

# ¿SUPERACIÓN DEL PASADO A TRAVÉS DEL DERECHO PENAL? -NOTAS SOBRE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL PERUANO A DIEZ AÑOS DE SU VIGENCIA-

Dino Carlos Caro Coria

## I

1. La reforma del Derecho penal es tan antigua como el Derecho penal mismo.

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

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

*Haciendo eco de la necesidad de reformar una legislación penal vigente teñida por los matices dictatoriales del periodo fujimorista, el autor evalúa los diversos procesos de reforma experimentados por la legislación penal en el Perú y propone los que, en su opinión, deberían ser los pilares que imperen en la actualidad respecto de un proceso semejante.*

*A tal efecto, el autor realiza un lúcido contraste entre la dogmática penal y la teoría funcional contemporánea, posturas éstas que, si bien en sus expresiones más radicales no satisfacen las necesidades actuales del régimen penal, podrían brindar soluciones acordes mediante sus formas atenuadas, inclusive de una manera complementaria.*

ve, como en el modelo de la Constitución española de 1978, mediante un quórum calificado.

2. En todo caso, se impone una reforma urgente y parcial frente a esta legislación que, de modo alguno, puede esimarse en el estado actual como Carta Magna del delincuente o ley del más débil. La Ley 27421 de 7 de febrero de 2001 ha creado una nueva Comisión Revisora del Código Penal a fin de elaborar un Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal. Esta decisión se incardina en una coyuntura especialmente turbulenta para el Derecho penal peruano. La transición política de los últimos nueve meses, tras diez años de ese gobierno alejado de los fundamentos democráticos, ha despertado el deseo colectivo de recuperar la institucionalidad del Estado, inclusive a través de los medios que dispensa el control penal, como se aprecia a través del inédito procesamiento de los hasta hace poco intocables miembros de la red de corrupción y abusos del gobierno de 1990 al 2000, que incluyó a altos funcionarios de todos los poderes públicos, empresarios de importantes industrias y medios de comunicación, o personas vinculadas al tráfico de drogas, el lavado de dinero y el tráfico de armas, cuando no a la grave violación de los Derechos Humanos mediante la tortura y la desaparición forzada, principalmente.

Muchos de estos últimos actos quizás serán desvelados por la Comisión de la Verdad, creada mediante el Decreto Supremo 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.

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

Pero este sentimiento social no deroga los fundamentos constitucionales del Derecho penal. De allí, por ejemplo, que algunos defensores de los investigados, entre los que se encuentran importantes abogados como profesores universitarios antes dedicados sólo a

lo académico, hayan calificado de inconstitucionales las normas que permiten, por ejemplo, la detención preliminar, la incautación o el levantamiento del secreto bancario desde la etapa fiscal, sin necesidad de descargo previo ni proceso judicial en curso (Ley 27379 de 21 de diciembre de 2000), conclusión seguramente opinable en tanto la ley exige control judicial y se acate que la Constitución otorga al Ministerio Público la misión de investigar el delito y reunir la prueba para ejercer la acción penal. La trascendencia de estas investigaciones para la sociedad civil peruana incluso ha despertado el interés de importantes juristas de la comunidad iberoamericana, habiéndose inclusive 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.

4. Si lo que se persigue es la superación del presente perturbado por el pasado, no debe perderse de vista que la actual alteración de los bienes afectados no puede ser eliminada mediante el Derecho penal, especialmente si la pena no se concibe como la irracional secuencia de dos males: el delito y la venganza de las víctimas. Una sanción vinculada a la prevención no se condice con un Derecho penal de la coyuntura, de allí que una reforma plena mediante un nuevo Código Penal tal vez debe esperar a establecer mediante el consenso los fundamentos de la actividad reformadora, de modo que se atienda no sólo a los problemas urgentes, como los derivados de la desordenada regulación de los delitos de funcionario público, la derogación de las llamadas normas sobre seguridad nacional o los vacíos del actual tratamiento de los delitos socioeconómicos. Debe también prestarse importancia a cuestiones como la incidencia en el Derecho interno de la posible ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el rol de la víctima en la realización del injusto, la relevancia de las reparaciones espontáneas y la tercera vía del Derecho penal o la posible necesidad de regular con mayor exhaustividad las reglas de individualización judicial de la pena y las medidas de seguridad, aspectos técnicos sin duda, pero con enormes consecuencias para la libertad constitucionalmente protegida.

5. Una reforma parcial y urgente de la legislación penal es un paso necesario hacia la democratización del Derecho penal vigente. Esta tarea tampoco es ajena a la definición de objetivos claros en el terreno político criminal, de modo que se superen las todavía visibles marchas y contramarchas del legislador, como se evidenció con la reciente derogación, mediante la Ley 27472 de 05 de junio de 2001, de la cadena

perpetua para los delitos de abuso sexual de menor del artículo 173 del Código Penal, y la casi inmediata reinstauración de dicha pena por el propio Congreso a través de la Ley 27507 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.

Tampoco parece casual que el 17 de junio de 2001 se haya publicado el Anteproyecto de Ley que modifica la legislación penal en materia de tráfico ilícito de drogas y tipifica el delito de lavado de activos y hasta la fecha no sólo no se haya aprobado, sino que ni siquiera se ha promovido un debate institucional. Se proyectó una reducción de las sanciones en materia de tráfico de drogas y el traslado del lavado de dinero a una Sección nueva dentro de los delitos contra la función jurisdiccional, bajo el nombre de lavado de activos y con sanciones que oscilan entre los cuatro y los quince años de privación de libertad, renunciándose a la cadena perpetua. A partir del arresto de Montesinos Torres el 23 de junio, quien se encuentra procesado, entre otros delitos, por lavado de dinero, nadie ha comentado la necesidad de aprobar esta norma que, sin duda, favorecería a dicho procesado ante una eventual condena como consecuencia de la retroactividad benigna.

6. Similares razones de coyuntura explican la repentina publicación el 1 de julio de 2001 de los Proyectos de Ley Orgánica de la Justicia Militar y de Código de Justicia Militar. Como se sabe, en el Perú las relaciones entre la jurisdicción ordinaria y la militar son muy sensibles, especialmente desde la inconstitucional definición a favor de este último de la contienda de competencia en el caso de la Cantuta. La expansión de la jurisdicción militar para el juzgamiento de civiles, en casos de terrorismo, traición a la patria o terrorismo especial, no encontraba ya límites cuando se utilizó para controlar a ex-miembros de las fuerzas armadas o civiles que prestaban algún servicio para tales fuerzas o, lo más grave, para encubrir actos de miembros de éstas en agravio de bienes jurídicos no militares como la vida, la libertad o la integridad sico-física, como sucedió precisamente en los hechos de la Cantuta y Barrios Altos en los que, como todos sabemos y ha sido lugar común en las dictaduras latinoamericanas, se pretendió dejar impunes mediante las Leyes de amnistía 26479 de 15 de junio de 1995 y 26492 de 2 de julio de ese año, preceptos carentes de efectos jurídicos por ser incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conforme ha declarado la sentencia de 14 de marzo de 2001 de la Corte Interamericana de San José en el caso Barrios

Altos (Chumbipuma Aguirre y otros contra el Estado peruano).

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

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

## II

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

Sólo el Proyecto de Código Penal de Manuel Lorenzo de Vidaurre, publicado en Boston en 1828, se alejó intencionalmente de la influencia del Código Penal español de 1822 y adoptó los modelos franceses e ingleses de la época, en busca de un derrotero propio para la elaboración de un Código original a partir del estudio y recepción de las ideas europeas. Sin embargo, el retorno al Derecho peninsular operó con la puesta en vigor del Código Penal Boliviano, por orden del General Santa-Cruz, en el Estado Sud-Peruano de la Confederación Peruano-Boliviana, que tuvo como fuentes el Código español de 1822, inspirado en el

movimiento de la Enciclopedia y el movimiento codificador francés, el Código Napoleón de 1810 y el Derecho histórico español. 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 1863 tuvo una marcada inspiración en el Código Penal español de 1848 y reformado en 1850, 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. El texto de 1863 fue casi inmediatamente sometido a proceso de reforma, anhelo avivado al expedirse en España el Código Penal de 1870, a través de las Comisiones de 17 de marzo de 1871, de 18 de octubre de 1873 que elaboró el proyecto de 1874, de 3 de julio de 1877 que escribió el Anteproyecto de 1877, y la de 27 de enero de 1900 que produjo el Anteproyecto de 1900-1902. 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, 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.

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. El antecedente nacional inmediato del texto de 1924 es el proyecto de 1916, cuyo autor y ponente fue Víctor M. Maúrtua, en virtud del encargo establecido por la Ley 2110 de 27 de enero de 1915. Este proyecto fue revisado por una Comisión en virtud de la Ley 4460 de 30 de diciembre de 1921 y aprobado sin discusión parlamentaria mediante la Ley 4868 de 11 de enero de 1924.

El Código Maúrtua estuvo influenciado por el Código italiano Zanardelli de 1889 en cuanto a la sistemática de tratar primero lo relativo a la ley penal, después la sanción y finalmente las infracciones, así como respecto del sistema de penas privativas de libertad paralelas. También se aprecia la injerencia del proyecto Ferri de 1921 en el tratamiento de la peligrosi-

dad, 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. No se renunció totalmente a la fuente hispana, como se observa, por ejemplo, en el tratamiento de las causales de exclusión de responsabilidad penal y porque se conservó ciertos elementos del Código de 1863.

En un grado mucho menor, se ha citado como fuentes los Proyectos de Servia de 1910 y de Suecia de 1916, así como el Código Penal holandés de 1881 en cuanto a la aplicación de la ley penal y el concurso de infracciones. Precisa Estuardo Núñez que el texto de 1924 recibió también una influencia nada irrelevante del Anteproyecto alemán de 1909, como de la doctrina y de la ley germanas.

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

El Código Maúrtua incorporó novedosas instituciones penales, principalmente en la parte general, en materia de penas y reglas de imputación. En la misma línea de los proyectos suizos antes citados, se adoptó la orientación pluralista o ecléctica de la política criminal, entre los extremos de la concepción clásica derivada del modelo del Código Penal italiano de 1889 y los postulados de la escuela positivista expresada en el Proyecto Ferri de 1921. 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 de las ideas penales existentes en el medio, ni una respuesta adecuada a las condiciones de nuestro país, de allí que para Hurtado el Código es comparable con un mosaico asimétrico elaborado con diversos materiales, cuyo único factor común se cifra en su procedencia del derecho eurocontinental. 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.

Pese a ello, el Código de 1924 fue valorado por los penalistas más importantes de la época como un texto muy avanzado. Bien puso de relieve Jiménez de Asúa que «El Código peruano pertenece a la escuela Político criminal, en su sector más avanzado, por la dualidad de los medios puestos en la lucha contra el crimen; penas y medidas de seguridad (...); pero por la acogida de la sentencia indeterminada, incluso para ciertas penas, y por la ideología que preside la nueva ley, se aproxima al Proyecto italiano, hijo del reciente sesgo jurídico dado por la escuela positivista (...) En suma el Código del Perú puede figurar entre los más avanzados documentos legislativos y es uno de los hechos más importantes de la legislación penal contemporánea» .

10. No es extraño entonces que tan sólo un año después de la entrada en vigor del Código Maúrtua, mediante la Ley 5168 de 31 de julio de 1925 se creó una Comisión integrada por Angel 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 y tal como previó en su momento Jiménez de Asúa, no sólo fue una revisión del texto de 1924 sino un modelo diferente en los principios generales y los delitos en particular.

Los posteriores intentos de reforma penal se remontan a 1965. Durante el primer gobierno de Belaunde Terry se creó mediante el Decreto Supremo 136-AL de 25 de marzo, una Comisión encargada de revisar el Código de 1924, la misma que fue presidida por Torres Malpica e integrada por penalistas importantes como Bramont Arias, Roy Freyre y Peña Cabrera. Esta Comisión produjo, ya durante el gobierno militar de Velazco Alvarado, el Anteproyecto 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, 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. La Constitución no reclamaba necesariamente la aprobación de un nuevo Código Penal, pese a lo cual desde 1984 se emprendió la tarea prelegislativa, dadas las limitaciones de las reformas operadas desde 1980, la falta de un programa de política criminal integral y viable, 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. 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 de 1986, influenciados por la inercia del Código de 1924 y el tecnicismo de la parte general del Código Penal Tipo para Latinoamérica, cuya redacción se concluyó en *São Paulo* en 1971 y estuvo inspirada a su vez, entre otras fuentes, por el Proyecto Oficial alemán de 1962. Otras fuentes importantes de estos primeros textos se concretan en el Código colombiano de 1980 y el brasilero de 1984. El proyecto de setiembre de 1984, pese a ser el fruto de tres años de trabajo de la Comisión creada mediante la Resolución Suprema 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 proponiendo ligeras modificaciones a fin de adaptar el Código a los postulados básicos de la Constitución. Muy al margen estuvieron las reflexiones político criminales. Como era tradición en nuestro medios 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 1984 y agosto de 1985, tampoco acompañados de explicación alguna, fueron producto de la Comisión Revisora creada mediante la Ley 23859 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 record de tres meses y días, y prácticamente se limitó a reproducir.

Las discutibles disposiciones del Código Penal Tipo para Latinoamérica y la gran ausente en tan sumario periodo fue la definición de metas político criminales. Como advirtió Prado, era necesario desarrollar un

mínimo de investigación criminológica y tratar de consensuar las bases o principios que debían inspirar la parte general y la definición del catálogo de delitos, entre ellos los principios de legalidad y reserva, mínima intervención, lesividad, resocialización, culpabilidad, humanidad, ultima ratio penal, entre otros, principios cuyo asidero constitucional era indiscutible. La propuesta de agosto de 1985, derivada de la misma Comisión, no es sino la de octubre-noviembre de 1984 con algunas enmiendas. Bien ha criticado Hurtado que su defecto principal, al igual que su fuente básica, el Código de 1924, fue su excesiva pretensión de perfeccionismo técnico y teórico, la preocupación de los autores no fue de política criminal, no cuestionó la efectividad de la ley vigente, ni trataron de sustituirla por una más pragmática y adecuada a nuestra realidad.

La Comisión Consultiva del Ministerio de Justicia, creada mediante la Resolución Ministerial 193-85 de 31 de julio de 1985, que elaboró el Proyecto de marzo-abril de 1986, tuvo como principales insumos los Proyectos de octubre-noviembre de 1984 y agosto de 1985, reproduciendo en consecuencia los defectos antes mencionados. Esta propuesta fue especialmente debatida en el seno de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, oportunidad en la que Zaffaroni puntualizó que un nuevo Código Penal peruano tendría que inspirarse en una filosofía bien distinta a la que responden el Código vigente y el Proyecto, basándose en un Derecho penal de acto y no de autor, debiendo la reforma tener en claro ciertos objetivos político criminales. Por su parte, Solís Espinoza señaló que la problemática del delito debía analizarse desde una perspectiva criminológica y social, económica y de la realidad peruana, sin dejarse de lado los aspectos normativos.

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, mientras que Villavicencio Terreros criticó más bien el abandono de la fuente helvética en materia de delitos de peligro común y Sánchez Velarde evaluó los problemas del Proyecto vinculados a la despenalización.

12. La Ley 24911 de 25 de octubre de 1988, bien avanzado el gobierno del Partido Aprista, amplió el plazo previsto por la Ley 23859 en orden a que el Poder Ejecutivo promulgue un nuevo Código Penal mediante Decreto Legislativo. La nueva Comisión Revisora tuvo como materia prima el Proyecto de 1986 y estuvo integrada por penalistas como Roy Freyre y Bramont Arias, en calidad de colaboradores

participaron, entre otros, Peña Cabrera, Villavicencio Terreros, San Martín Castro y Prado Saldarriaga. Esta Comisión publicó en primer término una propuesta de Parte General en setiembre de 1989 y luego, al final del gobierno de García, el Proyecto completo de Código Penal en julio de 1990. 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.

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

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, y se renuncia a los conceptos de tentativa y frustración por normas acordes con los criterios germanos de tentativa inacabada y acabada (artículos 21 y ss). La influencia española se deja sentir más claramente por ejemplo en el tratamiento de las consecuencias accesorias para la persona jurídica (artículo 105), inspirado en el Anteproyecto de Código Penal español de 1983.

Este tecnicismo de la Parte General, claramente advertido en la Exposición de Motivos del texto de 1990, 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 Constitu-

ción y en muchos casos anunciados en la Parte General. De un lado se descriminalizaron figuras delictivas que ya habían sido cuestionadas por la doctrina nacional, sea por desuso como el duelo o la piratería, por establecer reglas de responsabilidad objetiva como la figura de la riña, o por desvincularse del principio de lesividad según se observa en el adulterio. Asimismo, no puede soslayarse el valor de incorporar figuras modernas como el homicidio por piedad, el genocidio, los delitos contra la intimidad, 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, mientras en los delitos sexuales se considera como bien jurídico las buenas costumbres y el honor sexual. Un aspecto especialmente problemático durante la coyuntura de 1990 era el tratamiento del terrorismo. El proyectista mantuvo el núcleo de conductas previstas en la legislación anterior, pero recurriendo a penas graves de hasta veinticinco años de privación de libertad que contrastaban con la orientación resocializadora que se pretendía dispensar a la pena. Otra propuesta polémica fue la descriminalización del aborto por indicación ética y eugenésica (artículo 120, numerales. 2 y 3), lo que produjo una importante reacción contraria de los sectores conservadores de la sociedad y de la Iglesia Católica, al extremo que al aprobarse el Código Penal de 1991 tuvo que preverse una sanción simbólica para estas conductas de hasta tres meses de privación de libertad (artículo 120). Estos aspectos problemáticos de la parte especial, presentados sólo a modo de ejemplos, son representativos de un elemento común que ha acompañado a la reforma penal peruana de los últimos decenios, no la politización del proceso de selección de conductas punibles y sus sanciones, factor sin duda inevitable en toda labor vinculada a la Parte Especial y hasta quizás deseable en tanto se observen determinados parámetros político criminales, 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 proyectista técnico, comprometido con la necesidad de establecer una legislación penal más acorde con la realidad social del país, que guarda mayor celo frente a las fuentes extranjeras y que en general es consecuente con los presupuestos político criminales previstos en la Constitución.

13. El Proyecto de Código Penal de enero de 1991, publicado sin Exposición de Motivos, fue el producto de la Comisión Revisora creada durante el primer Gobierno de Cambio Noventa, mediante la Ley 25280 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, incorporándose un Título Preliminar como en el Proyecto de 1986 a fin de consagrar los principales principios reguladores del *ius puniendi*. De otro lado, la Parte Especial acentuó la línea sobre criminalizadora en materia de tráfico de drogas y terrorismo, sin superar los principales problemas del texto de 1990, en especial el relativo a ser consecuente con el principio de lesividad. El plazo fijado por la Ley 25280 fue ampliado por sesenta días más por la Ley 25350 de 10 de febrero de 1991, en virtud de la cual y sobre la base del Proyecto de enero de 1991 y sin trámite parlamentario alguno, se aprobó el Código Penal a través del Decreto Legislativo 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 diez años de vigencia del Código de 1991 es aún difícil establecer una valoración global en torno a una norma que, parafraseando a Manuel G. Abastos al calificar el Código de 1924, viene quizás envejeciendo sin haber sido totalmente aplicada ni suficientemente estudiada. Seguramente varias de las consideraciones señaladas en torno a los proyectos de 1990 y 1991 son aquí relevantes, pero no debe perderse de vista que varias normas y hasta Capítulos enteros del Código de 1991 han sido reformados varias veces, sin quedar en ocasiones rastro del esbozo original en el texto vigente. A ello se suma la extensa legislación complementaria que en muchos casos toma distancia de los principios político criminales derivados de la Carta Magna y que ha terminado por desvirtuar la pretensión codificadora que inspiró el proceso de reforma iniciado en los años ochenta.

El nuevo Código fue recibido en 1991 con cierto fervor por la comunidad jurídica nacional, se había logrado la derogación de un texto anacrónico alejado del desarrollo penal de los últimos setenta años. Debe recordarse además que la euforia del movimiento de la criminología crítica tuvo su auge en nuestro país entre fines de los años ochenta y principios de los

noventa, producto del cual varios sectores de la comunidad jurídica expresaban un rechazo hacia la legislación vigente por derivar de procesos de criminalización selectivos y discriminatorios. No era entonces posible legislar de espaldas a nuestra realidad, de allí que de la Exposición de Motivos se deduzca que la reforma total del ordenamiento penal no sólo tuvo como fin adaptar el Código al sistema político dibujado por la Constitución de 1979, sino también a las nuevas realidades de la sociedad peruana y a los avances que presentaba la dogmática penal, la política criminal, la ciencia penitenciaria y la criminología.

En tal sentido, como expresa el legislador en la Exposición de Motivos el Código Penal persigue concretar los postulados de la moderna política criminal, sentando la premisa de que el Derecho penal es la garantía para la viabilidad posible en un ordenamiento social y democrático de derecho», declaración acorde con la regulación de los principales principios limitadores del *ius puniendi* en el Título Preliminar, como los de legalidad, lesividad, culpabilidad o proporcionalidad.

Al igual que en el Proyecto de 1990, destacan como fuentes el Proyecto de Código Penal español de 1980, la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal español de 1983, el Proyecto Alternativo alemán de 1966 y el Código Penal germano (StGB), el Código brasileiro de 1984 y el de Colombia de 1980, aunque cabe subrayar que el legislador procuró no repetir las fuentes extranjeras, tomó de ellas lo que consideró conveniente y, en algunos casos, mantuvo las normas nacionales. Como puede observarse desde la Exposición de Motivos, el tecnicismo imperó en la Parte General, la misma que reprodujo casi totalmente las normas del Proyecto de enero de 1991 y por esa vía las del Proyecto de 1990. Aunque no es posible detallar exhaustivamente las principales innovaciones, cabe al menos resaltar las siguientes: la cláusula de la omisión (artículo 13), la regulación diferenciada del error de tipo y el de prohibición (artículo 14), el error de comprensión culturalmente condicionado (artículo 15), la forma de tentativa y el desistimiento (artículos 16ss.), 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 de acuerdo a la jerarquía de los bienes jurídicos, incluso en delitos especialmente sensibles ante la opinión pública como los abusos sexuales, el secuestro o el robo, orientación que duraría muy poco, especialmente hasta el autogolpe de Estado y liquidación del Parlamento el 5 de abril de 1992.

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

15. La contrareforma penal se inició apenas siete meses después de promulgado el nuevo Código Penal. El Decreto Legislativo 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. Este y otros Decretos Legislativos aprobados por el Poder Ejecutivo a fines de 1991 fueron derogados mediante la Ley 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 que Cambio Noventa no gozaba de mayoría parlamentaria.

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 25475 de

6 de mayo de 1992), traición a la patria (Decreto Ley 25659 de 13 de agosto de 1992, 25880 de 26 de noviembre de 1992) y lavado de activos (Decreto Ley 25428 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 en los últimos meses. Con ello se ensombreció totalmente la labor reformadora que había tardado en madurar desde 1980.

Este nuevo Derecho penal de clara vocación autoritaria trajo consigo graves violaciones de Derechos Humanos, por los excesos en la lucha antiterrorista y por la progresiva expansión de las reglas de la emergencia penal, anclada en las concepciones de seguridad nacional de los años setenta, 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 operó entre 1993 a 1995, ni por el Congreso de la República de 1995 a 2000, periodos en los que el Gobierno gozó de una clara mayoría congresal y donde se observa más bien la renuncia del Poder Legislativo a revisar la legislación penal precedente, pese a que las razones motivadoras de la emergencia penal habían cesado, al menos desde junio de 1995 en que se pretendió amnistiar mediante Leyes del propio Congreso a los autores de graves violaciones de los Derechos Humanos con el fin de consolidar la pacificación y la reconciliación nacional.

Esta grave omisión Parlamentaria permitió en 1996, entre otras soluciones inconstitucionales, el otorgamiento de facultades de persecución penal al Órgano Administrador del Tributo (artículo 7 del Decreto Legislativo 813), es decir, una suerte de oportunidad administrativa que permitió graves actos de persecución política y corrupción nunca antes conocida, a través de una jurisdicción especializada, integrada por jueces y fiscales nombrados desde el Servicio de Inteligencia Nacional de las Fuerzas Armadas (SIN), como se ha hecho público a través de los videos del caso Montesinos. Dicha jurisdicción fue ampliada luego mediante una simple Resolución Administrativa (744-CME-PJ de 23 de setiembre de 1998) emitida por un órgano inconstitucional, la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial creada mediante la Ley 26546 de 21 de noviembre de 1995 para, con el pretexto de reformar y modernizar la administración de justicia, someter el Poder Judicial a un control político directo. La citada Resolución extendió la jurisdicción penal tributaria

para perseguir delitos comunes no vinculados con lo tributario: estafas y defraudaciones patrimoniales, delitos contra la función jurisdiccional y contra la fe pública. Tal extensión concentró la persecución penal de hechos de relevancia penal empresarial en manos del SIN, desde donde se extorsionó a grupos empresariales y se persiguió a quienes osaron ser desleales al régimen. Como si esto no fuera suficiente, otra Resolución Administrativa (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 al oficialismo de congresistas de la oposición electos para el periodo 2000-2005, como 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 puede soslayarse, como parte de la obra penal del segundo mandato de Fujimori, normas netamente inconstitucionales como la del delito de contumacia (Ley 26641 de 26 de junio de 1996) o la puesta en vigor en 1998, nuevamente mediante el peligroso recurso a Decretos Legislativos (895 sobre Terrorismo especial de 23 de mayo, 896 contra delitos agravados de 24 de mayo, 898 contra la posesión de armas de guerra de 27 de mayo de 1998, 899 contra el pandillaje pernicioso de 28 de mayo), de las llamadas normas sobre seguridad nacional que ampararon nuevas sanciones de cadena perpetua o la habilitación de la jurisdicción militar para el juzgamiento de civiles que cometían delitos comunes como el secuestro o la extorsión.

Este alejamiento radical de los presupuestos básicos de la Constitución durante el periodo 1991-2000 a través de la legislación complementaria no dejó de estar presente, aunque con menor intensidad, en la Parte General del Código, como dan 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 26447 de 21 de abril que la fijó en 18 años a través de la modificación del artículo 20.2 del Código Penal, y que promovió el debate sobre los fundamentos del Derecho penal de menores, cuyas primeras líneas ofrece el Proyecto de Ley Penal del Adolescente publicado el 26 de julio de 2001, aunque sin expresar un sometimiento claro a los

criterios y garantías de la imputación penal como plantea la doctrina penal contemporánea.

Otra muestra de la dirección autoritaria de la parte general deriva de la Ley 27024 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, de 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 896 de 23 de mayo de 1999.

16. La nueva Comisión Revisora del Código Penal creada mediante la Ley 27421 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 ha otorgado el plazo de un año. La norma no precisa exactamente si la Comisión debe elaborar una propuesta de nuevo Código, o si acaso más bien una propuesta de reforma urgente y parcial del Código vigente como sería conveniente. La necesidad de superar los aspectos más graves de la regulación vigente demanda una reforma inmediata sobre la base de determinados principios constitucionales como los de proporcionalidad de las penas, lesividad y legalidad, de modo similar a la experiencia española cuando tras la puesta en vigor de la Constitución de 1978 y una vez establecidas las bases del régimen democrático, se realizó en 1983 una reforma urgente del texto refundido del Código de Penal de 1973.

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

### III

17. La Parte General del Derecho penal peruano no ha sido suficientemente estudiada. Descontando el Manual de Hurtado Pozo o las Lecciones de Villavicencio Terreros adaptados al Código de 1924, se cuenta apenas con algunos trabajos que inciden sobre todo en la explicación de las normas del Código Penal, entre los que cabe citar el de Peña Cabrera y Villa Stein, o más específicamente sobre la teoría del delito, como el de Miguel Bramont-Arias. 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, mientras que temas especializados como el de la imputación objetiva o la parte general del Derecho penal económico apenas empiezan a tratarse.

El desarrollo dogmático de la parte especial del Derecho penal peruano no ha sido más fructífero; aún se carece de comentarios sistemáticos e integrales que analicen todas las normas del Código y la extensa legislación complementaria.

Desde la vigencia del Código de 1991 se han publicado varios trabajos que analizan aspectos específicos de la legislación, principalmente en el plano hermenéutico y exegético, muchas veces desligados de los irrenunciables fundamentos de la parte general. Comentarios más generales estuvieron primero a cargo de Peña Cabrera, cuyos textos reflejan una importante influencia de la doctrina latinoamericana, obra continuada hasta la fecha por sus colaboradores Angeles y Frisancho, cuya orientación es glosar todas las normas del Código de 1991. También merece atención el Manual de Luis Bramont-Arias y García Cantizano, 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, la delincuencia organizada o las llamadas nuevas formas de criminalidad sólo han merecido una atención inicial, se aprecia más bien un interés por las figuras del Derecho penal clásico (homicidio, aborto, lesiones, robos, secuestros) y, a partir de la coyuntura de los últimos meses, por los delitos de funcionarios públicos.

Las publicaciones periódicas, entre las que cabe citar el Anuario de Derecho Penal que dirige Hurtado Pozo desde 1988 y la Revista Peruana de Ciencias Penales dirigida por Urquiza Olaechea desde 1993 contienen múltiples trabajos sobre la Parte General y la Parte Especial del Derecho nacional, algunos inclusive a

cargo de autores extranjeros. Recientemente, la Revista de Doctrina & Jurisprudencia Penal editada por el Instituto Peruano de Ciencias Penales presta atención a una tendencia importante en el Derecho penal contemporáneo, el funcionalismo sistémico de la Escuela de Bonn del Profesor Günther Jakobs, cuya difusión en Latinoamérica y en nuestro medio viene extendiéndose en los últimos años.

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

Finalmente, y aquí radica un aspecto medular de toda reforma, a pesar de que la reflexión político criminal ha acompañado en general el discurso de los penalistas peruanos en la última década y no obstante los diez años de vigencia del Código de 1991, no se ha planteado hasta ahora un debate profundo sobre el rol de la política criminal en el trabajo dogmático y en la interpretación del Derecho penal vigente, lo que a puertas de una reforma penal en el Perú nos ubica, *mutatis mutandi*, en una 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. En esa línea de ideas, merece poner de relieve la recepción en nuestro medio de los aportes del Profesor Jakobs en la interpretación del Derecho vigente.

18. En la presentación de una colección de artículos de Jakobs, publicados bajo el título Bases para una teoría funcional del Derecho penal, señalé ya que la difusión y conocimiento de su extensa obra es relativamente reciente en Latinoamérica y, especialmente, en Perú. La importancia de la misma es indiscutible, Jakobs es reconocido como uno de los juristas más trascendentes en la ciencia penal contemporánea,

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*, ya traducido al español desde 1995 por Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo. A esta obra sobre la parte general, se suman las múltiples contribuciones del autor orientadas a establecer los fundamentos de una teoría funcional del Derecho penal.

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

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. 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

sicológicas, pre-jurídicas o lógica-objetivas, entre ellos los conceptos de acción y culpabilidad, pero también en la delimitación de estructuras que surgieron como correctivos normativos, por ejemplo la imputación objetiva o la autoría.

Este camino de refundamentación normativa de la teoría jurídica del delito y del método dogmático no ha sido valorado de forma homogénea en la dogmática penal. En una perspectiva crítica, se ha señalado la necesidad de tomar en cuenta determinados aspectos de la realidad del ser, las consecuencias político criminales de las soluciones dogmáticas en un marco crítico frente al sistema social y el presupuesto de un Derecho penal al servicio de la persona humana y no de la sociedad. 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, Jakobs ratifica la importancia de elaborar un sistema del Derecho penal capaz de responder a las necesidades de una comunicación normativa sin por ello, a su entender, instrumentalizar a la persona, la cual concibe en términos también funcionales, como la representación de una competencia socialmente comprensible, no como un ente capaz de ocasionar o impedir un suceso, sino como aquélla que puede ser responsable de éste.

En 1983 ya advertía Jakobs que al (re)normativizar no se trata de erigir sistemas normativos al margen del contexto social, sino que los esfuerzos se orientan a un Derecho penal en el seno de una sociedad de estructura dada, sin que evidentemente deba renunciarse a formular aspiraciones frente a la realidad. 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. A juicio de Suárez González y Cancio Meliá, la propia concepción de Jakobs parte de un determinado sistema social cuyo pilar básico es el reconocimiento del status y de la esfera del ciudadano, de allí que sus posturas no son incompatibles con reflexiones político criminales o relacionadas con la legitimidad del sistema o de partes del mismo.

19. Estas aclaraciones son de suma trascendencia ante la progresiva recepción en nuestro medio del método funcionalista normativo de Jakobs. La desordenada expansión de la legislación penal peruana, alejada en muchos casos de los límites constitucionales del poder punitivo como se ha descrito, no pueden convalidarse a través de una concepción funcional

del Derecho penal que, más allá de cualquier esfuerzo por vincularla a determinados parámetros axiológicos, se viene aún estimando neutral o quizás compatible con cualquier sistema político-social. 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 valorativo que demanda, por el contrario, una no neutralidad político criminal frente a regulaciones de *lege lata* desvinculadas de la Constitución y en un contexto social donde no se han superado las graves violaciones a los Derechos Humanos.

Ya en la presentación del libro *Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal* del Profesor Serrano-Piedecabras, he sostenido que la necesaria orientación axiológica puede dispensarla el método funcionalista moderado, desarrollado principalmente por el Profesor Claus Roxin. 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 posible las variaciones de contenido en los conceptos, en función de los cambios valorativos o del equilibrio de fines, lo que permitirá avanzar hacia la construcción de un sistema abierto de orientación teleológica. 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, en una posición crítica frente al sistema social. Por ese motivo, reflexiones político criminales como el carácter de última ratio del Derecho penal, la función preventiva de la pena, el contenido valorativo-imperativo de la norma penal, la fundamentación material del bien jurídico-penal, entre otros, siempre desde el enfoque normativo de la Constitución y los Derechos Humanos, son de enorme trascendencia en el Perú porque proporciona los instrumentos dogmáticos necesarios para confrontar nuestro propio expansionismo penal.

20. Si frente a la huida al Derecho penal, no es conveniente una lectura neutral del Derecho penal

vigente, ni de sus perspectivas de *lege ferenda*, de ello no se deduce un rechazo *in limine* o una satanización de lo funcional, como parece apreciarse en algunos sectores de la doctrina española, hacia los fundamentos y soluciones dogmáticas propuestas por la Escuela de Bonn, las que en muchos casos coinciden con las planteadas desde otras perspectivas metodológicas respecto de temas especialmente complejos en la actualidad, como la imputación objetiva, la imputación subjetiva, la culpabilidad, la omisión o las formas de intervención en el delito.

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» o en las normas contra el crimen organizado. En estos sectores es lugar común el recurso a la tutela de bienes jurídicos colectivos, la sanción de comportamientos de peligro abstracto, la criminalización de actos preparatorios o el tratamiento de la mera participación delictiva como formas especiales de autoría. No se trata de convalidar el Derecho vigente mediante el entierro del principio de lesividad, pero tampoco se puede ser ajeno a una realidad legislativa en expansión frente a la cual el principio de exclusiva tutela de bienes jurídico juega un rol casi imperceptible.

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

Esta perspectiva de *lege ferenda* que reivindica la lesividad ha sido criticada por Silva Sánchez porque el Derecho penal liberal del siglo XIX que se pretende reconstruir ahora en realidad nunca existió como tal, aunque tampoco se deba aceptar sin reparos el proceso de desnaturalización del sistema de garantías del Derecho penal, por lo que plantea la asunción de un Derecho penal de dos velocidades. Se puede salvaguardar el modelo clásico de imputación y de princi-

pios 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, entre los que cabe incluir quizás el principio de exclusiva tutela de bienes jurídicos.

Estas reflexiones son de corta data en nuestro medio. El principio de lesividad tiene acogida expresa en el artículo IV del Código de 1991 y en la jurisprudencia, pero no se ha reflexionado sobre la necesidad de realizar una revisión de la parte especial absolutamente consecuente con dicho principio, o más bien mediante una flexibilización del mismo como propone Silva Sánchez o, más radicalmente, renunciando al mismo como baremo del Derecho penal. Esta tarea es necesaria en sectores como los delitos económicos donde es común la criminalización de simples infracciones administrativas, lo que vulnera además el principio de *ne bis in idem*; en el terreno de los delitos sexuales es necesario todavía excluir la tutela de valores morales como pudor sexual o la sanción de lo «obsceno»; en los delitos de funcionarios públicos hace falta identificar el interés protegido en los tipos de malversación de fondos y de enriquecimiento ilícito, entre otros ejemplos de infracciones aparentemente ayunas de lesividad.

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

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. Si durante mucho tiempo no hemos podido evitar, parafraseando a Von Kirchmann, que tres palabras rectificadoras del legislador conviertan en desperdicio bibliotecas enteras, una perspectiva dogmática que mira desde la política criminal podrá convertirse en el baremo más importante en la reforma penal peruana que ya se encuentra en curso y que se extiende al sector penal militar y penal de menores.

#### IV

21. Recientemente, en una investigación relativa a Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, Muñoz Conde advierte cómo un importante dogmático alemán del causalismo valorativo de los años veinte pudo convertirse durante el nacionalsocialismo, tras su nombramiento en enero de 1935 como Canciller del Reich de Adolph Hitler, en un vehemente defensor de la eliminación o liquidación de los elementos de la población perjudiciales al pueblo o a la raza como fin de la pena (*Ausmerzung*), y de la infracción o el quebrantamiento del deber de fidelidad del individuo para la comunidad del pueblo alemán, como fundamento y esencia del concepto material del delito (*Verrat*). Ello para luego, en la

segunda post guerra, desviar la atención de la comunidad científica, mediante su trabajo «*Moderne wege der Strafrechtadogmatik*» publicado en 1950, del juzgamiento de ese pasado de horror hacia la ahora vieja discusión, puramente técnica y neutral, entre causalistas y finalistas.

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