 valorativo¹⁴⁷ 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 Prof. Serrano-Piedecabras,¹⁴⁸ sostuve que la necesaria orientación axiológica puede dispensarla el método funcionalista moderado, desarrollado principalmente por el Prof. Claus Roxin.¹⁴⁹ 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 conceptos, de modo que se garantice la flexibilidad necesaria para hacer posibles 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.¹⁵⁰ 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,¹⁵¹ 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,

¹⁴⁶ Muñoz Conde, *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo*, Valencia, 2000, p. 72.

¹⁴⁷ Hurtado Pozo, “La interpretación de la ley en el Derecho Penal”, *Derecho*, 32/1974, p. 164.

¹⁴⁸ Cit., pp. XII-XIII.

¹⁴⁹ 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*, t. I, 3ª ed., Múnich, 1997, § 7/III; *Dogmática penal*, cit., pp. 25 y ss.

¹⁵⁰ Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 68-69; Schünemann (comp), *El sistema moderno del DP: cuestiones fundamentales*, Madrid, 1991, pp. 31 y ss.

¹⁵¹ Silva Sánchez, *Aproximación...*, op. cit., p. 71.

siempre desde el enfoque normativo de la Constitución y los derechos humanos, son de enorme trascendencia en el Perú porque proporcionan 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 hispanoamericana, hacia los fundamentos y soluciones dogmáticas propuestos por la Escuela de Bonn. En muchos casos éstos coinciden con los que se plantean desde otras perspectivas metodológicas respecto de temas especialmente complejos en la actualidad, como la imputación objetiva, la imputación subjetiva, la culpabilidad, la omisión o las formas de intervención en el delito.¹⁵²

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”¹⁵³ o en las normas contra el crimen organizado.¹⁵⁴ 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 jurídicos desempeña 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.¹⁵⁵ A juicio de Hassemer, el Derecho Penal debe reducirse 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 entre el Derecho Penal y el Derecho Sancionatorio Administrativo, entre el Derecho Civil y el Derecho Público, con un nivel de garantías y sanciones menores que las del Derecho Penal.¹⁵⁶

¹⁵² Véase Roxin, Jakobs, Schünemann, Frisch y Köhler, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid, 2000, pp. 181 ss., el “Informe sobre las discusiones” de Silva Sánchez.

¹⁵³ Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, Bogotá, 1999, p. 20.

¹⁵⁴ Hassemer, “Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada. Tesis y razones”, *Ciencias Penales*, 9/1997, pp. 7 ss.

¹⁵⁵ Véase ampliamente: Varios autores, *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, 2000, pássim.

¹⁵⁶ Hassemer, *Persona...*, op. cit., pp. 34-35.

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”. Sin embargo, tampoco se debe aceptar sin reparos el proceso de desnaturalización del sistema de garantías del Derecho Penal, por lo que Sánchez 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,¹⁵⁷ entre los que cabe incluir quizás el principio de exclusiva tutela de bienes jurídicos.

Estas reflexiones son de corta data en nuestro medio.¹⁵⁸ El principio de lesividad tiene acogida expresa en el artículo IV del Código de 1991 y en la jurisprudencia,¹⁵⁹ pero no se ha reflexionado sobre la necesidad de realizar una revisión de la Parte especial absolutamente consecuente con dicho principio,¹⁶⁰ o mediante una flexibilización de éste, como propone Silva Sánchez, o, más radicalmente, renunciando a él 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 de las legislaciones contemporáneas, considera Jakobs que puede intentar presentarse 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”.¹⁶¹ Con ello Jakobs remarca su rai-gambre hegeliana. En el marco de las teorías absolutas, ya Hegel había sostenido que

¹⁵⁷ Silva Sánchez, *La expansión del Derecho Penal*, Madrid 1999, pp. 115, 116, 125.

¹⁵⁸ Caro Coria, “‘Sociedades de riesgo’ y bienes jurídicos colectivos”, *Thémis*, 37/1998, pp. 195 ss.; *Derecho Penal del ambiente*, op. cit., pp. 5 ss.

¹⁵⁹ SCS de 05-12-1994, exp. 3374-93-B. Resolución de la Corte Suprema de 28-12-94, exp. 2900-94. SCS de 17-11-97, RN 5269-97. SCS de 20-04-99, RN 668-99.

¹⁶⁰ Véase PNUD-Ministerio de Justicia del Perú, op. cit. 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”.

¹⁶¹ Jakobs, “¿Qué protege...?”, op. cit., pp. 59-60.

el delito equivale a la negación de la voluntad general, mientras que la pena es la negación de dicha negación, es decir, la restitución de esa voluntad general;¹⁶² de allí que el modelo de la prevención general estabilizadora de la norma surja vinculado a la retribución penal.¹⁶³

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 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”.¹⁶⁴ Si durante mucho tiempo no hemos podido evitar, parafraseando a von Kirchmann, que “tres palabras rectificadoras del legislador [conviertan] bibliotecas enteras en maculatura”,¹⁶⁵ una perspectiva dogmática que mira desde la política criminal podrá convertirse en el baremo más importante en la reforma penal peruana permanentemente en curso y que se extiende al sector penal militar y penal de menores.¹⁶⁶

21. Esta orientación no neutral debe reforzarse mediante la vinculación a un marco valorativo consensual y normativo como el impuesto por la Constitución y el sistema de derechos humanos.¹⁶⁷ En efecto, la actual fundamentación del Derecho Penal deriva de su sujeción a los derechos humanos y la Constitución,¹⁶⁸ así como al bagaje dogmático que se ha construido sobre estos cimientos.¹⁶⁹ Como precisan Berdugo y otros, existe amplio consenso en estimar que un poder del Estado como el punitivo tiene que tener definidos sus fines y, por tanto, los postulados o principios de su sistema de argumentación y de aplicación, tanto en fase legislativa como judicial, a partir de la definición y configuración que de ese poder del Estado realiza la Constitución.¹⁷⁰ La Constitución adopta pues un Programa Penal, es decir, un conjunto de

¹⁶² Mir Puig, *Derecho Penal*, Parte general, 5ª ed., Barcelona, 1998, p. 47.

¹⁶³ Silva Sánchez, *Aproximación...*, op. cit., pp. 227-228. Berdugo y otros (op. cit., p. 26) estiman que estamos ante una actualización del pensamiento retributivo.

¹⁶⁴ Muñoz Conde. “Presente y futuro...”, op. cit., pp. 50-51.

¹⁶⁵ Von Kirchmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, reimp. de 1960, p. 25.

¹⁶⁶ Caro Coria, *Lineamientos actuales y perspectivas de la política criminal en el Perú*, CEAS, Lima, 2002 (en prensa).

¹⁶⁷ Ollero Tassara, *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, 1989, pp. 149 ss., 213 ss.

¹⁶⁸ Zúñiga Rodríguez, *Política criminal*, Madrid, 2001, pp. 50 ss.; Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 1995, pássim; *Derechos y garantías*, op. cit., pp. 15 y ss.; Wolter, “Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo del Derecho Penal”, en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, Barcelona, 1995, pp. 37 ss.; “Problemas político-criminales y jurídico-constitucionales de un sistema internacional de Derecho Penal”, en *Política criminal y nuevo Derecho Penal*, Barcelona, 1997, pp. 101 ss.; Nino, “La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los Derechos Humanos”, *Doctrina Penal*, 1989, pp. 29 ss.; Hurtado Pozo, “Derechos Humanos, bien jurídico y Constitución”, *ADP 1995*, pp. 77-80.

¹⁶⁹ Santa Cruz, *Razonamiento jurídico-penal*, Lima, 2000, p. 23, 53 ss.

¹⁷⁰ Berdugo y otros, op. cit., p. 39.

postulados político-jurídicos y político-criminales que constituyen el marco normativo en cuyo seno el legislador puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponda aplicar.¹⁷¹ El juez penal se encuentra vinculado al marco valorativo previsto en la Constitución, el cual va más allá del contenido de normas propiamente penales, como las que reconocen el principio de legalidad (artículo 2.24.d), o el principio de *ne bis in idem* (artículo 139.3). Además, el carácter personalista¹⁷² (artículo 1) y el modelo de Estado social y democrático de Derecho¹⁷³ (artículos 38, 43 y 44) que adopta la vigente Ley Fundamental conducen a una concepción del Derecho Penal como un instrumento de control al servicio de la persona humana, de forma que derechos constitucionales especialmente relevantes, como la igualdad (artículo 2.2) o la libertad y seguridad personales (artículo 2.24), al igual que principios democráticos como el pluralismo y la tolerancia, deben encontrar su realización a través del *ius puniendi*.¹⁷⁴

El afianzamiento de estos postulados parece inevitable *de lege ferenda*. De ello da cuenta el anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución que, además de incorporar reglas específicas como la prohibición de la pena de muerte (artículo 1.1 *in fine*), el contenido del debido proceso (artículo 1.26), el deber de investigar las violaciones de derechos humanos (artículo 4), así como la imprescriptibilidad y exclusión de la amnistía, el indulto y el derecho de gracia frente a tales delitos (artículo 5), plantea elevar al máximo nivel del ordenamiento los “límites de la potestad punitiva del Estado” (artículo 2) y la “orientación de la política criminal y penitenciaria del Estado” (artículo 3).¹⁷⁵

Pero, como se ha advertido, el reciente proyecto de Constitución de julio de 2002 que se viene debatiendo en el Congreso de la República del Perú es menos específico en cuanto a la consagración de garantías y principios propiamente penales, lo que no equivale a un relajamiento o renuncia a los ya previstos en la carta de 1993 o los planteados en el anteproyecto de abril de 2002. La orientación personalista del

¹⁷¹ Ibídem, p. 40; Arroyo Zapatero, “Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución”, *RJCLM*, 1/1987, pp. 97 ss.; García Rivas, *El poder punitivo en el Estado democrático*, Cuenca, 1996, pp. 43 ss.; Tiedemann, “Constitución y Derecho Penal”, *REDC*, 33/1991, pp. 145 ss.; “La constitucionalización de la materia penal en Alemania”, *ADP* 1994, pp. 59 ss.

¹⁷² Berdugo Gómez de la Torre, “Derechos Humanos y Derecho Penal”, en *Temas de Derecho Penal*, Lima, 1993, pp. 86-87.

¹⁷³ Mir Puig, *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994, pp. 29 ss.; “El sistema del Derecho Penal en la Europa actual”, en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal*, op. cit., p. 27; *Derecho Penal*, op. cit., pp. 74 ss.; Carbonell Mateu, *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, 2ª ed., Valencia, 1996, pp. 79 ss. Así, en nuestro medio, el reciente trabajo de Castillo, op. cit., pássim.

¹⁷⁴ Bernal del Castillo, *La discriminación en el Derecho Penal*, Granada, 1998, pp. 5 ss.

¹⁷⁵ Véase Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales, “Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución [texto para el debate]”, Lima, 5 de abril de 2001.

proyecto (artículos I y 1) y la asunción del modelo de Estado social y democrático de Derecho (artículos IV, IX y 65 principalmente), así como la incorporación de múltiples cláusulas garantistas de carácter penal (artículos 2.24-27, 51, 191.3, 201, entre otros), manifiestan una clara tendencia a mantener la máxima fuerza normativa de tales principios penales que permitirán seguir controlando la expansión penal en el Perú. Ello hace necesario compatibilizar la permanente adaptación de la legislación penal con este proceso de reforma constitucional.