

REYNALDO LUQUE MAMANI

Temas de Derecho Penal



Universidad Nacional
del Altiplano
RECTORADO

Reynaldo Luque Mamani

TEMAS DE DERECHO PENAL

Derecho, Derecho Penal.

Derecho Penal Objetivo y Subjetivo.

El Control Social. El Control Penal.

La Pena: Su evolución en la Historia del Derecho Penal y su paralelismo en la Historia Universal.

La Pena: Su evolución en la historia del Derecho Penal Peruano.



Universidad Nacional
del **Altiplano**

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO

AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

Dr. Hector Eddy Calumani Blanco
RECTOR

Dr. Dante Atilio Salas Avila
VICERRECTOR ACADÉMICO

Dr. Julio Mayta Quispe
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN

De esta edición
© Universidad Nacional del Altiplano
Av. El Sol N° 329 - Puno
Telf. 051-353578

© **Temas de Derecho Penal**
© Reynaldo Luque Mamani

Dirección y edición general
José Luis Velásquez Garambel

Coordinación Editorial
Moises Bustincio Cahui

Edición gráfica
Elida Heredia Quispe

Ilustración y fotografía
Renán F. Monroy Cazorla
Nayra Guerrero Huarahuara
M. Patricia Cari Cuentas

Primera edición – junio 2021
Tiraje 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° **2021-05644**
ISBN N° **978-612-4295-99-7**

Se terminó de imprimir en junio de 2021 en los talleres de:
Industria Gráfica Altiplano EIRL
Jr. Micaela Bastidas N° 340 – Barrio Magisterial – Puno
Puno – Perú, 2021

Prohibida la reproducción total o parcial de las características gráficas y textuales de este libro por cualquier medio, salvo que lo acrediten fines académicos. Libro no venal de carácter educativo y de difusión cultural.

Contenido

INTRODUCCIÓN	11
PRIMERA PARTE: DERECHO, DERECHO PENAL	15
1.1 Derecho	17
1.2. Derecho penal	25
1.3. Delito	37
SEGUNDA PARTE: DERECHO PENAL OBJETIVO Y SUBJETIVO	65
2.1. Derecho penal objetivo	69
2.2. Derecho penal subjetivo (ius puniendi)	77
TERCERA PARTE: CONTROL SOCIAL, CONTROL PENAL	95
3.1. Control social	97
CUARTA PARTE: LA PENA. SU EVOLUCIÓN EN LA HISTORIA DEL DERECHO PENAL Y SU PARALELISMO EN LA HISTORIA UNIVERSAL	103
4.1. Panorama general (una breve aclaración)	105
4.2. La pena en los tiempos primitivos	107
4.3. La pena en la Edad Antigua	115
4.4. La pena en la Edad Media	128
4.5. La Pena en la Edad Moderna	136
4.6. La pena en la Edad Contemporánea	146

QUINTA PARTE LA PENA: SU EVOLUCIÓN EN LA HISTORIA DEL PERÚ	161
5.1. La pena en el Derecho Penal Indígena	163
5.2. La Pena en el Derecho Penal Indiano	168
5.3. La Pena en el Derecho Penal Nacional	174
 BIBLIOGRAFÍA	 217

*Nada vale más en la vida que, el
amor propio para poder escribir y tener el
coraje de publicarlo.*

*Con inmensa gratitud a mis abuelos:
Prudencio y Petrona y a mi padre Celestino.*

PRESENTACIÓN

El derecho penal se concibe en su triple expresión: delito, delincuente y pena, dando lugar a que sobre la base de estas expresiones se vaya construyendo la teoría del delito, la teoría de la pena o teoría de la coerción penal y la criminología, ésta última, encargada del estudio del fenómeno criminal.

La pena constituye, según mayoritaria doctrina, consecuencia del delito. Es la expresión del poder punitivo del Estado por el que se legitima e institucionaliza la violencia. La imposición de la pena, implica dar solución a la zozobra que ha ocasionado el resquebrajamiento de la convivencia en sociedad como consecuencia del delito; y, dependiendo de la finalidad de la pena un Estado puede identificarse si es uno autoritario o democrático. Así, si el fin de la pena es retribuir mal con mal, propio de un sistema talional “ojo por ojo diente por diente”, el Estado se identificará como uno autoritario aun cuando tenga origen democrático; dado que, la retribución de la pena tiene un fin en sí mismo; en ese sentido, sólo es castigo. En cambio, si el fin de la pena es resocializar, tal como así lo consagra el precepto constitucional (artículo 139.22), nos encontramos ante un Estado Democrático de derecho, donde la pena constituye un medio para un fin supremo: el hombre; en este escenario, la pena debe posibilitar la resocialización de aquél infortunado que no habiéndose adecuando a las reglas de coexistencia social regulado por el derecho, al no motivarse en la norma de prohibición, realiza un delito y con ello violenta un bien jurídico de mayor valor y el Estado respetando la dignidad de la

persona que delinquirió realiza una persecución penal por los agentes del sistema penal, lo somete a un debido proceso penal que generalmente concluye con una condena, cuya ejecución lo realiza el propio Estado, quien por mandato constitucional debe desplegar esfuerzos para resocializarlo; para luego, cumplida la pena, reingresar a la sociedad ya resocializado. Esta es la filosofía simbólica reinante, empero la realidad es un drama por cuanto los penales de la República son centros de reclusión irracionales, sobrepobladas y hacinadas que hace imposible desarrollar un tratamiento penitenciario adecuado que tienda a la rehabilitación y los internos al cumplir la pena o con beneficios penitenciarios retornan a la sociedad para volver a delinquir, generándose así un círculo vicioso, cuyo problema no ha sido seriamente visualizado ni se ha establecido políticas de Estado para evitar este fenómeno.

Si bien es cierto que esta es la expresión de la realidad lacerante, también es necesario conocer el contenido filosófico y doctrinario de la pena para así poder entender su esencia. Sólo teniendo conocimiento de su naturaleza, sus fundamentos y su filosofía se puede plantear, en primer lugar, políticas legislativas que deben ir en estricta armonía con la finalidad de la pena, sin desnaturalizarla; en segundo lugar, permita recomendar y priorizar la realización de políticas públicas de Estado de naturaleza social, para lograr prevenir delitos en lugar de reprimirlos.

El presente trabajo es un primer esfuerzo para alcanzar aquel propósito. Inicia conceptualizando el tema a partir del conocimiento de algunos conceptos básicos que a saber son: El Derecho, derecho penal, el control social, el derecho objetivo y el derecho subjetivo; luego se aborda la evolución de la pena desde los orígenes de la humanidad, realizando un estudio en paralelo a la historia de la humanidad; por cuanto puede afirmarse que la historia de la humanidad es la historia de la pena; empero, no siempre es homogéneo con los hitos históricos; así, se estudia desde la época primitiva, cuya concepción mística-di-

vina del hombre primitivo es estudiado como el periodo de la venganza privada y pública; luego, realizamos un estudio desde la antigüedad con las grandes culturas que ha vivido la humanidad para ingresar a estudiarlo en el periodo de la antigüedad, la edad media, la edad moderna y la contemporánea; finalmente, el último tema, lo dedicamos a la evolución de la pena en el Perú; donde no ha podido dejar de estudiarse la época incaica, en cuyo periodo también se ha concebido las formas más crueles de aplicación de castigos como expresión del poder Inca; luego, siguiendo su evolución histórica, verificar la concepción que ha manejado la pena en el Virreinato conocido como derecho indiano, para finalizar con un estudio de la evolución de la pena en los diferentes documentos legislativos y realizar un estudio especial respecto del proceso de reforma penal que ha culminado con el código penal de abril de 1991.

Pretendemos que este primer estudio tenga acogida en el amable lector de quien esperamos sus críticas constructivas, cuyo aporte servirá para mejorar el trabajo y los siguientes estudios que se anuncia en relación a estudios de dogmática penal y su utilidad práctica para realizar propuestas legislativas y propuestas de políticas públicas de Estado.

Finalmente, hago llegar el testimonio de mi gratitud a las autoridades de la UNA Puno en la persona del señor Rector y Vicerrectores Académico y de Investigación, bajo cuyo auspicio se concreta la publicación. Agradecer a Waldo Gómez Poma, amigo y colega, por su tenacidad, su insistencia y el apoyo moral para lograr la publicación de este libro. Mi gratitud a mi señorita hija Luz Yanira Luque Coila por la revisión bibliográfica final, de quien abrigo la esperanza que abrace la especialidad de abogado penalista y sienta en sus venas, pasión por el derecho penal.

Puno, ciudad del Lago enero 2021.

El autor

**PRIMERA PARTE:
DERECHO, DERECHO PENAL**

1.1 DERECHO

1.1.1. Origen social del derecho

El derecho como toda manifestación de la cultura¹ (la moral, la ciencia, el arte, la técnica, la religiosidad, etc.) es obra del hombre, le pertenece a él. En la estructura humana se halla la explicación del derecho, y su esencia misma lo encontramos en el hombre, quien señala los medios para que se realice el derecho, determinar sus alcances y sus fines propios en la sociedad.

El hombre pensante es transformador de la naturaleza; por ello mismo, su existencia aislada es imposible, porque el hombre es ante todo un ente social, y porque “desde hace mucho tiempo nuestra especie alcanzó aquel punto en que sean algo más que simples incidentes en la historia de la vida de las sociedades a que pertenecen como grupos organizados y no sus miembros aislados, llegaron a ser las unidades funcionales en la lucha por la existencia. La vida social es tan característica del

1 Debe entenderse el término “cultura” como, “conjunto de valores materiales y espirituales creados por la humanidad en el proceso de la práctica histórico social y que caracteriza históricamente la etapa logrado en el desarrollo de la sociedad (...) La cultura es un fenómeno histórico que se desarrolla en dependencia del cambio de las formaciones económico-sociales” **ROSENAL, M. M.** (1980). *Diccionario Filosófico*. 3ª ed.; Lima – Perú: Ediciones Pueblos Unidos. pp. 132 y ss.
Véase también “El Derecho como vida social del hombre, como norma y como valor” en **ALZAMORA VALDEZ, Mario.** (1984). *Introducción a la Ciencia del Derecho*, 9ª ed.; Lima: Tipografía SESATOR, pp. 39 y ss.

Homo Sapiens",² existiendo una diferencia abismal entre éstos como grupos o sociedades organizados con las especies sub humanas, aún de los más cercanos;³ por ello es que el hombre es el producto final de todo un proceso evolutivo y avanza hacia formas de civilización más humanistas, con cuya concepción trastoca las formas tradicionales de pensamiento.

Sea cual fuere el origen de las sociedades humanas, sus características mantienen rasgos comunes. Así tenemos:⁴

Primero.- Más que el individuo mismo, es la sociedad la que ha llegado a ser la unidad más importante en la lucha por la existencia.

Segundo.- Tienen una duración mucho mayor que la vida del individuo. El individuo se ajusta a los patrones de una sociedad que le es preexistente.

Tercero.- Las sociedades son unidades funcionales actuantes, funcionan como conjuntos donde los intereses individuales se subordinan a los del grupo entero, buscándose el interés colectivo por encima del particular y permitir el desarrollo armónico de una sociedad. En este contexto al delincuente se le destruye o se le aparta o en su caso merece cierto tratamiento punitivo porque constituye un elemento perturbador para la sociedad.

Cuarto.- En toda sociedad, las actividades necesarias para la supervivencia del conjunto están divididas y repartidas entre

2 **LINTON, Ralph.** (1969). *Cultura y Personalidad*, 6ta reimpresión; México: Breviarios del Fondo de Cultura económica 145, p. 27.

3 Así por ejemplo el mono se asocia con los de su misma especie por instinto, los insectos (hormigas, abeja, etc.) se agrupan igualmente desarrollando sus instintos, son autómatas vivientes que se ajustan a ambientes fijos.

4 Las características de una sociedad son extraídas de **LINTON, Ralph.** (1969); Ob. Cit., págs. 30 y ss.

sus miembros,⁵ constituyendo así una sociedad o un grupo colectivo humano organizado.

Se desprende aquí que la sociedad exige una normatividad que la regule por permitir su existencia y el Derecho, entendido como norma jurídica, tiene su más absoluta vigencia y se realiza en la vida social.

1.1.2. Normas reguladoras de la conducta humana. Normas técnicas y éticas

El hombre es un “ente esencialmente social”, lo que está demostrado principalmente por la historia, la sociología y la psicología, puesto que para satisfacer sus múltiples y diversas necesidades no puede prescindir de la colaboración de sus semejantes. El hombre precisa del concurso físico, moral, económico o técnico de los demás. Nunca se ha bastado a sí mismo, ni ha podido subsistir aislado. Es así que toda persona actúa y se desenvuelve en base a sus relaciones con los demás seres que integran el grupo al que pertenece. El hombre ya nace perteneciendo a la familia que es la primera célula o unidad colectiva, aunque elemental, pero básica de toda organización social. Mas tarde el hombre se va relacionado con otros, en la escuela, la oficina, el taller, su centro de trabajo, su club, su sindicato, su asociación, su barrio, su comarca, su distrito, su pueblo, su nación.

El hombre integrado a una sociedad ya no puede actuar arbitrariamente, esto es, como le venga en gana, ya que la propia vida social se encuentra regida, gobernada por una serie de preceptos, de normas.

5 Para mayor claridad véase “Estado y Derecho en el Perú” de **RUBIO CORREA, Marcial**. (1985). *El Sistema Jurídico, Introducción al Derecho*, 2a ed.; Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 27 y ss.

La manera de conducirse de cada individuo, vale decir su conducta está sujeta, sometida a reglas, normas, mandatos (sean estos prohibitivos, imperativos, permisivos o facultativos). No puede el hombre substraerse al imperio de estas normas reguladoras de su conducta.

En tesis general, las numerosas normas que gobiernan la actividad humana, son distinguibles en dos grandes grupos: A) Normas técnicas y B) Normas éticas.

Las normas técnicas, son reglas y principios cuya finalidad es realizar el bien, con la mayor perfección posible una determinada actividad de trabajo, sea ésta, una obra, un servicio, un asesoramiento, una dirección u orientación, esto es, cualquier labor dentro de la división del trabajo; así, por ejemplo, el economista, el biólogo, el abogado...

Las normas éticas regulan la conducta humana, esto es la manera de actuar de una persona frente a las demás y aún con relación a sí mismo. Estas normas éticas son distinguibles en: A) normas religiosas; B) morales; C) de la sociabilidad y D) normas jurídicas.

Las normas jurídicas son las normas éticas más perfectas y evolucionadas. La sociedad para desenvolverse normalmente, para progresar, para evolucionar, requiere de la norma jurídica, la cual emana del Estado, o sea, se precisa del Derecho, el cual es un elemento, un instrumento importante para alcanzar el orden, la paz, el progreso de la sociedad. La norma jurídica obliga a realizar determinados actos, o contrariamente, impone prohibiciones, abstenciones.

Las relaciones de los hombres dentro de la sociedad no siempre se desenvuelven de un modo armónico, natural, normal; con frecuencia se producen choques, conflictos de intereses individuales. Es fácil imaginarse que, no existiendo un principio de orden impuesto por el Estado, esto es, no existiendo la norma jurídica, el Derecho, cada persona pretendería actuar arbitraria-

mente, adecuando sus actos al servicio de sus intereses egoístas. Si cada persona pudiera tener una libertad sin restricciones, imperarían el desorden, el caos, la anarquía, que imposibilitarían toda forma de entendimiento, de convivencia social pacífica. Para evitar estos resultados negativos surge la necesidad de establecer un orden, el cual le es impuesto a los hombres, quiéranlo o no a éstos, mediante la intervención del derecho, el cual viene entonces a ser un elemento de armonía en la vida social. El orden no se recomienda, sino se impone; para ello es necesario que el derecho tenga un carácter normativo, o sea que aparezca como un mandato impuesto a la conducta social de los individuos. Es por ello que toda la vida del individuo, desde su nacimiento hasta su muerte y, aún para después de ella, se encuentra regida por la norma jurídica.

El derecho entendido como sinónimo de norma jurídica es “un conjunto de mandatos, órdenes o preceptos que deben ser acatados por el hombre en sus relaciones con sus semejantes y que les impone la observancia de una conducta determinada”.

1.1.3. Definición

1.1.3.1. Etimología

La palabra **DERECHO** proviene del latín “DIRECTUM” y “DIRIGERE” que significan conducir, guiar, llevar rectamente una cosa a un lugar determinado, sin desviarse o torcerse.

“El prefijo continuativo DI y la forma verbal REGERE, éste equivale a guiar, conducir o gobernar y aquel indica la continuidad de ese acto. Entonces DERECHO significa etimológicamente la manera o forma habitual de guiar, conducir o gobernar”.⁶

6 ALZAMORA VALDEZ, Mario. (1984); Ob. Cit., p. 15.

1.1.3.2. Elementos para una definición del Derecho

Definir el Derecho no es tarea sencilla, dada la complejidad y diversidad de disciplinas jurídicas y filosófico-jurídicas que adoptan diversas acepciones de acuerdo a sus tendencias y posiciones unas veces coincidentes y otras veces divergentes. Aquí nos limitaremos a buscar los elementos para una definición del Derecho de una manera tal que posibilite un mayor entendimiento del tema que nos preocupa.

Existen tres posiciones extremas “aquella que considera el derecho bajo el aspecto de vida social humana; la que la reduce a sistema de normas o de leyes y la que lo explica como realización de ideales o valores”,⁷ teniendo sentido estas posiciones que se resumen porque, “el Derecho se genera en unos especiales hechos de la realidad social. Con ello se intenta garantizar la satisfacción de las necesidades sociales más sentidas. En base a ese objeto, y en cumplimiento de la obra humana, se establece bajo la forma de una norma coercitiva, pero encaminada hacia la plasmación de valores”.⁸

El hombre es un ente social, así la sociabilidad del hombre nace de su propia naturaleza, y dentro de ese proceso la sociedad reclama la ordenación de sus relaciones de sus componentes, surgiendo así la imperiosa necesidad de regularlo mediante un sistema de normas hacia la realización del bien común; constituyendo estas normas, reglas que señalan los límites de la acción o conducta, según el cual les es permitido desenvolverse; y los valores, principios, ideales que deben regir toda convivencia humana justa.

Entonces en síntesis la dimensión de los elementos del derecho constituye “la expresión de un conjunto de normas

7 **ALZAMORA VALDEZ, Mario.** (1984); *Ibíd.*, p. 38.

8 **GARCIA TOMA, Víctor.** (1986). *Introducción al Derecho*, 1ª ed.; Lima: Ediciones Universidad de Lima, p. 24.

elaboradas por el hombre, en razón de la existencia de determinadas necesidades insoslayables en la vida social, y con el propósito de atender esas necesidades de conformidad con valores específicos".⁹

1.1.3.3. Definición que nos interesa

Novoa Monreal, citado por Peña Cabrera nos define exactamente para nuestros propósitos de la siguiente manera: "Esa regla ordenadora de las actividades de los hombres que viven en sociedad, en relación con los demás hombres que constituyen esa sociedad, y que tienden a regular sus conductas sobre la base de la justicia, con miras a la tranquilidad, paz y seguridad entre ellos y a un mayor bienestar general y que es impuesta por la autoridad social aún con el empleo de la fuerza si ello es necesario, es lo que denominamos Derecho".¹⁰

Como vemos el Derecho como toda obra humana aparece para cumplir determinada función que normativamente cumple su papel regulador de las conductas humanas y permitir así la convivencia y equilibrio social; constituyendo para este efecto, la definición esclarecedora que nos hace James Goldschmidt, definiéndolo como el "Complejo de las normas generales e inquebrantables, producidas por la cultura de una comunidad e inspirándose en la idea de la justicia, las cuales para posibilitar la coexistencia de los hombres, les imponen deberes de un hacer u omitir, típicamente correlativos con derechos, señalando regularmente contra la violación de los deberes una represión de la comunidad organizada".¹¹

9 **GARCIA TOMA, Víctor.** (1986); Ob. Cit., p. 24.

10 Definición citada por **PEÑA CABRERA, Raúl.** (1983). *Tratado de Derecho Penal*, Vol. I, 3ª ed.; Lima: Editorial SESATOR, pp. 15 y ss.

11 **GOLDSCHMIDT, James.** (1940). El concepto de Derecho. *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Julio. Montevideo, p. 173.

“En sociología, el derecho es considerado como un fenómeno de la realidad social y que puede ser conceptualizado como hecho e investigado empíricamente. En esta perspectiva, se comprende al derecho como un conjunto de modelos de conducta que regulan la vida comunitaria de las personas, creando así las condiciones para que se desarrolle en tranquilidad... De allí que el objeto de investigación de la sociología jurídica sería determinar la formación del derecho como producto y expresión de la vida social, de sus condiciones de existencia, de su manera de funcionar y de sus repercusiones en las formas de la misma vida social”.¹²

El derecho existe y subsiste en un equilibrio delicado con las condiciones que caracterizan a la sociedad en la cual aparece (...); y el derecho actual, tal como lo conocemos y vivimos es el resultado de una larga evolución y sus características es que mediante él se trata de orientar, coercitivamente, el comportamiento de los miembros de la sociedad. Con este objeto, se reglamentan las instituciones y se prohíben u ordenan ciertas clases de conducta. De esta manera, se busca consolidar, proteger y fomentar determinadas formas concretas de la vida comunitaria.

“El Derecho es una de las vías para alcanzar este objetivo. Forma parte de una red que se extiende por toda la sociedad y que está constituida por normas de diferente naturaleza (morales, religiosas, del buen comportamiento, etc.). Este sistema comporta amplios efectos de poder que sujetan, dirigen, disciplinan, sancionan y controlan a los miembros de la comunidad. Las diversas ramas del ordenamiento jurídico son medios graduales para alcanzar este objetivo: el derecho penal es el recurso extremo”.¹³

12 **RAISER.** (1973). p. 3, citado por **HURTADO POZO, José.** (1979). *La Ley Importada, recepción del Derecho Penal en el Perú*, [Centro de Estudios de Derecho y Sociedad]; Lima: Industrial Grafica, p. 11.

13 **HURTADO POZO, José.** (1979); Ob. Cit., pp. 31 y ss.

1.2. Derecho penal

El derecho y por tanto el derecho penal puede ser contemplado desde una perspectiva normativa atinente al DEBER SER¹⁴ que implica abordarlo desde el plano dogmático. Igualmente puede abordársele como un fenómeno que evoluciona en la vida de un pueblo, esto como un SER; puede también apreciarse en sus bases filosóficas; considerársele igualmente con acento crítico en vista de reformas más o menos imperiosas. En síntesis, el derecho penal puede ser encarado de manera histórica, filosófica, comparativamente y hasta conforme a criterios político criminales.

1.2.1. Definición

Muchos autores se abstienen de dar toda fórmula definidora del derecho penal, considerando fundamentalmente que toda definición es un silogismo que permite una definición tautológica; pero, sin embargo, vale la pena centrar su definición aun cuando exista el inminente riesgo de caer en una definición tautológica, porque los fines didácticos del presente trabajo así lo exigen.

Una definición apriorística para aquél que apenas empieza el estudio de esta disciplina jurídica de nada le servirá, más que aquél que cuando ya haya tenido un cierto nivel de profundidad acabará formando una definición casi terminada de esta ciencia.

No se pretende aquí agotar la definición del derecho penal, tarea que la reservamos para más adelante, cuando nuestro conocimiento llegue apenas a frisar esta disciplina jurídica que nos apasiona; pero es necesario ilustrarnos con las diferentes definiciones, porque el método didáctico —repito— así lo recomienda y al conocer cada uno de los elementos que contiene la

14 ALZAMORA VALDEZ, Mario. (1984); *Ibidem.*, pp. 31 y ss.

definición aparecerán elementos novedosos para aquellos que son noveles en el estudio de esta ciencia, cuyos conceptos de delito, delincuente, pena y medida de seguridad y otros tienen el inconveniente de resultarnos un tanto confusos y suelen decir muy poco para una cabal comprensión; y por ello con el propósito didáctico que nos anima, los abordaremos y trataremos de agotar sus conceptos; o, en todo caso, trataremos de esclarecerlos con la finalidad de tener una visión conceptualizadora.

1.2.1.1. Varias definiciones

Existen numerosas definiciones en derecho penal, llevando todas en sí y como es lógico, huellas de la personalidad de su autor. Así tenemos definiciones subjetivas, donde se alude al fundamento del derecho de castigar, que se funda en precisar y determinar el ejercicio del poder punitivo del Estado, que tiene el derecho de imponer la pena.

Los hay también definiciones objetivas que lo definen como un conjunto de normas que regulan el derecho punitivo; teniendo entre ellos a Von Liszt que entiende al derecho penal como “conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que la asocian al crimen como hecho, a la pena como legítima consecuencia”.¹⁵

Otras definiciones contienen un carácter descriptivo entrando a lo ecléctico; aquí Silvela define que derecho penal es el “conjunto de aquellas condiciones libres para que el Derecho, que ha sido perturbado por los actos de una voluntad opuesta a él sea restablecido y restaurado en todas las esferas y puntos a donde la violación llegó”.¹⁶

15 **VON LISZT, Franz.** (1915-1917). *Tratado de Derecho Penal*, [trad. Española], Vol. I., 2da reimpresión 1926-1929. Madrid- Reus, p. 1.

16 **SILVELA, Luis.** (1903). *El Derecho Penal estudiado en Principios y en la Legislación Vigente en España*, Vol. I, 2ª ed.; Madrid, p. 64.

Existen también definiciones con sentido jurídico que nos formula por ejemplo Alimena, el mismo que entiende el derecho penal como “la ciencia que estudia el delito como fenómeno jurídico y el delincuente como su sujeto activo, y, por tanto, las relaciones que derivan del delito como violación del orden jurídico y de la pena, como reintegración de este orden”.¹⁷

Así tenemos uno de los conceptos que identifica al derecho penal con la dogmática y con el Derecho positivo que nos alcanza Felipe Grispigni en 1932 indicando que “la dogmática jurídica penal (o ciencia del Derecho penal en estricto sentido) es la disciplina que estudia el contenido de aquellas disposiciones que, en el seno del ordenamiento jurídico-positivo, constituyen el derecho penal”.

Igualmente se tienen definiciones que incluyen las medidas de seguridad como un elemento esencial del derecho penal, iniciando desde un punto de vista histórico Mayer y Mezger definiendo el derecho penal como “la organización jurídica más completa de la lucha del Estado contra el delito, uniendo y coordinando a la pena otros institutos homogéneos a sus fines esenciales y perennes de justicia y de defensa, de manera que constituye un todo unitario; y complementando Max Ernest Mayer (en 1915) que en el derecho penal no solo incluye la pena, sino “otros medios de lucha contra el crimen” y cuya definición ampliada también lo encontramos en la definición de Edmundo Mezger (1931): “Derecho penal es el conjunto de normas jurídicas, que regulan el ejercicio del poder penal del Estado, y que asocian al delito, como presupuesto, la pena como consecuencia jurídica... Pero también son derecho penal propiamente dicho, asociando al delito, como presupuesto, consecuencias jurídicas

17 **ALIMENA, Bernardino.** (1915). *Principios de Derecho Penal*. [trad. española con notas de Eugenio Cuello Calón], T. I, Vol. I.; Madrid, p. 64.

de índole diversa que la pena, especialmente medidas que tienen por objeto impedir futuros delitos”.¹⁸

Sebastián Soler en 1945 incluye tácitamente las medidas de seguridad: Se llama derecho penal a la parte del derecho que se refiere al delito y a las consecuencias que éste acarrea, ello es, generalmente la pena”.¹⁹

Luis Jiménez de Asúa en 1949 plantea también una definición esclarecedora, definiendo a esta disciplina jurídica como aquel “conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora”.²⁰ Todo esto en cuanto a las definiciones más importantes de autores extranjeros consagrados.

En el Perú, la literatura jurídica nacional de derecho penal como fuente de información de esta ciencia resulta ser muy escasa, así las obras generales como Tratados (que desarrollan la materia in extenso) y con un grado de profundidad aceptable no los encontramos, sino una escasa información contenidos más que en manuales y monografías y artículos, en revistas generales y especializadas.

Bramont Arias L., en cuyo autor tuvo profunda influencia el maestro Luis Jiménez de Asúa, cita en su obra²¹ la definición de Nova Monreal; así dice que constituye “... parte del Derecho Público que trata de las infracciones (delitos y faltas) y del delincuente, desde el punto de vista del interés social, y que esta-

18 Citado por **JIMENEZ DE ASÚA, Luis.** (1956). *Tratado de Derecho Penal*, T. I, 2ª ed.; Buenos Aires: Editorial LOSADA, p. 30.

19 **SOLER, Sebastián.** (1945). *Derecho Penal Argentino*, T. I., 2ª ed.; Buenos Aires: Editorial “La Ley”.

20 **JIMENEZ de ASÚA, Luis.** (1956); Ob. Cit., p. 31.

21 **BRAMONT ARIAS, Luis.** (1978). *Derecho Penal*, T. I., 3ª ed.; Lima: Imprenta VILLOCK, pp. 14 y ss.

blece las medidas legales apropiadas para prevenir y reprimir la infracción".²²

Una definición dogmática es el siguiente "... derecho penal es la parte del Derecho Público que trata del conjunto de normas establecidas por el Estado, que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad que se aplican a los titulares de los hechos punibles, con la finalidad de prevenir y reprimir dichos hechos".²³

Santiago Benítez, asumiendo una postura poco elegante de su parte, repite el concepto sostenido por Jiménez de Asúa como si fuere suyo.²⁴

Conforme así lo precisamos, el derecho tiene su origen en el proceso social, derivado de las relaciones humanas; origen que obedece a una necesidad colectiva de garantizar la permanencia del sistema protegiendo sus intereses con la sanción punitiva o medida aseguradora, conceptos éstos que integran el derecho penal, cumplen igualmente el objetivo general del derecho. Así las definiciones dadas obedecen a una evolución de la ciencia del derecho penal, donde desde los inicios de su discusión doctrinaria pueden rescatarse que los elementos tradicionales del derecho penal se desprenden de los dos elementos clásicos que son el delito y la pena. En ese entonces importaba plantearlo así.

Posteriormente la Escuela Positiva con Ferri centra su atención en el "delincuente" el mismo que cumple el papel de por sí importante en el derecho penal, cuyo planteamiento termina con una sistemática tripartita: delito, delincuente y pena.

22 Citado por **BRAMONT ARIAS, Luis**. (1978); Ídem., pp. 14 y ss., toma la definición de **NOVOA MONREAL, Eduardo**. (1960). *Curso de Derecho Penal Chileno*, T. I.; Editorial Jurídica de Chile, p. 25.

23 **PEÑA CABRERA, Raúl**. (1983); Ob. Cit., p. 23.

24 Nótese en la obra de **BENITEZ SÁNCHEZ, Santiago**. (1958). *Derecho Penal Peruano*, comentarios a la parte general del Código penal, T. I., 2ª ed.; Lima, pp. 1. y ss., donde a su definición no cita la fuente bibliográfica.

Más tarde la prevalencia del proceso social determina que el bien jurídico es parte integrante de por sí importante del derecho penal encargándose éste de recogerlo positivamente y tutelarlos. Bien jurídico que tiene su razón eminentemente social, conforme así lo explicaremos más adelante, y que a nuestro juicio la criminología, escapando de sus esquemas tradicionales de ser considerado como una disciplina causal explicativa del fenómeno delincinencial, originando un nuevo capítulo denominado victimología, cuyo precursor es Hans Von Henting (1946).

Posteriormente, por el impulso mismo y el avance incontenible del progreso de las ciencias se pretende hacer una esencial distinción comprendiendo al derecho penal desde un plano normativo (legislación penal) y de otro lado la interpretación de éste que Zaffaroni, lo ubica dentro del contexto sistemático de la Teoría del Saber del Derecho Penal. Sistema de interpretación —como es lógico suponerlo— está a cargo de la doctrina, fuente mediata del derecho penal que la enriquece y cuyo papel es de especial importancia; que, en el caso del sistema jurídico peruano, perteneciente a la familia Romano-Germánico, cumple las funciones de describir, explicar, sistematizar, criticar y aportar soluciones.²⁵

El desarrollo del derecho penal hace que en el presente se le conciba como un medio de control social que generalmente se entiende como “aquel proceso que trata de evitar o que maneja los desajustes o conflictos internos a través de los diversos medios que existen en una sociedad, como instituciones varias: modelos culturales, símbolos sociales, normas, etc..²⁶ Encontrándose dentro de él, el derecho penal como parte minúscula inmerso dentro del control social institucionalizado. Tendencia de contenido de la disciplina de la criminología crítica, entendiéndose entonces que el derecho penal no debe concebirse

25 RUBIO CORREA, Marcial. (1985); Ob. Cit., pp. 196 y ss.

26 SOLIS ESPINOZA, Alejandro. (1987) Anotaciones Criminológicas al Proyecto de Código Penal Peruano de 1986. *Revista Debate Penal* (No. 2). Lima, p. 247.

aisladamente desde un plano positivo-dogmático sistematizados dentro de su disciplina, sino desde un plano penal, criminológico y pluridisciplinario.

Las ideas penales evolucionan y el derecho penal liberal se encuentra en crisis, porque su discurso jurídico penal se ha deslegitimizado, dando lugar al nacimiento y fortalecimiento de la llamada Política Criminal.

1.2.1.2. Definición provisional del derecho penal

No pretendemos agotar la definición del derecho penal, porque esta definición, a nuestro juicio, es complejo que bien puede uno lograrlo al profundizar su estudio; y aquí sólo nos atrevemos llegar a una noción provisional.

Una primera definición de Zaffaroni, precisa señala que el derecho penal, en tanto disciplina jurídica, es parte del Derecho Público Interno que comprendiendo al conjunto de leyes penales (legislación penal) así como el sistema de interpretación (saber del derecho penal) se traducen en normas jurídicas (legislación penal) que pretenden tutelar bienes jurídicos, precisando el alcance de su tutela, cuya violación se llama delito; y comprendiéndolos aspira a que tenga como consecuencia una coerción jurídica particularmente grave (pena) o una medida de seguridad que procura evitar la comisión de nuevos delitos por parte del autor.²⁷

Posteriormente, el mismo autor lo define como la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar

27 Aquí pretendemos sistematizar a los fines de nuestro trabajo de investigación, la definición previa que nos hace llegar **ZAFFARONI, Eugenio Raúl**. (1986). *Manual de Derecho Penal, parte general*, T. I, 3ª ed.; Lima: Ediciones Jurídicas, pp. 41 y 42 que resumimos.

el progreso del estado constitucional de derecho²⁸. En esta línea analítica-filosófica la función del derecho penal no es legitimar el poder punitivo, sino contenerlo y reducirlo, elemento indispensable para que el estado de derecho subsista y no sea reemplazado por un estado totalitario²⁹.

Esta definición lo descomponemos por sus elementos³⁰:

Es una rama del saber jurídico o de los juristas, dado que el derecho penal es una disciplina normativa que nace del principio de legalidad penal. Su estudio y conocimiento científico corresponde al derecho penal como ciencia.

Las decisiones judiciales deben ser racionales (forma republicana de gobierno). No deben ser contradictorias. No se agota en ofrecer orientaciones, sino que también debe hacerlo en forma de sistema.

El sistema orientador de decisiones se construye en base a la interpretación de las leyes penales. Para que las decisiones de los jueces sean razonables, no sean contradictorias que se distingan de las no penales. La pena delimitará su universo.

La pena debe tener la amplitud para abarcar las penas lícitas e ilícitas. Así distinguir el poder punitivo lícito (constitucional) del que no lo es.

El sistema orientador de decisiones que se propone a los jueces debe tener por objeto contener y reducir el poder punitivo.

Una definición normativa lo define como conjunto de normas jurídicas que asocian al delito, cometido o probable

28 **ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; Man** (2002). *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed.; Buenos Aires- Argentina: Editorial EDIAR, p. 5.

29 **ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro.** (2002); Ob. Cit., p. 5.

30 **ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro,** (2002); Ídem., p. 5. Aquí resumimos sus elementos de la definición del derecho penal que nos sirven para los fines de nuestro trabajo de investigación.

comisión, penas medidas de seguridad y sanciones reparatorias de naturaleza civil³¹.

Otra definición, siempre en el orden normativo y aplicativo de la misma se establece como la disciplina jurídica, parcela del ordenamiento jurídico-público, privativa de la sanción pública más grave, esto es, la pena como reacción jurídico-penal que recae sobre aquel infractor que mediante un obrar culpable ha lesionado o puesto en peligro bienes jurídicos penalmente tutelados³².

El derecho penal (parte sustantiva), es una ciencia o saber normativo, no interpreta la ley de cualquier manera, sino que construye un sistema o teoría: descompone la ley, los elementos escritos y los recombina en forma coherente (no contradictoria), deducen normas (elementos necesarios), y en base a ellas construye la teoría del derecho penal³³.

Toda teoría del derecho penal debe responder de manera coherente a tres preguntas:

¿Qué es el derecho penal? Responde (teoría del derecho penal o de la ley penal).

¿Qué es el delito? Responde (teoría del delito, núcleo duro del D.P. sustantivo).

¿Qué se responde al delito o consecuencia? Responde (Teoría de la responsabilidad penal).

31 **MIR PUIG, Santiago.** (2019). *Fundamentos de Derecho Penal y Teoría del Delito*. Buenos Aires- Argentina: Editorial IB de F Montevideo, p. 14. Definición que amplía la propuesta por von Liszt en la que establecía únicamente la pena como consecuencia.

32 **PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl.** (2019). *Derecho Penal Parte General*, T. I., 6ª ed.; Lima – Perú: Editorial IDEMSA, p. 40.

33 **ZAFFARONI, Eugenio Raúl.** (2010). *Estructura Básica del Derecho Penal*; Buenos Aires – Argentina: EDIAR, p. 15. Este mismo contenido lo desarrolla **VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando.** (2009). *Derecho Parte General*, 4ª ed.; Medellín – Colombia: Librería Jurídica COMLIBROS, p. 6.

1.2.2. Bien jurídico³⁴

Una conquista fundamental del derecho penal liberal constituye el haber determinado que únicamente deben ser reprimidos penalmente los actos que ponen en peligro o lesionen bienes jurídicos que sean fundamentales para la vida en común y siempre que se encuentren determinados en la ley penal. Esta concepción marcadamente contraria a la teoría del contrato social, nace en contraposición a éste que concebían a la infracción como un ataque contra los derechos subjetivos de la persona. Así, Feverbach reconocía que en todo precepto penal existía un derecho subjetivo del particular o de la colectividad como objeto de protección, concepción idealista que sería reforzada —más tarde— integrando al bien jurídico en el mundo espiritual y el delito comportaba una infracción a los valores culturales.

Es a partir de ese entonces que la noción del bien jurídico cobra especial importancia (principios del siglo XIX) con el replanteamiento de Birbaunm a la concepción de Feverbach, aquél entendía que el delito era la lesión o puesta en peligro de ciertos bienes pertenecientes a los ciudadanos y que el Estado se encuentra en la obligación de garantizarlos a todos por igual..., donde ni el Estado ni el derecho tienen el poder de inventarlos o crearlos.

Binding, recogiendo estos conceptos indica que bien jurídico es todo estado valorado por el legislador, ínsito en toda norma jurídica donde norma y bien jurídico son conceptos indelibleables.

34 Resumimos los trabajos de: **PEÑA CABRERA, Raúl**. (1987). Bien Jurídico y Relaciones Sociales de Producción. *Revista Debate Penal* (No. 2); Lima, pp. 133 y ss. Así como el de **HURTADO POZO, José**. (1987). *Manual de Derecho Penal, parte general*, 2ª ed.; Lima, pp. 37 y ss.; y finalmente el interesante trabajo de **RUIZ NAVARRO, Percy**. (1989). *Ensayo Conceptualizador de Bien Jurídico*, (octubre 1989), presentado en Cuzco: II Congreso Nacional de Estudiantes de Derecho del Perú. [medio de grabación: casete]. habiendo sido honrado con el primer lugar.

Fue Franz von Liszt, cuya noción de carácter socio-jurídico traslada el concepto al centro del sistema jurídico entendiéndolo como aquellos “intereses jurídicamente protegidos”, compartiendo esta definición con Maurach y Bauman. Y Welzel expresa que se trata de bienes vitales de la comunidad o del individuo, los que debido a su importancia social son jurídicamente protegidos.

Por su parte Roxin, manifiesta que se trata de “condiciones valiosas” en las que se concretizan los “presupuestos imprescindibles para una existencia en común”. Rudolphi, traslada su concepción a su “función en la sociedad”.

Todos estos esfuerzos contribuyeron a que todavía la noción de bien jurídico siga siendo hasta ahora “una noción oscura y discutida” y es a partir de von Liszt que se construye todos los conceptos teniendo ínsito el carácter socio jurídico, en alguna u otra medida; por supuesto que queda descartado para nosotros la abominable concepción del régimen nacional socialista donde el Fuhrer era el portavoz de la “voluntad popular”.

En la actualidad la tendencia política criminal a partir de Welzel, hace que se entienda desde dos vertientes:

- 1). Vertiente jurídico-constitucionalista, con clara preeminencia constitucional estableciendo que la Constitución del Estado el que en último término determinará qué es lo que debe considerarse como bien jurídico o no, confundiendo lo que constituye derechos fundamentales contenidos en la constitución con los bienes jurídicos.
- 2). Vertiente sociológica, quienes influenciados por el funcionalismo de (Amelung, Callies y otros) trasladan su atención en que el bien jurídico está constituido por la dañosidad social y para la subsistencia del sistema social, permitiendo su mantenimiento en donde “socialmente dañoso” es aquel fenómeno

disfuncional que impide o dificulta al sistema social de la comunidad, la solución de los problemas relativos a su subsistencia.

Al hacer un ensayo conceptualizador de bien jurídico lo abordamos desde el enfoque sociológico y de darle un contenido material con su función crítico-limitador del poder punitivo del Estado, porque el bien jurídico no es de manera algún producto de la imaginación del hombre, sino producto de la propia realidad social donde tiene su origen (refiriéndonos a su inicio o a su procedencia), debido a los intereses que nacen en el seno de la sociedad. Intereses que se manifiestan en las conductas que por su repetición y por su observancia alcanzan una determinada categoría (devienen en bienes jurídicos), las mismas que son recogidas por el Estado en el ordenamiento jurídico positivo, requiriendo para ello una decisión política, surgiendo el problema de valoraciones que éstos tienen respecto del bien jurídico. De ahí que la crítica es elocuente porque frente a un derecho penal pretendidamente igualitario dentro de una sociedad desigual reprimen seleccionando a las personas de estratos sociales bajos menos favorecidos económicamente cuando debía de ser la represión de las conductas más no de personas. Esto nos indica que los bienes jurídicos no sean igualmente respetados; constituyendo la clase dominante la que define políticamente lo que es digno de protección, y el ejemplo es muy claro en los delitos contra el patrimonio y los delitos económicos (delitos de cuello blanco) siendo reprimido muy estrictamente aquellos mientras que los últimos son escamoteados y tolerados por el grupo de poder dominante. La criminología crítica tomando este ejemplo hace saber que el derecho penal no protege por igual todos los bienes respecto del cual tienen interés todos los ciudadanos.

Entonces bien jurídico expresa así una relación social concreta imprescindible y necesario de tutelar para garantizar un modelo social de existencia.

En síntesis, bien jurídico, teniendo un concepto mucho más amplio, es todo interés recogido de alguna manera por el ordenamiento positivo y cuya protección es función propia del derecho penal.³⁵

Bien jurídico que cumple tres importantes funciones dentro del derecho penal: A) función garantizadora, donde la potestad punitiva del Estado está limitada por el hecho que sólo se pueden reprimir penalmente aquellas conductas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos; B) función interpretativa, constituyen la base sobre la cual se estructura el tipo penal, delimitando el ámbito de protección de la norma, permitiendo descubrir la verdadera naturaleza del tipo y de los elementos que la integran; y, C) función clasificadora, sirviendo de criterio diferencial en la clasificación de los tipos que constituyen un determinado ordenamiento penal, es decir la parte especial responde a una jerarquización desde un plano valorativo.

1.3. Delito

Delito fue siempre un proceso de valoración o de desvalor. El hallazgo de un hecho desvalioso aún en épocas pretéritas del derecho penal fue el signo característico de su identificación.

Sin el ánimo de hacer historia del delito, existen ejemplos que, para nuestra época, concebirlo, nos resulta asombroso. Así tenemos los procesos que se realizaban a los animales y cosas inanimadas.³⁶

35 Compartimos el criterio de **RUIZ NAVARRO, Percy**, sobre el concepto amplio de bien jurídico, cuyo contenido es aplicado a todo el ordenamiento jurídico; consecuentemente su estudio concierne más a la asignatura de Introducción a las Ciencias Jurídicas y su especial protección y tutela es propio del derecho penal (referencia, citada de dicho trabajo).

36 Los ejemplos son asombrosos: En España el Concejo Municipal procesó a una enorme piedra que desde lo alto de un puente había caído causando la muerte de una persona; y encontrándose responsable se le encerró en un calabozo. En Inglaterra, un elefante (muy conocido por los niños) dio muerte a su guardián y se abonó en favor del paquidermo la legítima defensa por los malos tratos que el guardián le daba. En la Edad Media se castiga

Hasta las proximidades del siglo XIX se encendieron hogueras en Europa para quemar a las brujas. Se juzgaba por el mero resultado dañoso; la intención no alcanzaba a ser valorado, eran los tiempos primitivos del derecho penal, en los albores romanos y germanos donde las cosas y animales eran procesados.

Esta valoración jurídica no se hacía como se hace hoy. No descansaba el reproche en los elementos subjetivos y sólo se contemplaba el resultado dañoso producido; para esa época la valoración jurídica así lo consideró.

Lo subjetivo, es decir, la intención aparece en los tiempos de la culta Roma y cuya voz etimológica DELICTO, DELICTUM Y CRIMEN (PUBLICUM JUDICIUM), donde se hacía la diferencia en toda la época clásica en cuanto DELICTUM significó el acto ilícito fuente de obligaciones, penado por el IUS CIVILE con pena privada, y CRIMEN, castigado por el IUS PUBLICUM con pena pública. Cambia con el período Post Clásico o Justiniano donde el derecho penal público absorbió al derecho penal privado y la pena pública a la pena privada.

En la Edad Media se le dio diferencia entre DELITO Y CRIMEN, donde aquél era considerado delito leve y este delito grave.

Las tentativas de definir el delito con nociones de carácter filosófico han sido estériles. Estas definiciones como: que es lesivo a la justicia; como violación de un deber; y en contraposición a éste se levanta la fórmula de que el delito es la violación de un derecho; y un concepto más amplio definiéndolo como opuesto a la voluntad de todos; y en otro plano radica en el quebrantamiento de la seguridad y hasta lesión de la libertad. Como puede apreciarse, estas definiciones intentan perdurar en

profusamente a los animales y hasta hubo un abogado que se especializó en la defensa de las bestias (ejemplos citados por **JIMENEZ DE ASÚA, Luis**. (1958). *La Ley y el Delito*; Buenos Aires: Editorial Sudamericana, pp. 201 y ss.)

el tiempo y no admiten la complejidad, menos la noción de que el delito se encuentra íntimamente ligado a la vida social y jurídica de cada pueblo y cada siglo porque es muy posible que lo penado ayer como delito se encuentre considerado hoy, lícito y viceversa;³⁷ se debe esto a que la sociedad evoluciona y obliga a regular sus normas de acuerdo a las necesidades colectivas y a los fines que se estiman indispensables para la convivencia social y junto a él la supervivencia del Estado y el derecho penal como disciplina jurídica, parte integrante del sistema jurídico peruano —en tanto ley— no escapa también a su regulación constante y a su renovación.³⁸

Nos interesa el concepto dogmático del delito; así entendido la definición de delito suele ser un tanto discutida y la doctrina cumple un papel importante en esta discusión. Así tenemos desde una perspectiva dialéctica se trata de diferenciar una concepción nominal y externa del delito de la definición técnica, analítica y prejurídica del delito, y ésta a su vez diferenciarlo de una definición jurídica formal contenida en la propia ley, confundiendo con el primero.

Para el primero, constituye delito la acción al que se le asocia una pena,³⁹ cuya definición no nos dice nada, menos indica mayor profundidad y esclarecimiento respecto de sus elementos e igualmente de su esencia y estructura en que aquél

37 Así tenemos por ejemplo que entre las figuras que han sido suprimidas en el nuevo Código Penal vigente de 1991, están los delitos de riña, duelo, adulterio y piratería marítima.

38 Sobre este particular copiamos un extracto de la exposición de motivos del vigente Código Penal “Es dable reconocer que el Código Penal cuya vigencia cesa, constituyó en su época un paso trascendental en relación a las ciencias penales que le antecedieron. Sin embargo, el paso irreversible del tiempo, con los nuevos avances doctrinarios y la explosiva realidad social del país estremecieron su estructura funcional. El fenómeno criminal con los índices alarmantes y las nuevas modalidades violentas de la desviación social presionaban por mejores propuestas de reacción punitiva” Tomado del **Código Penal** (3 de abril de 1991). Diario oficial El Peruano, p. 6.

39 Ver **PEÑA CABRERA, Raúl.**; Ob. Cit., pp. 159 y ss.; **CUELLO CALÓN, Eugenio.** (1980). *Derecho Penal*, T. I., Vol. I, 18ª ed.; España: Bosch Casa Editorial, p. 298, comprendiéndolo como noción jurídico formal. Así como **ANTOLISEI, Francesco.** (1960). *Manual de Derecho Penal*; Bs. As., p. 125, entre otros.

consiste y cuya insuficiencia hace necesario plantear una definición técnica o analítica del delito entendiéndolo como: la acción, típica, antijurídica y culpable.

El problema de la punibilidad de incluirse como elemento integrante de la definición del delito suscita interesantes polémicas que más detalladamente veremos en el rubro de delito y pena; y la definición que da la propia ley es entendida como una definición formal o legal.⁴⁰

Bramont Arias en un afán clarificador y citando a Fontan Balestra “reúne las definiciones en dos grupos: a) Definiciones prejurídicas y condicionantes de las legislaciones o definiciones reales o sustanciales del delito que ultrapasan los límites de lo estrictamente jurídico, con pretensión de construir una definición que contenga la esencia del delito en su realidad fenoménica, universalmente válida, independiente del sistema jurídico positivo vigente. b) Definiciones jurídicas condicionadas por la legislación positiva vigente, esto es, que hacen abstracción de todo atributo o aspecto que no sea la contradicción del hecho con la ley penal o, en otros términos, que buscan fijar un concepto que capte los elementos analíticos del delito en su configuración legal”.⁴¹

Jiménez de Asúa incluiría dentro de la definición “some-tida a veces a ciertas condiciones objetivas de punibilidad”.⁴²

La utilidad de una teoría del delito, como una construcción dogmática y vista desde sus elementos analíticos y el mismo que proporciona el camino lógico para averiguar si hay delito en cada caso concreto, lo encontramos en la preocu-

40 **HURTADO POZO, José.** (1987); Ob. Cit., pp. 322 y ss. quien abordándolo nos cita ejemplos, así como el art. 1 del Código Penal francés de Brumario decía que “el delito consiste en hacer lo que la ley prohíbe o no hacer lo que ella ordena”, y el art. 1 de nuestro Código de 1863 expresaba: las acciones o las omisiones voluntarias y maliciosas penadas por ley, constituyen los delitos y las contravenciones.

41 **BRAMONT ARIAS, Luis A.** (1978). *Ibidem.*, p. 259.

42 **JIMENEZ DE ASÚA, Luis.** (1987). *La Ley y el Delito*; Bs. As., pp. 206 y ss., y 417 respectivamente.

pación que demuestra Zaffaroni cuando afirma del delito “lo que habremos de enunciar serán sus caracteres analíticamente obtenidos, formando diversos planos, niveles o estratos conceptuales, pero el delito es una unidad y no una suma de “componentes”;⁴³ y distinguiendo niveles analíticos del concepto del delito como “una conducta humana individualizada mediante un dispositivo legal (tipo) que revela su prohibición (típica), que por no estar permitida por ningún precepto jurídico (causa de justificación) es contraria al orden jurídico (antijurídica) y que, por serle exigible al autor que actuase de otra manera en esa circunstancia, le es reprochable (culpable)”.⁴⁴

A estos elementos analíticos del delito suele denominarse elementos o caracteres positivos del delito, que a su vez a cada ausencia de los requisitos positivos se le denomina aspectos negativos del delito.⁴⁵

La descripción analítica del delito contenido en el código penal peruano de 1924 se encuentran en los arts. 1, 2 y 3 en el que se exige la realización de una acción, la adecuación de ésta a la descripción formulada en la ley, tipicidad, y la existencia de una amenaza penal: punibilidad; los incisos 2,3,4 y 5 del art. 85 prevén que la pena será aplicada sólo cuando el acto es contrario al orden jurídico: antijuricidad; los arts. 91 y 93 y el inc. 1 del art. 85 precisan las condiciones psico normativas que impiden total o parcialmente, imputar un acto a una persona: inimputabilidad; por último, los arts. 81 y 82 precisan las condiciones de culpabilidad.

43 **ZAFFARONI, Eugenio Raúl.** (1986); Ob. Cit., p. 320.

44 La teoría del delito evoluciona; así se conoce la teoría clásica del delito, la teoría neo-clásica del delito y la teoría del delito del finalismo... Sobre el particular ver **JESCHECK, Heirinch H.** (1984). “Fundamentos generales del delito” en *Lecturas de Ciencias Penales*; Lima: Ediciones. IEJ, pp. 136 y ss., aclarando que aquí no pretendemos tomar posición alguna, más que una posición didáctica-ecléctica, como se puede ver.

45 Para una mejor ilustración sobre los aspectos negativos del delito, ver **JIMENEZ DE ASÚA, Luis.** (1984). *La Ley y el Delito*; Buenos Aires, p. 209. Y más ilustrativamente ver el Cuadro sinóptico de la teoría del delito (anexo) de **ZAFFARONI, Eugenio Raúl.** (1986). *Manual de Derecho Penal*, T. II; Lima.

1.3.1 Delincuente

Solo pueden cometer delitos el hombre; y CARRARA afirma certeramente “El sujeto activo primario del delito no puede serlo sino el hombre; porque el delito le es esencial que el hecho provenga de una voluntad inteligente, que no existe más que en el hombre. Y todo hombre, desde el punto de vista abstracto de razón, puede ser sujeto activo del delito, aunque su posición puede ofrecer un obstáculo a su actual persecución”.⁴⁶ Entonces, con rigor técnico se le denomina sujeto activo siendo éste quien practica o realiza la figura típica descrita en la ley que puede ser individual aislado o asociado, esto es como autor singular o como co-autor delimitándose las formas de participación delictiva.

Respecto al hombre delincuente, que estudia la antropología criminal, surge en todo tiempo el afán de estigmatizarlo con el afán de adjudicar el aspecto físico, a la morfología de cada persona. Así a un físico desagradable se hacía corresponder un alma mala y a una configuración agradable o bella se adjudicaba un espíritu no menos bello o bueno. Esto en el tipo criminal tuvo también su configuración y la creencia popular veía en el delincuente, físicamente una serie de rasgos que no se daban en el que no lo era; y esta tesis de un tipo criminal se tiene los trabajos del suizo Lavater (1741-1801) teniendo en mente el Italiano Aquiles de Biovanni quien sostenía que a cada estructura morfológica externa corresponde una determinada organización interna y que mediante un diagnóstico externo le era posible diagnosticar sus reacciones.

Con estos antecedentes el italiano César Lombroso (1835-1909) publica su obra “El hombre delincuente en relación con la antropología, la Jurisprudencia y la Psiquiatría”, obra que se

46 Citado por **BRAMONT ARIAS, Luis**. (1978); *Ibidem.*, p. 273.

transforma más tarde en “El hombre delincuente” y juntamente a otras obras quiso exponer una “ciencia del hombre criminal”.⁴⁷

Según Lombroso existe un verdadero delincuente, al que llamó nato, que constituye física y psicológicamente un tipo humano especial y su tipo antropológico era distinto del hombre normal en virtud de determinadas características corporales y físicas; es decir, que eran las características corporales externas que determinaban las características psíquicas.

En resumen, la teoría del criminal nato constaba de cuatro caracteres:

- 1). El verdadero criminal es congénito o nato,
- 2). Es semejante al loco moral,
- 3). Es un ser atávico, degenerado y con base epiléptica; y,
- 4). Es un tipo especial, cuyas características somato-psíquicas difieren del hombre normal.⁴⁸

Si bien es cierto que Lombroso los llamó natos, ello no quiere decir que todos los delincuentes lo poseyeran, sino sólo todos los que él llamó natos; es decir, que lo eran por naturaleza, estableciendo así su propia clasificación, así como también lo hacen Ferri, Garófalo, Ingenieros, Exner, entre otros.⁴⁹

La tesis lombrosiana de Atavismo y Reversión por el que se entendía que la evolución humana regresaba hacia el salvajismo, tuvo sus críticas y oposiciones; así se tiene el Primer Congreso Internacional de Antropología Criminal, celebrado en París en 1889 que le fue adversa; pero mantiene, su tesis, una importancia histórica en la medida de que recomienda el estudio de la persona del delincuente y con ello el derecho penal

47 Mayores antecedentes ver **TIEGHI N., Osvaldo.** (1989). *Tratado de Criminología*. Bs. As., pp. 31 y ss.

48 Resumen tomado de **PEÑA CABRERA, Raúl.** (1983). Vol.; *Ibidem.*, p. 39.

49 Dicha clasificación ver, **THIEGHI N., Osvaldo.** (1989). *Tratado de Criminología*; Bs. As., pp. 58 y ss.

adquirió una orientación subjetiva, porque hoy en día el delincuente nato no existe, siendo la criminología la que científicamente lo ha demostrado a partir del I Congreso Internacional de Antropología Criminal, referido líneas arriba.⁵⁰

El hombre delinque por causas externas, son las condiciones sociales las que influyen. En los países con grandes desigualdades sociales y económicas y étnicas caen en las prisiones los más desamparados, pareciera que el derecho penal de autor se impone porque existen delincuentes que ni siquiera son juzgados y gozan de absoluta impunidad (delitos de cuello blanco) donde los funcionarios cometen constantemente delitos de muy diversa índole a veces más graves y por ser detentadores de un poder impune sencillamente no son juzgados.⁵¹ Todo esto es estudiado dentro de una teoría sociológica; entonces, así entendido, el hombre delincuente genéricamente estimado no es un anormal, ni un enfermo mental, lo que no excluye que en ciertos casos así lo sea, siendo aquélla la regla y ésta la excepción susceptible de una medida penal o terapéutica.

Entonces el delincuente no constituye un mero concepto de la biología que pretende con sus estudios denominados "científico" determinar el comportamiento humano delictual; menos el de la sociología, cuyas investigaciones sociológicas pretenden en unos afirmar que el comportamiento criminal es un comportamiento aprendido y en otros el estudio de las causas sociales de la delincuencia; tampoco lo es de la psicología que pretenden responder a la interrogante ¿por qué las personas sometidas al mismo condicionamiento biológico o social no siempre se convierten en delincuentes?; los psicólogos tratan de responder a esta pregunta investigando porqué la adapta-

50 Son interesantes los trabajos de **GORING, Ch.** (1913); **LENZ, Adolf** (1927); **MEZGER** (1934); **EXNER** (1937); **TAFI, Donald R.** (1942); **HOOTON, F.A.** (1939) y **LÓPEZ REY, Manuel** (1945). Una referencia de ellos ver en **LOPEZ - REY ARROJO, Manuel.** (1947). *¿Qué es el delito?* Bs. As., pp. 92 y ss.

51 Ver **SOLIS ESPINOZA, Alejandro.** (1986). "La delincuencia Común Política y de Cuello Blanco" en *Política Criminal*; Lima, pp. 72 y ss.

ción social del criminal no es igual a la de las demás personas; tampoco se le puede estigmatizarlo, presentándose en ellos el fundamento de la necesidad de identificar al hombre criminal o al grupo criminal, buscando la causa del crimen en la persona del delincuente; y dentro del rubro de los aspectos penales, tampoco puede serlo una mera categoría penal, contenido dentro de la culpabilidad, el mismo que supone dos elementos: capacidad penal y libertad de actuar de otra manera y en el que suele integrarse el aspecto subjetivo del agente; constituyendo un principio básico del derecho penal “no hay pena sin culpabilidad”. Así el art. 85, inc. 1 del Código Penal de 1924 integra el concepto de capacidad penal, conforme al cual, se entiende que el autor tenga al momento de obrar la capacidad de comprender el carácter del ilícito de su acción y la capacidad de determinarse según esta apreciación ¿es posible esto?

Dentro de la complejidad del ser humano, no basta todo esto, porque “aquí está en juego la dignidad de la persona humana cuya verdad es una verdad indubitable de nuestra conciencia moral y social. El hombre no es, simplemente, el objeto pasivo de sus hechos y gestos. Él tiene al momento de obrar, el sentimiento de ser libre y espera también que los demás tengan un comportamiento libre...”. Entonces se hace necesario que, dada a esta realidad, “se propone dar a la culpabilidad un contenido diferente del que reconoce la teoría tradicional. Desde una perspectiva de política criminal, la culpabilidad debería ser reformulada de acuerdo a los fines fundamentales de la pena.”⁵²

Nuestro propósito se centra en dignificar al delincuente como persona humana, porque dentro de la complejidad de la vida “el delincuente es un hombre como todos nosotros, cuyas motivaciones (...) deben ser comprendidos por los que no delinquen, porque un día pueden tal vez incurrir en lo que menos

52 **HURTADO POZO, José.** (1988). ¿El Delincuente, un desconocido para el derecho penal? en *Anuario Derecho Penal. (Nro. 88)*; Lima: Asociación Peruana de Derecho Penal, ed. auspiciada por CONCYTEC, pp. 75 y ss.

esperaban”;⁵³ es decir no tenemos un seguro contra el delito, somos delincuentes en potencia, estamos supeditados a incurrir en conductas delictuales en circunstancias menos esperadas. Se centra más aún nuestra preocupación, cuando actualmente se habla de la llamada “cifra negra” de la criminalidad que implica que tengan impunidad y la represión penal no llega a éstos; pero sí a otros personajes procedentes de condiciones económicas menos favorecidos. Es entonces que por ellos la dignidad humana del delincuente no debe dejarse de lado, más aún con la advertencia dada de esta realidad cruda que se vive en los países periféricos, donde el discurso punitivo se encuentra deslegitimizado.

Contribuye a nuestro propósito la corriente principista del derecho contemporáneo: los Derechos Humanos que según esta doctrina es “la dignidad de la persona humana es el cimiento en que se basa toda la construcción moderna occidental de los derechos humanos” y con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 se da paso a ello, producto de una evolución producida a través de siglos en el pensamiento de la humanidad,⁵⁴ donde la Iglesia Contemporánea juega un papel importante, demostrándose esto con la visita edificante del Papa Juan Pablo II al Perú, en febrero de 1985.⁵⁵

El delincuente dentro de la división tripartida del derecho penal —en cuanto a sus elementos se refiere— se encuentra el delito, el delincuente y la sanción penal⁵⁶ porque “modernamente y teniendo en cuenta la transformación realizada en el

53 **LOPEZ – REY ARROJO, Manuel.** (1947); Ob. Cit., p. 10 (tomado de noticia sobre el autor).

54 **ELEJALDE ESTENSORO, César.** (1990). *Derechos y Deberes Fundamentales de la persona en la Constitución de 1979*; Lima, p. 21.

55 **ELEJALDE ESTENSORO, César.** (1990). “La Iglesia y la dignidad personal”; Ob. Cit., pp. 30 y ss.

56 Dentro de los elementos tradicionales del derecho penal se desprende los elementos clásicos que son el delito y la sanción penal, entonces importaba plantearlo así y como polos eje que constituye el delito como antecedente y la pena como consecuencia. Posteriormente la Escuela Positiva con Ferri, centra su atención en el delincuente que cumple el

derecho penal, sobre todo a causa de la creciente importancia dada a la persona del delincuente, se ha propuesto sustituir aquella división bipartita por una nueva, integrada por tres elementos: el delito, el delincuente y la sanción penal (...) No puede separarse al delincuente del delito. No es el delito una creación artificial, un puro concepto jurídico, sino una modalidad de la conducta humana. No se concibe un delito sin delincuente, sin un sujeto que reúne las condiciones exigidas por la ley para poseer la capacidad para cometer delitos, el delito sin delincuente carece de contenido. Así que ambas nociones, delito y delincuente, están íntimamente compenetrados que repugnan ser separados.⁵⁷

Por su parte Liszt es citado en la exposición de motivos del Código Penal de 1924 sosteniendo que, “la finalidad de la punición no la constituye el delito, sino el delincuente, no el concepto, sino el hombre” y las modernas teorías de la pena apuntan al concepto individual y resocializador del delincuente que abordaremos en forma detenida más adelante en los capítulos pertinentes.

Entonces, la persona del delincuente no puede ser descuidada; por consiguiente, debe merecer nuestra preocupación e interés preferente por quienes nos decimos que amamos el derecho penal.

papel de por sí importante en el derecho penal y plantea una sistemática tripartita: delito, DELINCUENTE, pena, dándole así mayor relevancia.

57 **CUELLO CALON, Eugenio.** (1980); Ob. Cit.; y ver **Enciclopedia Jurídica OMEBA.** (1982), OPCI-PENI. T. XXI.; Bs. As.: Editorial DRISKILL S.A., p. 963.

1.3.2. La pena

1.3.2.1. Etimología

La etimología de esta voz da razón tanto a los que ven en la pena un mal como aquellos que la interpretan cual expiación o medida regenerativa. Inmediatamente procede del latín *POENA*, derivado a su vez del griego *POINE* o *PENAN*, donde significa dolor, trabajo, fatiga y sufrimiento; pero es la genealogía que la entronca con el pánscrito *PUNYA*, cuya raíz *PU* quiere decir “PURIFICACIÓN”.⁵⁸

1.3.2.2. Concepto

En derecho penal la palabra pena se usa casi indistintamente. Así la voz “punibilidad” conforme a su significado es la posibilidad de penar (Diccionario de la Lengua “que merece castigo”), pero lo que en verdad se aclara no es que un acto sea susceptible de pena, sino que ya se encuentra en las leyes vigentes. Podría decirse “penalidad”, pero entonces la voz asume proporciones latas: estudio y análisis de las penas; pero para el diccionario de la lengua “penalidad” es “trabajo aflictivo, molestia, incomodidad”. También dice “calidad de penable” sentido este que bien podríamos utilizar. Y con ello puede llamarse a confusión cuando también se habla de pena específica.⁵⁹

Entonces el concepto de pena no es exclusivo del derecho penal, porque también se extiende a la potestad disciplinaria y del derecho de corrección. Así el concepto de pena es menos amplio que el de sanción, porque desde que se tiene el concepto del delito se apareja la idea del castigo y con él nace la pena. En tanto que sanción es el género y pena la especie, podríamos

58 **CABANELLAS, Guillermo.** (1984). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Letras P – Q., T. VI.; Bs. As., pp. 182.

59 **JIMENEZ DE ASÚA, Luis.** (1956). *Tratado de Derecho Penal*, T. VII, 2ª ed.; pp. 107 y ss.

decir que mientras toda pena constituye una sanción, no ocurre lo propio a la inversa.

La pena presenta un doble aspecto: el de prevención y el de represión o lo que es igual significa una amenaza y constituye una ejecución. Ambos deben plantearse conjuntamente, pues si bien la represión es la consecuencia o el cumplimiento de la amenaza, la sistematización total de los principios no se logra solo a uno de los momentos.

La represión se hace efectiva mediante los órganos del Estado, con un procedimiento prefijado contra el autor de un delito. La primera tarea del legislador será la de valorar prudente y adecuadamente las magnitudes penales, y la de valorar de igual manera el bien jurídico al que la pena se vincula. Por ello constituye un craso error creer que la base del derecho penal es la de reprimir el delito, como también lo es el aumento inmoderado de las penas ya que las sanciones psicológicamente eficaces son las penas justas (...).

La pena no es solamente un mal, sino que también adquiere un neto carácter represivo, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con la prisión preventiva y el arresto de testigos que también son males, pero no adquieren aspecto represivo.⁶⁰ Así la represión tiende a restaurar el daño ocasionado y asegurar la convivencia y armonía social como que es el fin del Derecho.

La represión contenida ínsita en la materialización de la pena por parte del órgano competente del Estado le es propia por el IUS IMPERIUM que le asiste y porque la contribuye a perennizar el *statu quo* y existencia del Estado; pero lo que es inconcebible es que del concepto de la pena puede desprenderse un exceso en el castigo como señala Soler un "Plus" en relación al restablecimiento anterior, no buscando restablecer el equilibrio perturbado, sino conferir un mal al delincuente, en el más puro lenguaje retribucionista.

60 **Enciclopedia Jurídica OMEBA.** (1982); Ob. Cit., pp. 963, 967 y ss.

La noción de que pena es sinónimo de “castigo” que indica el dolor, el sufrimiento que se impone a quien a violado un precepto,⁶¹ manteniéndose en este el carácter afflictivo; y afirmar que “el delito representa para quien lo ha realizado la satisfacción de una necesidad o sea, un placer surgiendo con ello la necesidad de un contrapeso, que no puede representarse más que por lo opuesto al placer, o sea, por un sufrimiento y que el castigo es (...) un freno del que no puede prescindirse en absoluto”,⁶² significa retroceder en las concepciones actuales de la teoría de las penas donde la influencia de los Derechos Humanos centran su atención en el delincuente y dentro de los fines de la pena tiene un carácter individual reverdeciendo el origen etimológico de su voz con el pánscrito PUNYA, en cuya raíz PU quiere decir “PURIFICACIÓN”.

Pero vale entender dentro de este contexto, plantear niveles conceptuales válidos y adoptamos el criterio adoptado por Zaffaroni en tanto distingue una coerción formal y materialmente penal: “Por coerción penal se entiende la acción de contener o de reprimir que el derecho penal ejerce sobre los individuos que han cometido delitos. Esta es la coerción penal en sentido estricto y su manifestación es la pena, es pues, la coerción materialmente penal”;⁶³ y la coerción formalmente penal abarca la anterior y la excede sobradamente abarcando hasta otras consecuencias del delito que por su naturaleza no pertenece al derecho penal, pero que están tratados en la ley penal, ejem. la reparación del perjuicio.

Entonces la voz “punibilidad” es exacto para nuestros propósitos y “tiene dos sentidos que debemos distinguir claramente: a) punibilidad puede significar merecimiento de pena, ser digno de pena y en este sentido todo delito (toda conducta

61 **ANTOLISEI, Francesco.** (1960); Ob. Cit., p. 497.

62 **ANTOLISEI, Francesco.** (1960). *Ibidem.*, p. 498; y con él muchos autores mantienen una posición retribucionista de la pena.

63 **ZAFFARONI, Eugenio Raúl.** (1986); *Ibidem.* p. 634.

típica, antijurídica y culpable) por el hecho de serlo es punible; b) punibilidad puede significar posibilidad de aplicar pena; en este sentido no a cualquier delito se le puede aplicar pena, es decir, no a todo delito se le puede dar lo que tiene merecido. La punibilidad en el sentido a) no siempre puede satisfacerse en el sentido b). Ello no obedece a que falte ningún carácter del delito, sino a una cuestión que tiene lugar y opera dentro de la misma teoría de la coerción penal. La afirmación de que el delito es punible (sentido a) surge de la afirmación de que es delito, pero la coercibilidad a que da lugar el delito no siempre opera, porque hay una problemática que le es propia y que ocasionalmente impide su operatividad (sentido b).⁶⁴

En síntesis, la pena, así entendido, es la manifestación material de la coerción penal y consecuencia jurídica del delito.

1.3.2.3. Delito y pena

Cuando centramos nuestra preocupación en la pena no podemos dejar de lado el fenómeno que genera su aparición: el delito. Preocupación que ocasionó importantes debates doctrinarios a lo largo de la evolución de las ideas penales que trascienden hasta la actualidad.

La controversia sobre si la punibilidad es carácter o consecuencia del delito, ha generado especiales y acaso importantes debates como el que nos hace llegar Jiménez de Asúa cuando afirma que “penado por la ley es por tanto el último de los caracteres del delito...” y quienes dicen —continúa diciendo— harto precipitadamente, que la penalidad (o el estar penado por la ley) no es más que mera consecuencia del delito, incurren en error craso. Que deba considerarse el delito como presupuesto de la pena, en modo alguno significa que esta sea mera consecuencia de aquél.

64 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (1986); ídem., p. 634.

Cosa muy distinta es decir que el delito y la pena son los dos elementos del derecho penal —continúa afirmando— que, como punto de partida para demostrar que el estar sancionado con una pena es una característica del delito” y concluye citando a Franz von Liszt, y Beling.⁶⁵

Con ellos, la inmensa mayoría de los antiguos penalistas lo concebían como una acción u omisión penada por la ley, manteniendo una definición material del delito, pero cuando se profundizó más en el estudio de esos caracteres vinieron las dudas que lo aquejaron, y cuando a influjos de nuevas ideas que culminaron en posiciones políticas, se fue abriendo camino la teoría del delito como conjunto, se vio la punibilidad no como “carácter” sino como “consecuencia” de todos los elementos del delito.

Mezger reduce a tres los caracteres del delito “delito es la acción típicamente antijurídica y culpable” expresamente advierte que su concepto del delito coincide con el de M. E. Mayer y como él opina que no debe incluirse lo de “conminado con una pena” para evitar la tautología; cambiando luego su posición, que obedece a un cambio del Código Penal del Reich.

La punibilidad como característica de la definición del delito tiene una incesante lista de defensores y partidarios. Penalistas de varios países hacen que su definición de la penalidad como característica del delito obedezca a la propia naturaleza del texto penal de cada país, razón por el cual la integran en sus definiciones.⁶⁶

En cuanto a los negadores cabe “estimarse a Max Ernest Mayer como el legítimo opositor de la tesis afirmativa y el que, con más fundamento, postuló la mera índole consecucional de la

65 JIMENEZ de ASÚA, Luis. (1956). T. VII; Ob. Cit., pp. 109 y ss.

66 JIMENEZ de ASUA, Luis. (1956). T. VII; Ibidem., pp. 111 y ss.

punibilidad (...), en la que no entra la “amenaza de la pena” que constaba en las definiciones del delito, hasta entonces usuales.

Sobre el particular, Quintano Ripollés escribe este párrafo: “en realidad no se trataba en la tesis de M. E. Mayer de negar la trascendencia del elemento punitivo, lo que hubiera sido el colmo de los absurdos, sino simplemente de estimar un pleonasma su expresa consignación, con lo que indirectamente venía a confirmarse su trascendencia absolutamente inexcusable. Tratase para él, de una consecuencia del delito y no de un elemento constitutivo, con lo cual, siendo una consecuencia necesaria, el asunto quedaba reducido en el fondo a una pueril querella terminológica, como tantas otras...”.⁶⁷

Siguiendo la lista de negadores Battaglini nos dice: “El delito es un hecho punible, en cuanto es un hecho típico, anti-jurídico y culpable; la punibilidad es, por ende, una categoría formal que se refiere a todos los elementos del delito”.

Igualmente, Eusebio Gómez para quien “el delito es un hecho humano antijurídico, real o potencialmente lesivo de un bien o interés protegido por la ley. La sanción impuesta al que lo comete no es uno de sus atributos, sino una consecuencia que, aunque debe seguirlo inexorablemente, conforme al derecho escrito, puede no producirse en el hecho”.

Le siguen con iguales o similares argumentos Novoa Monreal, Rodríguez Muñoz, Luis Carlos Pérez, entre otros.⁶⁸

Nuestro Código penal de 1991 hace referencia en su art. 11 del Título II, Del Hecho Punible, Capítulo I. Bases de la Punibilidad, que textualmente reza: “Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas y culposas penadas por la ley”, que complica aún más la discusión con una definición puramente formal o jurídica y tautológica del delito, el mismo que aparentemente

67 Citado por **JIMENEZ de ASÚA, Luis**. (1956). T. VII; *Ibidem.*, p. 122.

68 **JIMENEZ de ASÚA, Luis**. (1956). T. VII; *Ídem.*, p. 122 y ss.

obligaría a nuestros juristas nacionales incluir en la definición analítica del delito la característica de la punibilidad o pena.

La consecuencia del delito es fundamentalmente la coerción penal y no un elemento característico como se pretende por muchos, porque el argumento que pretende decir que no hay tautología en la definición, parte de un equívoco, que tiene su origen en una dualidad de sentido que hay en la voz “punibilidad” como se a manifestado. Entendemos que la punibilidad no es un carácter del delito sino un resultado de su existencia, entendiendo esto que el problema surge cuando se comprueba que hay casos en que pese a la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable, no se aplica pena y además se explica que en los tiempos de Liszt —cuando no se manejaba el concepto de tipo penal— era lógico incluirla;⁶⁹ pero al margen de una definición tautológica formal del delito en el Código Penal de 1991 nuestra posición se mantiene en que la punibilidad es el resultado de la existencia del delito.

1.3.3. Medidas de seguridad

No es objeto del presente trabajo, abordar —en detalle— lo referente a las medidas de seguridad; pero, sin embargo, con un propósito diferenciador, nos proponemos desarrollarlo.

1.3.3.1. Antecedentes

Se tiene como antecedentes históricos en el siglo XVI en las llamadas casas de corrección holandesas; luego en el siglo XIX se consideraban el internamiento de delincuentes psicóticos en manicomios de la época, o el tratamiento educador de mendigos

69 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (1986); *Ibidem.*, p. 633.

y vagos, así como algunas otras disposiciones similares, aunque todavía no era de uso corriente el término medida de seguridad.

En 1893 surge en forma coherente y al lado de las penas, las medidas de seguridad, con Stoss quien, influenciado por la Escuela Positiva Italiana, lo introduce en el primer anteproyecto del Código Penal Suizo, en forma similar a los normados en muchas legislaciones penales actuales. El profesor suizo decía que existen grupos particulares de personas inclinados a cometer delitos a causa de su estado corporal o espiritual, y que la pena era no adecuada para ellos y que eran necesarias otras medidas. Es así que surgen otras medidas como alternativas paralelas a las penas, complementándolas o a veces sustituyéndolas.⁷⁰

Luego se discute en encuentros internacionales como: Congreso Internacional de Derecho Penal de Bruselas de 1926; en el 10 Congreso Internacional Penal y Penitenciario de Praga en 1930, entre otros.

1.3.3.2. Concepto

No existe un criterio uniforme en doctrina para dar un criterio unívoco sobre el particular.

La literatura jurídica nacional confirma nuestra preocupación: Santiago Benitez define que “son ciertas preocupaciones o tratamientos adoptados, encaminados a obtener su adaptación a la vida social o su regreso a la misma”.⁷¹

Peña Cabrera afirma “son el conjunto de medidas preventivas determinadas por la ley y, dirigidas a no permitir que ciertas personas perpetren hechos delictivos, o también, para inocuizar inimputables peligrosos para el ordenamiento jurídico —y siguiendo a José Miguel Tamayo Tamayo y Jorge Sosa

70 SOLIS ESPINOZA, Alejandro. (1986). *Ciencia Penitenciaria*, 3ª ed.; Lima: Edit. DESA, pp. 32 y ss.

71 BENITEZ SANCHEZ, Santiago. (1958); Ob. Cit., p. 229.

quienes al fundamentar el art. 112 sobre la reforma del Código Penal venezolano, expresan— uno de los medios de defensa social contra el crimen que el Derecho penal moderno ha creado son, sin duda, las medidas de seguridad. Proponemos su inclusión en el Código Penal convencidos de la absoluta necesidad de los mismos y en la certeza que con su aplicación se logrará un sistema penal armónico idóneo para los fines específicos a los cuales están destinados, como son fundamentalmente la curación en los casos de los inimputables por enfermedad mental y una adecuada readaptación social en todas aquellas situaciones de hechos punibles cometidos por sujetos peligrosos.

Además, es evidente que la sola aplicación de penas no es suficiente para luchar contra la delincuencia cada vez más compleja y exigente de un tratamiento científico tanto a nivel social como personal”.⁷²

Hurtado Pozo, —citando a Jorge Barreiro— afirma: “que la preeminencia que alcanzó la tesis de la prevención especial y la ineficacia de la pena retributiva, en la manera como había sido concebida en los viejos códigos, hicieron que irrumpieran en la legislación y en la doctrina una serie de recursos tendientes a facilitar el tratamiento de delincuentes de acuerdo a su personalidad. Estos recursos son designados con la denominación de medidas de seguridad, y que complementando o suplantando a la pena deben cumplir con la prevención especial, es decir, disminuir o hacer desaparecer las causas que hacen del agente un ser peligroso”.⁷³

Más recientemente Felipe Villavicencio⁷⁴ —citando a Muñoz Conde— plantea: “la medida de seguridad supone la aplicación de un tratamiento dirigido a evitar que un sujeto peligroso llegue a cometer un delito. Se trata de un medio de evitar

72 **PEÑA CABRERA, Raúl.** (1983). Vol.; *Ibidem.*, p. 421.

73 **HURTADO POZO, José;** *Ob. Cit.*, pp. 54 y s.

74 **VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe.** (1990). *Lecciones de Derecho Penal*; Lima: Cultural Cuzco, p. 42.

la comisión de un delito —y continúa diciendo— Los presupuestos de la reacción dualista son la culpabilidad y la peligrosidad. Desde un punto de vista formal se llama culpabilidad al conjunto de condiciones que justifican la imposición de una pena al autor del delito; se llama peligrosidad al conjunto de condiciones que justifican la imposición de una medida”.

La doctrina internacional, igualmente no ha sido unívoco, así Goldstein⁷⁵ señala que la “medida de seguridad no castiga, sino que atiende a un fin utilitario, a una prevención general y a una prevención especial respecto de quien presenta una indiscutible peligrosidad. Son medios de asistencia que buscan la readaptación del individuo o el contralor de su erradicación de la sociedad.

Barbero, M. con Terradillos, que comparte su criterio, considera que las medidas de seguridad constituyen “privación de bienes jurídicos, impuesta jurisdiccionalmente por el Estado, con un fin reeducador, inocuizador o curativo, a personas socialmente peligrosas, con ocasión de la comisión de un delito, y mientras aquel fin no se cumpla”.⁷⁶

1.3.3.3. Relación entre penas y medidas de seguridad

Como puede desprenderse, el origen de las medidas de seguridad estuvo subyacente la idea de un propósito diferente al de la pena tradicional, y restringida en parte para los sujetos no culpables o inimputables, pero que manifestaban alguna peligrosidad como consecuencia del acto antijurídico; con el desarrollo del penitenciarismo y la asunción de fines reeducadores por la pena, se presentan diversos conflictos que han originado tendencias diversas como el de la unificación por ejemplo de penas y medidas de seguridad.

75 **GOLDSTEIN**, citado por **EZAINE CHAVEZ, Amado**. (1966). *Diccionario de Derecho Penal*. Chiclayo, p. 222.

76 **BARBERO M.**, citado por **SOLIS ESPINOZA Alejandro**. (1986). *Ciencia...; Ob. Cit.*, p. 33.

Cavallo, citado por Terradillos, considera que existen cinco alternativas frente a esta cuestión: a) absorción de la pena en las medidas de seguridad; b) absorción de las medidas de seguridad en la pena; c) unificación en un término neutro que recoja lo común de ambos; d) mantenimiento de ambas instituciones como distintas, y e) vicariedad, o sea sustituibilidad de una por otra en determinadas condiciones.

De lo propuesto se puede destacar tres puntos de vista:

a) Unificación de penas y medidas de seguridad

Que consideran argumentos válidos, como el de que los fines de la pena apuntan fundamentalmente hacia la readaptación y también a la prevención general, propósitos que en mayor medida están inmersos también en las medidas de seguridad.

Esta tendencia unificadora nace de la preocupación por evitar que a un mismo sujeto se le pueda imponer por el mismo hecho un doble efecto; pena más medida, en el caso de las leyes que disponen una medida de seguridad, a determinados delinquentes luego de la ejecución de la pena.

Según esta corriente unitarista, no existen diferencias sustanciales entre ellas, ya que ambas constituyen disminución de bienes jurídicos, se basan en la comisión de un hecho criminal, las dos tienen un propósito de prevención general a través de la intimidación, asimismo pretenden fundamentalmente la readaptación o inocuización del individuo, y ambas son impuestas por las entidades administradoras de la justicia penal.

Tal punto de vista fue sostenido por tratadistas en el VI Congreso Internacional de Derecho Penal de 1953 en Roma.

b) Dualismo

Que mantiene a las dos instituciones como distintas. Históricamente esta distinción, que en un inicio fue bastante clara, con

el correr de los años y la evolución de los fines de la pena y el desarrollo del penitenciarismo se ha ido acortando.

Quizá las diferencias que se puedan aceptar actualmente sean más restringidas que en etapas anteriores, y particularmente consideramos que estas pueden referirse a las características del sujeto pasivo de estas medidas, la configuración legal y el fin que persiguen.

En primer lugar, consideramos que las medidas de seguridad se deben estipular sólo para las personas en estado peligroso post delictual, en tanto que las penas son sanciones aplicables a delincuentes.

En segundo lugar, las penas se justifican cuando desde el punto de vista de la legalidad penal se dan las condiciones de imputabilidad y culpabilidad del agente. En tanto que las medidas de seguridad son pasibles de aplicarse cuando existe un acto típico y antijurídico, pero no culpabilidad del agente o hay imputabilidad disminuida, en atención a su peligrosidad.

En tercer lugar, el fin de las penas es fundamentalmente reeducador y mientras que las medidas de seguridad fundamentalmente persiguen una finalidad curativa específicas, aunque dentro de los fines de la pena, el propósito reeducador no excluye en algunos casos concretos determinadas acciones curativas.

Otra diferencia, de carácter legal, es que generalmente las legislaciones estipulan que las medidas de seguridad no se extinguen por amnistía ni por indulto.

c) Alternatividad

O sustituibilidad de una medida por otra en ciertas condiciones. Constituye una posición que prácticamente se configura en el supuesto que existen algunas diferencias entre ambas y que además tengan una mayor o menor posibilidad de alternancia de acuerdo a cada legislación. Este sistema se inspira, según el

decir de Cuello Calón en el derecho penal suizo, que faculta al juez para escoger entre una pena o una medida de seguridad.

En algunas legislaciones, esta alternativa se admite para ciertos casos específicos de imputabilidad disminuida, quedando el criterio del juez el optar por una medida de seguridad o bien por una pena atenuada.⁷⁷

Si pretendemos diferenciar las penas de las medidas de seguridad diremos: a) La pena como consecuencia del delito se aplica al delincuente imputable. La medida de seguridad se aplica, generalmente, independientemente del delito al inimputable; b) la pena guarda proporcionalidad a la gravedad del delito. La medida de seguridad atiende exclusivamente a la peligrosidad de la persona; c) la pena tiene un carácter represivo-individual (prevención especial). La medida de seguridad responde a un criterio práctico-terapéutico; d) las penas siempre figuran junto a cada fórmula legal que describe un delito. Las medidas de seguridad, no indican calidad alguna a hechos determinados concretos. La ley puede crear medidas de seguridad de las más variadas, ajenas a la comisión de un delito. Principalmente, las medidas de seguridad se miden por la mayor o menor peligrosidad del agente.⁷⁸

1.3.3.4. Tratamiento sustantivo-positivo de las medidas de seguridad

El Código Penal de 1924 recogió la práctica legal de la época y consideró también las medidas de seguridad; y como puede desprenderse de su análisis, éstas carecen de una adecuada sistematización, toda vez que es abordado con una imprecisión, y no diferencia de las penas en su redacción técnica. Es así que el título IV del Libro Primero habla de las Penas, Medidas de Seguridad y otra a Medidas, y en su artículo 10 decía: “Las únicas

77 SOLIS ESPINOZA, Alejandro. (1986). *Ciencia...*; Ob. Cit., p. 36.

78 PEÑA CABRERA, Raúl. (1983); Ob. Cit., p. 423; (apreciación reformulada por nosotros).

penas y medidas de seguridad que pueden imponerse son las de internamiento, penitenciaria, relegación, prisión, expatriación, multa e inhabilitación”.

Como puede verse se puede apreciar que la redacción de dicho artículo es totalmente incongruente, ya que en ella sólo se hace referencia a las penas (dosimetría penal), y por lo mismo debía excluirse la expresión “y medidas de seguridad”.

Las medidas de seguridad, fueron abordadas en el Código Penal derogado en los artículos 38 y siguientes del Título IV mencionado, excepto el artículo 49. Asimismo, en los artículos 83,89,91,93 y 94 de los Títulos IX y X.

Pueden distinguirse dentro de ellos, atendiendo a su fin, el carácter curativo, educativo y eliminatorio. Son curativas, aquellas que se proponen curar, dirigidas especialmente a los delincuentes inimputables en razón de enfermedades mentales, y consisten en un tratamiento adecuado en establecimientos especiales; son educativas, aquellas que tienden a reformar al delincuente. Se aplican especialmente a los menores. Consiste en la internación del menor en establecimientos de corrección; son eliminatorias, las que se aplican a los delincuentes reincidentes o habituales, tendiendo con ello a evitar que puedan cometer nuevos delitos.⁷⁹

En nuestro vigente Código Penal de 1991, a diferencia del Código Penal anterior que incluía un amplio catálogo de medidas de seguridad, cuya aplicación práctica, fue materialmente imposible, dadas las escasas limitaciones económicas que enfrenta el Estado, se incluye en el vigente Código Penal medidas de seguridad cuya aplicación material sí es posible. Así se tiene en el artículo 71 que establece dos clases de medidas de seguridad: 1) Internación; y 2) Tratamiento ambulatorio.

79 BENITEZ SANCHEZ, Santiago. (1958); ídem., pp. 229 y ss.

Las medidas de seguridad de internación “consiste en el ingreso y tratamiento del inimputable en un centro hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado, con fines terapéuticos o de custodia” (art. 74), y su duración “no podrá exceder el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiera correspondido aplicarse por el delito cometido” (art. 75).

Las medidas de seguridad de tratamiento ambulatorio “será establecido y se aplicará conjuntamente con la pena al imputable relativo que lo requiera con fines terapéuticos o de rehabilitación” (art. 76).

Además de la reacción punitiva dual, introduce el sistema vicarial para la medida de seguridad de internación para un imputable restringido (art. 77).

La aplicación de éstas “medidas de seguridad se aplicarán en concurrencia con las circunstancias siguientes:

1.- Que el agente haya realizado un hecho previsto como delito;

2.- Que del hecho y de la personalidad del agente pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revela una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos” (art. 72); y en el art. 73 habla de la proporcionalidad de las medidas de seguridad con la peligrosidad delictual del agente, la gravedad del hecho cometido y los que probablemente cometiera si no fuese tratado.

1.3.4. Carácter público del derecho penal

La gran división del derecho en derecho público y derecho privado, distinguiéndose en ramas del derecho, tiene su punto de partida en el ordenamiento jurídico romano y se halla establecida en el Libro I de las Institutas de Ulpiano y en un pasaje del

Digesto señala con claridad que “Derecho Público es el que atañe a la conservación de la cosa romana. Privado, el que concierne a la utilidad de los particulares”.⁸⁰ Como vemos, según el referido texto, el derecho público concierne a la utilidad del Estado, el derecho privado a la de los particulares. PUBLICUM IUS EST. QUOD AD STATUM RET ROMANA ESPECTAT; PRIVATUM QUOD AD SINGOLURUM UTILITATEN.

La recepción del derecho romano ha dado lugar a diversas teorías unas las justifican y otras las niegan.⁸¹ Distinguiéndose entre ellas la Teoría Clásica, denominada también del Interés inspirada en Ulpiano. Según esta teoría el derecho público está constituido por normas que amparan el interés general o colectivo, y el derecho privado por aquellas que se refieren al interés individual o de los particulares.

En forma más amplia y esclarecedora podemos definirla ambas ramas en la siguiente forma: Derecho Público como “el conjunto de normas que regulan la organización del Estado y demás entes políticos menores, disciplinando también las relaciones entre los ciudadanos y estas organizaciones políticas”. Su contenido vendría a constituir la propia organización del Estado y más aun, toda actividad vinculada con el interés general o colectivo. y derecho privado como aquel “Conjunto de normas que regulan las relaciones de los particulares entre sí, o las relaciones entre éstos y el Estado, cuando en tales relaciones este último no obra premunido de su “jus imperium” (poder político soberano).⁸²

El derecho penal es una disciplina jurídica, parte integrante del derecho público interno,⁸³ dado a que procura tute-

80 Cita extraída del Digesto 1, 1, 2, citado por **GARCIA TOMA, Víctor**. (1986); *Ibidem.*, p. 29.

81 Sobre el particular véase **GARCÍA TOMA, Víctor**. (1986); *Ídem.*, pp. 29 y ss.

82 **PALACIO PIMENTEL, Gustavo H.** (1985). *Manual de Derecho Civil*, T. I., 2ª ed.; Lima, p. 18.

83 Véase la definición de derecho penal en el capítulo correspondiente del presente trabajo de investigación. Véase también **ANTOLISEI, Francesco**. (1960); *Ibidem.*, pp. 12 y ss.; **FLORES POLO, Pedro** *Diccionario*. (T. I), p. 459.

lares bienes jurídicos contra ataques que los afectan y lesionan con ello la seguridad jurídica y por ello interviene directamente el Estado como persona de derecho público.

El carácter público del derecho penal hace que sólo el Estado, entidad de carácter público por excelencia, puede crear normas jurídicas que definan delitos e impongan sanciones en virtud del apotegma liberal *nullum crimen nulla poena sine lege*, con quien queda bien esclarecido su carácter público.

Además, se tiene que el objeto del derecho penal no es la relación entre individuos, sino entre el Estado considerado como soberano y los individuos. y su característica, común a todo el Derecho, es regulador externo de conductas humanas y su misión sería la de ordenar la convivencia humana.

**SEGUNDA PARTE:
DERECHO PENAL OBJETIVO Y
SUBJETIVO**

La tradicional distinción indicando que el Derecho se divide en subjetivo y objetivo donde el primero constituye “la facultad de hacer o no hacer una cosa”; y el segundo, “ley, regla o norma que nos manda, que nos permite o que nos prohíbe”, tiene una especial distinción en el derecho penal derivado del carácter público de esta disciplina jurídica.

El concepto del derecho penal subjetivo del Estado mejora, en un inicio, con Carlos Binding donde el derecho penal en sentido objetivo, es el conjunto de reglas o normas que definen los delitos y establecen las penas. En sentido subjetivo es la facultad de castigar: el *ius puniendi*.

Así entendido el poder punitivo del Estado se encuentra limitado, puesto que el Estado, es el ejercicio del poder de castigar se limita a sí mismo en virtud del principio de la legalidad de la represión penal. Limitación del derecho penal subjetivo que está logrado por el derecho penal objetivo.

Binding fue quien representa la más importante y exaltada tesis del derecho subjetivo del Estado a penar al trasgresor del deber de obediencia. Para Binding el delito no lesiona el derecho subjetivo de los particulares, sino que es contraria al ordenamiento jurídico, y más exactamente, contrario al derecho subjetivo, a la obediencia que pertenece al Estado de hacerse obedecer de los súbditos” por su parte en Italia “Rocco afirma el derecho subjetivo del Estado: De la norma del Derecho penal objetivo;

es decir, de la ley penal, nace para el Estado una facultad, que indudablemente es una facultad jurídica, un derecho en el sentido subjetivo de la palabra: el derecho de aplicar una pena al que se hace culpable de uno de aquellos actos que la ley penal declara constitutivo de delito; por tanto, un derecho en el sentido subjetivo de la palabra, es el IUS PUNIENDI del Estado: Derecho subjetivo penal, puesto que está creado por la norma del derecho penal objetivo”.⁸⁴

Los negadores del derecho subjetivo del Estado se presentan con sus argumentos de contenido semántico, una lucha de argumentos con el que no podemos desorientarnos con sus detalles; porque en todo caso si ello fuere posible, implicaría una nueva construcción del derecho penal desde la perspectiva renovadora o reformulada en sus planteamientos.⁸⁵

Entonces la función punitiva del Estado se origina en su soberanía para determinar ciertas conductas y establecer la sanción correspondiente, la misma que está fundamentada y limitada por la Constitución Política donde se encuentra su justificación política como Estado de Derecho.

84 **BINDING y ROCCO**, citado por **JIMENEZ de ASÚA, Luis**. (1956). *Tratado de Derecho Penal*, p. 71 y ss.

85 Véase **JIMENEZ de ASÚA, Luis**. (1956); *Ibidem.*, pp. 69 y ss. En la literatura jurídica nacional véase **VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe**. (1990); *Ob. Cit.*, pp. 45 y ss. cuando refiriéndose al ius puniendi como función punitiva siguiendo a Zaffaroni afirma: “Esta función no puede concebirse como un derecho IUS, tal denominación no alcanzaría a comprender a la potestad legislativa ubicada en la fase anterior a la aparición de la norma. A nuestro juicio, ese derecho penal subjetivo (ius puniendi) no existe, pues hasta que no se dicte la norma que origina el derecho penal objetivo “la posibilidad de castigar o prevenir aparece no como derecho (concepto jurídico) sino como potestad no mediatizada por la forma jurídica”. Por su parte **ZAFFARONI, Eugenio Raúl**. (s. f.). *Tratado de Derecho Penal*, T. I; Bs. As., p. 33., afirma que el derecho subjetivo IUS PUNIENDI del Estado no existe o al menos, la expresión resulta equívoca porque el Estado no tiene “derecho” a incriminar ni a penar, sino que tiene el deber de hacerlo, porque es un deber que surge de su función misma, es decir de la propia razón de su existencia.

2.1. Derecho penal objetivo

2.1.1. Sentido formal

Son las leyes penales manifiestas. Toda la criminalización primaria. En sentido estricto es el conjunto de normas jurídicas (derecho positivo) que describe los hechos (delito) y establece su consecuencia (penas y medida de seguridad). V.gr. Ley penal, D. Legislativo, D. Ley, Ley Ordinaria.

Es un sistema de que lege lata —a veces asistemática—, se encuentra consignado en la Carta Fundamental, en las leyes aprobatorias de tratados públicos (básicamente, las correspondientes a los pactos mundiales de derechos humanos), en las leyes ordinarias “ley”⁸⁶ aprobada por el Congreso de la República, en los Decretos Legislativos (por ejemplo, el C.P. Decreto Legislativo No. 635), Decretos Leyes.

Se constituye como el conjunto de normas jurídicas de carácter general que establecen condiciones y principios de intervención punitiva del Estado y de carácter especial que establece las conductas que, por desvaloradas, están prohibidas y a las que, de operarse, se las castigará con una pena o se las controlará con una medida de seguridad, como consecuencia jurídica necesaria⁸⁷.

En este concepto se incluyen no solo las normas penales que prevén conductas susceptibles de punición y sanción, sino también las que regulan conceptos básicos, directrices o principios generales, expedidas por el legislador en busca de una mejor comprensión del sistema normativo; entonces no solo forman parte del derecho penal positivo aquellas normas que contienen supuestos de hecho y consecuencias jurídicas, esto es,

86 VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. (2009); Ob. Cit., p. 175.

87 VILLA STEIN, Javier. (2014). *Derecho Penal Parte General*. Lima – Perú: ARA EDITORES, pp. 125 y ss.

completas, sino las que no lo consagran (las incompletas en sus diversas modalidades), e incluso las mal llamadas “en blanco”⁸⁸.

2.1.2. Sentido material

El sentido material del derecho objetivo se aborda en relación a la función del derecho penal. Si la principal consecuencia jurídica de las leyes penales es la pena, resulta lógico que la función del derecho penal esté directamente vinculada con la función atribuida a esta consecuencia jurídica⁸⁹.

A. La teoría de la pena

La ilustración es el punto de partida en la racionalización de la pena en la medida de que se establece el límite del poder punitivo establecida en la ley. Los primeros planteamientos iusnaturalistas mezclaron la lógica de la retribución por el delito cometido con la consecuencia de un efecto positivo en el futuro⁹⁰.

En el siglo XVII la idea de que la pena debía retraer a los sujetos de cometer delitos en el futuro (doctrina utilitarista de la pena); luego en el siglo XVIII se asienta un racionalismo idealista que deja de lado la prevención de la pena. Con el liberalismo del siglo XIX vuelve a tomar importancia los planteamientos preventivos.

Este escenario histórico de la discusión de la pena entre la doctrina idealista y la utilitarista sobre la teoría de la pena, centran la discusión y oposición, distinguiendo entre las llamadas teorías absolutas y teorías relativas, donde a primera la finalidad se encuentra en sí misma; en tanto que en la segunda

88 **VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando.** (2009); Ídem., p. 175.

89 **GARCIA CAVERO, Percy.** (2019). *Derecho Penal Parte General*, 3ª ed.; Lima: Editorial IDEAS, p. 75. El autor sigue a **FEIJOO SANCHEZ.** *La pena como institución jurídica*, p. 179 con referencia a la obra de Hugo Grocio.

90 **GARCIA CAVERO, Percy.** (2019); Ob. cit., p. 75.

la pena constituye el medio para una finalidad mayor: el hombre que delinquirió.

A.1. Las teorías absolutas de la pena

La finalidad de la pena se encuentra en sí misma; destaca la idea de retribución⁹¹ por el mal causado genera un ideal de justicia. El delito es un mal y debe devolverse con otro mal: la pena.

En la versión subjetivo-idealista, Kant sostiene que la ley penal que ordena el castigo del delito es un *imperativo categórico* que la razón del sujeto individual impone sin atender a consideraciones de corte utilitarista.

Kant señala que la pena es una exigencia ética que tiene que imponerse al culpable del delito por imperativos de la razón, aunque su ejecución sea innecesaria desde el punto de vista de la convivencia social.

En la versión objetivo-idealista la teoría de retribución de Hegel entiende que el derecho como objetividad de la voluntad, debe ser restablecido ante la negación del delito que expresa la voluntad subjetiva del autor.

La imposición de la pena, al negar la voluntad subjetiva del delincuente, reafirma la racionalidad general del derecho. Este proceso dialéctico se verifica con independencia de las consecuencias empíricas que puede producir la imposición de pena⁹². No se trata, por tanto, de un restablecimiento empírico sino de un restablecimiento de la racionalidad del derecho.

El Tribunal Constitucional ha rechazado absolutamente la admisibilidad de una comprensión absoluta de la pena, señalando no sólo que carece de todo sustento científico, sino que constituye una negación absoluta del principio-derecho de la

91 **GARCIA CAVERO, Percy.** (2019); *Ibidem.*, p. 76, siguiendo a Jakobs *Derecho Penal Parte General*, Apdo 1, n.m.25 y ss.; **TASAYCO.** (2014). *Actualidad Penal* (6), pp. 65 y s.

92 **GARCIA CAVERO, Percy.** (2019); *Ibidem.*, p 77.

dignidad humana reconocido en la Constitución⁹³. Este rechazo significa que el Tribunal Constitucional adopta la doctrina utilitarista en la medida de que pone de relieve la dignidad humana de la persona que delinquiró.

A.2. Las teorías relativas de la pena

Las teorías relativas de la pena entienden que ésta solamente podría encontrar justificación si resulta socialmente útil.

La doctrina utilitarista le asigna a la pena una función de prevención. No obstante, cabe interpretar que el fundamento de la utilidad social que radica en el restablecimiento del orden social quebrantado por el delito, se encuentra el sustento de que la pena constituye un medio para una finalidad mayor: la persona humana que delinquiró, en tanto que también tiene dignidad humana, para que la condena impuesta logre la resocialización (prevención especial) y al devolverse a la vida social haya significa el restablecimiento del orden social quebrantado.

a.2.1. La prevención general

La prevención general apunta a motivar a todos los ciudadanos que no delinquieron a que no cometan delitos; así, la pena incide en fortalecer sus frenos inhibitorios para motivarse en el respeto y observancia de las normas de prohibición (no matar, no lesionar, etc.) y las normas imperativas (prestar el auxilio necesario, prestar alimentos que ordena una resolución judicial).

La prevención general negativa de la pena intimida a los ciudadanos y exige se motiven en la norma, respete los bienes jurídicos que protege. El mensaje normativo intimidatorio se dirige al ciudadano en el momento de encontrarse en la eventualidad de la realización del delito y, encontrándose aún en la fase interna subjetiva del iter delictivo se inhiba de exteriorizar

93 **Tribunal Constitucional**. (21 de julio de 2005) Sentencia del Exp. N° 0019-2005-PI/TC, fundamento jurídico 30, citado por **GARCIA CAVERO, Percy**. (2019). *Ibidem.*, p. 79.

su conducta en razón de que ese eventual hecho tiene una consecuencia (cárcel).

El otro mensaje normativo de formar sus frenos inhibitorios se produce a través de la sanción ejemplarizadora impuesta a otro ciudadano; así, si en el primer momento, el mensaje intimidatorio de la pena no ha llegado a internalizar, la condena concreta impuesta a otro llegue al ciudadano en su ámbito interno y se diga “si realizo el mismo delito la cárcel me espera, por ello prefiero observar la norma”.

La prevención general positiva no es la intimidación a través de la amenaza penal la forma de conseguir que los ciudadanos no lesionen los bienes jurídicos protegidos sino el fortalecimiento que produce la pena en la convicción de la población sobre la intangibilidad de los bienes⁹⁴. Así la pena justa sería la necesaria para confirmar los valores éticos del derecho.

a.2.2. La prevención especial

El efecto preventivo no se dirige a la colectividad, sino al delincuente en concreto; siendo así, es una teoría de la ejecución de la pena.

La pena no tiene contenido retributivo, se dirige al ciudadano que fue condenado para que en ejecución de sentencia se resocialice y cumplido la pena reingrese a la sociedad y no vuelva a cometer más delitos.

La prevención especial positiva se dirige al condenado para posibilitar su socialización; en tanto que la prevención especial negativa se dirige al condenado, pero no para mejorarlo sino para neutralizar los efectos de su inferioridad, a costa de un mal para la persona pero que es un bien para la sociedad⁹⁵.

94 **Jakobs.** *El sistema funcionalista*, pág. 43, citado por **GARCIA CAVERO, Percy.** (2019); *Ibidem.*, p. 84.

95 **ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; Man.** (2002); *Ibidem.*, p. 48.

2.2.3. Características del derecho penal objetivo⁹⁶

A. Público

La división del derecho en derecho público y derecho privado es importante para conocer la naturaleza del derecho penal como una disciplina del derecho público.

El hecho punible no solo afecta a la víctima del delito quien recibe las consecuencias del accionar delictivo del agente del delito, sino que trasciende más allá de la víctima y repercute en la colectividad social por cuanto ocasiona un resquebrajamiento en la convivencia social, produciendo una “zozobra social”⁹⁷

Sin duda el delito genera un conflicto en la medida que se dirige a poner en peligro o lesionar un bien jurídico. Bien jurídico que resulta ser el interés o el valor más importante que tiene el colectivo social para lograr la coexistencia social.

Entonces, si el conflicto trasciende más allá de la víctima hasta socavar las bases de convivencia de la sociedad; sólo el Estado tiene que solucionarlo y la única solución civilizada que un estado de derecho constitucional puede concebir es la pena.

Entonces la pena como expresión de violencia estatal legitimada se convierte en un medio para un fin superior: el hombre que delinquirió y la finalidad de la misma es su resocialización. En este escenario, dado la naturaleza pública del derecho penal impide que la solución del conflicto se produzca en un acuerdo inter partes; empero, excepcionalmente y con un matiz de derecho premial puede solucionar el conflicto lesivo en los delitos de bagatela aplicando criterios de oportunidad como el principio de oportunidad regulado en el artículo 2º del código procesal penal, entre otros criterios normativos.

96 **VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando.** (2009); *Ibidem.*, p. 176 y ss. En este acápite resumimos las características que establece el autor.

97 La zozobra social puede identificarse en miedo, angustia, preocupación, estrés, todo relacionado que también podrían ser víctimas del delito; todo ello.

Es público el interés por la defensa penal de los bienes jurídicos y por la aplicación de las penas (criterio objetivo) y porque le da vida a una relación pública, uno de cuyos sujetos es el Estado como titular del poder o detentador del monopolio de la fuerza (criterio subjetivo)⁹⁸.

B. Vigencia con marcado carácter judicial

Conforme a lo dispuesto en el artículo 138 de la Constitución “La potestad de administrar justicia (...) se ejerce por el Poder Judicial ...”; así el único autorizado para administrar justicia en el ámbito penal es el juez pena, legal o constitucional, el llamado juez natural. No hay posibilidad que los particulares por sí mismos realicen el ius poenale, como es frecuente en otros ámbitos del derecho, en los que existen las figuras de transacción, desistimiento para poner fin al litigio iniciado o impedir que él se desate.

C. Finalista o teleológico

El derecho penal persigue un fin: velar por la seguridad jurídica, esto es en salvaguarda de los valores fundamentales que aseguran la coexistencia del individuo en el seno de la sociedad (la vida, el honor, el orden económico social, el medio ambiente, la salud, etc.) denominados también valores éticos sociales.

Una de las funciones de la norma penal es la protección de los bienes jurídicos; tal valor se encuentra positivizado en el artículo IV del T.P. del C.P., resultando ser fundamental en la construcción del derecho penal, específicamente en la interpretación de la ley penal de cara a la solución del caso.

Consecuencia de esta característica del derecho penal objetivo es la imposibilidad de aplicar sanciones penales a quien, con su comportamiento, no afecta el bien jurídico amparado o lo hace de manera insignificante; este tipo de conductas por su inocuidad o por el mínimo daño causado no alcanzan a consti-

98 VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. (2009); Ídem., p. 176.

tuir delito o hecho punible en el sentido material del concepto, por ausencia de tipicidad de la acción habida cuenta de que no se logran reunir los presupuestos de imputación requeridos por ley.

D. Liberal

El ius poenale se compadece, además, con los postulados enarbolados por los revolucionarios de 1789; así garantizan al individuo su derecho a la libertad contra toda intervención arbitraria del Estado. Un derecho punitivo así concebido asume postulados como el de legalidad de los delitos y de las penas, de culpabilidad, del acto, de lesividad; y, en especial de humanidad que busca asegurarle al ciudadano el respeto de su dignidad personal. Tales postulados resultan inherentes a un Estado de Derecho Constitucional y son recogidas en el T.P. del C.P. como normas correspondientes al bloque de constitucionalidad.

E. Garantizador

Es garantista por cuanto suministra la certeza de que ninguna forma de constricción física o de otra índole puede ser utilizado más que en los casos permitidos por el orden jurídico.

Empero la amenaza de la fuerza que aparece en la pena es represiva es violencia legitimada; sin embargo, el derecho solo puede asegurar a cada individuo una esfera de libertad dentro del cual actúe con plena autonomía, a condición de reprimir las actividades de los demás individuos que constituyan una interferencia indebida en ella. Entonces el derecho penal por un lado es prevención y en otro es represión, son las dos facetas de un derecho penal sintético; tanto la función de garantía como la represiva; en ambos casos la ley penal en su ámbito punitivo habilita la prevención y establece los límites de la represión.

Entonces una acción podría ser inmoral, reprochable desde el punto de vista ético social, pero si la ley penal no lo tipifica como delito no puede imputarse a los ciudadanos. El postu-

lado lo que no está expresamente prohibido está permitido tiene honda trascendencia.

F. Valorativo y normativo

Es normativo por el principio de legalidad penal que establecen reglas jurídicas que son concreción de todo un catálogo de valores aseguradores de la convivencia comunitaria (bienes jurídicos o valores ético sociales). Gracias a este doble carácter del derecho penal positivo se ha podido afirmar – de un lado – que la regla penal, en cuanto supone un orden de valores previamente seleccionados, es norma objetiva de valoración: objetiva, porque es expresión de la voluntad general; y de valoración en cuanto establece un deber ser ideal que dicha generalidad proclama.

G. Monista

Si se toma en cuenta que el derecho penal solo impone penas a los sujetos imputables o capaces de culpabilidad (plena) no cabe duda que es monista por eso no es prudente calificarlo de “doble vía diferencial” o de “doble vía”. Las medidas de seguridad en sentido amplio son penas, de ahí la concepción monista.

H. Fragmentario

El derecho penal no regula el universo de todas las conductas que vulneran los bienes jurídicos ni tampoco todos ellos son objeto de tutela, se limita en castigar las acciones más graves contra los bienes jurídicos más importantes. Se ocupa de fragmentos de toda esa gama de conductas que el sistema jurídico manda o prohíbe.

2.2. Derecho penal subjetivo (ius puniendi)

Es el poder, deber sancionador del Estado para la persecución del delito, en la que se manifiesta la soberanía de este;

desde la *notitia criminis* la persecución penal por el Estado es obligatoria. Esta expresión política, se homologa con la naturaleza pública del derecho penal; siendo el principio de legalidad el límite al *Ius Puniendi*.

Esta categoría se utiliza en la Teoría General del Derecho, asimilándola a facultad jurídica (noción estricta), o a relación jurídica (noción amplia). En rigor el *Ius Puniendi* no puede ser facultativo en el entendido de que persigue un delito leve, en tanto no persigue un delito grave; por eso preferimos concluir que el *Ius Puniendi* del Estado es un poder, deber de perseguir el delito.

2.2.1. Límites materiales al ejercicio del “ius puniendi”

A. El principio de dignidad de la persona humana

Tiene rango constitucional así el artículo 1º de la Constitución la consagra.

Artículo 1º Constitución “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

El respeto de la dignidad humana como principio constitucional interseca a todas las disciplinas del sistema jurídico, en particular del derecho penal, es el eje de interpretación, convirtiéndose en el más importante límite material al ejercicio de la potestad punitiva en el seno de un Estado Constitucional.

Hablar de “dignidad humana” lo que se quiere expresar “es el lugar privilegiado que tiene el hombre en relación con los otros seres, es decir, su rango superior y diferente de estos”, lo que es producto de que “el sentido de la dignidad humana viene relacionado en la tradición del pensamiento occidental con las

nociones de racionalidad, conciencia, espiritualidad, libertad, señorío y autonomía”⁹⁹.

La dignidad humana constituye no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que entraña también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo. El pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo. El pleno desarrollo de la personalidad supone, a su vez, de un lado, el reconocimiento de la total *autodisponibilidad*, sin interferencias lo impedimentos externos, de las posibilidades de actuación propias de cada hombre; de otro, la *autodeterminación* que surge de la libre proyección histórica de la razón humana, antes que de una predeterminación dada por la naturaleza”¹⁰⁰.

B. Principio de igualdad material ante la ley

El artículo 10º del C.P. establece el principio de igualdad.

Artículo 10º C.P. “*La ley penal se aplica con igualdad (...)*”.

Es un principio liberal proclamado por los revolucionarios franceses inspirado en la filosofía del iluminismo. La idea de igualdad afina en el ideal de justicia. Es relativo no absoluto, en la medida de que se impone un trato igual para los casos iguales uno desigual para los que son diferentes; no se trata, pues, del derecho a ser igual, si no del, derecho a ser tratado igualmente frente a situaciones similares¹⁰¹. De esta delimitación se desprende tres manifestaciones jurídicas de la igualdad en *primer lugar*, es un derecho subjetivo en virtud del cual el ciudadano tiene la potestad de exigir que se le trate de manera igual a los demás; en *segundo lugar*, supone el deber de los poderes públicos de llevar a cabo ese trato igual; y, en *tercer lugar*, se concreta en el

99 Cfr. YACOBUCCI. *El sentido de los principios*, pp. 206- 207 citado por VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. (2009); *Ibidem.*, p. 62.

100 PEREZ LUÑO. *Los Derechos humanos*, p. 59 citado por VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. (2009); *Ibidem.*, p. 62.

101 BOBBIO citado por VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. (2009); *Ibidem.*, p. 69.

principio constitucional de la igualdad consagrado en el artículo 2.2. de la Constitución.

Artículo 2. Constitución. *“Toda persona tiene derecho (...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera índole. (...)”*.

En el mapa penal se manifiesta en tres ámbitos diferentes: en primer lugar, en el plano sustantivo, supone un tratamiento similar para todos los ciudadanos —por supuesto, acorde con su propia condición y con la naturaleza de la transgresión a la ley penal realizada—, a la hora de aplicar la ley penal.

En segundo lugar, desde el punto de vista procesal implica para los miembros de la organización social la aptitud de ser arropados con las mismas oportunidades y, bajo el imperio de todas las prerrogativas brindadas por el principio de legalidad.

En tercer lugar, en el plano de la ejecución penal, comporta también un tratamiento igualitario¹⁰².

C. Principio de proporcionalidad

Es un límite de límites, tiene su razón de ser en los derechos fundamentales, ha terminado por generalizarse como principio del derecho público y del derecho en general, al cobijar el establecimiento y aplicación de toda clase de medidas restrictivas de los derechos y las libertades, por lo que persigue la mínima intervención del Estado (principio de intervención mínima). Por eso no es extraño que en el ámbito penal se extienda tanto a las diversas categorías de la construcción dogmática del delito como a las consecuencias jurídico-penales (llámese penas o medidas de seguridad); en fin, rige tanto en el momento en el cual el derecho es creado por los legisladores como en el que es

102 VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. (2009); *Ibidem.*, p. 81.

aplicado por los jueces o tribunales, amén de que también opera en la fase de la ejecución de las sanciones penales¹⁰³.

En relación a las consecuencias jurídico penales abarca tanto la sanción penal abstracta —plano legislativo— como la concreta —plano judicial—, sea que se atienda a razones de justicia o a consideraciones de tipo utilitario. El artículo VIII T.P. C. P. la consagra.

Artículo VIII.T.P. C.P. “*La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. (...)*”.

Los requisitos son extrínsecos (externos puede atender a la judicialidad) e intrínsecos, atienden al contenido de la actuación estatal en el caso concreto y están constituidos por tres criterios o subprincipios distintos que actúan de manera escalonada. Estos son:

El *principio de idoneidad*, donde la sanción debe ser idónea para alcanzar el fin perseguido y debe conformarse a ese fin (adecuación al fin o idoneidad).

El principio de idoneidad supone que el derecho penal sólo puede y debe intervenir cuando sea mínimamente eficaz e idóneo para prevenir el delito, debiéndose evitar su injerencia desde el punto de vista político-criminal se evidencie como inoperante, ineficaz o inadecuada, o cuando se muestre contraproducente para la prevención de los delitos; por ello se puede afirmar que se trata de un axioma propio del derecho penal sustantivo, del derecho procesal e, incluso del derecho de ejecución penal¹⁰⁴.

El *principio de necesidad*, surge el postulado de necesidad, de la menor injerencia posible, de intervención, de economía de

103 Véase **AGUADO CORREA**. (s. f.). El principio de proporcionalidad, pp. 477 y ss. y otro citado por **VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando**. (2009); *Ibidem.*, p. 75.

104 Así **AGUADO CORREA**. (s. f.); *Ídem*, pp. 477 y ss. y otro citado por **VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando**. (2009); *Ibidem.*, p. 81.

las prohibiciones penales, de necesidad de pena, de la intervención penal mínima¹⁰⁵, o de necesidad a secas.

El *principio de proporcionalidad en sentido estricto* implica verificar si la limitación al derecho fundamental se encuentra o no en una relación razonable con la importancia y la significación del derecho fundamental.

Un concepto se puede indicar que una vez aceptada la idoneidad y la necesidad de una medida restrictiva de los derechos fundamentales, se debe precisar —mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de interés, según las circunstancias del caso en examen—, si el sacrificio de intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés colectivo que se trata de salvaguardar; en otras palabras: se debe realizar una prueba de proporcionalidad encaminada a precisar si el medio se encuentra en una relación adecuada (justa o razonable) con el fin perseguido¹⁰⁶, de donde se infiere que si el sacrificio resulta excesivo la medida deberá considerarse inadmisibles, aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad¹⁰⁷.

D. Principio de la teleología de las sanciones penales

Cuando el juez atribuye al transgresor de la ley una sanción criminal (pena o medida de seguridad) lo hace con un objetivo, animado por una finalidad vinculada con el programa político criminal que la organización estatal se propone llevar a la realidad; es de tal trascendencia dicha exigencia, que si la imposición de las consecuencias jurídico-penales se librara al

105 **MARTOS NUÑEZ.** (1987). *El principio de intervención mínima*, pp. 99 y ss. citado por **VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando.** (2009); *Ibidem.*, p. 82.

106 **KLUTH.** *Prohibición de exceso*, p. 228, citado por **VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando.** (2009); *Ibidem.*, p. 87.

107 **GONZALES CUELLA SERRANO.** *Proporcionalidad*, p. 225, citado por **VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando.** (2009); *Ídem.*, p. 87.

capricho de cada juzgador, las garantías ciudadanas peligrarían y la seguridad jurídica se vería notablemente menoscabada. Pero de otro lado, el Estado no puede contentarse con la mera tarea de perseguir las conductas punibles, sino que está compelido a velar por la realización de la justicia material a través de la imposición y ejecución de sanciones equitativas, adecuadas al hecho cometido, y de una adecuada ejecución penal¹⁰⁸.

E. Principio del acto

El punto de partida de todo derecho liberal es el antiguo aforismo según el cual *no hay delito sin conducta humana* (nulla iniuria sine actione), de donde surge el llamado principio del acto o del hecho, de la objetividad material o de la materialidad de la acción¹⁰⁹. Este principio tiene una íntima conexión con los postulados de lesividad y culpabilidad.

El derecho penal de acto, por oposición al de autor, pueden otorgársele los siguientes atributos: en primer lugar, esta concepción del derecho punitivo solo impone pena a quien ha realizado culpablemente, un injusto, pues el juicio de exigibilidad dirigido sobre el infractor se basa en el hecho cometido se conforma, pues, la dupla derecho penal de acto-culpabilidad por el acto. Así se desprende del artículo VIII del T.P. del C.P. que consagra el principio de proporcionalidad.

Artículo VIII T.P. C.P. *“La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el **hecho** (...)” (el subrayado es nuestro).*

También ese hecho, además de la responsabilidad, exige la tutela de bienes jurídicos, tal como así lo precisa el artículo IV del T.P. C.P. que consagra el principio de lesividad.

Artículo IV T.P. C.P. *“La pena, necesariamente, precisa la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”.*

108 **VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando.** (2009); *Ibidem.*, pp. 96 y ss.

109 **MANTOVANI.** *Principios*, pp. 51 y ss.

Como vemos se castiga la efectiva lesión de bien jurídico en concreto —no en abstracto—. Por otro lado, el derecho penal de autor vincula la imposición de la pena a la peligrosidad del agente, y el juicio de culpabilidad se funda en que este se ha convertido en una personalidad criminal, por eso se le castiga por la forma como dirige su vida (culpabilidad por la conducción de vida)¹¹⁰.

El derecho penal de acto fue recogido en el texto punitivo de abril de 1991 donde la Comisión Revisora lo proscribió del Proyecto de Código Penal las figuras de la reincidencia y habitualidad que son expresiones del derecho penal del autor señalando que carece de lógica, humanidad y sentido jurídico el incremento sustantivo de la pena correspondiente a un nuevo delito vía la reincidencia o la habitualidad, sin otro fundamento que la existencia de una o varias condenas precedentes y que la aplicación de la misma conlleva una violación del principio *non bis in idem* (nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo delito)¹¹¹.

Sin embargo, esta proscripción no duró muchos años por cuanto el artículo VIII del T.P. del C.P. fue modificado incorporándose un párrafo adicional mediante ley 28730 publicado en el Diario Oficial “El Peruano” en fecha 13-05-06.

Artículo VIII T.P. C.P. “*La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho (...)*” (el subrayado es nuestro). *Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente del delito (...).*

Reestablece así el derecho penal de autor y la reincidencia y habitualidad se positivizan a través de los artículos 46-B y 46-C conforme al texto del Decreto Legislativo No. 1181 de 27 de julio

110 **VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando.** (2009); *Ibidem.*, p. 103. Aquí la versión del autor lo hemos actualizado con los principios del T.P. del C.P. peruano.

111 Véase la última parte de la exposición de motivos del Código Penal peruano de 1991.

de 2015 y el Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad de la reincidencia y habitualidad¹¹².

En conclusión, queda claro que el derecho penal peruano es de acto para los primarios y de autor para los reincidentes y habituales.

F. Principio de lesividad

Principio que está positivizado en el artículo IV del T.P. C.P. Principio de lesividad.

Artículo IV T.P. C.P. *“La pena, necesariamente, precisa la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”.*

La lesividad de bien jurídico se convierte en límite material del ius puniendi por las consecuencias político-criminales por las que excluyen del ámbito de protección penal de objetos que no sean bienes jurídicos; en este entendido el bien jurídico¹¹³, objeto de protección, tiene que revestir la trascendencia o intensidad, caso contrario, estaremos ante un supuesto de atipicidad objetiva.

G. Principio de culpabilidad

Principio que está positivizado en el artículo VII del T.P. C.P. Principio de responsabilidad por culpa.

Artículo VII T.P. C.P. *“La pena requiere la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”.*

Es otro postulado básico del derecho penal acorde con el que *no hay pena sin culpabilidad*, que implica cuatro cosas distintas: En primer lugar, *posibilita la imputación subjetiva* de tal manera que el injusto penal solo puede ser atribuido a la persona que actúa en este contexto jurídico-cultural, pues, el delito sólo es concebible como el hecho de un autor —como producto de

112 **Tribunal Constitucional.** (19 de enero de 2007) Sentencia del Exp. No. 0014-2006-PI-TC. El Acuerdo Plenario. (18 de julio de 2008) N°. 1-2008/CJ-116 estableció directivas sobre la aplicación de la reincidencia y habitualidad.

113 Sobre noción de bien jurídico véase el punto 1.2.2. del presente trabajo.

ello— la sanción debe ser individual o estrictamente personal. En segundo lugar, no puede ser castigado quien obra sin culpabilidad, con lo que *se excluye la responsabilidad objetiva o responsabilidad por el mero resultado*. En tercer lugar, *la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad y su imposición se hace con base en el grado de culpabilidad*, pues hay diversos niveles de responsabilidad que van desde la culpa en sus diversas modalidades, hasta llegar al dolo. Tal principio es congruente con lo dispuesto en el artículo 11° del C.P.

Artículo 11° C.P. delitos y faltas *“Son delitos y faltas las acciones u omisiones **dolosas y culposas** penadas por la ley”*. (el subrayado es nuestro).

En cuarto lugar, *este axioma impone la idea de proporcionalidad como pauta surgida del postulado de igualdad para tasar la pena en concreto*.

Acorde con lo ya dicho, se transgrede este axioma si se *agrava o fundamenta la pena por el mero resultado*, esto es, cuando se castiga al sujeto por lo que ocurre y no por lo que hace; cuando se da vía libre al *versari in re illicita* y se hace responder al autor de todas las consecuencias de su acto —aun las no queridas— siempre y cuando provengan de un obrar ilícito¹¹⁴.

2.2.3. Límites formales al ejercicio del “ius puniendi”

A. El principio de legalidad¹¹⁵

Artículo 2.24.d. Constitución *“Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”*.

114 **VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando**. (2009); *Ibidem.*, p. 129. Aquí la versión del autor lo hemos actualizado con los principios del T.P. del C.P. peruano.

115 **CASTILLO ALVA, José Luis**. (2002). *Principios de Derecho Penal Parte General*, 1ª ed.; Lima – Perú: Gaceta Jurídica, pp. 21 y ss. Aquí resumimos brevemente el principio de legalidad desarrollado por el autor.

Artículo II T.P. C.P. *“Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”.*

Este principio tiene raigambre constitucional y desarrollo positivizado en el T.P. del C.P. Es la garantía penal más importante en el desarrollo del derecho penal contemporáneo. Su vigencia no es exclusiva del derecho penal, sino que pertenece a todo el ordenamiento jurídico en sus diversas disciplinas. En el derecho penal se tiene el histórico monopolio de la ley. Primacía de la ley.

En el Derecho Penal es donde mayor hegemonía y valor cobra la importancia del principio de legalidad. Es innegable que la doctrina y la ciencia penal ayudan a esclarecer y fijar con precisión los contenidos del Derecho Penal permitiendo un tratamiento igualitario y racional.

Además de la reserva de la ley, se destacan otras garantías, una de ellas es la prohibición de la retroactividad, el principio de prohibición de la analogía, la prohibición del derecho consuetudinario, prohibición de indeterminación de la ley penal.

Las ventajas: 1. seguridad jurídica, 2. Fidelidad al derecho, 3 tratamiento igualitario.

B. El principio de legalidad tiene un significado técnico-jurídico y político

b.1. Técnico jurídico: Permite la construcción dogmática del tipo penal, el cual desempeñaría una función fundadora de la antijuridicidad al seleccionar del conjunto de ilícitos los hechos más graves que lesionan o ponen en peligro a los bienes jurídicos más importantes.

b.2. Político: Garantía fundamental de los derechos de los ciudadanos, hecho que explica su constitucionalización y su elevación a un Derecho Humano fundamental.

Desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial hasta la actualidad ha favorecido la filosofía y práctica de los derechos humanos. La realización del principio de legalidad no debe entenderse como una tarea acabada y concluida, sino que ella se renueva constantemente en cada modificación legislativa en el ámbito penal y en cada sentencia de los tribunales de justicia. Cada día el principio de legalidad pasa su prueba de fuego.

C. Fundamento

c.1. Fundamento jurídico-político (democracia y división de poderes):

Las normas jurídicas para ser legítimas deben emanar y ser expresión de la voluntad popular, no deben provenir de un tirano o de un monarca.

En una democracia al parlamento le corresponde dictar leyes, al poder judicial aplicarlas y al ejecutivo cumplirlas.

Hoy sólo se acepta la vinculación del juez a la ley.

Solo el parlamento y su tarea de dictar leyes, como depositario de la voluntad ciudadana, constituye el órgano que debe tener el “monopolio de criminalización”

Del principio de legalidad permite la realización de la naturaleza fragmentaria del D.P.; solo se puede penalizar los injustos más graves del ordenamiento jurídico.

Del principio de división de poderes se obtiene directamente la prohibición de aplicar la analogía *in malam partem* en Derecho Penal (el juez está impedido de inventar delitos o penas). La ley vincula a la sociedad civil.

c.2. Fundamento axiológico: la seguridad jurídica y la prohibición de arbitrariedad

Mediante el principio de legalidad se logra erradicar del D.P. La incertidumbre, el azar, la arbitrariedad y el desamparo.

D. El principio de legalidad no responde a la idea de justicia

La seguridad jurídica cumple dos funciones: función de orientación y función de realización; llegando a su máxima expresión de la certeza ordenadora. Por la función de orientación el ciudadano puede calcular y ponderar riesgos y las cargas a las que se expone en caso decida ir en línea opuesta al mandato jurídico. El ciudadano puede actuar con plena previsibilidad respecto a que, si su conducta está o no prohibida, así como reconoce anticipadamente el quantum de la sanción que le espera.

Mediante el principio de legalidad se logra erradicar de todo el derecho la incertidumbre, el azar, la arbitrariedad y el desamparo.

La seguridad jurídica, es tanto la prohibición de leyes penales indeterminadas y la prohibición de retroactividad.

La única vía idónea de tutelar los derechos individuales, poniéndolos a resguardo de las intervenciones estatales arbitrarias o de la venganza privada, es desarrollando un mecanismo de tipificación abstracto y general, capaz de garantizar una igualdad de tratamiento para todos los ciudadanos.

La seguridad jurídica exige que sea una instancia superior y distinta a los tribunales de justicia la que determine que conductas deben ser consideradas como delitos y han de recibir penas.

c.3. Fundamento jurídico penal: prevención general.

El delito y la pena al encontrarse fijados en una ley permiten afianzar la conciencia jurídica de un pueblo, señalando el núcleo de los injustos más relevantes para el ordenamiento jurídico y para la sociedad.

La ley desempeña una tarea social y pedagógica decisiva en la medida que informa y educa a la población de un Estado

sobre los comportamientos que se tienen por disvaliosos y que, por tanto, deben evitarse.

Facilita una aplicación igualitaria del Derecho pues, frente a casos semejantes comprendidos dentro del sentido literal de la norma el juez debe aplicar la misma consecuencia jurídica (pena o medida de seguridad). La ley traza con precisión los límites de lo ilícito y lo permitido penalmente.

E. El principio de taxatividad¹¹⁶

Una de las consecuencias del principio *nulla poena sine lege* es la exigencia de una ley taxativamente concebida; por eso se dice que no hay delito no hay pena, no hay medida de seguridad sin una ley cierta: *nullum crimen, nulla poene, nulla mensura sine lege certa*.

Es un mandato dirigido al legislador para que la norma penal determine con la mayor precisión posible tanto el supuesto de hecho como la penalidad estableciendo tanto la esencia del ilícito como los límites del mismo.

Cabe realizar una distinción entre *determinación*, que se proyecta al interior de la norma (formulación legislativa delimitada); y *taxatividad*, constituye el obstáculo externo de la norma, impedimento que ella pueda ser referida a hipótesis no contenidas en la formulación normativa abstracta (extender el principio por analogía más allá del sentido literal).

En cuanto al ámbito de aplicación, en toda ley penal las exigencias de determinación serán mayores en la medida que el delito sea más grave y la pena a imponer sea más severa.

Es equivocado el criterio que reduce el principio de determinación de la ley penal a la descripción del supuesto de hecho

116 CASTILLO ALVA, José Luis. (2002); Ob. Cit., pp. 67 y ss. Aquí resumimos brevemente el principio de taxatividad que el autor citado lo denomina principio de prohibición de leyes penales indeterminadas.

típico. El principio también se extiende a la correcta fijación de las consecuencias jurídicas del delito.

Los preceptos de la parte general, por lo común, no se encuentran tan determinados como los tipos de la parte especial. La razón estriba en su propia naturaleza al constituir normas de imputación que deben ser complementadas por el desarrollo jurisprudencial y por los aportes de la ciencia del Derecho Penal. No son reglas de incriminación sino de fijación, graduación o exclusión de responsabilidad que supone, como es lógico, una materia ya incriminada.

En relación a las falacias podemos decir:

No hay determinación de la ley penal como si se tratara de un mandato de absoluta exactitud y de precisión extrema. La determinación de la ley penal es en último término un problema de determinación del lenguaje. Por ello refutando la primera falacia la determinación de la ley penal sólo debe plantearse en la medida que ésta sea posible, según las características de la materia regulada, el desarrollo o precisión del lenguaje en ese contexto de relación o la capacidad de hacerlas precisas.

Tampoco debe entenderse el principio de taxatividad como mandato absoluto de claridad y sencillez. Solo la ambigüedad intolerable que haga un albur puede dar el procedimiento de control constitucional. La determinación es flexible, no rígido. Siempre que se describa el núcleo del ilícito penal.

El principio de determinación tampoco puede ser entendido como mandato de regulaciones casuísticas o pormenorizadas. Precisión no es casuismo.

Tampoco debe entenderse que se excluye del tipo penal elementos valorativos o normativos.

En cuanto a su fundamentación se puede decir:

Es democrática en tanto que solo las leyes claras y precisas tienen legitimidad y vigencia democrática para justificar una intervención jurídica.

Otorga seguridad, dado que solo las normas claras pueden reducir al mínimo la discrecionalidad del juez. Favorece la libertad.

Razones preventivas, en razón de que permite la motivación y fidelidad al derecho de parte del ciudadano.

Razones de flexibilización, lo encontramos en el derecho penal económico y el derecho penal medio ambiental que tienen técnicas de tipificación sumamente abiertas, atendiendo que son delitos de peligro.

En cuanto a la determinación de los tipos el marco debe ser cerrado. Así se tiene tres requerimientos: a) fijación de la clase o índole de pena, b) precisión del tiempo o cantidad de la sanción, c) marco penal razonable el máximo debe ser cerrado. Igual en las medidas de seguridad y consecuencias accesorias.

F. El principio de prohibición de extractividad de la ley penal

Una de las garantías sustantivas emanadas del principio de legalidad, es la que se tiene que ver con el carácter previo de la ley. La prohibición de extraactividad de la ley penal se funda en el hecho de que ésta siempre se dicta para el futuro, obra en el tiempo en el cual nace, cobra vida y se extingue; por ello, no puede aplicarse a los hechos acontecidos con anterioridad a su vigencia (retroactividad), ni puede extenderse más allá de su extinción (ultraactividad). En otras palabras: la ley rige desde el momento de su vigencia (al día siguiente de su publicación. Artículo 109 Constitución) hasta su derogatoria o extinción. Se trata, a no dudarlo de una garantía más para el ciudadano, dado que se le prohíbe al legislador la creación de un derecho penal

retroactivo o ultraactivo, y al juez su aplicación¹¹⁷. Empero es posible la aplicación retroactiva y ultraactiva benigna en atención a lo dispuesto en el artículo 103° de la Constitución y artículo 6° del C.P.

G. El principio de prohibición de la analogía

Art. III del del T.P. C.P establece la prohibición de la aplicación analógica de la ley penal.

Art. III. TP CP “No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde.”

Generalidades:

La analogía en el derecho significa el método de autointegración por el que una regla de ley o de derecho se extiende, por semejanza, a casos no comprendidos en ella (lagunas del Derecho positivo).

La analogía o integración analógica es la comprobación de una igualdad normativa entre dos casos que no son completamente iguales, pero que lo son en grado suficiente para que el régimen jurídico de uno deba ser igualmente al del otro.

Un método de integración jurídica mediante el cual la consecuencia de una norma jurídica se aplica a un hecho distinto de aquel que considera el supuesto de dicha norma, pero que le es semejante en sustancia. (Rubio Correa)

Por el principio de legalidad, el juez está sujeta a la ley, con ello otorga seguridad jurídica, impide la arbitrariedad y consagra la división de poderes; por ello, el juez sólo debe sujeción a las leyes creadas por el Parlamento.

117 **VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando.** (2009); *Ibidem.*, p. 159. Aquí la versión del autor lo hemos actualizado con los principios del T.P. del C.P. peruano.

Existe un recíproco condicionamiento entre el principio de legalidad y de taxatividad: pues a menor taxatividad, mayor peligro de recurrir al procedimiento analógico; y, a la inversa.

La aplicación analógica (trascendencia de supuestos), está prohibida como consecuencia del principio de legalidad.

El sentido de la ley sólo puede expresarse en palabras. Éstas son la materia básica de la interpretación y por eso debe respetarse en todo caso el 'sentido literal posible' como límite extremo. Lo que se ubica al otro lado de ese límite constituye ya una creación jurídica complementaria que metódicamente no puede seguir denominándose interpretación. (Jescheck, Hans)

La interpretación analógica, está permitida dentro de los alcances del mismo contexto normativo que regula para un determinado supuesto. Cuando la fórmula legal abstracta no puede contener en la fórmula legal todos los supuestos hipotéticos. La interpretación analógica ayuda a cerrar el tipo. V.gr. tipos culposos (supuesto: *El que por culpa o lesiona...* (C.P. art. 124); como su descripción o naturaleza es abierta, es necesario interpretar), es distinto del art.106 del C.P. "*El que mata.*" que describe una conducta prohibida.

Otros principios limitadores se encuentran en el ámbito del proceso penal y estos son: el debido proceso legal, del juez natural y la prohibición de la doble incriminación, los mismos que tienen un enjundioso desarrollo por la doctrina procesal y por esta razón, para los fines del presente trabajo de contenido dogmático, solo nos limitamos en enunciarlo.

**TERCERA PARTE:
CONTROL SOCIAL, CONTROL PENAL**

3.1. Control social

El hombre por naturaleza es un ente social; precisamente esta característica lo ha acompañado desde los albores del origen del hombre primitivo e instintivamente creaban reglas que, en principio, les permitían sobrevivir y luego protegerse colectivamente de las inclemencias de la naturaleza, de otros grupos tribales e incluso de alguno de los integrantes del mismo grupo, cuando alguno de sus integrantes amenazaban la existencia del grupo; así el hombre primitivo evolucionaba, como también evolucionaba las reglas de convivencia y sus sanciones por el quebrantamiento de dichas reglas hasta llegar a construir y establecer el Estado como una forma de sociedad organizada en la que también ha creado sus propias reglas de coexistencia social y sus sanciones.

En este contexto el orden social se construye constantemente por el hombre en su relación con los otros hombres, de acuerdo a la concepción del mundo imperante en cada momento histórico. Para asegurar el mantenimiento de ese orden social se establecen una serie de reglas de conducta (normas sociales) y también mecanismos para asegurar esas reglas de conducta (el control social)¹¹⁸.

118 **ZUÑIGA RODRIGUEZ, L.** (2000). *Política Criminal*. Madrid: Editorial Colex, cit. p. 133, citado por **PEÑA CABRERA FREIRE, Alonso Raúl.** (2004). *Derecho Penal Parte General*; Lima: IDEMSA, p. 43.

En toda sociedad existe una estructura o un sistema que permite la co-existencia entre quienes la integran; esa forma de convivencia se denomina orden social y está constituido por reglas, principios y maneras de actuar, transmitidos por la tradición y que es fruto de los particulares requerimientos de los miembros de esa sociedad de sus costumbres, de su religión, cultura, aspiraciones y demás circunstancias¹¹⁹.

El control social es el mecanismo por el cual los miembros de una determinada comunidad ordenan su vida en común, a través de ciertos patrones o valores comunes, disponiéndose sanciones a los transgresores, indispensable para estabilizar una vida de acuerdo a intereses comunitarios¹²⁰.

El control social puede ser informal y formal. El control social informal se advierte en toda sociedad, cuando cuenta con unos dispositivos o reglas sociales de autodefensa que suelen ser suficientes para resolver conflictos cotidianos de escasa importancia. A pesar de que actúan con cierta espontaneidad y sin someterse a procedimientos formales, estos mecanismos tienen probada eficacia, Sus portadores o agentes son la familia, la escuela, la pequeña comunidad, la opinión pública el trabajo, los gremios de profesionales, los centros religiosos, la escuela, el colegio, la universidad, los sindicatos, el deporte, la vecindad, el barrio, los partidos políticos, los medios de comunicación masivos, la actividad artística, la investigación científica etc.,¹²¹ en cuya interacción social dentro del proceso de socialización generan sus propias reglas sociales, sus propios sistemas normativos y establecen sus sanciones que aplican al individuo que afecta las reglas sociales ya establecidas, cuyo comportamiento se desvía de las expectativas del grupo. En algunos casos crean su propia organización social represiva como son las rondas

119 **GARRIDO MONT, M.** *Derecho Penal Parte General*, cit, p. 26, citado por **PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.** (2004); Ob. cit., p. 43.

120 **PEÑA CABRERA FREIRE, Alonso Raúl.** (2004); *Ibidem.*, p. 55.

121 **ZAFFARONI, Eugenio Raúl.** (1986); *Ibidem.*, p. 25.

campesinas o urbanas quienes se encargan de vigilar el orden en la colectividad y ejecutan las sanciones impuestas, los mismos que tienen un alto contenido aflictivo.

Las sanciones informales que pueden ser: desaprobación de la familia o de sus padres, rechazo del entorno, aislamiento por parte del vecindario y de la pequeña comunidad, pérdida del puesto de trabajo, etc., producen un efecto preventivo disuasivo inequívoco¹²².

En este proceso de socialización, la familia y la escuela cumplen los roles más importantes; la primera encargada de una formación nuclear y la segunda del proceso de aprendizaje en la que el niño no solo asimila conocimientos sino aprende modelos de comportamiento, reglas sociales, pautas de conducta y sanciones sociales para los transgresores, internaliza prohibiciones establecidas en la ley penal; vale decir respeto a los valores o bienes jurídicos más importantes.

En suma, el control social informal actúa sobre la psicología del comportamiento de los individuos, quienes adquieren determinados valores y patrones de conducta que se adquieren en la familia, escuela, medios de comunicación, etc.

En tanto que el control social formal se manifiesta de manera institucionalizada como ejercicio del poder punitivo estatal, es vertical e impone imperativamente cumplir con los patrones de conducta cuya infracción supone el quebrantamiento de normas y desencadena una reacción jurídica institucionalizada. Es más directo y coactivo, su presión se ejerce a través de medios y órganos públicos institucionalizados (el derecho y órganos que dictan y aplican las normas jurídicas). Dicho control social no acepta ninguna contradicción a sus postulados de convivencia y quien no acata las reglas o la quebranta, ingresa, irremediablemente, al complejo laberinto de la represión. Se vale del sistema penal (policía, fiscales, jueces, personal penitenciario, etc.,).

122 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (1986); ídem., p. 25.

El control social penal, es un subsistema en el sistema de control social formal y del control social. El derecho penal representa solo uno de los sistemas normativos existentes. La infracción legal contiene nada más que un elemento parcial de todas las conductas desviadas imaginables, la pena significa la opción por una de las sanciones disponibles¹²³.

El control penal como modalidad del llamado control social “formal” entra en funcionamiento cuando han fracasado los mecanismos primarios del control social informal que intervienen previamente y la desviación de las conductas tienen un efecto lesivo mayor que resulta necesario la intervención del Estado.

En este orden social, el derecho penal es el instrumento de control social para ser usado en todo proceso de criminalización. Es una forma de control social que tiene una naturaleza secundaria, es decir, es la “*última ratio legis*” y actúa cuando los otros medios de control social resulten insuficientes¹²⁴.

El control penal de la sociedad, es pues, una expresión del poder estatal: El “IUS PUNIENDI”. Y por consiguiente todo acto de control penal es un acto político. Es decir, obedece a la necesidad política de producir determinados efectos en el ambiente social y en las relaciones sociales; por consiguiente, cada Estado y en cada Gobierno se reconoce una política penal específica. Política penal que se compone por todas aquellas estrategias que se valen del control penal para alcanzar las metas del Estado, y con ello se entiende que el derecho penal sólo es un conjunto de decisiones políticas del Estado, que responde a una determinada ideología y modelo de desarrollo.

123 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (1986); Ídem., p. 25.

124 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. (2006). *Derecho Penal. Parte General*; Lima – Perú: Editorial Grijley, p. 8.

El sistema de Control Penal se manifiesta y se ejerce a través de dos sub-sistemas: el tecnológico y el organizacional.¹²⁵

El derecho penal es un medio de control social, constituyendo apenas una parte minúscula de éste, y como parte del Derecho en general, es utilizado para controlar, orientar y planear la vida en común, estableciendo ciertos comportamientos que no deben ser realizados y otros que sí deben ser ejecutados, cuya inobservancia se recurre a la amenaza de una sanción.

Como hemos dicho la actividad punitiva constituye uno de los dominios en que el Estado ejerce su poder, con el fin de establecer o conservar las condiciones necesarias para el normal desenvolvimiento de la vida comunitaria.

Este ejercicio de la actividad punitiva del Estado denota preocupación toda vez que a su presencia real se afecta derechos fundamentales (pena: privación o restricción de derechos). Actividad punitiva que se manifiesta materialmente con la pena, y por cuya razón nace la preocupación de establecer límites a este poder que afecta los fundamentos mismos del derecho penal que trata de mediatizar mediante el estudio del fin y naturaleza de la pena.

Históricamente, el control social formal corresponde a una función del Estado que data su aparición en el siglo XVI,¹²⁶ como Estado moderno y organizado políticamente ejerciendo una función promotora y tuitiva de un determinado orden social, legitimando y defendiendo un determinado modelo de sociedad

125 El subsistema tecnológico está compuesto por las normas legales y los procedimientos funcionales (Códigos, leyes especiales, jurisprudencia).

El subsistema organizacional comprende los órganos y los organismos públicos (Policía, Ministerio Público, Poder Judicial y Administración Penitenciaria).

Sobre el particular véase **PRADO SALDARRIAGA, Víctor**. (1990). *Derecho Penal y Política*. Lima: EDDL, pp. 16 y ss. (gráfico). También **ZAFFARONI, Eugenio Raúl**. (1986); ídem, pp. 25 y ss. donde distingue el control social más o menos difuso y control social específico o institucionalizado.

126 Sobre control social como función del Estado véase **PRADO SALDARRIAGA, Víctor**. (1990). *Derecho Penal...*; Ob. Cit., pp. 11 y ss.

y de un concreto programa de desarrollo social, conjuntamente con su ideología y o su estructura socio económica.

En el Estado Absolutista el control social tiene una proyección divina, una necesidad de orientación del individuo hacia Dios y hacia su salvación (quema de herejes). Control que les total y centralizado exclusivamente en el soberano, no existiendo límite ni defensa frente a él.

En el Estado Liberal, el control social se centra con la defensa del contrato social por el surgimiento de la burguesía con las ideas de igualdad y fraternidad imperantes en la época del iluminismo.

En el modelo social liberal, el Estado es relegado a un nivel de guardián de la reproducción de capitales y del mercado libre del trabajo que son manifiestamente sus componentes.

En el Estado social de Derecho se asume que el control es una vía de mantenimiento del consenso ciudadano. Es, pues, un medio de lograr la democracia formal, de afirmar los planes y opciones que triunfan en las ánforas y que se resumen de algún modo en la Constitución. Quien no responde a este consenso social es un desocializado y debe ser disciplinado, amoldado merced a un tratamiento resocializador. Dentro del Estado del Bienestar, el control cumple así una función simbólicamente positiva: resocializar al delincuente, reeducarlo, hacerlo apto para la vida en comunidad. Concretamente que respete la estructura, los objetivos y las políticas de desarrollo del sistema. La Constitución de 1993 y el código de ejecución penal de 1985-1991, el código penal de 1991 sigue tal concepción.

El Estado está material y formalmente facultado para imponer a la colectividad su modelo y objetivos sociales. En tal sentido posee los medios coactivos y sancionatorios que posibiliten controlar cualquier disidencia y mantener la hegemonía de sus intereses de desarrollo social. Uno de esos medios de defensa de la primacía ideológica y política de los objetivos del Estado es el Control Social (Muñoz Conde).

CUARTA PARTE

LA PENA: SU EVOLUCIÓN EN LA HISTORIA DEL DERECHO PENAL Y SU PARALELISMO EN LA HISTORIA UNIVERSAL¹²⁷

127 Este capítulo reproduce en muchos trabajos importantes de distinguidos juristas, como la importante tesis del Dr. **ROY FREYRE**, Luis E. (1962). *Trayectoria del Derecho Penal* que, para optar el grado académico de Doctor en Derecho Público, presentara en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; Lima- Perú. Así como el de **JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis**. (1956); Ob. Cit., el Título referente a la Historia del Derecho Penal y Legislación Penal Comparada, pp. 231 y s.s. En lo correspondiente al Derecho Penal de la Edad Antigua se toma los trabajos de Ladislao Thot, citados por **ZAFFARONI, E. Raúl**. *Tratado de...*; Ob. Cit., Capítulo "Los Sucesivos Horizontes de Proyección de la Ciencia del Derecho Penal (La Historia de la Legislación Penal), pp. 317 y s.s. Igualmente los estudios de **TIEGHI, Osvaldo**. (1989); Ob. Cit., pp. 494 y ss., en el capítulo correspondiente a Penología y Derecho Penitenciario y el sub tema de Desarrollo Histórico de la Pena. Asimismo, los trabajos de **MAKAREWIXZ, Juliusz**. (1907). *Evolución de la Pena*. Madrid, pp. 1 y s.s. Como **LOPEZ – REY ARROJO, Manuel**. (1947); *Ibidem.*, pp. 103 y s.s. y finalmente los que contiene la **Enciclopedia Jurídica OMEBA**. (s. f.); *Ibidem.*, pp. 963 y s.s.

4.1. Panorama general (una breve aclaración)

En el estudio de las ideas penales, desde la perspectiva histórica, resulta difícil marcar cada una de las etapas o períodos del derecho penal o períodos del derecho penal hasta los actuales tiempos; y más difícil estudiarlo conforme a los hitos y acontecimientos que marcaron cada una de las etapas de nuestra Historia Universal; porque, si bien es cierto que cada uno de estos acontecimientos históricos influyeron en la evolución del pensamiento penal de su época y resultaron definitivos para la Historia Universal, no puede decirse lo mismo en el derecho penal; por ello, “no debe pensarse que agotado el principio animador de un período sucede a aquél un nuevo principio único inspirador de la justicia penal en el ciclo siguiente, no, estos períodos no se suceden por entero, ni cuando uno aparece puede considerarse extinguido el precedente, por el contrario, en cada uno si bien culmina una idea penal predominante, conviven con ellos otros no sólo diversas sino hasta contrarias...”¹²⁸ menos puede pensarse que a cada época de la Historia Universal, le corresponde un determinado período histórico del derecho penal o se sucediera en ella una idea penal predominante; por ello, no debe identificarse un período histórico del derecho penal con otro período de la Historia Universal, porque pueden o no pueden coincidir.

128 CUELLO CALON, Eugenio. (1980); *Ibidem.*, p. 58.

Los historiadores de esta ciencia suelen afirmar que hasta el presente momento pueden señalarse hasta cinco períodos históricos: el de la venganza privada, de la venganza divina, de la venganza pública, el período humanitario y el período científico¹²⁹ y en cada una de ellas encierra una complejidad que es propia del género humano al que no penetramos, porque constituye un estudio, aún no agotado por los juristas estudiosos de esta ciencia.

Aquí se pretende estudiarlo con un breve panorama general, suficiente como para comprender que lo que en otras épocas fue ley y objeto de estudio de la ciencia del derecho penal, hoy no lo es, dado a la evolución misma del concepto del hombre hecho por el mismo hombre, de su razón de ser como persona, con autonomía y que se va descubriendo en permanente pugna consigo mismo. Fenómeno humano que siempre está presente en el derecho penal y con él, el de la pena.

Sin embargo, seguimos una preocupación que nos hace llegar Zaffaroni donde la historia del derecho penal “es uno de los más sangrientos de la historia, que muy probablemente haya costado a la humanidad más vidas que todas las guerras juntas y que es susceptible de herir más nuestra sensibilidad actual que la misma guerra, puesto que ésta, al menos dentro de sus cánones tradicionales, no responde a la tremenda frialdad, premeditación y racionalización que caracteriza a las crueldades y aberraciones que se registran en la historia de la legislación penal”.¹³⁰

Cabe advertir finalmente que no se debe confundir la historia del derecho penal con la de las ideas penales, puesto que éstas últimas, por trascendentes que hayan sido, no siempre se reflejaron en las legislaciones penales, menos fueron aceptadas de inmediato o acaso impuestas; pero sí es cierto que estas ideas penales alcanzaron mayor trascendencia, quedándose

129 Sobre los distintos períodos que establecen los juristas, véase **JIMENEZ DE ASUA, Luis**, (1956). *Ibidem.*, p. 231.

130 **ZAFFARONI, Eugenio Raúl**. *Tratado...*; *Ibidem.*, p. 318.

rezagado la legislación penal, fenómeno que parece repetirse en la actualidad.

4.2. La pena en los tiempos primitivos

Es un hecho históricamente comprobado que desde el momento en que el delito es concebido como un acto contrario al interés individual o al interés social, es cuando surge aparejada al delito, la idea de castigarlo, reprimirlo por medio de una reacción que recibe el nombre de pena.

Anotamos que los conceptos de delito y pena, así como los que imponían la correspondiente sanción, no han sido uniformes en el transcurso de la historia de la humanidad, conforme lo hemos aclarado. Es más, el derecho penal de los tiempos primitivos, no siempre es considerado como tal por algunos autores que renuncian al estudio de esta problemática, afirmando que ésta no pertenece al estudio de la legislación penal, sino a la antropología cultural.¹³¹

Corresponden a esta época la venganza privada, la venganza divina, la venganza pública y el período humanitario, donde los dos últimos no guardan un equilibrio paralelo con la Historia Universal, constituyendo ambas subdivisiones como primitivas en el pensamiento del derecho penal.

4.2.1. Venganza privada

Durante la época primitiva, el hombre primitivo no rigió su conducta conforme a los principios de causalidad y de conciencia del yo, pero su reacción instintiva le hacía entender el delito y la pena, que se manifiesta mediante prohibiciones primitivas a cuyo quebrantamiento correspondía una reacción

131 **ZAFFARONI, Eugenio Raúl**; no acepta su estudio y comienza comprendiéndolo desde la Época Antigua con las Grandes Culturas; véase su *Tratado...*; *Ibidem.*, p. 32.

primitiva, legítimamente realizada. Aquí aparece la idea primitiva de la pena, porque desde que se tiene la idea primitiva del delito, concebida así por el hombre primitivo, surge como su consecuencia e históricamente aparejada a él la idea de castigarlo, naciendo con ello, la idea de la pena.

Durante la venganza privada, la injusticia era concebida como la afrenta, el ataque a los intereses del ofendido y de sus parientes; por tanto, la reacción contra el acto, estimado criminoso, estaba reservada, como lógica consecuencia propia que incluía también la reacción de la familia y como lo indica Steinmetz, fue la ciega reacción del ofendido contra la primera persona o cosa que se hallara a su alcance, encontrándose la raíz de la pena en el instinto de conservación del individuo.

La pena en la psique primitiva de la humanidad revestía un carácter mágico-religioso. Del Totem y Tabú se derivaron toda clase de formas retributivas: el hechizo, que consiste en ejecutar un acto para que se produzca el resultado querido (como pintar el animal que quiere cazarse); el tabú, que estriba en acarrear desgracias si se realiza la cosa prohibida, ocurriendo esto en las organizaciones tribales.

Las tribus consideraban su territorio como un lugar inviolable y la infracción cometida dentro de este tenía que ser castigada drásticamente; constituyendo también el sistema de la venganza privada, el derecho de la tribu ofendida para declararle la guerra al ofensor. La ofensa podía ser personal o a todo el grupo.

Esta venganza era practicada inicialmente de individuo a individuo para luego extenderse al grupo familiar, y trascendiendo este ámbito entonces la primera reacción era colectiva (lapidación) apareciendo con él el carácter mágico-religioso y la indisolubilidad entre la violación del tabú y la retribución, donde se es responsable por el mero resultado dañoso. El tabú violado exige la expiación que alcanza hasta a los objetos inani-

mados y las bestias que debían responder al mal que produjeron, teniendo con ello la pena un carácter y una responsabilidad objetiva extrema. Luego trasciende a una reacción de tribu a tribu donde la ofensa era considerada en contra de la tribu y al interior de la organización tribal era el jefe quien usó penas para cumplir su misión que generalmente fueron corporales.

Se conoce también en este período la venganza de la sangre, que se produce en los hechos graves que asume carácter colectivo, siendo un derecho y un deber a la vez de la familia que puede alterarlo, cuando se trata de agravios menores, sea con el pago de una multa, o golpeando o azotando al culpable. Esta venganza —obligación religiosa y sagrada— se traduce en la reacción de los miembros del clan ofendido, quienes persiguen al que ha cometido el daño y lo castigan por mano propia. Poco a poco este derecho se va restringiendo y sólo comprende a los parientes más próximos.

En esta etapa las tribus conviven unidas por vínculos de sangre, apareciendo dos géneros de pena igualmente primitivos: a) el castigo de un miembro de la tribu, que a su interior haya cometido una infracción en contra de ésta o de uno o varios de sus miembros; presentándose aquí la pena como una “expulsión de la comunidad de la paz; b) el castigo que se ejerce de tribu a tribu como venganza colectiva, porque un extranjero haya ofendido a un miembro de otra tribu o a la tribu misma, castigo que termina con la desaparición de una de las partes contendientes.

Como vemos, en esta época de la venganza privada, la justicia se distingue por la afrenta al ofensor y a sus parientes para luego adquirir carácter colectivo; cualquiera podía hacerse justicia por su propia mano. Significaba la reacción del individuo en algo que afectaba a su conservación individual en un inicio y colectiva después.

Enrique Ferri —citado por Santiago Benítez—¹³² estima que a esta fase es más propio designarlo con el nombre de “venganza defensiva”, porque es el instinto de conservación el que dicta las actitudes defensivas, el que alimenta y guía la reacción, en donde radica la esencia de la represión como hecho natural.

Esta venganza individual, como vemos, tiende inevitablemente a la exageración. El ofendido obedece a un resentimiento y reacciona desproporcionadamente contra el ofensor, y como el exterminio de éste, incluso de sus familiares, debilita la tribu, expuesta a continuas guerras con las tribus vecinas; y así adquiriendo carácter colectivo, surge la imperiosa necesidad de poner un límite a la venganza privada. Es así como nacen originariamente las instituciones del “talión” y de la “composición”, como formas históricas de penar.

Con la institución del “talión” constituye una expresión bárbara de la justicia donde el “ojo por ojo” y el “diente por diente” representaba un gran proceso social. En cambio, la “composición” aparece como una forma conciliadora de penar donde en un inicio al perturbador de la paz pública y a los suyos a pesar de la violación del derecho, se le otorga la paz legal, particularmente en los casos menos graves que consistía con una prestación en metálico para la comunidad (dinero de la paz). Pero la enardecida venganza de sangre entre las tribus que se negociaba en un inicio, se convierte después en obligatoria. Así nace el segundo grado en el desenvolvimiento de la pena: “el sistema de composición (de componerse, arreglar, conciliar), que era una prestación en metálico o en especies que hacía el ofensor para conseguir no ser perseguido por la venganza de sangre del clan o del individuo ofendido.

132 BENITEZ SANCHEZ, Santiago. (1958); *Ibidem.*, 7 y s.s.

4.2.2. Venganza divina

Este período aparece en un momento en que la ley de la división del trabajo, impone a las comunidades, ya muy numerosas, donde el ejercicio del poder se reparte entre distintos jefes, asumiendo la clase sacerdotal la administración de la justicia penal.

La pena toma en esta fase un carácter distinto del que presenta en su primera época. Deja de ser la venganza privada la que surte sus efectos, la que, por el contrario, cede a la venganza divina, el imponer al autor del delito la correspondiente sanción, para delitos dirigidas fundamentalmente a infringir los intereses comunitarios, la pena adquiere así la categoría de una retribución impuesta por la comunidad, donde la administración de la sanción recae en los sacerdotes que se convirtieron, en casi todos los pueblos primitivos, en los encargados de administrar la justicia. El derecho penal adquiere de esta manera un carácter divino y, en cierto modo, la pena impuesta venía a constituir no sólo una reparación, sino también una venganza de naturaleza divina; porque la función penal se ejercita en nombre de Dios, se juzga en su nombre; las penas se imponen para que el delincuente expie su delito; se aspira a que la divinidad ofendida por el mal del delito, deponga su indignación y se sacrificaba al delincuente en su holocausto.

4.2.3. Venganza Pública

Con el transcurso del tiempo, surge en la comunidad un órgano capaz de imponer una pena en nombre de un poder, que se encarna generalmente en un jefe o asamblea. Entonces la pena pierde su índole sacra para transformarse en una sanción impuesta en nombre de una autoridad pública, representativa de los intereses comunitarios. Es la venganza pública, donde surge como criterio de equilibrio, entre el daño que el delito significa y la pena que se ha de imponer.

En este período, la represión penal se propone la intimidación como medio de prevención y defensa de los intereses sociales, considerándose legítimos todo lo que conduzca a este resultado. Se opera el retorno a la multiplicidad de las penas y a su exacerbación con suplicios terroríficos. La pena de muerte se refinó en crueldad, quemándose vivo al delincuente. Se aplicó la rueda, la estrangulación, el entierro en vida, el saco de cuero para ser arrojado al mar, la extracción de las vísceras, las tenazas, el aceite hirviendo, el plomo derretido, la dispersión de las cenizas, la marca y los azotes. El amarrar el cadáver de la víctima a las espaldas del delincuente, del que no se podía separar; reaparecieron la mutilación y los azotes; se extendió la confiscación, la infamia se impuso como pena principal, dejando su señalamiento al arbitrio del juez; estas penas bárbaras en estas primeras épocas también se manifestaban en las marcas realizadas con hierros candentes en el cuerpo de los delincuentes, que llevaba también la finalidad de señalarlos públicamente, la mutilación de miembros, la introducción en canastas cerradas en compañía de animales diversos, la horca, la sepultura bajo tierra del delincuente vivo, etc. y las cárceles inspiraban horror.

Este criterio punitivo cruel, se hacía con notoria característica infamante, con un propósito cruelmente retribucionista y a la vez intimidatorio, que iban desde la inusitada publicidad de la sentencia condenatoria hasta el paseo del penado desnudo y montado sobre un jumento, o la pública y obligada confesión en alta voz en la plaza pública en medio de la multitud curiosa.

En este periodo “la represión penal aspira a mantener, a toda costa, la paz y la tranquilidad social, fin que se intenta conseguir mediante el terror y la intimidación que causan la frecuente ejecución de duras penas. Este es el ciclo en que aparecen las leyes más severas y crueles, en que se castigan con la mayor dureza no sólo los crímenes más graves, sino hasta hechos muy indiferentes, como los delitos de magia y hechicería, que se juzgaban por tribunales, especiales con el rigor más

inhumano. Para luchar contra la criminalidad desbordante de aquellos tiempos el poder social no vaciló en aplicar las penas más crueles, la de muerte acompañada de formas de agravación espeluznantes, las corporales consistentes en terribles mutilaciones, las infamantes, las pecuniarias impuestas en forma de confiscación. La pena para algunos delitos trascendía a los descendientes del reo, y durante cierto tiempo de generaciones formaban éstos una casta aparte desprovista casi de derechos. Ni la paz de las tumbas se respetaba, se desenterraban los cadáveres y se les procesaba; reinaba en la administración de justicia la más irritante desigualdad, a los nobles se imponían penas suaves, para los plebeyos se reservaban los castigos más duros. Por último, dominaba la más completa arbitrariedad, los jueces y tribunales tenían la facultad de imponer penas no previstas en la ley, incluso podían incriminar hechos no penados¹³³ extendiéndose, todo ello, hasta las vísperas del siglo XIX.

Se conoce en los inicios de la venganza pública, una forma histórica de penar: “el talión” que aparece con mayor fuerza al consolidarse el gobierno patriarcal y cuando se tiene las primeras manifestaciones del Estado, como fuente del poder y de coerción sobre el grupo (3,500 a.C.), donde la noción de la pena pierde su nota de mágico-religioso, al existir una autoridad temporal y humana que sancionaba en representación de la colectividad.

La ley del talión se funda en el principio “diente por diente y ojo por ojo”, que limitaba el exceso de la venganza privada. Este principio consistía en compensar al agraviado con un daño igual o equivalente al causado por el ofensor; es decir la gravedad de la pena infligida por la autoridad pública (Estado), comienza a graduarse por la gravedad de la lesión; en realidad exige la reciprocidad de daño, limita la venganza, puesto que no permite que se llegue más allá del daño causado, (se mata cuando se ha matado, se le castiga a devolver el doble de lo robado, para causarle un perjuicio económico tan grande como

133 CUELLO CALON, Eugenio. (1978). *Derecho Penal*, T. I., 3ª ed.; Lima, p. 239.

el pretendido). Esta llamada ley del talión es considerada según San Isidoro —citado por Jiménez de Asúa— como la “similitud en la venganza, a fin de que cada uno padezca totalmente como lo hizo”,¹³⁴ sin embargo —como sostiene Bramont—¹³⁵ no se trata propiamente de una pena, sino de un instrumento moderador de la pena, de un sistema penal con arreglo al cual la justicia talional imponía al infractor un daño igual o equivalente al que había causado.

La justicia del sistema talional radica precisamente en su objetividad. Era eminentemente un derecho penal de resultado que apuntaba, casi exclusivamente, a la consecuencia de la conducta criminal para retribuir a su autor con un castigo equivalente.

La venganza pública aparece como la actitud asumida por la sociedad políticamente organizada frente al fenómeno de la delincuencia, por encima de la autoridad sacerdotal, habiendo tenido una primacía ya sea en forma franca o disfrazada, durante un largo período de la humanidad.

4.2.4. Periodo humanitario

Con la advertencia hecha al inicio de este capítulo¹³⁶ haremos una breve referencia a este período humanitario del derecho penal.

El período humanitario nace como una reacción contra la arbitrariedad de la administración de justicia penal y contra el carácter atroz de las penas y administración de justicia. A la impotencia del poder político que sintetizó el despotismo de la entidad estatal, se opuso los derechos del individuo; a la arbitrariedad se opuso la razón; a la determinación caprichosa de los

134 **ISIDORO**, citado por **JIMENEZ DE ASUA, L.** (1956), T. I.; *Ibidem.*, p. 239.

135 **BRAMONT ARIAS, Luis.** (1978); *Ibidem.*, p. 89.

136 Advertencia hecha en el rubro 2.1. del presente trabajo con el sub tema Panorama General.

delitos y de las penas se opuso la fijación legal de las conductas delictivas y de las sanciones, a la ferocidad de las penas se opuso una pérdida de benignidad en la imposición de las mismas.

Aquí se coloca al hombre frente al Estado, constituyendo su punto de partida de esta evolución humanitaria el libro de Beccaria: “De los delitos y de las penas”, que conmovieron la conciencia de los pueblos y coincidiendo con él se encuentran Howard y los hombres de la Revolución Francesa, que con sus esfuerzos habrían de dar base a los precursores de la Escuela Clásica, que significa la culminación de la tendencia humanista.

Como resultado de este movimiento se consagran en los textos punitivos, el principio de la legalidad de las penas, refiriéndose al arbitrio judicial; el de la individualidad y personalidad de las penas; el de la proporcionalidad entre el delito y la pena; igualdad de la pena para todos los delincuentes por el mismo delito; y la supresión en la personalidad, de todo lo que parezca contrario a la persona humana aún en el delincuente.

Pero no obstante ello durante mucho tiempo tuvo que existir penas durísimas expiatorias del delito, con fines retributivos y de prevención general, donde se utilizaba al delincuente en provecho del Estado, conforme así lo demostraremos más adelante y en los capítulos correspondientes.

4.3. La pena en la Edad Antigua

Un estudio del derecho penal de la Edad Antigua nos remite necesariamente a las principales culturas que en tal período histórico, simbolizaron el más alto grado de adelanto cultural, constituyendo para el derecho penal su más remota fuente doctrinaria, cuya característica ya no es una concepción mágico-religiosa, sino mucho más racional y de adelanto cultural; pero no encontraremos en ella un derecho penal como hoy lo concebimos, ni siguiera en tiempos posteriores —e incluso en las épocas próximas a las nuestras—.

El derecho penal de estas culturas lejanas se desarrolló en gran parte de la edad antigua, edad media y aún a la moderna europeas, por eso obedece el propósito de denominársele “culturas lejanas”.¹³⁷

4.3.1. En el derecho penal antiguo

4.3.1.1. Babilonia

En Babilonia se tiene el Código de Hammurabi, hallado en 1901 y 1902 en la ciudad de Susa, que contiene grabaciones de piedra que consta de 250 artículos de ley, escritos en 46 columnas que contienen cerca de 3,600 líneas de texto. Este momento fue erigido entre los años 40 y 43 del reinado de Hammurabi (2,083 A.d.C.). No constituye en sí un código sino una recopilación de decisiones del rey.

Contempla este código disposiciones acerca de hechizos y sortilegios, injurias contra los testigos, soborno de testigos, robos, golpes y heridas, esclavos.

Su condición de Estado monárquico-religioso, poseía al mismo tiempo dos autoridades para casos civiles y penales: tribunales eclesiásticos y tribunales civiles, donde los datos de un asunto penal eran redactados por el escriba en un acta especial donde constaba el nombre del acusado, de los testigos. El proceso era estrictamente solemne.

Cuando el delito era de carácter lesivo para el orden moral y social, la pena era de muerte. Se penaba con la muerte al ladrón del tesoro de un templo o de un palacio, al vendedor y encubridor de objetos robados, al que reivindicaba sin prueba un objeto robado, etc. Una variante de esta pena era la pena de agua que consistía en el ahogamiento, que se aplicaba a la mujer

137 **AFFARONI, E. Raúl.** *Tratado...*; *Ibidem.*, pp. 319 y ss.

adúltera y su cómplice, para el suegro y la nuera que tienen relaciones incestuosas, etc. También existía la pena de fuego, que se aplicaba a la madre y al hijo convictos de incesto, a la sacerdotisa que frecuentaba la compañía de hombres, al hombre que robaba aprovechándose de la confusión como causa de un incendio. El castigo estaba dirigido a sancionar la inobservancia de la moral y las buenas costumbres.

4.3.1.2. China

Los orígenes de la legislación penal china se pierden en confusión con la leyenda, porque todo el antiquísimo Derecho chino está imbuido del carácter sagrado, y las penas terrenales eran seguidas de castigos de ultratumba.

Se tiene en el primitivo Derecho chino, junto con los Miao, las cinco penas: amputación de la nariz, amputación de las orejas, obturación de los orificios del cuerpo, incisiones en los ojos y muerte. Luego con el mítico Emperador Seinü, predomina la venganza y el talión y cuando éste último no se aplicaba se recurría aun talión simbólico por el que por ejemplo a un ladrón se le amputaba las piernas, la pena de muerte se ejecutaba por decapitación, horca, descuartizamiento y entierro en vida y se imponía en público, con fin de escarmiento y de purificación. Las otras clases de penas eran mutilantes o de marca.

Todo esto constituye el primer período que se arrastra hasta 2,205 a.C. caracterizada por la larguísima vigencia del libro de las cinco penas.

En la segunda época se añaden otras penalidades como el cegar y la tonsura. El Emperador Wu-Vang introduce el carácter ejemplar e intimidante de los castigos como la práctica de ser ejecutada al público la cabeza de los delincuentes ejecutados.

Con los Emperadores Yao, Sun y Yu en el siglo XXII a.C. Sun indicó que el fin de la pena era el miedo para que no se cometiesen nuevos delitos. Yao introdujo el destierro para los que se libraban de la muerte y los latigazos y golpes de bambú para las faltas comunes. Sun, siguiendo la tradición milenaria china publicó “las cinco penas”: el homicidio con muerte, el hurto y las lesiones con amputación de uno o ambos pies, el estupro con castración, la estafa con amputación de la nariz y los delitos menores con marca a hierro en la frente.

Con la Dinastía Chang que concluye su periodo en el siglo XII a.C. se estableció penas de gran crueldad como: abrazar una columna de hierro candente, descuartizamiento, cocinamiento, azotes, bastón, penitencia, muerte en diversas formas, picamiento de los ojos con hierro candente y extensión del castigo a los miembros de la familia.

En la Dinastía Chou que se extendió hasta el siglo III a.C. fue fecunda en cuanto a disposiciones penales, donde se limitó en algún tiempo las penas al delincuente, aunque luego se volvió a extender a la familia. Llegó a considerarse a la necesidad como el único fundamento de la pena y se destacaba la importancia de los móviles.

Luego de un período anárquico, encontramos la codificación de Tang en el siglo VIII d. C. En el siglo anterior se había suprimido la pena a los familiares y se habían establecido cinco clases de penas conforme a la tradición reinante en la China milenaria: muerte, deportación, destierro, bastón y azotes. En el año 745 d.C. fue abolida la pena de muerte, aunque a poco fue restablecida. En el siglo X, la sentencia de muerte tenía que ejecutarse previamente confirmada en la Capital del Imperio.

En el año 1647 de nuestra era, en la quinta luna del tercer año de Shun Chee, aparece el código penal chino con penas a la traición que traía como consecuencia la muerte de un modo lento y doloroso; existiendo, igualmente, la responsabilidad

colectiva (se trasmitía la responsabilidad a los parientes, padres, abuelos, hijos, nietos, tíos paternos y sus hijos respectivos, cualquiera que fuere el lugar de su residencia o las enfermedades naturales o accidentales que tuvieran eran decapitados inmediatamente, incluso los que vivían bajo el mismo techo, siempre y cuando tuvieran más de 60 años y utilizaban a todos los parientes varones menores de 60 años y de primer grado, declarándolos esclavos al servicio de los grandes oficiales del Estado. Eran pues penas colectivas crueles, junto al destierro temporal y perpetuo, la muerte y la tortura, así como la marca.

En esta época, el temor al castigo, la seguridad de su imposición, el reforzamiento de aversión colectivo, el premio al cumplimiento de deberes y sus sistemas de privilegios, constituyó —dentro de la crueldad punitiva— un sistema brutal pero coherente en su objetivo.

4.3.1.3. India

En la India la práctica penal también tuvo un origen teológico, donde la divinidad se personificó en el rey, pero la justicia fue administrada de hecho por la casta de los brahmanes. El rey se hacía representar por éstos, ya que no podía atender todas las causas criminales.

Brahma se valía del castigo, cuya aplicación fuera delegada en el rey, para asegurar el cumplimiento del deber. Si el genio de la penalidad imponía el castigo, ello era para doblegar al delincuente por el temor al mismo.

La India poseyó un código de extraordinario interés, el código o Libro de Manú (Mahava-Dharma-Sastra) que proviene de fecha sumamente controvertida por los historiadores, que algunos sitúan en el siglo XIII a.C. y otros en el siglo V a.C. código que es considerado como el más perfecto en materia penal del Antiguo Oriente. Este código asignaba a la pena una función

eminentemente moral, pues purificaba al que la cumplía (el reo que hubiera cumplido la pena subía al cielo tan limpio de culpa como el que hubiese ejecutado una buena acción).

El derecho de castigar emanaba de Brahma y el Rey era su delegado. La penalidad se justifica por la intimidación y también mediante la expiación. Su sistema de penas presentaba una característica peculiar: la pena pecuniaria aumentaba con la jerarquía de la persona, al par que, por razón de la misma jerarquía, se eximía de algunas penas corporales. Los límites entre el crimen y el pecado se eliminan hasta el punto que el hombre de casta superior, es decir, el brahmán que conociese de memoria el texto sagrado, podía cometer impunemente cualquier hecho.

Los indios aplicaron las penas de muerte, los tormentos, el destierro y la mutilación. Los culpables eran ejecutados ante el pueblo.

Los presos eran encadenados por sus pies y manos y se los privaba de comida y bebida con suplicios arbitrarios y feroces.

4.3.1.4. Persia

El derecho penal persa tiene dos períodos: Uno antiguo que responde a las ideas zoroástricas y otro que se inicia en el siglo VII de la era cristiana, en que adopta la religión mahometana, recepción del islamismo.

La primera época con la dinastía de los Aqueménides se da una legislación penal notablemente cruel, porque se basaba en la venganza y se regula por el talión. La pena de muerte fue aplicada con gran crueldad y una de las formas más brutales se conoció como "scaffismo", que consistía en presionar el tronco del ejecutado dejando que sus miembros, cubiertos de miel fuesen atacados por las moscas y los vermes excrementicios le royese los intestinos. Otra forma consistía en enterrar vivo al condenado. También se utilizó el fuego, el descuartizamiento y,

con mucha frecuencia, la crucifixión. La decapitación —que no tenía carácter infamante— se aplicó a los miembros de la casa real en caso de sublevación. Aplicaban también penas corporales amputativas de nariz, orejas, manos, pies y cegamiento por aceite caliente.

Según las enseñanzas de Zoroastro, la pena de los delitos consistía en separar al delincuente de la comunidad social.

En la segunda época en la rica y fina civilización persa tuvo que darse una pronta mitigación hasta la influencia del islamismo.

4.3.1.5. Asiria

La mayor fuente de información acerca de esta legislación es la Biblia. Era una legislación cruel, que prodigaba la pena de muerte por crucifixión, por las fiestas o por la horca. Solía castigarse con la pena de muerte a los hijos en presencia de los padres. También se ahorcaba a los culpables en masa. El rey Sardanápalo instituyó también como pena el arrasamiento de la casa del delincuente. La Biblia nos relata la historia de Daniel, arrojado al pozo de los leones por no adorar al Rey Darío.

En los siglos XII y XIV a.C. parece que su legislación se caracterizaba por la venganza y el talión. Conocía penas de muerte, corporales y multa. Las penas corporales incluían las mutilaciones.

También tuvo, a decir de muchos autores, una notable influencia el Código del Rey Hammurabi que reinó en Babilonia, donde la venganza era casi desconocida en dicho Código: En cambio, se halla el Talión muy desarrollado, por ejemplo, si un arquitecto construye mal una casa y ésta se hunde, el hijo debe morir; también se da muerte a la hija del que hubiese golpeado a una mujer libre si le hubiera causado la muerte o hecho abortar. Los castigos no podían menos de ser crueles: el

de muerte se ejecutaba arrojando al reo al agua, a la hoguera, etc. Entre otras penas se imponen las de mutilación, marca, deportación y pecuniarias.

4.3.1.6. Egipto

En Egipto las primitivas leyes penales hallábase reunidas en los libros sagrados, que aun cuando no han llegado hasta nosotros, han dejado algunas huellas de su contenido. El derecho de castigar era, como en Israel, una delegación hecha por Dios en los sacerdotes, el delito se miraba como ofensa contra la divinidad y la pena aspiraba a aplacar sus iras; la penalidad era muy cruel y se imponían por los sacerdotes como delegación divina. El signo de la justicia era la pluma de avestruz.

Como hemos dicho los más graves delitos son los que lesionan a la divinidad y, por consecuencia e incluso de los tenidos por sagrados, como el ibis, el gato y el halcón.

Los atentados contra los faraones, la complicidad en estos atentados, la desobediencia de las órdenes reales, las ofensas al faraón y sus familiares, el perjurio y el homicidio, eran estimados delito de lesa divinidad. Se aplicaba el Talión simbólico: al espía, se le cortaba la lengua; al estuprador, los órganos genitales; y a la mujer adúltera, la nariz. Como penas para otros delitos existían los trabajos públicos en las minas y la esclavitud.

En Egipto no existían límites legislativos al derecho punitivo del rey. Este disponía incondicionalmente de la vida y bienes de sus súbditos. El rey tenía carácter divino.

4.3.1.7. Israel

El derecho penal del pueblo de Israel hallase contenido principalmente en los cinco primeros libros del Antiguo Testamento, atribuidos a Moisés y denominados Pentateuco.

El sentido de esta legislación penal está impregnado de un profundo sentido religioso, el derecho de castigar es una delegación del poder divino, el delito es una ofensa a Dios, cuyo perdón se implora mediante sacrificios expiatorios, la pena se impone con un fin de expiación y de intimidación y su medida es el talión, que unas veces es absoluto, como en el homicidio (vida por vida). El reo quedaba puro mediante ejercicios expiatorios y el suelo del delito quedaba contaminado, debiendo los sacerdotes impetrar el perdón de Dios. El rigor de la legislación mosaica se atenuó considerablemente en el Talmud.

En Israel la responsabilidad colectiva también asumió la máxima expresión, donde el procedimiento habitual era azotar a toda la stirpe para que se hallase al culpable y fuese castigado como reparación del mal.

Esta responsabilidad colectiva se advierte en el Exodo:

“... yo soy el Señor Dios tuyo, el fuerte, el celoso, que castiga la maldad de los padres en los hijos hasta la tercera y cuarta generación... y que uso de misericordia hasta millares de generaciones con los que me aman guardan mis mandamientos...”.

4.3.2. En el Derecho penal griego

No se puede hablar propiamente de un derecho penal griego, sino del derecho de Greta, del de Esparta, del de Atenas, ello debido a la falta de unidad del Derecho Griego.

En Esparta encontramos a Licurgo (mitad del siglo IX a.C.) donde es de apreciarse la impunidad del hurto de objetos alimenticios realizado diestramente por adolescentes, la punibilidad del celibato, el delito consistente en sentir piedad por el propio esclavo. En Atenas se conoce a Dracón (siglo VII a.C.) cuyas primeras leyes escritas se limitó el derecho de venganza. Se distinguía los delitos que ofendían a la comunidad y a los individuales donde aquellos se apenaban con extrema seve-

ridad, y éstos con penas muy suaves, constituyendo su característica más típica del derecho penal griego.

En el derecho penal griego es preciso distinguir la época legendaria de la histórica. En el primer período dominó la venganza privada que pasando sobre el ofensor trascendía al grupo familiar; el segundo período fue marcadamente religioso estableciéndose penas que el Estado imponía por la voluntad divina. El gobernante obraba aquí como delegado de Júpiter y, como entre los indos en época brahmánica, quien cometía un delito expiaba el mal y así se purificaba; y un tercer momento donde la pena pierde su base religiosa y se asienta sobre fundamentos morales y civiles denominada también histórica. Más es preciso señalar que no se presentan estos períodos con trazos demasiado absolutos: los conceptos nuevos persisten con los antiguos.

Con esta advertencia, en el derecho penal griego, pese a que existieron procedimientos crueles en la pena de muerte, no se observó la crueldad y atrocidad propia de los orientales.

Entre los espartanos, la pena tuvo ciertamente características crueles: así las de infamia, paseo sin ropas, marca, heridas, tatuajes a fuego, coronamiento, torturas que también fue practicada a los condenados a muerte con latigazos y fuego. Era común sobre los esclavos que la tortura se aplicase como castigo; asimismo servía como medio de obtención de pruebas judiciales.

Los institutos de la venganza fueron, en la época de la Grecia legendaria, sumamente poderosa, basados en una especial concepción de la culpabilidad.

En el segundo período era Dios quien intervenía para dirimir la cuestión fáctica en el proceso, por medio de la "ordalía" o "prueba de Dios".

Conviene hacer referencia la trayectoria de la pena durante el tercer período histórico, donde la ética social férrea se forta-

lece cuando se sanciona junto con el delincuente a la familia y al grupo. La llamada “corrupción de la sangre”, es decir la pena que alcanza a la familia y al grupo, es un medio de control social inmenso (sanciones indirectas, en este sentido son la pérdida de prestigio social, la pérdida del empleo, la afectación económica a la familia del delincuente, etc.).

Las sanciones a cosas y a animales, tienen por objeto de fortalecer la ética social hasta el límite de convencer a la población de que nadie ni nada, ni siquiera las cosas los animales o los muertos, escapan de la sanción penal, que responde a una ley universal que todo lo gobierna.

Las penas mutilantes que tienen por fin dejar una marca indeleble en el cuerpo de la víctima, como también las marcaciones a fuego, son medios de fortalecer la ética social.

Las penas mutilantes incapacitantes son un impedimento físico para reincidir en el delito.

4.3.3. En el Derecho Penal Romano

El Derecho romano resumió la civilización antigua y constituyó el tránsito de aquel mundo al moderno con el elemento jurídico.

A pesar de aquella famosa afirmación del maestro Carrara, según la cual los romanos fueron gigantes en derecho civil y pigmeos en derecho penal, es digno de rescatar que en la Roma Antigua no alcanzó a despegar del carácter divino y teológico de la pena. Así suelen mencionarse la *expiatio*; la *execratio*, la *capitiis* y la *consecratio bonorum*, formas de: 1) expiación; 2) maldición en cabeza del infractor a la ley sagrada, con expulsión de la comunidad; y 3) consagración a los Dioses.

La pena de muerte fue muy común y, en alguna medida se suavizó gradualmente con el destierro, los azotes, el trabajo en las minas, etc.

Caída la Monarquía, campea en la historia jurídica del primer período de la República con la Ley de las XII Tablas (siglo V.a.C.), ya el derecho se encuentra laicizado y se establece la distinción entre los delicta pública y los delicta privada, se produce la institucionalización de los crímenes y de la punición. Los delitos públicos eran perseguidos por los representantes del Estado en el interés del mismo, en tanto que los delitos privados eran perseguidos por los particulares en su propio interés.

Con la ley de las XII Tablas, junto a otras de diversa naturaleza, contiene muchas de derecho penal y particularmente referente a la pena; especialmente en las Tablas VIII a XII, en ellas se establece una previa determinación de los delitos privados, fuera de los cuales no se admite la venganza privada, se afirma el principio del talión, delimitador, además de la citada venganza, y como medio de evitarla se regula la composición. Se imponen atroces penalidades: el talión-delimitador, a quien rompiese un miembro a otro; el lanzamiento desde la roca tarpeya, el falso testigo; la pena de lanzamiento al agua con cabeza envuelta y metido dentro de un cuero, al parricida y al envenenador, y la horca como sacrificio a la diosa Ceres; Tabla 10 del derecho sagrado. En la Tabla 9 se regula el derecho público y se prescribe la pena capital para el cohecho y para la traición.

Con el advenimiento de la República con la Lex Valeria (500 años a.C.). Esta ley es un arma en la lucha por la libertad civil, en cuyo transcurso se produce una notable atenuación de las penas, donde la pena de muerte no es el predominante como en las XII Tablas, sino que era evitada con la *prevocatio*, o bien con exilio voluntario y en los últimos años de la República, con el espíritu democrático, la pena de muerte que, de hecho, abolida.

Sobrevenido el Imperio, se afirma la publicidad del derecho penal romano, donde se conoce el extenso grupo de los crimina extraordinaria que representa el grado intermedio entre crimen publicum y delictum privatum, aunque se aproximan

más a aquél que a éste. Su origen se debe a ordenamientos de los Emperadores y decisiones del Senado, o a la práctica de la interpretación jurídica. La pena es adaptada por el libre arbitrio judicial y no la inmutable pena ordinaria. El derecho penal se reduce a ser un instrumento al servicio de los intereses del Estado. Ya no habrá intereses particulares tutelados públicamente, sino que todos serán intereses públicos. Puede concluirse en que el derecho penal justiniano es “la expresión del principio de que la conservación del Estado es el fundamento de la punición” (Pessina).

La pena recrudescer su severidad durante el imperio. La pena de muerte, que en la última etapa republicana estuvo de hecho abolida, se restablece con los Emperadores. Se inflingía solo a los parricidas, pero después de Adriano se extiende a los crímenes más graves. Se instauran nuevas formas de pena: como la condena en las minas (ad metalla) y los trabajos forzosos (ad opus). Asimismo, figuran en el numeroso cuadro de penas —que se adaptan a la situación del condenado—, las penas contra el honor y las pecuniarias.

En esta época se añade a la función intimidante de la pena, por algunos juristas romanos, el objetivo de enmienda o corrección.

Se conoce también el crimen majestatis por el cual los cristianos fueron perseguidos, porque el magistrado romano no reprochaba al cristiano que adorase a Cristo, sino no hacerlo “junto a otros dioses”.

Hasta entrado el Imperio y sólo en ciertos casos, se abrió la posibilidad de una pena única, puesto que, a lo largo de casi toda la evolución, la concurrencia se manejó sólo a nivel procesal.

En cuanto a la cuantificación de la pena, ésta no llegó a ser en Roma materia de una consideración racional y, especialmente bajo el imperio fue objeto de un manejo arbitrario por parte de los magistrados, a lo que contribuía a la difusión de la

“gracia” imperial, que había sido instituto poco frecuente en la República.

También en el Digesto (533 d.C.) encontramos penas crueles, como la aplicación del tormento, deportación en una isla, la reducción a servidumbre o pena de esclavitud, penas que quitan la vida, azotamiento a los condenados, etc.

Las penas eran aplicadas según la condición: un decurión no debía ser condenado a trabajos públicos; un hombre libre no podía ser retenido en prisión perpetua, pero el suplicio de las minas correspondía tanto a personas libres como de condición servil. No se podía realizar la marca en el rostro y sí en las manos o pantorrillas a los condenados a las minas, quienes, además debían estar engrillados.

Con la evolución del derecho penal de los romanos al paso de los tiempos, se fueron modelando: 1) la distinción entre derecho y religión; 2) la discriminación entre los delitos contra la comunidad y los delitos contra los particulares; 3) el derecho penal público y su procedimiento, que se extienden desde los delitos de perduellio (traición a la patria) y de parricidium (muerte del jefe de familia, del pater), hasta el incendio, el falso testimonio, el cohecho y la difamación, entre otros; 4) la doble jurisdicción civil y penal, aplicándose la última (crimina pública) con acusación popular y bajo el principio de la legalidad (tipo y pena); los requerimientos del dolo, la tentativa y la culpabilidad.

4.4. La pena en la Edad Media

Roma, al ser invadida por los bárbaros se desintegró cultural, social y económicamente. Pero, no obstante, ello, la labor jurídica de Roma era un hecho viviente y no podía desaparecer fácilmente. Se complementaría con las leyes bárbaras y con las de la naciente iglesia cristiana.

Este proceso histórico, obliga a estudiar al derecho penal en la Edad Media, a través del aporte germánico y canónico.

Durante este período histórico, el derecho penal se caracteriza por ser aplicado sobre una base de distinción entre castas y clases sociales, por la crueldad de las penas a imponerse y por la continúa inobservancia del trascendental principio de la ley previa, principalmente legalista que prácticamente no se encontraba garantizado. Existían castigos como los de los tiempos primitivos, porque trajo la reaparición de horrendas penas como las de mutilación de manos, pies, dedos, ojos, etc.; la castración, la marca con hierro candente y otras torturas que recién comienzan a desaparecer —como regla— en el siglo XVIII.

Constituyeron base de las legislaciones penales de los Estados del Medioevo: el derecho penal romano, el germánico y el canónico. En estos tiempos se conocen en Italia los estatutos Municipales de la Italia del Norte y las “Constituciones regni Siculi” anteriores al siglo XIII en el Sur; en Francia el “Grand Coustumier” de Carlos VI; en Bélgica.

Las “Coustumes” las “Placcaerten” y las “Ordonnantien”; en Alemania el Espéculo de Sajonia y el de Suabia, la Ordenanza de Bamberg de 1457 y la importantísima “Constitutio Criminalis Carolina: de Carlos V. de inaudita severidad, sustituida por “Danske-low”); en Suecia el Código general de 1734.

4.4.1. En el Derecho penal Germánico

El predominio germánico se extendió desde el siglo V al XI d.C. A lo largo de esos siglos el derecho penal germano fue evolucionando como resultado de los contactos con los romanos primero y con el cristianismo después.

Suelen distinguirse períodos del derecho penal germano, señalándose una etapa primitiva, anterior a la conquista, y una ulterior etapa posterior a la conquista en que, por efecto de la

romanización, el mismo va perdiendo su marcado tinte privatístico e individualista para irse publicitando paulatinamente.

4.4.1.1. Primera época

El hombre germano se concebía a sí mismo como integrante de una unión: casa, familia, pueblo. El orden imperante en esas uniones era entendido por él como el derecho. De allí. De allí que la paz dentro de la unión supra personal fuese el derecho y el delito su quebrantamiento. De allí que encontramos instituciones fundamentales como la venganza de la sangre y la pérdida de la paz. Esta paz que el delito quebrantaba no estaba impuesta por el hombre, sino por los dioses, cuyo culto era necesario para su conservación. La paz era una relación sagrada que consistía en respetar la paz ajena, y o lesión a la paz ajena era un atentado al culto, que imponía al otro la venganza. Puede situársele entonces dentro del carácter sagrado de las penas.

Los hechos que solamente ofendían a un individuo o a una familia daban lugar a favor de éstos un derecho de venganza, pero más que un derecho era en ciertos casos un deber; el ofendido y su familia se vengaban del ofensor y de los suyos, de modo que el delito causaba un estado de guerra, a veces hereditario, entre familias, (venganza de sangre). Si los delitos implicaban una ofensa pública, la que implicaba que el culpable podía ser muerto por cualquiera, y si la muerte advenía de parte de la potestad pública, tenía carácter de venganza divina.

Los delitos que constituían una ofensa para toda la comunidad, originaban para el ofensor la pérdida de la paz que era la pena más grave que conocían los germanos. Era una consecuencia del principio talional: quien lesionaba la paz, podía perder la paz. Si la paz era el orden y el derecho, la pérdida de la paz era la pérdida de la protección jurídica; porque se le excluía de la comunidad jurídica, el delincuente quedaba fuera del derecho en grado tal que su persona perdía la paz, perdía con

ella toda protección penal y era considerado como un enemigo de su pueblo, equiparado a los animales de los campos y de los bosques y estaba a merced de todos, todos tenían el derecho y, en ocasiones, hasta el deber de matarle.

La pérdida de la paz se refería a la persona y a los bienes: permitía cualquier lesión sobre la persona y sobre las cosas del malhechor y llevaba, en definitiva, a su muerte ya la destrucción o devastación de sus bienes". Su muerte podía responder por mano privada o mano pública, siendo este último un sacrificio a la divinidad ofendida.

4.4.1.2. Segunda época

Se materializa durante las invasiones. De esta época datan los edictos de rotano (643 d.C.).

En las leyes del Lintpranda y la de Raqui (año 743), la pena ya no constituye una acción vengativa, pues contiene la noción de que la sanción debe estar a cargo del poder público. Este cambio en la concepción de la pena, se debe a la incipiente formación del Estado medioeval ya las diferentes nacionalidades que se dan. El Estado, tiende a reprimir los hechos que atentan contra sus propios intereses, restringiendo el sistema de la venganza privada (Faída), para luego prohibirla. Más tarde, el poder público asume por completo la punición, dejando a los particulares el cobro del resarcimiento del daño.

La autoridad pública se afirma. En los tiempos primitivos, conceder la paz era facultad del ofendido; pero luego empieza a ser obligatorio y las condiciones se fijan por el Juez-Rey. En ese caso el poder político castiga a quien no respeta la paz. La venganza de sangre se reemplaza por la composición.

Se señalan dos clases de composiciones: unas fijadas por parientes y amigos, y otras —que acaban predominando— de carácter judicial que era determinada en gradaciones y con exac-

titud para cada diente, cada dedo, cada frase injuriosa, cada tocamiento impúdico a mujer o muchacha. Este sistema compositivo dominaba en el derecho popular del siglo VI, en que la principal pena era la multa que se pagaba al lesionado y al margen de la cual se pagaba también un “precio de la paz” a la autoridad.

Respecto de las composiciones judiciales, existían tres clases: el Wergeld, la Busse y el Friedegeld. El Wergeld, significaba la cantidad que en concepto de reparación pecuniaria se paga por el delincuente o por su familia a la víctima del delito o a su gente, venía a representar lo que actualmente es la indemnización civil de los daños del delito; la Busse, se entendía la cantidad pagada en concepto de pena, a la víctima o a sus parientes además del Wergeld que es puro resarcimiento privado; y el Friedegeld, (fredus, fredum), era la cantidad que como adición del Wergeld se pagaba como compra de la paz al común en calidad de intermediario en el convenio reconciliatorio.

Cabe aclararse que el sistema penal no era el mismo para los hombres libres que para los siervos, que se consideraban como cosas. Los siervos cuando delinquían dentro de la Sippe, eran castigados por el señor, en función del derecho interno (“derecho de la casa”) que éste poseía. En caso que delinquiese contra el señor de otra Sippe, se desarrollaron penas públicas contra los siervos, como muerte y azotes, que mantuvo importancia para el derecho germano por su carácter de pena pública, existiendo también las penas de muerte y corporales.

Con la influencia del cristianismo se evidenció a reducir la pena de muerte que sufrió contra-marchas, además de la humanización de las penas crueles.

En cuanto a las características propias del delito, su concepción es, durante largo tiempo, casi exclusivamente objetiva. la responsabilidad existe sin culpabilidad; es decir, que la responsabilidad se exige por el mero resultado y por su simple

causación material; aun cuando Federico Puig sostiene que durante el primer período se caracteriza por ser típicamente consuetudinario y por su aceptación del principio de la responsabilidad objetiva y, fundamentalmente, por la plena aceptación individualista. El segundo período destaca, el paso del Derecho consuetudinario al Derecho contenido en leyes, la consideración del factor intencional en la apreciación de los delitos, y una aproximación a la concepción jurídico-pública del Derecho Penal, como consecuencia del acrecentamiento del poder del Estado que restringe la reacción privada.

4.4.2. En el Derecho Penal Canónico

El papel del derecho penal de la Iglesia tuvo notable importancia, sobre todo desde que logra su reconocimiento con Constantino y sobre todo cuando adquiere el rango de religión oficial con Teodosio. Y tuvo especial vigencia en la Edad Media, donde tuvo que servir de medio disciplinario para los feligreses infractores; pero conforme al espíritu cristiano avanzaba tuvo que introducirse en el Derecho Laico, originando un notable crecimiento en la legislación canónica y fue ganando terreno a expensas del derecho penal secular, adquiriendo competencia en los delitos religiosos y a la conquista de la llamada “tregua de Dios” y del “Asilo”, que hicieron posible sustraer a muchos delincuentes de la furia de la venganza particular para ponerlos en manos del poder público. En fin, nos estamos refiriendo a una legislación; que evolucionó durante siglos y en la que era ineludible una primitiva confusión, toda vez que hasta el siglo XII el derecho y la teología estaban confundidos.

El derecho penal canónico adquirió especial importancia durante los Papados de Gregorio VII, Alejandro III, e Inocencio III, en que se regla —con este último— la Inquisición en 1215; y que hacia 1300 el proceso inquisitorial fue tomado como un proceso inquisitorial por los tribunales laicos italianos, teniendo

carácter tutelar: el derecho penal canónico veía la pena como expiación. De allí que la pena fuese concebida como una penitencia que redimía del pecado y que, por ende, liberaba, en tanto que el pecado esclavizaba. Este carácter penitencial de la pena le llevó a introducir la prisión —mediante la reclusión en celdas monásticas— de donde proviene el nombre de “penitenciaria” que es usado hasta hoy, porque mediante él se pretendió lograr el arrepentimiento mediante la reflexión y la meditación.

Tenía carácter objetivista; sin embargo, lograron algunas conquistas, aunque no a plenitud como la individualización de la pena, según el carácter y el temperamento del reo.

La pena tiene a reconciliar al pecado con la divinidad ofendida, se propone despertar el arrepentimiento en el ánimo del culpable, más no deja de ser una vindicta (según las palabras de San Pedro: el derecho de castigar es la vindicta malefactorum, el castigo de los culpables); pero a pesar de esta concepción de la pena, el derecho penal canónico contribuyó a humanizar la represión y a robustecer la justicia pública que puso final a la venganza privada, de sangre y luchó por el predominio de la pena pública y se opuso a la atrocidad de las penas y a las ordalías (duelos judiciales, juicios de Dios, etc.).

En síntesis, las características más saltantes del derecho penal canónico son las siguientes: desconocimiento del principio de la legalidad de los delitos y de las penas; individualización del tratamiento penal para llegar a la enmienda del delincuente, determinación de la medida en base de la intención criminosa y no ya en consideración a la entidad objetiva del delito; y, por último su sentido de fraternidad humana que da lugar al inicio de una orientación en benignidad, en cuanto a la aplicación de las penas.

4.4.3. Los Fueros y las Leyes de Partidas

La influencia del derecho germano, imprimieron en España un sentido más duro y cruel a la legislación penal que

se contiene en los Fueros Municipales. Se encuentran entre éstos el León, Miranda, Salamanca, Burgos, Navarra y Béjar, que receptan penas que son propias del derecho penal primitivo, tales como las terribles penas corporales, las diferencias entre nobles y plebeyos, la composición, el talión, etc.

Las principales características de los Fueros Municipales pueden resumirse así:

- En lo que respecta al delincuente, su responsabilidad asumía un carácter colectivo en muchos casos. Así, por ejemplo, todos los habitantes de la ciudad o villa respondían de los delitos ejecutados dentro de su circunscripción cuando no se llegaba a identificar al verdadero autor. La desaparición gradual de la responsabilidad colectiva trajo consigo, al mismo tiempo, una mayor acentuación de la responsabilidad individual.
- En lo referente a las penas, su carácter fundamental era la crueldad. Basta con enunciar algunas formas como se ejecutaba la pena capital: despeñamiento, mutilación. Las instituciones germánicas de la venganza de sangre y privación de la paz, son de manifiesta presencia en la legislación foral.
- Una de las características del procedimiento foral eran las Ordalías llamadas “Juicios de Dios”: bárbaras pruebas por las que tenían que pasar, los presuntos culpables, para probar su inocencia y de las que muy contados salían airosos. Tales pruebas eran entre otras: la del juramento, del agua caliente, del fuego, del hierro al rojo, etc.

Los principios que informan a los Fueros Municipales sufren una importante transformación cuando en el año 1255, el rey de Castilla con Alfonso IX da el “Fuero Real”, con el fin de establecer la unificación de las leyes de su reino, donde en su

Título V en lo referente a “las penas” establece que las penas se aplicarán según la condición del autor (Derecho penal de autor) sea el autor libre o siervo, al tiempo de la comisión del hecho. También se prohíbe la aplicación de la pena de muerte a la mujer embarazada y se tasa la reparación para las heridas. El robo se pena con el doble de lo robado, el quebrantamiento de casa o iglesia con la muerte.

“Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio” datan del año 1263 que trata en el título trigésimo y el trigésimo primero lo referente a “de los tormentos” y “de las penas”, que procuraron desterrar el bárbaro rigor de algunos suplicios, e introducir penas menos repugnantes que las usadas hasta entonces; pero se presentan ambigüedades que señala Gómez de la Serna cuando deplora que no hubiere consecuencia en lo referente a las penas ya que, en el mismo precepto en que se proscribe la lapidación, la crucifixión y el despeñamiento, se autorice la quema o el abandono a las bestias (título XXXI, ley 6^o) o bien se ordenase la lapidación del mero que mantuviese relaciones con cristiana (título XXV, ley 10^o) o bien que por una ley se prohibiese penar con la marca en el rostro, cortar la nariz o arrancar los ojos, en tanto que otra condenase a esa pena la blasfemia (título XXVIII, ley 4^o) e incluso autorizase a cortar la lengua.

Estas siete partidas, representa teóricamente la cancelación del Derecho germánico y la recepción del Derecho romano con fuerte influjo del elemento canónico. La importancia que tuvo en su época es más doctrinal que legal, en razón de ser terminantemente incompatible con la época en que fueron escritas; por eso no rigieron entonces y tardaron centurias en poder aplicarse.

4.5. La Pena en la Edad Moderna

La vida penal durante la llamada “Edad Moderna”, hasta los albores del siglo XIX, se caracterizó por la crueldad, la arbitra-

riedad y la desigualdad, aunque paulatinamente van atenuándose las penas contra la vida y el cuerpo. La tortura, adquirió, con la Inquisición, enorme amplitud y sólo queda abolida a fines del siglo XVIII por el influjo de los enciclopedistas.

En Francia, los castigos se caracterizaban por la arbitrariedad, la desigualdad y el rigor.

En Alemania, Mezger, subraya los horrorosos procesos de hechicería, el tormento y persecución de los herejes. La quema de brujas, si bien se arrastra desde los siglos V y VI y son frecuentes en la Edad Media, pero se prolonga hasta comienzos del siglo XIX.

La rudeza de la época se manifestó en los suplicios inflingidos a los autores de regicidio. En Francia perduró hasta la segunda mitad del siglo XVIII, donde se practicaba la horrible muerte de los magnicidas, según lo relata Muyart de Vouglans.¹³⁸ Existiendo igualmente en territorio alemán se le ejecutaba a los reos por el fuego y el suplicio de la rueda que no se suprimió en Hannover hasta 1840 y en Prusia hasta 1851.

Las penas corporales que se aplicaban en su generalidad van, poco a poco dando paso a las privativas de libertad y éstas adquieren, aunque muy lentamente, finalidad menos brutal, ocurriendo retrocesos, a pesar de las prédicas de Howard.

La época de las Luces influye decisivamente en la reforma penal, y la Revolución Francesa al demoler la Bastilla el 14 de julio de 1789, destruye simbólicamente el viejo régimen punitivo. La era del Derecho penal liberal se inicia y con él se llega al periodo de la codificación y a los Códigos vigentes.

Dentro de las características del derecho penal de esta época nos señala Fontán Balestra:

138 Sobre el particular ver el asombroso relato de **JIMENEZ DE ASUA, L.** (1956). T. I.; *Ibidem.*, p. 308.

- a) Existencia de numerosos derechos locales, en los que predominaba la costumbre.
- b) Tendencia a proscribir las formas bárbaras, y
- c) La ejecución de las penas se caracterizan por su gran crueldad.¹³⁹

4.5.1. En las legislaciones penales del Absolutismo

Entre ellos tenemos: la Ordenanza Criminal de Luis XIV (Año de 1770), en Francia; la *Constitutio Criminalis Bambergensis* (Año de 1507), la *Constitutio Criminalis Carolina* (Año 1529), en Alemania; la *Constitutio Criminalis Theresiana* (Austria 1768) y la *Ley Regia* (Año 1660) en Dinamarca.

4.5.1.1. La Carolina

Después de los “libros de derecho” más importantes de Alemania —que fueron el “Espejo de Sajonia” y el “Espejo de Suavia”, ambos del siglo XII— el acontecimiento más trascendente en la legislación penal fue la *Constitutio Criminalis Bambergensis*, de 1507, que se debe al Duque de Schwarsenberg y Hohelandsberg, en base a la cual se elaboró la *Constitutio Criminalis Carolina* o *Peinliche Gerichtsordnung*, sancionada en 1532 en que inicia su vigencia, aunque publicada al año siguiente.

Este texto contaba con 219 artículos. Era un texto intimidatorio y retributivo, que prodigaba la pena de muerte que se prodiga con fines intimidantes, prevé diversas formas de ejecutarla. Se impone mediante el hecho y alguna vez mediante la horca, según que el reo fuese noble o villano, y también tenía

139 Fontán Balestra, citado por PEÑA CABRERA, Raúl. (1983). Vol. I; *Ibidem.*, p. 60.

previsto el suplicio de la rueda, en que la fractura de los miembros del condenado, ligado a una rueda horizontal sobre el suelo, se prolonga con el descuartizamiento, mediante la brusca arrancada de cuatro caballos contrarios. Para las mujeres se reservaba la muerte por inmersión en el agua. Seguía luego gran lujo de penas corporales y sólo por excepción la pena de encerramiento. La Carolina tiene gran importancia, porque fue el texto que afirmó definitivamente en Alemania la publicidad de la pena, por otra parte, constituyó prácticamente el derecho penal común hasta la codificación, porque se extendió en su vigencia para los españoles en las tierras de Flandes, avanza hasta Polonia y Rusia, en los últimos tiempos en Francia; y por último reaparece en el extremo sur de África.

4.5.1.2. Constitutio Criminalis Theresiana

Promulgado por María Theresa de Austria el 31 de diciembre de 1768; que, si bien había significado la unificación del derecho penal austriaco, lo había hecho bajo el influjo de las teorías de Boehner, es decir, en sentido teocrático y retributivo.; la “Theresiana” es un cuerpo tan anacrónico como la Novísima Recopilación española, que nació viejo y en poco alteraba el derecho penal del absolutismo, inspirándose frecuentemente en la Carolina. La Theresiana aún condenaba la magia y la brujería —igual que el código bávaro de 1751, conforme al cual, en 1775, en Krempten, se juzgó a la última bruja” en Alemania.

Se trataba más de una recopilación que de un Código y en cuanto a las consecuencias del delito, ésta era sumamente tímida, puesto que conservaba todas las diferencias de pena según el status del penado.

José II de Austria emprendiendo una reforma penal bajo el signo del racionalismo comenzó reemplazando la pena de muerte por la de galeras en 1781, que propiamente no respondía

a un criterio de humanización, manteniendo una política penal imperialista que se materializa en la Ley General sobre crímenes y su correspondiente punición, del 13 de enero de 1787.

Este derecho penal imperialista austriaco se caracterizaba por las penas que aún conservaban una buena dosis de atrocidad, como que, si bien en una forma que pretendía ser racional, se fundaba en un criterio intimidatorio. Conservaba las penas corporales, como los azotes y la marca a fuego, que podía ser en lugar visible u oculto del cuerpo.¹⁴⁰

Posteriormente en 1790 se suprimen las galeras con Leopoldo II de Austria y se producen luego importantes reformas penales basadas en la ideología iluminista.

4.5.2. El Iluminismo y el Derecho penal

Casi a fines de la Edad Moderna surge con fuerza un movimiento innovador, inspirados en la idea de crear un nuevo orden justo y humano al cual se le conoce con diferentes nombres: Ilustración, Siglo de las Luces, Iluminismo.

Este movimiento innovador constituía una reacción contra la crueldad, la arbitrariedad y la desigualdad que practicaba el régimen absolutista (Absolutismo Monárquico), donde las penas se aplicaban de acuerdo a la categoría social del infractor (derecho penal de autor).¹⁴¹

Durante este período que marca un hito importante en la historia del derecho penal, culmina el esfuerzo de los filósofos alemanes y franceses por conseguir la libertad, la igualdad y la fraternidad en el campo de la justicia represiva, que propugnaron ardorosamente, donde el hombre se ha decidido seria-

140 Véase ZAFFARONI, E. Raúl. *Tratado...*; *Ibidem.*, pp. 360 y s.s.

141 Pueden verse ejemplos de extremada crueldad en función a un derecho penal de autor en el rubro 2.5.1. del presente trabajo que se indica bajo el sub-tema "Principales Legislaciones del Absolutismo".

mente a pensar por sí mismo y sobre el tema más subyugante: el hombre mismo; puesto que, “la razón se reconoce ciertamente como un medio seguro y breve de llegar a la felicidad y que aprueba como tal”.¹⁴² Los nombres de Thomasio, Wolf, Grocio, Dufendorf, Gumberland, Leibiniz, Gravina se enlazaron con los de Montesquieu, Voltaire, Rousseau y Beccaria; siendo los cuatro últimos, junto a Thomasio y Wolf quienes estructuraron las bases del derecho penal liberal garantista y las bases de un derecho penal de los derechos humanos de nuestros días.

Montesquieu, en “El Espíritu de las Leyes” (1748) estigmatizará la bárbara justicia de su tiempo, pedirá una justicia más humana y reclamará el establecimiento de garantías jurídicas. Afirmaba, en su citado libro, que la ley penal debe inspirarse en la noción de libertad política y que ella debía garantizar la seguridad de cada uno mediante el respeto de todos. Para mayor resguardo contra la arbitrariedad reclamaba que las leyes deberían ser precisas y completas, debiendo el magistrado estar vinculado a ellas y contenido por ellas en el ejercicio de la represión.

Voltaire, también levantará su voz de protesta contra la crueldad y la expiación, comentará la pena de modo exclusivo en la utilidad y prudencia del Estado. la tortura y el procedimiento inquisitivo son sarcásticamente comentados, e irónicamente vapuleados.

Beccaria con su más célebre obra “*Dei delitti e delle pene*” (1764) de conocido valor crítico y práctico que criticando el sistema punitivo absolutista, arbitrario y totalmente irracional de su época, recoge las bases teóricas del sistema punitivo liberal de importancia capital para el derecho penal.

Esta época de las luces —como ha afirmado— influye decisivamente en la reforma penal, y la Revolución Francesa al

142 **HAZAR, Paúl.** (1958). *Pensamiento Europeo en el Siglo XVIII*. Madrid, p. 198, citado por **PEÑA CABRERA, Raúl.** (1983). Vol. I.; *Ibidem.* p. 61.

demoler la Bastilla el 14 de julio de 1789, constituye el punto de quiebre en la historia de los pueblos y del derecho penal, porque con dicho acontecimiento se destruye simbólicamente el viejo régimen punitivo y la era del derecho penal liberal se inicia y con él el período de la codificación y a los códigos vigentes.

4.5.2.1. Beccaria y su célebre obra “De los Delitos y de las Penas”

César Beccaria Bonessana, Marqués de Beccaria, era hijo de una noble familia. Nace en Milán, el 15 de marzo de 1738. Fue hijo del Marqués Giovanni Saverino y de María Visconti de Rho. Se casó, en primeras nupcias, con Doña Teresa de Blasco (1761) y luego al enviudar, con Doña Ana Barbó (1774). Con su primera mujer tuvo dos hijas, y con la segunda sólo un hijo.

Muy joven a los 25 años de edad escribió su famoso libro *Dei Delitti e delle pene*. Obra que lo comenzó en marzo de 1763 y estaba terminado en enero de 1764. No lo imprimió en Milán por prudencia. El 12 de abril lo envió a Liorna, a Giuseppe Aubert, director de la imprenta del abate y poeta Marco Coltellini. En julio circulaba ya en Toscana, donde la fama le coronó pronto. Apareció sin fecha, sin el nombre del autor y sin división de párrafos o capítulos. Beccaria tuvo su primer ejemplar el 16 de ese mes, pero en la ciudad no se habló de él hasta primeros de septiembre.

Este pequeño libro, cuya notoriedad e influjo sorprendieron a su autor y a sus inspiradores, anatematiza con dureza singular los abusos de la práctica criminal imperante, exigiendo una reforma a fondo. Beccaria, siguiendo a Grocio, proclama que la justicia humana es cosa muy distinta de la justicia divina; que la justicia penal no tiene nada que ver con la de Dios. La justicia penal encuentra su fundamento en la utilidad común, en el interés general, en el bienestar del mayor número. Este fundamento, esencialmente utilitario, debe, sin embargo, ser modifi-

cado, limitado, completado por la ley moral, ya que es principio fundamental en Beccaria la alianza de la ley penal, o como él la denomina, “política”, con la ley moral.

A Beccaria le cupo la fortuna de echar las bases del derecho penal contemporáneo y con él se concreta las ideas de la filosofía penal liberal, en una fórmula jurídica que resultaba del Contrato Social de Rousseau; el principio de la legalidad de los delitos y de las penas: nadie podrá ser castigado por hechos que no hayan sido anteriormente previstos por una ley, nadie podrá serle impuesta una pena que no esté previamente establecida en la ley. Estos postulados de Filosofía penal liberal acabaron con la arbitrariedad de los jueces, y pasaron al Derecho del siglo XIX enunciados, como un apotegma, en lengua latina, a fin de destacar su universalidad: *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Como vemos, Beccaria fue seguidor de Rousseau en cuanto a ideas contractualistas y de ello derivaba como necesaria consecuencia el principio de la legalidad del delito y de la pena.

A Beccaria se le niega —por parte de algunos autores— la originalidad de su obra, atribuyéndosele a los hermanos Verri —Pedro, sobre todo—; pero a pesar de todo, su obra que tiene más de discurso político que de estudio científico propugnó que las penas debían ser proporcionales al daño social causado. Ha rechazado duramente la crueldad inusitada de las penas de su época y la tortura, que era el medio de prueba más usual. Sostenía que debía abolirse la pena de muerte, salvo en los delitos que ponían en peligro la vida de la nación.

En resumen, las ideas principales del libro de Beccaria constituyen:

- 1.- Solamente las leyes son instrumentos susceptibles de poder establecer las penas.
- 2.- Las sanciones no pueden ser dictadas sino por el legislador que representa a la sociedad entera unida por un contrato.

- 3.- El juez carece de facultad para aplicar pena alguna que no se encuentre pre-establecida en la ley.
- 4.- Las leyes deben ser generales, es decir obligatorias para todos.
- 5.- Las penas no pueden ser atroces.
- 6.- Los jueces, por no ser legisladores, carecen de la facultad de interpretar las leyes.
- 7.- En el juzgamiento de toda acción criminosa el administrador de justicia debe hacer un silogismo perfecto, la premisa mayor estaría representada por la ley penal, la premisa menor por la acción ya sea contraria o conforme a la ley; y la consecuencia vendría a ser la condena o la absolución.
- 8.- El fin de las penas debe ser el impedir al reo que cometa delitos y el de prevenir e inducir a los demás a no cometerlos.
- 9.- Las penas inhumanas deben ser suprimidas y la pena de muerte debe ser abolida por no ser necesaria ni útil; y
- 10.- Es más conveniente prevenir los delitos antes que reprimirlos.

En los tiempos de Beccaria, los filósofos alemanes pusieron su prócer mano en el derecho penal, mucho antes que los enciclopedistas y las que dieron base a la obra del insigne lombardo.¹⁴³

143 Esta síntesis de la grandiosa obra de **BECCARIA, César**. "*Dei delliti e delle pene*", seguimos a **BRAMONT**. (1978); *Ibidem.*, pp. 52 y ss. Por lo demás citamos los correspondientes capítulos y páginas de la magistral obra **LA PLAZA, Francisco**. (1959). *De los Delitos y de las Penas*. [De los Delitos y de las Penas en versión castellana Edición Crítica de Francisco P. La Plaza] publicado en Buenos Aires; al mismo que se puede agregar una apretada síntesis de su Estudio Preliminar indicando que la obra del insigne Margués mantiene "una plena unidad temática que hicieron las bases necesarias para levantar un estado de derecho contrapuesta al estado de arbitrariedad imperante entonces (...) Tal es la razón primordial de que perdure la obra del marqués de Beccaria, como guía de los sistemas penales del derecho y garantías" (pág. 53).

El Derecho Natural se constituye en ciencia autónoma, proclamada por Hugo Grocio (1583). Hobbes (1679), Spinoza (1677) y Locke (1704), quienes demuestran que el fin de la pena no puede ser otro que la corrección o eliminación de los delinquentes y la intimidación de los ciudadanos, derrumbando el concepto de la pena como retribución jurídica por mandato divino. Por su parte los iluministas alemanes, siguiendo a Pufendorf (1694) desechaban la idea meramente retributiva (Christian Thomasius, que protestó contra la inquisición y Christian Wolff).

Beccaria, sin más brillo que su célebre obra, muere a los 56 años de edad, el 28 de noviembre de 1794. Su aporte para el derecho penal que revolucionó los esquemas tradicionales de su época, trascienden en la actualidad a pesar de transcurrir más de dos siglos de existencia.

4.5.3. Inicio del Derecho penal liberal

El Siglo de las Luces da inicio al derecho penal liberal, defendiendo las conquistas del individualismo.

En el Código penal francés de 1791, quedaron modelados los principios de la Revolución francesa, Libertad, Igualdad y Fraternidad.

Así el principio de Libertad se halla plenamente encarnado en el famoso apotegma *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que tiene su auténtico origen en la filosofía de Rousseau.

El de Igualdad se traduce en la entidad objetiva figura de delito, que hoy llamamos tipo legal, donde no existe privilegios y donde tiene eco el principio *nullum crimen sine lege*, con la nueva máxima de “no hay delito sin tipicidad”.

La Fraternidad, se refleja en la dulcificación y benignidad de las penas. La Revolución francesa se produjo ante el movimiento en pro de la abolición del tormento y de los suplicios,

como de la crueldad de la administración de justicia imperantes en esa época.

En cuanto a su trascendencia la Escuela Clásica se inspiró en las concepciones liberales y todas las legislaciones contemporáneas, aun las nacidas de la Política Criminal, con excepción de los Estados autoritarios, han consagrado aquellos principios.

4.6. La pena en la Edad Contemporánea

El hito que marca la historia contemporánea del derecho penal es —como se tiene dicho— la Revolución Francesa, “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” (26 de agosto de 1789), a partir del cual se establecen garantías de carácter procesal y penales del individuo, la codificación del derecho penal, donde la influencia del Libro de Beccaria tiene cada vez más fuerza, y es notoria su influencia en los textos codificados de aquella época. Se logró la afirmación de los postulados de Beccaria en favor del individuo, el reconocimiento y amparo de su personalidad, antes desconocida y cercenada.

Se caracteriza en esta etapa del derecho penal la aparición de Escuelas, desde el aspecto doctrinario y en base a un conjunto de principios y sistemas que han seguido los estudiosos del derecho penal.

4.6.1. Aparición de Escuelas Penales

Las Escuelas Penales aparecen con distintas tendencias científicas que luchan por el predominio de sus ideas, buscando o pretendiendo encontrar el objeto del derecho penal y el fundamento del derecho de castigar.

Cabe afirmar que el precursor de la aparición de Escuelas Penales es César Beccaria con su pequeña gran obra “De los delitos y de las penas”, porque en él se concibe las primeras

bases filosóficas penales que dan paso a una concepción del derecho penal y dan lugar a la aparición de Escuelas.

Entre las Escuelas, mencionaremos: La Escuela Clásica, la Escuela Positiva, las Tendencias Eclécticas... entre las más importantes.

4.6.1.1. La pena en la Escuela Clásica

La Escuela Clásica denominada así peyorativamente por Ferri y algunos integrantes de la Escuela Positiva.

Antes de la aparición de esta Escuela la pena perseguía un fin que no era otra que el castigo, la que se imponía a veces con extremada crueldad.

Una primera fase con Romagnosi y Carmignani surge una preocupación de índole jus-filosófica donde conceden el fundamento del derecho de castigar con los límites de este derecho del Estado, buscando una adecuada relación.

Luego, entrando a una fase matemática, Carrara y Pessina procuran penetrar en el estudio de la relación existente entre el delito y la pena, la que debía guardar proporcionalidad, de tal manera que la sanción responde matemáticamente a la gravedad o levedad del mismo.

La última fase, es legislativo donde sobresale Luis Luchini. Durante esta fase los autores tienden a trasladar sus principios a un cuerpo legal (Códigos Italianos de 1889).

Para la Escuela Clásica “que hizo un culto del libre albedrío, la pena constituye una expiación, es un mal retributivo. La pena es un mal que sigue al mal como su inevitable consecuencia”.

Carrara distingue tres significaciones distintas de la pena. En un sentido general se caracteriza por cualquier dolor. En un sentido especial es un mal sufrido por causa nuestra, de ahí el concepto de penas naturales. Y en un sentido especialísimo, es el

mal que la autoridad civil inflige a un culpable por causa de su delito —además sostiene Carrara— que el fin primario de la pena es el restablecimiento del orden externo de la sociedad, pues el delito no sólo ofendió materialmente a uno o a varios individuos, sino que también ofendió a la sociedad disminuyendo en los ciudadanos la opinión de la propia seguridad y creando el peligro del mal ejemplo. Y agrega que el fin último de la pena, está dado por el bien social que aspira a restaurar”.¹⁴⁴ Constituye entonces la pena como un mal y como medio de tutela jurídica que a decir de Jiménez de Asúa se halla probablemente la esencia del clasicismo.¹⁴⁵

El concepto de tutela jurídica, para los clásicos, tiene dos sentidos: el señalarse las conductas delictivas que constituyen delito. Sus respectivas sanciones desempeñaban un papel de prevención general contra la delincuencia, porque ejerce un efecto intimidante; y, en segundo lugar, la imposición de una pena sirve para garantizar el mantenimiento del orden jurídico general.

La preocupación de los clásicos en lo referente a las penas fue la estricta observancia de un principio eminentemente objetivo que se pueden señalar en estas palabras “A tanto delito, tanto de pena”, que tiene su razón para los clásicos porque para ellos el centro de gravedad del derecho penal estaba en la entidad del delito (el delito es un ente jurídico) que persigue la violación de un derecho y por ello sólo ven el resultado objetivo.

Consideran a la pena como una sanción individual, aflictiva, determinada, cierta, ejemplar y proporcionada a la entidad jurídica del daño producido.

De la definición carrariana de la pena se desprende que el fin de la pena aparte de ser puramente retributivo y expia-

144 **Enciclopedia Jurídica OMEBA.** (1982). T. XXI.; *Ibidem.*, p. 968.

145 **JIMENEZ DE ASUA, Luis.** (1958). *Tratado de Derecho Penal*, T. II. 2ª ed.; Buenos Aires: Losada, p. 35.

torio, le acompaña también su aspecto de prevención general ejemplificante e intimidante para el resto de la colectividad para que no recayeran en el delito. A esta concepción le acompaña su fin primario que es “el restablecimiento del orden externo en la sociedad. La ofensa que el delito causara a un individuo no se repara con la pena. el daño que la pena debe reparar es la ofensa causada a la sociedad al haberse violado sus leyes, disminuyendo la opinión de la propia seguridad en los ciudadanos y creando el peligro del mal ejemplo, al par que turbando la tranquilidad de todos. Y ese concepto de reparación lleva implícitas las tres resultantes: la corrección del culpable, el estímulo de los buenos y la advertencia de los mal inclinados. Cuando la enmienda del reo llegue a estar en conflicto con el deber que tiene la sociedad de tutelar el derecho en todo individuo, este deber debe ser preferentemente observado. Entonces, la pena, que en nada remedia el mal material del delito, es remedio eficaz y único del mal moral, por lo cual, el fin último de la pena es el bien social”.¹⁴⁶

Respecto del delincuente nos dice Eusebio Gómez —citado por Bramont—,¹⁴⁷ la Escuela Clásica al conceptuar al delincuente como a un ser normal no requiere, no exige, la adaptación de la sanción al mismo. Para los clásicos la pena conserva su sentido expiacionista, y es impuesta teniendo en cuenta mucho más el daño causado por el delincuente, que las características propias de su personalidad.

Influencia en las legislaciones contemporáneas

Los postulados de la Escuela Clásica durante su tercera fase (legislativa) fueron aceptados y puestos en vigencia en los principales Códigos penales que normaron el derecho penal en el siglo XIX, como por ejemplo: 1) El Código Penal Italiano, que empezó a regir el 1º de enero de 1890; 2) El Código Penal

146 **Enciclopedia Jurídica OMEBA.** (1982). T. XXI.; *Ibidem.*, p. 969.

147 **Eusebio Gómez,** citado por **BRAMONT ARIAS, Luis.** (1978); *Ibidem.*, p. 55.

Español, publicado el 30 de agosto de 1870 y posteriormente reformado por el decreto del 1º de enero de 1871, y la ley del 17 de julio de 1876; 3) El Código Penal Alemán de 1870; 4) El Código de Holanda de 1881; 5) El Código Penal Argentino de 1886, que comenzó a regir el 1º de marzo de 1887, constituyendo su primer texto punitivo; 6) El Código Penal Peruano de 1862 y que se dispuso entrara en vigencia el 2 de enero de 1863 pero en realidad —como afirma Hurtado Pozo— entró en vigencia el 5 de marzo de 1863.¹⁴⁸ Este Código recoge varios de los dispositivos consignados en el Código Penal Español de 1848.

4.6.1.2. La pena en la Escuela Positiva

En la Escuela Positiva, contrariamente a lo ocurrido en la Escuela Clásica, constituye una tendencia con puntos de vista uniformes y postulados homogéneos, manteniendo su atención en el estudio de la personalidad del autor del delito, llegando a considerar al hombre como objeto de esencial estudio de la ciencia del derecho penal.

Los factores que influyeron a su nacimiento son tres grandes revoluciones: 1) los descubrimientos en el campo de las ciencias físicas por Copérnico y Newton; 2) la revolución operada en el campo de las ciencias biológicas por Darwin; y 3) la revolución operada en el campo de las ciencias sociales hechas por Comte y Marx.

Entre sus más grandes exponentes, en los cuales también se distinguen las distintas fases de la Escuela Positiva, encontramos: César Lombroso, que representa la fase antropológica, le permitió los avances de las ciencias biológicas, concebir su tesis del “tipo delincuente”, habiendo encontrado un nexo entre el delincuente, el hombre primitivo y los animales inferiores, concluyó con la famosa fórmula en que el criminal nato es un ser atávico, con fondo epiléptico e idéntico al loco moral. Enrique

148 HURTADO POZO, José. (1979); *Ibidem.*, p. 43.

Ferri, que representa la fase sociológica, al que le correspondió el mérito de haber conexas los factores endógenos con los exógenos, con la preponderancia de la existencia social en la estructuración de la personalidad delictiva, le llevó a crear la Sociología Criminal a partir de una visión positiva valiéndose de la antropología, de la Psicología, de la Estadística Criminal como del derecho penal y de las ciencias carcelarias. Y Rafael Garófalo, personifica el aspecto jurídico (1851-1934), fue el creador del concepto científico de "Peligrosidad" y con su obra cumbre "Criminología" abordó la sistematización jurídica de las doctrinas criminológicas de la Escuela Positiva.

Entonces "El Hombre Delincuente" de César Lombroso; la Sociología Criminal de Enrique Ferri; y la Criminología, de Rafael Garófalo, son los evangelios de la Escuela Positiva.

Sus principios característicos son fundamentalmente contrapuestos y críticos a los de la Escuela Clásica, porque pregonan el método experimental, la responsabilidad social es derivada del determinismo y de la peligrosidad del delincuente, no admite el libre albedrío de la Escuela Clásica; el delito es un fenómeno natural y social producida por el hombre y no es un ente jurídico como lo pregonó clásicamente por Francisco Carrara.

En lo concerniente a las penas, la pena no se concibe como castigo, sino como medio de defensa social, concepción totalmente distinta a la de los clásicos. La doctrina positiva pregonó que "la pena es una de las sanciones posibles a aplicar a quien ha delinquido, la responsabilidad del delincuente derivado de su convivir en sociedad puede acarrearle una pena en virtud de la salvaguarda de la defensa social".

"Atribuye fundamental importancia a la personalidad del autor del delito y busca la preservación social, tratando de evitar el delito más que de reprimirlo. De ello se desprende que su concepción sobre la pena tenía que ser diametralmente opuesta

a la de los clásicos. La pena debe adaptarse, según los positivistas, a la peligrosidad del delincuente y tiene fines de corrección, adaptación o eliminación, basándose en los principios de la clasificación de los delincuentes y de la individualización de la pena".¹⁴⁹

A pesar de que Garófalo construyó la teoría de la eliminación de la delincuencia, lo cierto es que la concepción positivista moderna se inclina abiertamente hacia el principio de la defensa social como fundamento de la pena, defendiendo su indeterminación.

Su influencia en las legislaciones contemporáneas

Su influencia en los textos punitivos e instrumentos prelegislativos mencionaremos los siguientes: 1) El Proyecto Austriaco de 1900; 2) El Proyecto Ferri de 1921, elaborado con la finalidad de dotar de un Código Penal al Reino de Italia; 3) Los Códigos Penales de Rusia de 1922 y 1926; 4) El Proyecto Argentino COLL-GOMEZ; 5) El Código de Defensa Social Cubano de 1936.

4.6.1.3. La pena en las tendencias eclécticas y otras tendencias (positivismo crítico)

A las posiciones positivistas surgieron numerosas críticas, generándose una lucha de escuelas penales, pero paralelamente a esta lucha surgen la aparición de ideas penales eclécticas que buscaban posiciones equidistantes y recogiendo los aciertos de las dos grandes escuelas.

a. La "Terza Scuola" (Tercera Escuela Italiana)

Cuyas bases son sentadas por Manuel Carnevale (1891), Bernardino Alimena e Impallomeni, quienes entre sus distintas posturas eclécticas se distingue que la naturaleza de la pena

149 **Enciclopedia Jurídica OMEBA.** (1982), T. XXI.; ídem., p. 969.

reside en la coacción psicológica y tiene como fin satisfacer la necesidad política social, aceptando con ello el principio de defensa social de los positivistas.

b. La tercera Escuela Alemana

Su iniciador es Adolfo Merkel y su más importante seguidor es Mauricio Liepmann, a cuya tendencia intermedia se suman R. Schmidt, Oetker, van Calker, Stern y otros destacados penalistas alemanes.

Adolfo Merkel que, a pesar de ser partidario del determinismo, concibe la pena como retribución jurídica para el logro de la prevención general.

c. La Política Criminal como Escuela

Aun cuando no es considerado como tal, su aporte se debe a Franz von Liszt, el mismo que ha tenido numerosos partidarios fuera de Alemania como Lammasch, Carlos Stooss, Emilio Zurcher, Alfredo Gautier, entre otros.

Manteniendo posiciones eclécticas, sostienen que la lucha contra el crimen debe realizarse mediante penas y medidas de seguridad, la pena había probado repetidamente su fracaso y aunque mantuvieron a la pena con su vieja tónica retributiva y de lograr un fin intimidador, surge para ellos las medidas de seguridad para la realización de las dos exigencias: la inocuización de los incorregibles y la corrección de los corregibles que pretende conseguir la reacción dual, además de postular por la prevención de la delincuencia, propugnando la adopción de medios, principalmente de carácter económico con el fin de evitar la delincuencia.

d. La Escuela Técnico-Jurídica y la Dogmática

Aparece con Arturo Rocco (1910) conciben a la pena como reacción jurídica del delito y consecuencia del mismo. El Derecho tiene como fin la tutela de las condiciones de existencia de la

sociedad, o sea las garantías de las fundamentales e indispensables condiciones para la vida en común. En el derecho penal esta tutela o garantía asume la forma específica de la pena.

e. Otros...

Se tiene entre otros a la Escuela Correccionalista, quienes dirigen su atención hacia el delincuente y la pena. Nace en Alemania con Krause y Roeder, pero adquiere sistematización y precisión con Pedro Dorado Montero, que se sintetiza en el título dado a su obra "El Derecho Protector de los Criminales". Para esta Escuela el castigo no es precisamente el castigo impuesto con sentido expiatorio, lo que el delincuente necesita es un tratamiento a base de cuidados y educación que permitan reintegrarlo a la sociedad.

Una tendencia dualista propone la necesidad de estructurar dos códigos: uno Represivo y otro Asegurativo. Para el primero tendrían vigencia las ideas de imputabilidad de la pena. En el segundo se traduce el estado peligroso para el cual se adoptaría una medida asegurativa. Entonces para el primero tendría como finalidad la imposición de las penas con sentido de castigo, el segundo estaría orientado a defender la sociedad con medidas asegurativas.

La Escuela Penal Humanista surge con los esfuerzos de Vicente Lanza (1905), con una doctrina de contenido moral, apunta a que la pena tiene un sentido fundamentalmente educativo. La consideración de la persona del delincuente alcanza singular importancia, ya que el hombre es el centro de toda idea jurídica y de toda apreciación moral; por ello que concebían que, si el delito es una violación de los sentimientos morales, la pena es una reacción de carácter sentimental y orientada a una finalidad educativa.

Una tendencia pragmatista para el que no existe pensamiento puro y la lógica no es más que una pseudociencia es aplicada en toda su extensión y exactitud por Quintiliano Saldaña

que comprende a la concepción pragmática del delito, correspondiéndole el de la pena, para el que sólo se deben tener en cuenta los resultados que efectivamente consiga. Es decir, que en vez de estudiar cómo la pena puede satisfacer los fines establecidos a priori, ha de estudiarse cómo, y en concreto, puede ser eficaz sobre el condenado, sobre el delincuente en general y para la sociedad.

Para el Empirismo con G. Montalbano (1937). Sólo en la conciencia moral de la sociedad se halla el verdadero fundamento de la ciencia criminal y de las sanciones penales. En consecuencia, es necesario separar la sanción penal propiamente dicha. Este autor es partidario de la indeterminación de la pena.

Otra tendencia de defensa social que emerge de las concepciones positivistas, postula, en cierta medida, al aspecto individual del delincuente, vale decir resocializándolo, siendo Vasalli quien sigue esta tendencia. A esta tendencia la Organización de las Naciones Unidas toma la dirección de esta concepción como una sección en la esfera de la prevención del crimen y del tratamiento de los delincuentes, pretendiendo originar una aparente lucha de Escuelas, que no tiene lugar en las épocas actuales cuya lucha se encuentra ya superada. Es más, la ONU al estar dirigida por los anglosajones, su derecho no tiene carácter de ciencia, como sí lo tiene el derecho penal que se encuentra en proceso de consolidación e integración definitiva, al lado de la Criminología que se encuentra en formación con su nueva concepción crítica, al lado de una nueva Política Criminal. Entonces esta tendencia manejada desde la perspectiva comentada se encuentra condenada a morir.

Por su parte el Escepticismo Crítico de Pablo Rossi exclama su admiración —no faltándole razón para éstos actuales tiempos— de lo poco que preocupa hoy a los penalistas el problema del *Ius Puniendi* y su razón de ser, olvidando las bases filosóficas y sociológicas del siglo XVIII y XIX y el peligro de una regresión que mantiene una forma técnico jurídica que quiere

consagrar sólo el perfeccionamiento del derecho penal como mero instrumento técnico.

La tendencia cristiana, tiene como su antecedente en la obra del Padre Catherein y del sacerdote Constante Amor Neveiro, incluso el derecho penal español del Padre Jerónimo Montes, están contruidos con ideas católicas, que luego de una evolución sostienen que sólo Dios tiene el derecho de penar. Se debe agotar todo antes de llegar a la pena, como deben agotarse todos los medios los Estados antes de ir a la guerra. La pena debe ser tan sólo redención, por tanto, la pena es en favor del reo. Junto a estos postulados penales cristianos Francisco Carnelutti se vuelca hacia el cristianismo y afirma que, “para responder a su función, la pena debe resolverse en la imposición al reo de un modo de vivir, por el cual él pueda lo más pronto y lo más seguramente posible, alcanzar el arrepentimiento y, con ello, readquirir la libertad”.¹⁵⁰

4.6.1.4. El Resultado de la Lucha de Escuelas

Desde la aparición de la Escuela Clásica, luego la aparición de la Escuela Positiva y las otras tendencias se han producido una constante y verdadera lucha por la prevalencia de sus principios. La lucha fue tal, que cada jurista pretendió tener la razón, hubo otros que se propusieron crear una Escuela o una tendencia; pero lo cierto es que toda esa lucha ha contribuido a lograr conseguir conclusiones, las que hoy fundamentan la ciencia del derecho penal.

Esta lucha ha terminado y no existe otra, aun cuando se ha pretendido dar ese carácter con la aparición de la teoría de la acción finalista del delito, en contraposición de la teoría de la acción causal, que no tiene ribetes de lucha de escuelas, sino

150 **CARNELUTTI**, citado por **JIMENEZ DE ASUA, Luis**. (1958). T. II.; Ob. Cit., pp. 121 y ss.

una lucha de una propuesta de interpretación de teorías que pueden ser válidas o no, pero constituye sólo una verdad relativa susceptible siempre de modificarse.

Las concepciones actuales del derecho penal persiguen realizar la aplicación de estos principios con un contenido, a toda plenitud, de los derechos Humanos, buscando afanosamente sustitutivos para las penas privativas y una tendencia unitaria de la sanción penal que tienda a conseguir la plena realización de los derechos humanos y junto a él el derecho penal como parte del Derecho en sí cumpla su ineludible misión de permitir la convivencia social, en toda su dimensión, manteniéndose con ello el derecho penal como parte de la política social del Estado.

El papel intimidante de la pena no cumplió sus propósitos. La esencia de la pena radica en cumplir la misión de todo derecho (convivencia social); por ello se observa una incesante liberalización y humanización de la pena; porque como la pena no intimida, menos puede ser propósito, por ello debe buscar conciliar con la personalidad del delincuente.

4.6.2. La pena durante el inicio de la Codificación Punitiva. (Siglo XIX)

En Francia se consideran a tres los códigos penales revolucionarios (1791, 1795 y 1810).

El código penal del primer Imperio francés de 1810, se caracterizaba por restablecer la severidad de muchos castigos que ya habían sido abolidos en 1791¹⁵¹ (confiscación general, la marca, mutilación de manos antes de enjuiciar al parricida, etc.). Asimismo, se destaca la supresión de la rigidez de penas al otorgar a los jueces, un cierto poder de apreciación entre los límites de un máximo y un mínimo que el legislador fijaba para cada una de las infracciones.

151 Ver en el desarrollo de este mismo capítulo, el rubro 2.5.3. Inicio del Derecho Penal Liberal.

El Código penal de Baviera de 1813, cuya confección se encargó al penalista liberal Anselmo von Feuerbach entró en vigencia el 16 de mayo de 1813. Se introdujo principios liberales y de protección contra la arbitrariedad judicial que mucho influjo tuvo en otros países, como el Código penal de Tejedor en la Argentina. El Reyno Bávaro estructura un proceso de reforma con un Código Penal de 1870, el mismo que ha experimentado muchas modificaciones.

El Código Penal del Imperio del Brasil de 1830 de influencia bávara fue más rígido en su sistema de penas de clara inspiración kantiana talional que se pone de manifiesto en la particular disposición del art. 19º, que disponía. "Influirá también en la agravación o atenuación del crimen la sensibilidad del ofendido", el mismo que se traslada su influencia a la novedosa institución de la previsión de la multa que revela el texto del art. 55 que disponía a este respecto: "la pena de multa obligará a los reos al pago de una suma pecuniaria regulada siempre por lo que los condenados pudiesen obtener por día de sus bienes, empleos o industrias, cuando la ley no establezca específicamente de otro modo". Como puede verse el criterio talional kantiano en el sistema de penas constituye su fundamento.

El Código Penal de Italia de 1889 de Zanardelli, abolió la pena de muerte y el trabajo forzado y establecía como pena más importante la prisión con trabajo. Fue uno de los mejores códigos europeos de su época.

El Código Penal Español de 1822, si bien es cierto que representaba un considerable adelanto en comparación del régimen penal que surgía de la Recopilación y aun cuando contenía atisbos liberales se destaca su crueldad y arbitrariedad toda vez que se prodigaba la pena de muerte para más de treinta supuestos.

Derogado el Código Penal Español de 1822, vuelve a regir la Novísima Recopilación y las prácticas arbitrarias sembraron

la confusión en la justicia penal y la necesidad de superar tal estado de cosas reinante hace que se aprueba el Código Penal de 1848, el mismo que en materia de delitos religiosos es sumamente severo, teniendo rezagos de extremado rigor.

**QUINTA PARTE:
LA PENA. SU EVOLUCIÓN EN LA
HISTORIA DEL PERÚ**

5.1. La pena en el Derecho Penal Indígena

El derecho penal indígena se caracteriza porque se tiene como fuentes de su estudio el derecho consuetudinario; toda vez que en dicha época no se conoció escritura que pueda servir para un minucioso estudio científico; razón por el cual el jurista norteamericano J.H. Wigmore en su obra "Panorama of the Legal Systems" no considere al Derecho Incaico dentro de los grandes sistemas jurídicos actuales y pasados porque sencillamente lo considera incompleto. Sin embargo, Jorge Basadre refuta esta tesis indicando que carece de validez en razón de que objetivamente es posible hacer en historia una crítica interna y externa de dichos testimonios.¹⁵²

El derecho penal indígena comprende el Derecho penal incaico que tiene sus antecedentes de formación y organización en la época preincaica que Trimbora caracteriza como una etapa de la "intervención organizada" donde no se ejercía ya la venganza privada, sino más bien se concentraba la aplicación del derecho en los jefes y los curacas,¹⁵³ advirtiendo que en sus orígenes sí existía.

Su estudio nos limita a las crónicas y relatos y a las conclusiones realizadas por los historiadores, antropólogos y otros estudiosos.

152 **BASADRE, Jorge**, citado por **BRAMONT ARIAS, Luis**. (1978); *Ibidem.*, p. 115.

153 **TRIMBORN, Hernán**. *El delito en las Altas Culturas de América* citado por **JIMÉNEZ DE ASÚA**. (1958). T. II.; *Ob. Cit.*, p. 860.

5.1.1. En el derecho penal incaico

Los incas tenían una organización teocrática que tuvo su antecedente de su formación en los ayllus.¹⁵⁴

El Inca era el hijo del Dios Sol y en el Tahuantinsuyo no se conocía otra ley que la dictada por el Inca, el soberano. Se trataba pues de un gobierno absoluto. Sus leyes se transmitían de soberano en soberano, donde probablemente eran recogidas en los quipus, pero lo cierto es que su estudio se hace en base a fuentes indirectas (relatos, cronistas, etc.).

Las leyes penales del Tahuantinsuyo se caracterizaban por su naturaleza en extremo severo, tanto o más quizá el que se atribuye al propio código draconiano.

Los incas superaron la venganza privada de los ayllus preincas y su derecho penal, pues, el carácter público y la imposición de una pena tenía inspiración teocrática. La pena fue monopolio estatal, acentuándose en nombre del interés colectivo, donde no hubo lugar a la composición de la mayor parte de los delitos. La idea de la protección colectiva estuvo latente y el Estado Inca, con su monopolio punitivo de delitos y castigos, atiende a las finalidades compensatoria e intimidatoria, creando un derecho penal “puro” sin interferencia de intereses privados o con un “mínimum” de esas interferencias; entonces, ya se trata de proteger el orden imperante y con ello de proteger a la sociedad en tanto que la reparación del daño en sí queda colocada dentro los marcos de la acción privada.¹⁵⁵ (3 bis). De este

154 Célula social formada por seres humanos unidos por el parentesco y descendientes de un antepasado común. Organización que se trasmite hasta hoy en las actuales comunidades campesinas. “El ayllu es el nombre genérico del núcleo social indígena cuya fisonomía ha sido diferente en sus diversas fases evolutivas pero cuyos rasgos característicos en sus fases conocidas consisten en la cooperación colectiva para el trabajo y en el parentesco real o ficticio de sus miembros” **DUMBAR TEMPLE, Ella**. Cuatro vínculos principales caracterizan y definen la fisonomía del ayllu peruano: el vínculo de parentesco, el religioso, el económico y el territorial.

155 Los marcos de la acción privada quedaban en manos del ofendido así “la iniciativa para obtener el castigo del delito no tuvo una injerencia constante en la vida inca”. Como caso

modo se explica la poca importancia del hurto o del robo, al lado de las sanciones draconianas en los delitos relacionados con el orden público.¹⁵⁶

En cuanto a la aplicación de la ley era desigual, difiriendo según se aplicaran a la masa del pueblo o la élite o nobleza; para éstos eran generalmente más suaves, teniendo el privilegio de no ser sancionado con severidad material, pero su reprobación moral era más terrible que la muerte (Cobo); para aquéllos, las penas eran cruelísimas y tormentosamente ejecutadas existiendo para ellos un amplio catálogo de penas de muerte y penas severísimas.¹⁵⁷

El carácter intimidatorio de la penalidad en el Estado de los Incas está claramente comprobado “Porque de ejecutarse la pena de la ley con tanta severidad y de amar los hombres naturalmente la vida y aborrecer la muerte, venían a aborrecer al delito”.¹⁵⁸ Por ese carácter de intimidación la penalidad fue notoriamente rigurosa que “hacían que los crímenes o delitos fueses muy raros durante el imperio. Indudablemente que una virtud tan sorprendente era obtenida más por temor al castigo que por amor al bien —el miedo hacía caminar a todo el mundo por camino derecho y no existía ni ladrón ni vagabundo—”.¹⁵⁹

excepcional puede citarse el que señala Cobo: Cuando un ganado entraba en heredad ajena, el dueño podía tomar dicho ganado hasta cierta cantidad según el daño causado. También cabe citar la disminución de la pena al esposo ofendido que mataba a la adúltera. Todo citado por **BASADRE, Jorge**. (1988). *Historia del Derecho Peruano*. Lima: Ediciones Studium, p. 209.

156 **BASADRE, Jorge**. (1988); Ob. Cit., p. 208.

157 La categoría del agraviado o del ofensor daba lugar a un incremento o a una disminución del castigo, así como a una diferenciación de jueces y de procesos. Era frecuente la prisión para la realeza que significaba para éstos demasiado mortificante porque la reprobación pública era, para un inca de sangre real, una pena más terrible que la muerte para un indio vulgar que era muy poco sensible para la censura (**BAUDÍN, Luis**, citado por **DUMBAR TEMPLE, Ella**. Clases dictadas U.N.M.S.M. Lima).

158 **GARCILAZO de la VEGA**. *Comentarios Reales*, Libro II. Cap. XIII.

159 **BAUDIN, Luis**; citado por **DUMBAR TEMPLE, Ella**. Clases Dictadas U.N.M.S.M. Lima. La última parte, entre guiones, corresponde a una afirmación de un cronista cuyo nombre se desconoce.

El catálogo de penas más importantes entre los Incas fueron la de muerte, las corporales, la de privación de la libertad, las plenas económicas y las penas de honor.

En cuanto a las penas de muerte fue usada con terrible profusión. Con ella se castigaban los siguientes delitos: asesinato, adulterio, violación, incesto, el coito con las vírgenes del Sol que daba lugar incluso a una responsabilidad colectiva arrasándose a todo el pueblo del cual era oriundo, la sodomía, el hurto de bienes imperiales, la deserción, la indisciplina militar, la pereza reiterada, ciertos delitos fiscales, defraudaciones de los recaudadores, la traición, el aborto, la brujería, etc.

La pena de muerte se ejecutaba de distintas maneras, atendiendo a la gravedad del delito y a la condición del reo. La más digna forma de muerte era la decapitación que era para los nobles y señores, por la forma más noble de morir. Como forma vil de muerte estaba considerada la hoguera, en las que morían a veces las que tenían acceso carnal con las vírgenes del sol. La horca fue la más generalizada (asesinato, aborto, adulterio, incesto, sodomía); y a veces le seguía la incineración del cadáver (brujería, incendio, soborno de funcionarios, etc.). Otras formas fueron el enterramiento en vida (mamaconas que quebrantaban su virginidad). Raros eran los casos de descuartizamiento (Traición militar, asesinato de una persona de sangre real, asesinato de parientes próximos. El emparedamiento seguía a los delitos de las Vírgenes del Sol. El despeñamiento, al delito de incesto e infanticidio. El apedreamiento parece haber alternado con la horca en ciertos casos. Como la clase más infame de muerte, el arrastramiento, era la pena para el asesinato de personajes y Vírgenes del Sol. El flechamiento, más raro, correspondía a ciertos casos de asesinatos y traición. La muerte por tormento existió igualmente y como ejemplo de ella puede considerarse la entrega del reo a animales feroces en los zancay o el castigo que el mismo Guamán Poma relata del borracho consuetudinario, pisándole el vientre hasta que reventase y saliera la chicha y la hiel bebida.

Los castigos corporales eran el tormento, la flagelación y la paliza y aparecen como castigos subsidiarios o complementarios junto con la muerte, el destierro y otros. Según Guamán Poma, los azotes eran la sanción para los mentirosos, los perjuros, los sucios, los jugadores y los desobedientes o malcriados.

Las penas privativas de libertad, es interesantísimo las crónicas de Guamán Poma que afirma que hubo dos clases de cárcel: zancay y pinas. Las primeras existían en las ciudades y dependía del Inca, estaba dedicada para traidores y grandes delincuentes y era bajo tierra, oscura, llena de alimañas como “serpientes, culebras ponzoñosas, tigres, osos, zorros, perros, gatos del monte, buitres, cóndores, sapos, lagartos. Si al cabo de algunos días, dos por lo menos, el reo quedaba vivo, era absuelto y recibía favores del Inca (juicio de Dios). La segunda clase de cárcel “pinas” correspondía a los delincuentes que esperaban sentencia, donde era prohibido hablarlos. También conocieron la prisión perpetua como sustitutivo de la pena de muerte, en ciertos casos en que el reo era noble. Otra forma de privación de libertad fue el destierro que, según el mismo Guamán Poma, podía hacerse a las selvas para que los indios antropófagos dieran cuenta del desterrado y otros.

Las penas de honra, como el corte de cabello, la exposición a la venganza pública, las amonestaciones públicas, fueron para los nobles más afrentosos que la misma pena de muerte.

Las penas pecuniarias no tuvieron posibilidad para su desarrollo, por la economía colectiva imperante, donde la forma principal del capital, era la propiedad colectiva del suelo; sin embargo, se produjeron dos formas de penas pecuniarias; a) una confiscación de bienes que podía tener lugar, naturalmente, si el delincuente era propietario de bienes particulares (vasallos de elevado rango fundamentalmente); 2) Luego, la pena pecuniaria se aplicaba al conjunto, (por su carácter mismo de economía colectiva, así se aplicaba en forma de aumento de

impuestos, cuando ocurrían irregularidades en la prestación de los tributos.¹⁶⁰

En resumen, cabe decir, la pena de muerte aparece como la más antigua como la más sorprendente, así como la más repetida y variada en lo que respecta a sus formas de aplicación. La siguen las penas corporales, como formas más atenuadas, así como la privación de libertad, las de honra y pecuniarias; constituyendo estas dos últimas como las más nuevas e históricamente recientes.

5.2. La Pena en el Derecho Penal Indiano

El Derecho Indiano, constituye el derecho español aplicado en América que tuvo bases más teológicas, canónicas y romanas que nacionales o auténtico derecho patrio.

Basadre afirma la existencia de un derecho castellano, más no de un derecho español;¹⁶¹ pero varios penalistas lo estudian como derecho penal indiano.¹⁶²

El derecho penal español fue impuesto durante la Colonia, así como “significó la imposición de los patrones sociales y culturales, lo que determinó el cambio y modificación del proceso cultural aborigen. Junto a su lengua, religión, sistema económico y político, los españoles trajeron e impusieron su derecho”.¹⁶³ Los indios fueron aniquilados, perseguidos y juzgados conforme a las leyes hispánicas.

160 **BASADRE, Jorge.** (1988); *Ibidem.*, pp. 212 y s.s. Recoge la clasificación de Basadre que sintetiza las otras clasificaciones hechas por los cronistas y otros...

161 **BASADRE, Jorge.** (1988); *Ibidem.* donde afirma “El Derecho que pasó a América no fue pues, lo que pudiera llamarse un Derecho español. Este puede decirse que empieza a existir sólo en el siglo XVII a partir de los decretos expedidos por Felipe V aboliendo el Derecho territorial peninsular. Fue el Derecho castellano el que rigió en nuestro continente...” (p. 226)

162 Entre ellos Jiménez de Asúa, Bramont, Peña Cabrera, Hurtado Pozo y otros.

163 La tesis que sostiene la imposición del Derecho penal español seguimos a **HURTADO POZO.** (1979); *Ibidem.*, que sostiene: “Tanto en relación con el derecho peninsular como con el

El Derecho penal Indiano impuesto en la Colonia constituye el “conjunto de disposiciones, legales, emanada de la Metrópoli y de los Virreyes, que pretendieron regular normalmente las relaciones económicas y sociales de criollos, mestizos e indígenas durante la Colonia”.¹⁶⁴

Durante esta época las leyes punitivas tuvieron aplicación en función a la visión del mundo y de la vida de la Metrópoli, la que fue protegida mediante una legislación penal severa, arbitraria, desigual, como correspondía aplicar en los pueblos conquistados. Las leyes fueron cumplidas cuando significaban algún perjuicio al indio; por su parte, las leyes que lo beneficiaban quedaron, por el contrario, sin aplicación. Los conquistadores mandaban castigar en guarda de sus intereses particulares, económicos y creencias ético religiosas.

derecho indiano se trató de la imposición de un derecho. Los miembros de la sociedad aborígen constituyeron sujetos pasivos en este proceso, fueron visto como objeto de legislación. No se trata, pues, de un caso de recepción de derecho español ya que este fue impuesto mediante la fuerza y la destrucción”. (p. 31).

Y no es un caso de recepción como lo entiende Kitagama que cita Hurtado, porque lo comprende como “...al fenómeno consistente en el traspaso de las normas legales vigentes, en un medio cultural determinado a otro,” (p. 31). Criterio que no lo considera correcto” porque nos impide comprender cabalmente el significado y la naturaleza de tal proceso histórico, y juzgarlo convenientemente. Se debe diferenciar la recreación, aceptación consciente y voluntaria de un derecho foráneo por parte de un grupo social determinado del trasplante y de la imposición de un Derecho” (p. 31).

La imposición se da “cuando a un pueblo se le obliga a obedecer y aplicar disposiciones legales que no son de su creación, se caracteriza por el empleo de la coacción, de la fuerza (p. 32).

El trasplante de un derecho su nota esencial es su unilateralidad. Así, sólo es posible cuando los emigrantes o colonizadores se establecen en una zona inexplorada y casi deshabitada” (Rheinstein), (p. 31).

Entonces “en el caso peruano, no podemos decir que se trata de un simple trasplante de derecho, dado que los españoles encontraron a su llegada una cultura altamente desarrollada, cuyo derecho tuvieron que tener en cuenta. Más tampoco puede hablarse de una recepción, porque los incas no aceptaron consciente y voluntariamente ese derecho foráneo. No fue un proceso bilateral. Los conquistadores españoles trajeron su derecho y lo aplicaron para resolver sus diferendos...” (p. 32).

164 **BRAMONT ARIAS, Luis.** (1978); *Ibidem.*, p. 118.

5.2.1. En la Recopilación de las Leyes de Indias

El Rey Carlos II promulgó la Recopilación en el año 1680, culminando así el trabajo de Ovando, Encinas, Aguilar, Pinelo, Solórzano y muchos otros. Fue la primera Recopilación oficial de las Leyes de Indias.

La Recopilación de Leyes de Indias no se trata de un código, constituye un conjunto de leyes de variable procedencia, que fueron dictadas sin seguir un plan orgánico y se emitieron más bien de acuerdo a los problemas inmediatos que era necesario resolverlos coyunturalmente. En ella fueron reunidas en número de 6,377 disposiciones divididas en IX Libros demostrando un papel de verdadero derecho vicariante, donde si bien es cierto que a su lado siguieron rigiendo las costumbres de los indios sometidos, en tanto que no contradijeran los principios básicos del Estado Colonizador; pero no se aplicaban en los delitos graves y en aquellos en que los indios no administraban justicia. Recordemos la Ley 28, Título Tercero, Libro VI de las Leyes de Indias:

“La jurisdicción criminal que los caciques han de tener en los indios de sus pueblos, no se ha de entender en las causas criminales en que hubiera pena de muerte, mutilación de miembro y otro castigo atroz, quedando siempre reservada para Nos y nuestras Audiencias y Gobernadores la jurisdicción Suprema, así en lo civil como en lo criminal, y el hacer justicia donde ellos no lo hicieren”.

En el Libro Séptimo se hallan las más importantes disposiciones de carácter penal y moral. Este Libro consta de ocho títulos y en el último título (octavo) rubrica “De los delitos y penas y su aplicación”, donde se enumeran y describen desordenadamente los diferentes comportamientos punibles y las sanciones que se imponía a los responsables. Entre los castigos que podían aplicarse eran: la pena capital, marca, galeras, destierro, multa... En fin, contiene 28 leyes este anti sistemático Título.

Las Leyes de Indias comprendían también las disposiciones dictadas por los Virreyes y Ordenanzas de las Intendencias (hoy departamentos). Las ordenanzas del Virrey Toledo, las leyes municipales, etc. y autoridades de la Colonia, demostrándose la existencia de penas corporales crueles y aflictivas como las mutilaciones, cortar la lengua, arrancar los dientes, las orejas y marcar la cara, cortar los dedos de pies o manos. La pena de azotes era también frecuente, que tenía carácter afrentoso y se aplicaban en las espaldas desnudas por las calles y en la plaza o al pie de la horca, no permitiéndose su ejecución en forma reservada en la cárcel, influyendo en su aplicación la raza (Ley 21, Título V. Libro VII de la Recopilación de Indias). Las penas de picota, constituye como lo afirma Bernardo de Quiróz¹⁶⁵ “calidad de mínima pena y máxima censura”, constituía pues, una exhibición infamante que a veces asumía las formas de “emplumamiento” el mismo que se extendió para ejecutar la pena de muerte, la de mutilación como la pena de azotes. En el Perú, la picota existió desde comienzos de la Fundación, según el testimonio del Padre Bernabé Cobos.

Con las Leyes de Indias el sistema punitivo colonial siguió consolidando el carácter sumiso de los miembros de la sociedad indígena hacia los de la sociedad europea, constituyendo el principal fundamento de la punición de lograr no sólo el papel preventivo-ejemplificante, sino de sumisión y postración.

La aplicación de las Leyes de Indias era vertical, así los funcionarios encargados de aplicar la ley no la aplicaron sino en provecho de sí mismo, para lo cual muchas veces se apoyaron en la posibilidad que brindaba la misma legislación de no ser aplicada en caso que pudiera dar lugar a escándalo y daño irreparable, teniendo eco la frase “la ley se acata, pero no se cumple”.

La práctica punitiva durante la Colonia fue atroz y revela atropellos realmente execrables, Se tiene como ejemplos abomi-

165 Citado por JIMÉNEZ DE ASUA. (1956). T. I; Ob. Cit., pp 927 y ss.

nables los suplicios de Cuauhtémoc, Atahualpa, Hatuey, Caupolicán, Túpac Amaru... (en los territorios que hoy se conocen como Honduras, Perú, Cuba y Chile).

A Túpac Amaru en 1782, se impone el suplicio con fines de prevención y ejemplaridad, para impedir que otros lo imitaran, y las partes de su cuerpo esparcidas por diferentes lugares, así como de sus lugartenientes y familiares, cumplían igual propósito.

La mayoría de historiadores y autores califican a las Leyes de España como severas y arbitrarias; fueron, pues, los “terribles verdugos de América”, totalmente inhumanos. A todo esto, Jiménez de Asúa —como buen español— citando a Ramos y en tono justificante señala que “no es justo, a nuestro juicio, hacer un reproche a las leyes españolas vigentes en América porque adolecieron de esos defectos. Eran defectos del tiempo. Los contenía el derecho penal del mundo. Si criticamos las leyes españolas porque también las contenían, incurrimos en una injusticia”.¹⁶⁶ Es más, afirma “que España condenó a muerte aplicando las leyes que regían entonces. Lo que nos parece inadmisibles es que los comentaristas apresurados crean que clavar vivo en una estaca al indio chileno y dar muerte en la horca a Túpac Amaru, fueron martirios inéditos en la época...”. Y llegando a un extremo apasionado de amor a la Madre Patria llega a afirmar que habiéndose cruzado los españoles blancos con los indios las razas nativas supervivientes, (mestizos), son pruebas inobjetable de la humanitaria conducta de España. Herencia Humanitaria que lo compara con la injusticia de los ingleses que exterminaron a los pieles rojas y menos conformaron éstos una raza mestiza con los oriundos del Canadá. Estados Unidos, India, Egipto. Recordando que aquellos suplicios (Caupolicán y Túpac Amaru) eran corrientes en aquellos días, comparándolos con algunos ocurridos en Europa y la propia España.¹⁶⁷

166 JIMENEZ DE ASUA. (1956). T. I; *Ibidem.*, p. 895.

167 JIMENEZ DE ASUA. (1956). T. I; *Ibidem.*, pp. 905 y ss

Si bien es cierto que es totalmente comprensible la actitud de Jiménez de Asúa, ello no justifica la abominable justicia punitiva colonial, altamente selectivo y eliminatorio de una raza milenaria y si el proceso de mestizaje ha ocurrido, esto no significa una actitud humanitaria de los españoles, sino la carga pesada y cruel que hoy, en vísperas de culminar el Siglo XX soportamos con estoicismo.¹⁶⁸

Junto al Derecho Indiano coexistió todo el Derecho de Castilla en calidad de fuente supletoria en las colinas, como: Fuero Juzgo (649); Fuero Real (1255); las Siete Partidas (1256-1265); Ordenamiento de Alcalá (1348); Ordenanzas de Montalvo (1484); Leyes de Toro (1505); Nueva Recopilación de las Leyes de Indias (Ley 2, Título I, Libro II).

Toda esta confusión de leyes originó las tentativas de unificación jurídica, mediante un código único para España y América. Juan de Ovando casi llega a colmar esta aspiración habiendo elaborado el Proyecto Ovando cuando ocupó el cargo de presidente del Consejo de Indias. Con dicho proyecto abolía el sistema de composiciones que ocasionaban abusos, coimas y corrupciones de la administración de justicia. Reemplazado Ovando en su cargo, el proyecto fue olvidado.

5.2.2. En las Siete Partidas y la Nueva Recopilación

Las Siete Partidas (Vid Supra 2.4.3.), constituyen un monumento jurídico de trascendencia universal, constituyendo la séptima partida la más importante para el derecho penal. Viene a suplir la Legislación de Indias, que, como vimos, tuvo un tratamiento asistemático y muy pobre en lo concerniente al derecho penal.

168 También el hecho de que el Perú se encuentre actualmente como país sub-desarrollado es resultado de un largo proceso histórico, iniciado por la Conquista española (Frank, citado por HURTADO POZO. (1987); Ob. Cit., p. 97.

Jiménez de Asúa,¹⁶⁹ afirma que en las Partidas aparecen en forma rudimentaria una serie de principios generales sobre el delito y la pena, embrión de lo que en la técnica moderna se denomina Parte General, El delito es definido como los “malos hechos que se hacen a placer de una parte y en daño y deshonor de la otra”. Se pueden cometer mediante “hechos” (matar, hurtar, robar) y por “escritura” (falsas cartas).

La pena es entendida como un escarmiento y en cuanto al sistema de penas figuran: muerte, mutilación, trabajos forzados en las minas, deportación a una isla con confiscación o sin ella.

Por su parte la Nueva Recopilación no fue más que una mezcla donde se confundían normas penales con las de carácter procesal desordenadamente distribuidas en sus 26 Títulos del Libro VII.

5.3. La Pena en el Derecho Penal Nacional

Junto con la imposición del Derecho por los españoles, se importaron la concepción filosófico-jurídica imperante en la Metrópoli. Oidores y teólogos seguían las enseñanzas de la filosofía tomista dadas en las Universidades de Salamanca y Alcalá. En lo penal, tal concepción era retributivo-expiacionista.¹⁷⁰

Esta concepción imperó hasta fines del Siglo XVIII, época en que comienza la influencia de los filósofos del iluminismo (Vid. Supra 2.5.3 y s.s.) impulsados por la filosofía del Derecho Natural y de Gentes (Grocio, Hobbes, Pufendorf, Wolf) influencia que se demostró en el Perú en la Independencia y en los años siguientes a la Emancipación.

La Independencia del Perú en 1821, no constituyó una ruptura con el pasado socio económicamente hablando, sino

169 Citado por **BRAMONT ARIAS, Luis.** (1978); *Ibidem.*, p. 122.

170 **HURTADO POZO, José.** (1987); *Ob. cit.*, p. 104.

fue una ruptura de los vínculos políticos con la Metrópoli dominante, la misma que sin haberse producido sin una transformación profunda de las estructuras internas a lo largo del siglo XIX dio lugar el asentamiento de una nueva Metrópoli: Inglaterra, y los nuevos grupos dominantes al amparo de la renovada legislación “reeditaron la conquista española sobre la población indígena”.¹⁷¹

El vacío legislativo por la no dación de leyes fundamentales dio lugar a la supervivencia de la legislación penal española hasta 1862, en que se dicta el primer Código penal peruano.

5.3.1. El Proyecto para Código Penal de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1828

Bolívar nombra una comisión para la redacción de los códigos civil y penal (31.12.1825), cuya presidencia recae en Manuel Lorenzo de Vidaurre, en ese entonces presidente de la Corte Suprema (primer presidente de la misma). La comisión nombrada no cumple con el encargo, pero Vidaurre a pesar de muchas dificultades elaboró a título propio un proyecto de Código Penal que presentó en 1828, habiendo sido publicado en Boston en el mismo año. El Proyecto de Vidaurre, de influencia Iluminista (Beccaria, Rousseau, Filangeri, Montesquieu, Grocio, Locke). Consideró que “el principal fin de la legislación será evitar los medios de que se cometan los crímenes”, que “el fin de la pena es resarcir el mal causado y evitar el venidero” y que “debe ser proporcionada a los delitos”. Sostuvo que el delito es el “daño causado a la sociedad con conocimientos y que la mejor política para evitar su comisión era la preventiva.

Vidaurre busca realizar una obra extraordinariamente original para su época, y que no se repitió sino hasta el Proyecto de Maúrtua en 1916. Constituye el primer esfuerzo legislativo

171 HURTADO POZO, José. (1979); *Ibidem.*, pp. 18 y ss.

en el Perú y particularmente en América Latina, de elaborar un texto punitivo a partir de la recepción de ideas francesas e inglesas aplicadas a la realidad peruana. Fue enemigo de copiar fielmente legislaciones foráneas; actitud que se refleja en su Proyecto de Código Penal publicado en 1828 y del Código Civil que publica en 1834 y los siguientes años.¹⁷²

Sobre el esfuerzo de Vidaurre, Jiménez de Asúa se refirió con frases elogiosas que “no sólo fue un intento irreprochable de Código penal, sino un verdadero trabajo científico de derecho punitivo...”¹⁷³

El Proyecto de Vidaurre fue de factura preventista moralizadora dado los fines de la pena que se caracterizó por su laicismo, su liberalismo y el carácter draconiano y pintoresco de sus penas fundada en el dolor del delincuente.¹⁷⁴

El Proyecto no fue aprobado por razones de índole político.

5.3.2. El Código Penal de Santa Cruz de 1836

El General Santa Cruz, por la inseguridad y anarquía legislativa de aquella época derivada de la subsistencia de las leyes españolas y la contradicción consecuente con las leyes dictadas a partir de 1822, dicta mediante un Decreto de fecha 23 de junio de 1836, poniendo en vigencia el código penal boliviano de 1834, dictado por el propio Santa Cruz, cuando reformó el de 1831. Empezó a regir el 13 de octubre de 1836 en el Estado Sur-peruano, y el 1º de enero de 1837, en el Estado Nor-peruano, estando vigente hasta julio de 1838 en que vencido Santa Cruz y desaparecida la Confederación el Código penal fue derogado

172 Esta actitud de Vidaurre puede verse en el prólogo del Proyecto de Código Civil publicado en 1834; y en las citas que hace **BASADRE, Jorge**. (1988); *Ibidem.*, p. 330.

173 **JIMENEZ DE ASUA; L.** (1956). T. I.; *Ídem.*, p. 1122.

174 **BASADRE, Jorge**. (1969). *Historia de la República del Perú*, p. 377, citado por **PEÑA CABRERA, R.** (1983). Vol. I.; *Ibidem.*, pp. 82 y ss. donde narra el carácter pintoresco de los delitos y sus penas como puede verse en la obra de éste último.

y no reemplazado. Constituyendo, en la práctica, un sensible progreso en relación a la situación anterior.¹⁷⁵

El Código penal de Santa Cruz, fue una edición reformada del Código penal español de 1822, advirtiéndose en éste una marcada influencia francesa, derivada del “movimiento codificador francés”, que recogió los principios de la época de las luces y el enciclopedismo y las ideas utilitarias de Bentham.

“Fueron 3 los principios que inspiraron al codificador francés: primero, no se puede imponer pena distinta a la prevista en la ley; segundo, por una misma infracción la pena debe ser la misma para todos; y, tercero, la pena no debe afectar sino al culpable. Por esto es que la adopción del código penal de Santa Cruz, en el Perú, constituye un progreso en relación a la legislación española que sobrevinía en los primeros años de la república”.¹⁷⁶

A pesar de las críticas en cuanto a la sistematización de su contenido y sus contradicciones, su finalidad apuntaba fundamentalmente a la prevención general por la intimidación.

5.3.3.El Código Penal de 1862

Hasta la dación del código penal de 1862, le tuvieron que suceder 3 comisiones parlamentarias encargadas de elaborar el proyecto respectivo (1853, 1856 y 1860), aprobándose éste último comenzando a regir en realidad a partir del 5 de marzo de 1863,¹⁷⁷

175 La escasa vigencia del Código de Santa Cruz hizo que a su derogación volviese a regir la legislación colonial, significando un notorio retroceso y tuvieron que pasar muchos años hasta que el Perú se dotase de una legislación codificada, porque a pesar de todo —como afirma Zúñiga Guardia citado por Hurtado Pozo— dicho texto punitivo constituye uno de “las leyes más sabias de las naciones cultas y acomodadas al genio, carácter y necesidad de los americanos, han producido en seis años de práctica los más felices resultados” en **HURTADO POZO**. (1979); *Ibidem.*, p. 40.

176 **HURTADO POZO, José**. (1979); *Ibidem.*, p. 41.

177 **HURTADO POZO, José**, (1979); *Ibidem.*, p. 43. A pesar de que la ley dispuso que entrara en vigencia a partir del 2 de enero de 1863, otros como Bramont, Peña Cabrera señalan que entró en vigor el 1º de marzo de 1863.

sin que se discutiera y analizara por el Congreso, lo que revela la falta de seriedad de los legisladores de aquella época.

El modelo seguido por el Código penal de 1862, que constituye el primero para el Perú, fue el español de 1848-1850 que es “imitación” del código brasileño de 1830, “copia a su vez del código napolitano, como éste lo era del francés de 1810”.¹⁷⁸

La notoria influencia española en su redacción fue reconocida por los propios legisladores cuando elevaron al Congreso extraordinario el texto revisado del proyecto de código penal (20.05.1859), afirmando que “... El código español ha servido de una luminosa guía en este trabajo que después de meditados esfuerzos, ha creído encontrar en sus disposiciones los más saludables principios y las mejoras indicaciones de la ciencia” y en razón a que “estando las actuales costumbres de los peruanos vaciadas en los moldes imperecederos de las leyes del idioma de Castilla no era posible dejar nuestro Proyecto de aquéllas acertadas disposiciones”.¹⁷⁹ Esta influencia obedece a que “... La cultura del sector dominante en el Perú era casi la misma que predominaba en España por lo que la importación del modelo español puede ser calificada de recepción homogénea; ya que la cultura del receptor no era distinta a la del país originario del Código recepcionado...”.¹⁸⁰

El modelo seguido por el primer Código penal peruano hace que se reedite el hecho de que “cuando un código es adoptado en el extranjero, la doctrina del país natal tiende a acompañarlo”. Entonces los fundamentos de la punición se tienen que abordar desde esa perspectiva. Y los comentarios a la legislación codificada española de 1848-50, consolidador de tímidas conquistas liberales, señalaban que la pena era para Rossi retribución hecha por el juez legítimo de un mal por otro mal. El prin-

178 **JIMENEZ DE ASUA, L. y SALDAÑA**, citado por **HURTADO POZO**. (1979); *Ibidem.*, p. 44.

179 **BASADRE, Jorge**; citado por **PEÑA CABRERA, R.**; *Ob. Cit.*, p. 85. y **HURTADO POZO**. (1987); *Ibidem.*, p. 107.

180 **HURTADO POZO, José**. (1987); *Ibidem.*, p. 108.

cipio retribucionista se advierte en el Código a través del deseo llevado hasta la puerilidad —como dice Silvela— de determinar de una manera casi matemática, en cantidad y calidad, la pena correspondiente de cada delito como si, una vez especificada en qué consiste la deuda, se quisiera dejar con la misma precisión establecido en qué consiste la paga...”; es más puede apreciarse que “hay él muestras de extremo rigor (...), de crueldad o de infamia (...) que son hijos de tiempos pasados que aún los nuevos entonces no se atrevieron a borrar”.¹⁸¹ Como puede apreciarse la doctrina expiacionista rigió en el Código español de 1848-50.

En lo que respecta a su filiación a una determinada Escuela, se afilia a la Escuela Clásica, desprendiéndose ello del criterio clásico con que define el hecho delictuoso y el fin que atribuye el castigo.¹⁸²

De la sanción, en el modelo importado, se ocupa la Sección Cuarta y Quinta del Libro Primero, donde con el propósito de excluir toda arbitrariedad judicial se fija la escala de penas que comienza con la muerte y termina con la simple sanción; agregándose a estas penas principales las accesorias como son de interdicción civil, inhabilitación, pérdida de los instrumentos con que cometió el delito, pago de daños, costas procesales y finalmente la sujeción a la vigilancia de la autoridad. Es más —siguiendo a Viterbo Arias— el código penal de 1863 cuida de precisar la pena mediante divisiones y subdivisiones en la escala, con tal rigorismo, que el juez no podía evolucionar entre un máximo y un mínimo de castigo, sino que tenía determinados legalmente hasta las infracciones que le permitían añadir o rebajar por cada circunstancia agravante o atenuante.¹⁸³

El fenómeno receptivo de la legislación penal española, tuvo lugar de acuerdo a la concepción socio-política en que se desarrollaba el país muy de acuerdo a la ideología de la clase

181 **JIMENEZ DE ASUA, L.** (1956). T. I.; *Ibidem.*, p. 710.

182 Sobre el particular véase *Supra*...

183 Citado por **BRAMONT ARIAS, Luis.** (1978); *Ibidem.*, pp. 127 y ss.

dominante que desconoció su propia realidad, imponiendo con ello determinados modelos de comportamiento, semejantes a los de España, constituyendo el gran desconocido: la población indígena.

Finalmente, el legislador de 1862 “fue tan fiel a su modelo foráneo, que el código no hacía, como el español, casi ninguna concesión a la prevención especial. La función asignada a la pena era el castigo de los infractores y se imponía muchas veces en base a la responsabilidad objetiva; es decir, en base a la sola causación del resultado perjudicial. Para imponer un castigo bastaba comprobar que el daño había sido causado por el comportamiento prohibido del agente (*versari in re illicita*), sin que fuese necesario determinar el vínculo de culpabilidad existente en relación al resultado más grave”.¹⁸⁴

5.3.4. El Código Penal de 1924

Antes de su promulgación se dieron una serie de intentos de reforma, nombrándose diferentes comisiones en los años 1871, 1873, 1874, 1877, 1900 y 1915 que dan lugar a los proyectos de Reforma de los años 1874, 1878, 1900 y 1916. Esfuerzo que se realiza por sacar al Perú del vergonzoso atraso en que se encontraba en materia penal y que concluye con la dación del código penal de 1924.

Por ley Nro. 4460 del 27 de diciembre de 1921, se encarga una comisión compuesta por dos senadores y tres diputados, elegidos por sus respectivas Cámaras y por dos magistrados elegidos por la Corte Suprema que revise el Proyecto de Código penal que formuló la Comisión creada por Ley Nro. 2110.

Esta Comisión de 1921 se integró por los Senadores Julio E. Ego Aguirre y Pío Max Medina, por los diputados Plácido Jiménez, Vicente Noriega del Aguila y Carlos Calle y, por los

184 HURTADO POZO, José. (1979); ídem., pp. 44 y ss.

magistrados Felipe de Osma y Alejandro Maguiña. Posteriormente fue incorporado el Dr. Víctor M. Maúrtua por iniciativa de la misma comisión.

La Comisión de 1921 efectuó su trabajo de revisión sobre la base del Proyecto que había elaborado Víctor M. Maúrtua como ponente de la Primera Comisión Parlamentaria de reforma penal. El mismo Maúrtua, presentó una serie de reformas a su primer proyecto, las mismas que fueron aprobadas por la nueva Comisión y remitiéndose el respectivo proyecto al Congreso éste lo aprobó sin discusión en enero de 1924. Fue promulgado el 28 de julio de 1924 (Ley No. 4868 del 27 de julio de 1924) y comenzó a regir al día siguiente.

El código penal de 1862 de clara inspiración hispánica y de extrema concepción retribucionista de la pena, significó, en la coyuntura histórica que marcó el preludio de la reforma penal peruana de la década del 20 del presente siglo, un cambio absolutamente necesario, por demás ineludible y extremadamente urgente, en razón de que —como se desprende de su breve exposición de motivos— el código derogado de 1862 fue concebido en “la época en que se dictó a criterios criminológicos y a principios de penalidad que han caducado definitivamente o que han experimentado gran transformación”; de ahí que Maúrtua, autor de la exposición de motivos, lo calificara al viejo código penal como “uno de los antiguos monumentos legislativos que sancionan en toda su plenitud el criterio objetivo en derecho penal” considerando “en sí misma cada categoría de hechos delictuosos y les ha asignado sus castigos según su gravedad” y en contrapartida a éstos conceptos se incluye, en el texto de 1924, “como criterio de penalidad, el de las nuevas escuelas sintetizadas por Liszt en la siguiente frase: “la finalidad de la punición no la constituye el delito, sino el delincuente; no el concepto, sino el hombre”. Tendencia de Liszt, recogida por el código penal de 1924, que se afilia a una postura ecléctica (clásica y positiva) Que converge hacia una corriente innovadora de Política Criminal

que comulga una reacción punitiva dual de penas y medidas de seguridad que van junto al propósito de “individualizar la represión o a iniciar, al menos, una tendencia en esta dirección” y al contenido de los principios que se encuentran en su título IV como son: “simplificación de las penas, paralelismo entre ellas, elasticidad, marcado propósito de disminuir los casos de las penas de corta duración privativa de libertad, introducción de medidas preventivas y de seguridad “como lo habíamos manifestado recalcando que las penas de corta duración disminuían siguiendo la adopción del sistema franco-belga de la condena condicional; es más, se presenta la característica de la supresión de las penas absolutamente fijas, permitiendo que una pena, particularmente grave pueda ser reemplazada por una sanción menos grave y que el quantum la individualice dentro de ciertos límites.

Como así le sucedió al viejo código de 1862 que recogía una notable influencia de los principios de la Escuela Clásica que, en su época, se desarrollaba vigorosamente en Europa, tuvo que sucederle lo propio al código de 1924, cuando en Europa se desarrollaba intensamente la lucha entre los representantes de las diversas escuelas penales, principalmente entre la clásica y positiva, que tiene sus singulares connotaciones en el movimiento legislativo penal que se operó en Europa y en América Latina constituyendo nuestra reforma su repercusión.

Liszt con su Escuela de Política Criminal influye fuertemente en los trabajos de Stoos y los siguientes trabajos prelegislativos que se desarrollaban en Suiza.

“En América Latina se efectuaron por entonces diversos procesos de reforma penal (...) es necesario señalar en Argentina el Proyecto de 1916-1917, que fue aprobado en 1921 y comenzará a regir en 1922. Según Jiménez de Asúa (...) “es un tímido documento de tendencia político-criminal lindante con el neoclaci-

cismo, cuya construcción técnica a pesar de sus muchos defectos es estimable”.¹⁸⁵

Se tiene además el código penal venezolano de 1912 de notoria influencia del código italiano de 1881 de Zanardelli, así como el código brasileño de 1890 y el uruguayo de 1889, donde también es notoria su influencia.

En cuanto a los modelos legislativos foráneos utilizados en la elaboración del código penal de 1924, se tiene como únicas fuentes para determinarlos —como lo advierte Hurtado Pozo— “la brevísima exposición de motivos del proyecto, redactados por Víctor M. Maúrtua y, la comparación del texto mismo con las diferentes leyes extranjeras (es decir, el método comparativo).

Desde un inicio, puede advertirse, que antes de que entrara en vigor y cuando constituía sólo un documento prelegislativo y aún hasta cuando entrara en vigencia, no ha merecido mayor discusión y estudio por parte de nuestros juristas. Su recepción en el Perú tuvo lugar en forma silenciosa y silenciosamente también le sucedieron sus efectos prácticos que demostraron no tener repercusión social alguna, como el que se esperaba que tuviera, y como que en efecto debía de suceder, porque un texto punitivo significa para el Estado, la manifestación formal de su poder subjetivo capaz de conducirlo a la regulación de conductas, permitiéndole de esta manera sobrellevar la coexistencia social que le garantiza la seguridad jurídica.¹⁸⁶

185 Citado por **HURTADO POZO, José.** (1979); *Ibidem.*, p. 57.

186 Las obras de los autores nacionales no reflejan un estudio serio sobre el particular. La parte general es desarrollada en forma por demás esquemática y en algunos casos incompletos. No se conoce de un trabajo de derecho penal peruano serio, menos se vislumbra siquiera una tentativa de hacerlo. Hurtado Pozo en 1979 publica su Ley Importada, desenmascarando el fenómeno de la recepción penal en el Perú y haciéndonos conocer el temible diagnóstico de la realidad punitiva de nuestra patria. Preocupación que no parece advertirse de otros juristas y la historia pareciera que vuelve a repetirse con este nuevo Código penal de 1991 y el círculo vicioso de caer en lo mismo parece involucrarnos. Aquí resumiremos gran parte de las notas críticas de este importante trabajo, que, con relación del Código de Maúrtua señalara Hurtado.

Las fuentes utilizadas por el legislador de 1924, se traducen en orden de importancia, por la influencia suiza (sobre todo en la parte general y especial del código), le siguen la italiana y la Argentina. En algunas disposiciones se revela la influencia uruguaya, holandesa y sueca. De la influencia española quedan rezagos, especialmente las que se conservaron del código de 1862 de clara inspiración del código penal español (1848-50) y las que se tomaron de la fuente argentina.

En la parte general, nos importa referirnos en forma especial porque “nuestro legislador incorporó un Título consagrado a la culpabilidad como fundamento de la pena” que evoluciona en forma significativa desde la responsabilidad material (por el mero resultado) hacia la responsabilidad personal de culpabilidad, buscando con ello y junto a otras reglas suizas “perfeccionar nuestro ordenamiento penal, situándola en el mismo nivel de evolución del derecho europeo”. El principio “no hay pena sin culpabilidad” es confirmado en la parte especial del código, también debido a la influencia suiza (p. 61 y s.).

La influencia helvética repercute igualmente en la sanción, donde el legislador adopta el sistema dualista que recoge de los proyectos suizos donde “La infracción no sólo puede dar lugar a la aplicación de una pena sino también a la de una medida de seguridad. Respecto a la pena, trata de evitar la imposición de penas privativas de libertad de corta duración mediante la aplicación de la pena de multa, estatuida para diversas infracciones leves, y la concesión de la condena condicional (...). En cuanto a las medidas de seguridad no sólo incorporó lo referente a los inimputables (enfermos mentales, por ejemplo) (...) sino que, siguiendo a los proyectos helvéticos, incorporó también a los ebrios habituales y a los que viven en la ociosidad o de manera desarreglada. Esta orientación suiza debió influir, igualmente, en nuestro legislador, al determinar el tratamiento de los indígenas semicivilizados (degradados por la servidumbre y el alco-

holismo) y de los salvajes” (p. 62). La individualización de la pena fue también otra de sus importantes influencias.

La influencia italiana “procede de dos vertientes: el código penal de 1889 (código de Zanardelli) y el proyecto Ferri de 1921”, ésta última tuvo mayor relevancia porque influyó nítidamente “la concepción positivista de la peligrosidad, admitida junto a la culpabilidad como fundamento de la penalidad (art. 51^o) y el intento del legislador de establecer como base común de las medidas de seguridad el “peligro social” que representa el agente” (art. 83)” (p. 64).

Las influencias holandesas, sueca, así como la española y argentina están circunscritas a dominios bastante reducidos.

En fin, al código de 1924 le brindaron elogios iniciales que se justificaban en cuanto se consideraban —dentro del elogio— a instituciones novedosas las que hemos comentado líneas arriba. “Pero, un análisis de conjunto de sus disposiciones revela cierta incoherencia, debida justamente a la diversidad de fuentes utilizadas. Por momentos, da la impresión de tratarse de un mosaico inarmónico” (p. 102).

Su asimilación y acogida brindaba a este código en el Perú “fue bastante crítica. Sus disposiciones fueron calificadas de utópicas y de totalmente inadecuadas a la realidad del país” (p. 102). Los magistrados con marcado tinte conservador y tradicional fueron los que más lo atacaron. De otra parte, su notorio descuido de no concordarse con el código adjetivo avivó aún más las críticas. En cuanto al legislador revela su imperfección que resultan de su pretendido “afán de simplificar el modelo extranjero” y en otras se revela su “desconocimiento, por parte del legislador nacional de las instituciones que deseaba importar”.¹⁸⁷

187 En cuanto a las incongruencias del legislador, ver **HURTADO POZO, J.** (1979); *Ibíd.*, los que se resumen en: 1.- El código helvético guarda armonía en la adopción del denominado “sistema flexible de la doble vía”. Es decir, la reacción punitiva consiste en recurrir a la pena y a la medida de seguridad, con la posibilidad de que ésta sustituya a la primera. Por el

El problema de su asimilación se refleja en la escasa literatura nacional existente que es notorio y hasta alarmante, porque dicho quietismo y pereza intelectual se notó aún hasta antes de su formal derogación en abril de 1991. Es más, llegando al colmo ocurre que, quienes manejan y tienen en sus manos el dominio de la política penal, éstos no hicieron un mínimo de esfuerzo posible por su efectiva asimilación, haciendo alcance de fuentes doctrinales del país que se importaba. Así la clásica afirmación de Schwarz de que “la doctrina del país natal tiende a acompañarlo”,¹⁸⁸ esto no tuvo lugar en el Perú, menos siquiera se avizoró. “La influencia doctrinal suiza no llegó alcanzar la influencia legislativa” (p. 108).

El desconocimiento, cada vez más evidente, de los legisladores que se encargaron de modificar el texto primigenio de 1924, (de principios político criminales), ha hecho que sus sucesivas modificaciones lo conviertan en “una obra dispar y que constituye el reflejo de una “política criminal improvisada y de reacción mecánica a la intensificación de ciertas formas de delincuencia” (p. 111). La inclusión de la pena de muerte en forma posterior (eliminada luego por la Constitución de 1979), así como las disposiciones contenidas en el código sanitario (D. Ley 17505), las leyes sucesivas de represión del terrorismo, la convirtieron en un código puramente represivo-retribucionista que significa el quiebre de su sistemática original y su consecuente alejamiento a sus principios de política criminal.

contrario, el legislador de 1924 al adoptar un criterio uniforme en los arts. 41º y 42º del código. En el primero (para ebrios habituales) adopta un dualismo rígido (primero pena y medida luego medida de seguridad. En cambio, en el segundo establece un régimen flexible (para quienes viven en ociosidad, etc.) donde la medida de seguridad sustituiría a la pena. Tampoco fundamenta una disposición general (art. 82) donde señala que las medidas de seguridad para los agentes que sin actuar culpablemente constituyan casos de peligro social. No advirtiendo que las medidas de seguridad, para su aplicación, supone la culpabilidad. 2.-Igualmente se revela la desarmonía de las penas paralelas (código italiano de 1889) y la fijación de penas en la parte especial.

188 **SCHARZ**, citado por **HURTADO POZO**. (1979); *Ibidem.*, p. 106.

Con mucha razón afirmó Hurtado que “la no asimilación de las reglas importadas y de las concepciones técnicas que las inspiran, determina que nuestro legislador desconozca la evolución de las reglas en su país de origen y que la aplicación difiera cada vez más en ambos países, no obstante tratarse de normas semejantes” (p. 113).

Una gran dificultad de recepción de una ley foránea ocurre cuando el país que exporta y el país que recepciona existen diferencias en cuanto a su realidad socio económica. Dificultad que enfrenta a todo proceso receptivo y que significa una notoria, por no decir decisiva, influencia en su asimilación.

Se presenta un obstáculo de índole material que se refleja en la casi nula “implementación de la estructura necesaria para la real aplicación de la ley recepcionada”. Toda ley no tiene sentido de que exista sino va acompañada de los medios materiales suficientes que permitan y viabilicen su implementación y así pueda realizar su cometido, permitiendo su pleno y eficaz cumplimiento y con ello cumpliendo su rol que a toda ley siempre acompaña: solucionar un determinado problema social, permitiendo con ello su coexistencia pacífica.

En el caso peruano (en cuanto a su ley punitiva) no ocurrió tal advertencia. Así, con singular sagacidad profética Manuel G. Abastos advirtió: “raro destino el del código de 1924, envejecer sin haber sido aplicado”¹⁸⁹ ni suficientemente estudiado. Su frase profética se evidenció en el “sistema de sanciones (penas y medidas de seguridad) adoptado por el legislador peruano, —que— exigía para su funcionamiento la construcción de una amplia y diversa red de establecimientos adecuados. Esta empresa estaba fuera del alcance de la capacidad económica del Estado. De ahí que (...) las medidas de seguridad no se hayan puesto en práctica y que las penas privativas de libertad se ejecuten en pésimas condiciones” (p. 114). Esto demostró que las

189 ABASTOS, Manuel G. citado por HURTADO POZO. (1979); *Ibidem.*, pp. 115 y ss.

instituciones foráneas importadas no se hicieron en función de las necesidades y posibilidades nacionales y esta reforma referente a su sistema de sanciones que deviene de una tendencia político criminales se convirtió en una de las más loables innovaciones líricas donde la realidad fue más poderosa y la convirtió en ilusoria.

Con bastante razón, que emerge del alma humana, afirma Bramont Arias a este respecto: “Parece entonces, que la verdadera reivindicación del delincuente será imposible si, previa o paralelamente, no se emprende la reivindicación del hombre aparentemente libre (campesino u obrero) quien, sin haber hecho daño alguno a la sociedad, vive en lamentable condición de existencia —recalcando, además—. No nos engañemos creyendo en el fetichismo de las leyes. La legislación podrá ser técnicamente perfecta y habremos caminado solamente una parte de la recta hacia el tratamiento humano del delincuente, —y en tono crítico concluye— Falta que los hombres —en general aquellos vinculados a estos menesteres en particular— que han de aplicar y ejecutar las leyes pertenezcan a una sociedad que tenga más respeto por la dignidad de la persona humana, y que no vea en el hombre un mero objeto económico de explotación”.¹⁹⁰

Entonces esta incontratable realidad que acompaña al Perú por siglos no justifica la disculpa que formulara Maúrtua en éstos términos: “el nuevo código no producirá inmediatamente todos sus efectos benéficos porque los establecimientos penales no corresponde a su objeto. Pero es urgente promulgarlo porque en él se traza el programa de la mejora que es necesario hacer en las instituciones de punición”.¹⁹¹

Esto y otros obstáculos de carácter material imposibilitaron su plena recepción y “han determinado que muchas de las disposiciones recepcionadas permanecieran como “letra

190 **BRAMONT ARIAS, Luis.** (1978); *Ibidem.*, p. 131.

191 **MAURTUA**, citado por **HURTADO Pozo.** (1979); *Ibidem.*, p. 114 y ss.

muerta” (p. 115) o han sido aplicadas en forma incorrecta como aquella que ocurría “en el momento de individualizar la pena se tiene en cuenta, de modo general, el fin intimidatorio, de prevención general de la pena, la peligrosidad a que hace referencia el artículo 51º, junto a la culpabilidad —era— simplemente utilizada como una mera circunstancia agravante” (p. 119) que conducía a la pura intimidación que se refleja luego en la práctica jurisprudencial.

Nos interesa mucho abordar acerca de los destinatarios de la ley penal, en el cual, si bien es cierto que en cuanto a éste y a aquél se hace una notoria distinción que, en nuestro criterio, constituye un claro atentado contra la dignidad del hombre peruano, al circunscribírsele como una mera categoría penal.

La afirmación es válida porque el legislador de 1924 distinguía a tres clases de peruanos: 1.- civilizados, 2.- indígenas semi-civilizados, y 3.- los salvajes.¹⁹²

Lo cierto es que, a las dos últimas categorías de personas o de hombres no respetaron su cultura, su tradición milenaria y sus costumbres como elementos y con ello tratar de proteger la personalidad del grupo social, sino que adoptó una posición proteccionista y paternalista, reflejando con ello su disminuido y casi nulo horizonte de fundamentación antropológica que tanta falta hizo a nuestros legisladores.

Tan evidente es lo que se expone que, el mayor grupo poblacional del Perú (indígenas según el código) se considera como fin de la sanción la “plena readaptación” a la vida libre y honesta” y siguiendo a Hurtado podemos sostener que tanto en relación a los “salvajes” así como a los “indígenas semici-

192 El hombre peruano fue dividido en el código de 1924 en tres meras categorías: Los civilizados, lo constituían las personas que vivían en un centro urbano o muy cerca de éste, que es alfabeto, que no cree en supersticiones ni tiene costumbres bárbaras y que participa en la actividad productiva. Los indígenas semi-civilizados, era el pastor andino o campesino que vive en el medio rural y que no era hispano hablante o alfabeto. y, los salvajes, que eran los habitantes nativos de la región selváticos. Esa fue su concepción antropológica.

vilizados”, el legislador optó por una concepción “asimilacionista”. Es decir, que consideró el derecho penal como un medio tendiente a incorporar a la civilización los grupos de personas que se conservaban fuera de ésta” (p. 69). Con ello, el Estado cumplía una función moralizadora y civilizadora con un trato legislativo notoriamente discriminatorio del hombre peruano.

5.3.5. Movimiento de Reforma del Código Penal de 1924

5.3.5.1. Panorama general

El conservadorismo reinante, en el contexto histórico coyuntural del código penal de 1924 hizo que —como así lo desarrollamos—, a la par de dificultar su asimilación, mantener una preocupación constante en pretender reformarla. Así al transcurrir año y medio de su vigencia y por ley Nro. 5168 de 31 de julio de 1925, se designó una comisión compuesta por el senador doctor Angel Gustavo Cornejo y el diputado doctor Plácido Jiménez con la finalidad de introducir las modificaciones que fueran necesarias al código penal.

Estos presentan un primer Anteproyecto en 1927 que contiene sólo la Parte General, donde se desprende que es clara la intención de los proyectistas de sobrepasarse por encima del encargo original de complementar el código de Maúrtua. Intención que se demuestra en la afirmación que hiciera el propio autor doctor Gustavo Cornejo manifestando que los propósitos que animaban al código penal de 1924 “no habían conseguido encarnar en realidades”.

El mencionado anteproyecto criticado por muchos juristas por su asistemática y desordenada estructura, además de su inoportunidad,¹⁹³ demuestra en lo referente a las sanciones penales que éstos pueden aplicarse a “los infractores con capa-

193 JIMENEZ DE ASUA, L. (1956). T. I.; *Ibidem.*, p. 1129.

cidad penal: presidio, penitenciaría, cárcel, arresto, expatriación, inhabilitación, multa” (art. 26). Continuando la sanción indeterminada (presidio).

Las medidas de seguridad se establecen en su artículo 169° y son “relegación, internación en asilo, manicomio, reformatorio, casas de trabajo o de tratamiento, confinamiento, trabajo disciplinario, cauciones, expulsión de extranjeros”.

En el artículo 263° contiene el criticado concepto de estado peligro pre-delictual.

El conservadorismo que hicieramos mención fue el pretexto que formularan los proyectistas, afirmando que el Código de 1924 era demasiado audaz para el Perú y el nuevo documento es mucho más pretencioso.¹⁹⁴

En 1928 el primer Anteproyecto presentado se completa con la introducción de la parte especial y con algunas innovaciones hechas a la parte general, fundamentalmente a causa de las críticas que le hiciera Jiménez de Asúa.¹⁹⁵ Las sanciones penales permanecen inalterables esta vez contenido en el art. 40°, salvo el añadido de un título general brevísimo sobre la individualización de la pena.

En fin, el Proyecto presentado no pasó de ser un simple intento de reforma, producto de la influencia del conservadurismo reinante que, en materia de “penas”, nada innovador nos hizo llegar, más que una pura esquematización lírica, sin nada de contenido principista.¹⁹⁶

Durante el gobierno de Fernando Belaúnde Terry se nombra una comisión encargada de estudiar y revisar el código

194 **JIMENEZ DE ASUA, L.** (1956). T. I.; *Ibidem.*, p. 1131.

195 **JIMENEZ DE ASUA, L.** (1956). T. I.; *Ibidem.*, p. 1132.

196 Una finalidad de la pena en el Proyecto Cornejo Jiménez de 1928 puede encontrarse, desde un punto de vista dogmático en su artículo 1º donde la ley penal tiene por objeto la defensa del orden social contra los actos o estados violatorios del derecho; o, que lo amenazaren o pusiesen en peligro, aplicando penas y/o medidas de seguridad para tal fin.

penal de 1924, comisión designada mediante D.S. Nro. 136-AL del 25 de marzo de 1965.¹⁹⁷ La comisión en fecha 7 de junio de 1972 elevó al Supremo Gobierno el Proyecto de Código Penal.

Aun cuando el parecer de los proyectistas de 1972 era que el código penal de 1924 no fuera reemplazado íntegramente, sino corregida únicamente, simplificaba el catálogo de sanciones, otorgaba mayor precisión al determinar el quantum de la pena; ajuste entre las sanciones y la posibilidad de creación de las sanciones y la posibilidad de creación de los centros de ejecución de las mismas.

El catálogo de sanciones lo reduce a internamiento, relegación, prisión, multa, inhabilitación, caución de buena conducta y medidas de seguridad curativas, de internación y de vigilancia. La pena de relegación a tiempo fijo se extiende de un año a 25 años; y la de prisión de dos días a 25 años, la pena de multa se mantiene. En lo que respecta la cuantía es elevada a un máximo de 6 meses de renta y con un mínimo de 10 días.

En la parte especial demuestra seguir el criterio del profesor francés Robert Vouin (Jornadas de derecho penal de Buenos Aires 1960) en el sentido de que lo peligroso que resulta el aumento de figuras delictivas en el código cuidando una “inflación penal” que tenía como consecuencia una devaluación de la pena”,¹⁹⁸ considerando que una nueva figura delictiva se introduce únicamente “cuando se demuestra la necesidad de su

197 Octavio Torres Malpica (presidente), Vocal delegado de la Corte Suprema de Justicia de la República; Luis A. Bramont Arias, delegado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; Luis E. Roy Freyre, delegado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; Hugo Piaggio, delegado de la Universidad Católica del Perú, Raúl Peña Cabrera, delegado de la Federación de Colegio de Abogados del Perú; y, Manuel G. Abastos, delegado del Colegio de Abogados de Lima, actuando como secretarios los doctores Manuel Matos López y Dora Mendoza A. El doctor Manuel G. Abastos, por razones de salud, renunció al cargo el 16 de julio de 1971; y en su reemplazo, el Colegio de Abogados de Lima, designó como su delegado al doctor Carlos Espinoza Villanueva.

198 **VOUIN, Robert**, citado por **BRAMONT ARIAS, Luis**. (1978); *Ibidem.*, p. 135.

creación en procura de una adecuada tutela de la sociedad o a la persona humana (exposición de motivos).

Por Resolución Suprema No. 070-81-JUS de fecha 8 de setiembre de 1981 se constituye una comisión¹⁹⁹ encargada de proponer al Ministerio de Justicia el anteproyecto de código penal. El 3 de agosto de 1983 el Ministro de Justicia, doctor Armando Buendía Gutiérrez, remitió el Proyecto de Ley del código penal al Senado de la República, el mismo que se publicó en el Diario Oficial “El Peruano” del 3 al 5 de setiembre de 1984.

Por Ley No. 23859 de 5 de julio de 1984, que facultaba al Poder Ejecutivo a promulgar mediante Decreto Legislativo el Código Penal, se constituye una Comisión Revisora,²⁰⁰ publicándose el respectivo Proyecto de Código Penal en el Diario Oficial “El Peruano” en setiembre y octubre de 1984. Con algunas modificaciones se publica nuevamente del 19 al 21 de agosto de 1985.

Mediante Resolución Ministerial No. 193-85-JUS, de fecha 31 de julio de 1985 se conforma una Comisión Consultiva del Ministerio de Justicia.²⁰¹ Comisión que, sobre la base de los proyectos anteriores elaborados por la Comisión Revisora, constituida por Ley 23859 elaboran un nuevo Proyecto que se da a publicidad en el Diario Oficial “El Peruano” del 31 de marzo al 2 de abril de 1986.

El 25 de octubre de 1988 se expide la Ley No. 24911 donde, ampliándose el plazo concedido por Ley 23859, a todo lo que

199 Comisión integrada por los juristas Luis Roy Freyre, Eduardo Mimbela de los Santos, Carlos Espinoza Villanueva, Lauro Muñoz Garay, Alfonso Aguilar Bustillos, Víctor Maúrtua Vásquez, Nicolás de Piérola y Balta y el Coronel PIP José Cabrera Vásquez.

200 Comisión revisora integrada por los doctores Javier Alva Orlandini, Luis Bramont Arias, Hugo Denegri Cornejo, Víctor Alfaro de la Peña, Guillermo Bettochi Ibarra, Oriel Boldrini Pomareda, Edmundo Haya de la Torre, Segundo Peña Reyna, Víctor Pérez Liendo, Juan Portocarrero Hidalgo y Bonifacio Quispe Cusi.

201 Comisión Consultiva integrada por Edmundo Haya de la Torre Luis Bramont Arias, Juan Portocarrero Hidalgo y José Tello Campodónico.

resta del período Constitucional a fin de que el Poder Ejecutivo promulgue mediante Decreto Legislativo el código penal; y con este propósito se conforma una nueva Comisión Revisora,²⁰² la misma que sobre la base del proyecto de código penal de 1986, publican en fecha 9 de septiembre de 1989 el Proyecto de Código Penal (parte general) y el 17 de julio de 1990 es publicado el Proyecto de Código Penal en su totalidad (parte general y parte especial).

Por Ley No. 25280, el Congreso de la República delegó en el Poder Ejecutivo la atribución de dictar, en el término de 90 días el código penal vía Decreto Legislativo, designando para este efecto otra Comisión Revisora;²⁰³ y cuyo proyecto de código penal (revisado) se publica el 20 de enero de 1991.

Posteriormente, ésta misma comisión revisora, envían el texto debidamente revisado para su correspondiente promulgación que se produce mediante decreto legislativo No. 635 de fecha 08 de abril de 1991 y cuyo texto de código penal se publica fraccionadamente los días 8, 9 y 10 de abril del presente año.

Como puede apreciarse, se ha señalado el contexto general, del movimiento de reforma del código penal de Maúrtua, criticado por muchos por su apresuramiento que obedece a fines

202 Comisión Revisora integrada por los doctores René Nuñez del Prado, Felipe Osterling Parodi, Rolando Breña Pantoja, Flavio Núñez, Benjamín Madueño Yansey, Duberly Rodríguez Tineo, Carlos Espinoza Villanueva, Pedro Méndez Jurado, Luis Bramont Arias, Luis Roy Freyre y Ricardo Váscones Vega; y en calidad de colaboradores estuvieron los doctores Raúl Peña Cabrera, Carlos Lecaros Cornejo, Felipe Andres Villavicencio Terreros, César San Martín Castro, Luis Lamas Puccio y Víctor Roberto Prado Saldarriaga; y como secretaria letrada doña Ana María Valencia Catunta.

203 Comisión Revisora integrada por los senadores, doctores Javier Alva Orlandini, Luis Gazzollo Miani y Absalón Alarcón Bravo de Rueda; tres diputados, doctores Gilberto Cabanillas Barrantes, Eduardo López Therese y José Baffigo Torre; un representante del Ministerio Público; Dr. Pedro Méndez Jurado; del Poder Judicial, Dr. Carlos Espinoza Villanueva; del Ministerio de Justicia, Dr. Juan Portocarrero Hidalgo; de la Federación Nacional del Colegio de Abogados, Dr. Luis López Pérez; del Colegio de Abogados de Lima, Dr. Luis Bramont Arias; y como colaboradores, los doctores Roberto Keil Rojas y Gonzalo de las Casas y Raúl Peña Cabrera, y como secretarios letrados Ana María Valencia Catunta, Pablo Rojas Zuloeta, María del Pilar Mayanga, Carlos Javier López Moreno, Miguel Carbajal Espinoza y Rosa Sandoval de Carranza.

políticos más que a pragmáticos y a una necesidad primordialmente social. Este síntoma dañino es advertido en los cambios apresurados de los distintos miembros de las diferentes comisiones encargadas de estudiar y revisar los diferentes proyectos y cuya planificación nunca pudo advertirse.

Un análisis, a manera de diagnóstico, pretenderemos abordarlo en las siguientes líneas, manteniendo nuestra preocupación en lo referente a la pena.

En este marco dividimos el proceso de reforma en tres períodos históricos diferentes que igualmente corresponde otro tanto de documentos prelegislativos de la reforma penal que, a nuestro entender, son: 1) el ante proyecto Cornejo Jiménez de 1927 y el proyecto de 1972; 2) Los proyectos de 1984-1986; y 3) los proyectos 1990 y 1991.

5.3.5.2. Primer período de reforma 1927-1972

En este período se conocen los documentos prelegislativos siguientes: el ante proyecto Cornejo Jiménez de 1927 y el proyecto de 1972.

Merece especial mención el primer intento de reforma que obedece a una inspiración conservadora, limitado a un derecho penal de “defensa social” ante la existencia de un delito.

La “defensa social” emerge como una función de la norma (ley penal) que brotan con inusitado apasionamiento de las canteras de la Escuela Clásica y Neo Clásica para quienes la función primordial de la ley penal es la defensa jurídica.

Eusebio Gómez entiende a la defensa jurídica dentro de un concepto más amplio que es la defensa social. Aparece como que si la sociedad ante una infracción que resquebraja su esencia misma, la sociedad tiene derecho a defenderse y ese cometido se cumple por la ley penal; de ahí que no conciben una sociedad sin derecho ni un Derecho fuera de la sociedad; pero entonces

el retribucionismo se enmascara dentro de esta concepción a través de una técnica ecléctica preventivista que postula que “el efecto más inmediato de la ley penal es el de fijar en la conciencia pública el sentido de lo lícito, no sólo en el sentido jurídico, sino también en el sentido moral. En efecto se considera, que lo que está sancionado por la ley es inmoral; y cierto es que todos los imperativos de la ley penal obedecen a un principio moral. Eleva entonces la moralidad del pueblo y tiende simultáneamente a defender a la sociedad ya contribuir a la formación de una conciencia”.²⁰⁴

Así, hicieron sentir sus opiniones adversa a este inoportuno intento de reforma Jiménez de Asúa que afirmaba con convicción: “un Código que hace sólo año y medio entró en vigor no debe ser sustituido por otro, y menos reemplazado por una ley más retrógrada —y seguía afirmando— que, si se suprimen de su articulado las medidas asegurativas, se perderá el perfil político criminal audaz (...) que exhibe y el código peruano ya no será un cuerpo legal moderno transformándose en una ley neo clásica”.²⁰⁵

5.3.5.3. Segundo período de reforma 1984–1986²⁰⁶

En este período intermedio marca la época de transición de la reforma más importante. Aquí se dan intentos de orientación doctrinaria marcadamente acentuada por parte de quienes integran cada una de las diferentes comisiones encargadas de revisar los documentos prelegislativos.

Como quiera que este período intermedio es de por sí importante en el proceso de reforma conviene, en primer lugar, o, en todo caso, hacer un esbozo de las pautas que debe acom-

204 **QUINTANA, Jorge**; citado por **BRAMONT ARIAS, Luis**. (1978); *Ibidem.*, p. 156.

205 **JIMENEZ DE ASUA, L.** (1987); *Ibidem.*, p. 73 y ss.

206 En cuanto a los documentos prelegislativos que constituyen cada uno de los proyectos, trataremos de referirnos únicamente al año y mes en que se publicaron. Esto para poder distinguirlos.

pañar todo proceso de reforma en materia punitiva; seguido luego de los pormenores que la acompañaron para finalmente analizar el contexto socio-jurídico en el cual se ha desenvuelto este período intermedio de la reforma.

¿Qué es lo que se tenía que reformar?

El código penal de 1924 era revolucionario para su época. Así la frase sintetizada por Liszt donde “la finalidad de la punición no la constituye el delito, sino el delincuente; no el concepto, sino el hombre” (exposición de motivos), mantiene una orientación político criminal congruente que hizo que se definiera al código penal de 1924 como el monumento legislativo más moderno para su época acorde con los adelantos de la ciencia.²⁰⁷

Le sucede luego, el código de procedimientos de 1940 y la Constitución de 1933 y 1979. A esto se suma que el Estado en su constante actitud sobre criminalizadora y el afán preventivo general de las codificaciones posteriores a 1924 hizo que sufriera transformaciones como consecuencia de la promulgación de nuevas leyes, convirtiendo la filosofía de su sistema de penas y de medidas complementarias, en muchos aspectos, en obsoleta e innecesaria; dado el papel puramente retribucionista de sus modificaciones.²⁰⁸

207 Así Jiménez de Asúa afirma que recibieron con loa, Juan José Calle y Bernardino León y finalizando termina en tono crítico que “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” Ver **JIMENEZ DE ASUA, L.** (1987). *Derecho Penal en la República del Perú*, Lima: Ediciones Jurídicas, pp. 71 y ss.

208 Así **JIMÉNEZ DE ASÚA.** (1956). T. I.; Ob. Cit., pp. 1134 y ss. y más recientemente **PRADO SALDARRIAGA, Víctor.** (1990). Las Penas Limitativas de Derechos. *Revista Jurídica del Perú*. Año XLI, Nros. I-V Enero-diciembre 1990, p. 12 y ss. donde sintetiza que cabe agregar que, a la reacción dual de penas y medidas de seguridad del Código Penal de 1924 se suma otras sanciones novedosas como la pena de multa que asimila el sistema suco de la dagsbot (días multa) que fue desplazado por opciones porcentuales, Ley 16185 (art. 13º) o de “sueldos mínimos vitales” D.L. 22095 (art. 61º); D. Leg. 046 (arts. 1º a 4º); y el art. 288-F que se refiere a ingresos mínimos legales.

También la condena condicional en la versión franco-belga de la surcis y la liberación condicional, fueron bloqueados por leyes posteriores que hicieron perder su orientación político criminal por una concepción retribucionista-preventivo general (ver al respecto las sucesivas leyes citadas por **PEÑA CABRERA, R.**; Ob. Cit., p. 98 y ss.

Todos estos cambios legislativos motivaron la preocupación de la reforma penal y en cuanto a su sistema de penas se mantiene una especial preocupación de adecuar a las demandas del presente.

Ahora bien, si este documento legislativo es el antecedente a legislar vía reforma, cabe preguntarnos:

¿Cuáles deben ser las pautas generales sobre las que se tiene que ceñir la reforma?

Obviamente como respuesta encontramos como parámetro de jerarquía a nuestra principal Carta Política del Estado, la Constitución de 1979, que marcó la causa e impulsó la reforma penal delineándolo y delimitándolo con sus principios contenidos en sus preceptos constitucionales. Así, el espíritu de la Constitución se dirige a la persona humana, como se puede desprender en el inicio de los postulados de su PREAMBULO y en su primer artículo que transcribimos:

Constitución Política del Perú

PREAMBULO

“Nosotros. Representantes de la Asamblea Constituyente, invocando la protección de Dios, y en ejercicio de la potestad soberana que el pueblo del Perú nos ha conferido:

CREYENTES en la primacía de la persona humana y en que todos los hombres, iguales en dignidad, tienen derechos de validez universal, anteriores y superiores al Estado”.

...”

Artículo 1º Constitución. “La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla”.

La Constitución define una pauta a seguir donde manteniendo la supremacía la persona humana por encima de todo, inclusive del propio Estado y sobre ella debe reposar todo tratamiento legislativo, que no debe trastocar su dignidad y a

la que debe guardar respecto y garantizar su existencia; porque sobre la dignidad de la persona humana descansa el cimiento de toda la construcción de los derechos humanos donde según Luis Recaséns Siches: “El pensamiento de la dignidad consiste en reconocer que el hombre es un ser que tiene fines propios suyos que cumplir por sí mismo, o, lo que es igual, diciéndolo en una expresión negativa, la cual tal vez resulta más clara, el hombre no debe ser un mero medio par fines extraños o ajenos a los suyos propios”.²⁰⁹

Entonces el hombre es el punto de referencia de cualquier elaboración que haga el Estado. Así entendido, el hombre no es un mero instrumento, porque si así lo fuera el Estado no tendría límites sobre él y los derechos humanos no tendrían razón de ser, estaríamos en un Estado Absoluto que, para los fines de un Estado de Derecho como Estado Democrático como el nuestro es inconcebible porque en este último se considera al hombre “como una persona, como un fin en sí mismo, como un ser capaz de realizar actos y capaz de responder de ellos; sólo así se puede justificar que el Estado pueda exigirle al individuo que adecue sus comportamientos a las regulaciones que él da origen; sólo de esta manera se puede justificar y, en su caso, legitimar que el Estado pueda aplicarle sanciones a los individuos”.²¹⁰

Como se tiene dicho la Constitución es la primera pauta a seguir. Todo su programa progresista, de contenido netamente principista y de respeto a los derechos humanos, tiene que reflejarse en el texto punitivo a legislar. La filosofía de la Constitución debe ser la filosofía del Código penal. La Constitución de corte abiertamente social debe configurarse en el sistema penal recogiendo toda la riqueza conceptual de la Constitución peruana.

209 Citado por **ELEJALDE ESTENSSORO, César.** (1990); *Ibidem.*, p 21. Véase en la misma obra todo el significado que tiene la persona humana y los derechos humanos, su evolución y los derechos humanos contenidos en la Constitución Peruana de 1979.

210 **MORENO HERNANDEZ, Moisés.** (1987). El Movimiento de Reforma Penal en México. *Debate Penal* (Nro. 2), p. 153.

Parecería, hasta donde hemos desarrollado, que el objeto primario de la reforma penal se circunscribiera a una mera labor normativa; sin embargo, esto no es así. No basta cubrir la necesidad de trasladar el programa progresista de la Constitución de 1979 al sistema penal, sino que, debe recoger la propia exigencia social, nacer de la propia realidad social que tiene sus implicaciones en la vida económica, política y cultural del país. A esto se suma, paralelamente, una debida planificación atendiendo al diagnóstico, pronóstico, implementación o evaluación, acompañada luego de una labor de política criminal. Toda esta inmensa labor debe merecer ineludiblemente de un tratamiento pluridisciplinario y junto a él el desarrollo de una labor de técnica legislativa que le corresponde al jurista legislador de la reforma.

Así entendido, una reforma penal es un proceso complejo y consiguientemente dinámico y fundamentalmente dialéctico. No es en absoluto un mero acto de modificación normativa, de sustitución de un texto punitivo añejo por otro nuevo documento legislativo que la sustituye; es decir, no debe quedar circunscrita a un plano tecnológico de Control Penal (legislación en general), sino que debe vislumbrar su nivel organizacional (agencias aplicadores de la ley penal). Lo contrario significa — reiteramos— un acto legislativo que arrastra el destino de ser inaplicable e incapaz de concretizarse materialmente.

Políticamente una reforma penal supone la reprogramación de objetivos de control social, cuyos objetivos tienen que responder racionalmente a las demandas sociales de seguridad ciudadana. Y esto debe procurarse mediante política social y con la optimización de la eficacia y eficiencia operativas de los órganos del sistema de control; claro está dentro de los límites democráticos que señala la Constitución.²¹¹

Dentro de los objetivos de control social deben quedar claros ciertos planteamientos político criminales, principal-

211 PRADO SALDARRIAGA, Víctor R. (1987). "Reforma Penal: ¿QUO VADIS PERU?", Balance crítico de un proceso improvisado. *Debate Penal* (Nro. 3). Lima, p. 491.

mente en su parte general, como son: 1) Intervención mínima del sistema penal (buscar soluciones no penales a todos los conflictos que no las requieran ineludiblemente); 2) Procurar sistemas de “divertión” en los casos que haya posibilidad de soluciones fuera del marco penal que sean socialmente más pacificadores o convenientes (incluyendo los casos de soluciones culturalmente admitidas, no institucionalizadas jurídicamente, cuando sean compatibles con la dignidad humana; 3) Prescindir de pena en todos los casos en que no sean necesarias; 4) Agotar el catálogo de las penas no privativas de libertad; 5) Reservar un papel residual a las penas privativas de libertad, incluso permitiendo su sustitución en los casos en que durante la ejecución fuese aconsejable la misma.²¹²

En este período intermedio de reforma penal 84-86 se conocen los documentos prelegislativos de septiembre de 84 (en número de dos), de agosto 85 y marzo-abril 86.

El proyecto 84 de clara inspiración del Código Penal Tipo para Latinoamérica obedece a un casuismo exagerado de determinar las instituciones de la parte general del proyecto. Su afán tecnocrático, producía la impresión de no alterar en absoluto la ideología panal ni le otorgaba mayores ventajas.

Este intento tecnocrático demuestra un notable avance en el proyecto de agosto de 1985 que establece como pena privativa de libertad máxima de 25 años, siguiendo la línea de la reforma brasileña de la parte general de 1984, elimina la pretensión de disminuir a 16 años la edad límite para la responsabilidad penal de los menores. Su parte general representa un cuerpo más orgánico y más acorde con los principios actuales.²¹³

212 **ZAFFARONI, E. Raúl y LARRANDERT, Lucila E.** (1986). “Comentarios al Proyecto de Código Penal para el Perú”. *Revista Jurídica del Perú*, Año XXXVII (Nro. 1), enero-marzo, p. 13.

Otros planteamientos político criminales hace llegar **PRADO SALDARRIAGA, Víctor R.** (1985). *Política Criminal Peruana*. Lima: Cultural Cuzco, pp. 275 y ss.

213 Así, **ZAFFARONI, E. Raúl**; Ob. Cit., p. 13.

El intento apresurado de sustitución del código de Maúrtua, tuvo un trasfondo político, surgiendo como un oportunista intento de potenciar la imagen política del candidato de Acción Popular a las elecciones de 1985. Con ello, las pautas generales que debe acompañar a todo proceso de reforma legislativa no demostraron siquiera una mínima intención de parte de las agencias encargadas, abdicando a los propósitos políticos del desgastado régimen belaudista que pretendió con ello aparentar una voluntad “renovadora” de nuestras instituciones legales, coherente con el afecto político-social que generó la promulgación de un nuevo Código Civil en 1984.²¹⁴

Muchos críticos que cultivan la ciencia penal se pronunciaron sobre el intento de reforma; incluso llegaron a calificarlo como una muestra de Control Penal totalitario. En este sentido afirmaba Peña Cabrera “... Lamentablemente, ese parece ser nuestro triste destino: asimilar un control penal absolutista o totalitario aún en una “legislatura democrática”.²¹⁵ Y la decisión de política social del Estado desde la perspectiva de la tecnología penal no llegó a vislumbrarse en estos dos documentos prelegislativos.

La posterior aparición del proyecto de Código Penal de marzo-abril de 1986, evidenció un sesgo en la crítica de los juristas peruanos, donde ejerció bastante influencia —por no decir extremadamente— el penalista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni.²¹⁶ Se produce así la primera muestra de subdesarrollo legislativo en materia punitiva y del pensamiento científico penal nacional. La tesis central de su trabajo doctoral para la Universidad de Valencia (España) de Prado Saldarriaga, parece confirmarse.

214 PRADO SALDARRIAGA, Víctor R. (1987); Ob. Cit., p. 480.

215 PRADO SALDARRIAGA, Víctor R. (1987). “Notas críticas a la Política Criminal del Gobierno de Todos los peruanos”. *Debate Penal* (Nro. 1). Lima, p. 50.

216 Sobre el particular véase los trabajos de ZAFFARONI y LABRANDERT, Lucila. (1986); Ob. Cit., pp. 11 y ss. Además de sus sucesivas visitas a Lima, donde luego puede verse cómo juristas peruanos mantienen una posición reverente respecto de sus planteamientos reformistas. Esto se repite con los sucesivos proyectos reformistas.

Él afirmaba en 1985 que “en el Perú la evolución del derecho penal y de su sistema de ciencias se ha detenido en los últimos 20 años”. Y las conclusiones a las que ha arribado el citado autor resultan de por sí elocuentes, porque confirma nuestra preocupación. Así, arribaba a las siguientes conclusiones:

- a) Se atraviesa por un período de estancamiento en el interés científico por la investigación de nuestros problemas sociales de criminalidad.
- b) Se manifiesta un letargo e inercia en los niveles de formación y de especialización académica en ciencias penales.
- c) Se expresa un tautológico discurso jus-penalista de acentuado dogmatismo puro y tecnócrata”.²¹⁷

No está demás afirmar que también se notó la ausencia de la criminología aplicada y se impuso el dogmatismo puro, limitándose el jurista nacional al trabajo de la exégesis tecnócrata de la ley penal. Por ello hasta se llegó a decir: “hasta hace poco asistíamos a un obcecado, inoportuno e imprudente proceso de reforma del código penal (...) Con preocupación pudimos constatar que en la crítica que los expertos formularon a los proyectos oficiales primaba la discusión teórica y el señalamiento, en algunos casos apasionado y siempre lineal, de los errores y limitaciones “dogmáticos” de las normas proyectadas. Cada cual, a su manera, con distintos o similares argumentos, señalaba lo negativo de las opciones normativas en el mero marco de su formulación técnica”;²¹⁸ consecuentemente una decisión política de fondo siempre fue el gran ausente, dándose preeminencia únicamente al aspecto de forma.

Es más, se dijo también “...el penalista crítico debe centrar, sus enfoques, tanto en la vía de implementación como en lo adecuado de la estrategia o táctica. Por ello, nos parecía insufi-

217 PRADO SALDARRIAGA, Víctor R. (1985); Ob. Cit., tomado de su prólogo.

218 PRADO SALDARRIAGA, Víctor R. (1985); Ibídem., prólogo.

ciente la crítica “dogmática” sólo en base a la vía “jurídica” que, con excesos, se impuso, entre los juristas nacionales, al debatir sobre los proyectos de Código penal de 1984-85”.²¹⁹

Posteriormente, ante la aparición del proyecto de código penal de marzo-abril de 1986 se nota ciertos cambios, pero el afán dogmático y tecnocrático sigue repitiéndose y la crítica sigue manteniendo el mismo sesgo al que hacíamos referencia. La filosofía de los reformistas en cuanto a la médula de la reforma que constituye su sistema de sanciones estaba lejos de formar cuerpo, Zaffaroni apenas hizo una referencia tímida respecto de la pena privativa de libertad que el documento prelegislativo de 1986 lo contemplaba en su artículo 50º que la extendía a un máximo de 25 años, centrandó su preocupación por rebajarlo porque la legislación comparada se nota dicha tendencia. En este sentido hacía llegar sus argumentos porque esta medida máxima tan alta implica —afirma—: a) una institucionalización prologada es siempre deteriorante, tanto física como psíquicamente, en forma irreversible, b) una persona condenada a pena tan larga arriesga muy poco con realizar cualquier pauta o negarse a cualquier disciplina, lo que hace que el control institucional sea sólo por la fuerza, lo cual acrecienta los niveles de deterioro, generan un círculo vicioso dramático, c) la pena prolongada, teniendo en cuenta lo anterior, es en definitiva, una pena de muerte o una pena mutilante disimulada con la apariencia de una pena privativa de libertad. Y señala finalmente que el máximo de la pena privativa de libertad se fije en 20 años, abarcando así un tercio del promedio de vida del hombre.²²⁰

La versión tecnócrata del catedrático de la Universidad de Buenos Aires, asimilada luego por los juristas nacionales sostuvo que en el proyecto de código penal de 1986 no debe discutirse conceptos de teoría del delito, debiendo dejarse a la doctrina para poder enriquecerla, porque todos esos conceptos

219 PRADO SALDARRIAGA, Víctor R. (1987). *Notas Críticas...*; *Ibidem.*, p. 51.

220 ZAFFARONI y LABRANDERT, Lucila. (1986); *Ibidem.*, p. 34.

mantienen una verdad relativa susceptibles de ser modificadas con el paso de los años. Es en el foro en el ambiente doctrinario donde corresponde discutirse, más no en el texto legal que resultaría perjudicial el sano desarrollo de la doctrina.²²¹

En cuanto al sistema de penas del documento prelegislativo de marzo-abril de 1986 que analizamos mereció, en su oportunidad, ser considerado por algunos estudiosos como un importante avance y notable logro para nuestro derecho. Esta consideración resulta inmerecida, quizá producto de la ligereza del momento y de amabilidad cortesana para con los miembros de la comisión. Su sistema de penas, que configura el aspecto medular de un Código penal, no tuvo un notable avance como se afirmó, porque desde que acepta una privación de libertad delimitándola en 25 años, no conduce a nada que no sea a la destrucción psico-física del condenado. No es un avance desde que hace de la privación de la libertad el eje predominante del sistema sancionatorio. Pero sí podemos afirmar que incluye un catálogo interesante de medidas sustitutivas de la pena privativa de libertad como son las penas restrictivas de libertad, restrictiva de derechos y multa. Medidas que lo diferencian de los proyectos que le antecedieron.

Conviene hacer una referencia en conjunto en su caso por separado de la filosofía punitiva que refleja el proyecto 86 y de los proyectos que le antecedieron.

Las penas privativas prolongadas son inhumanas y su excesiva duración está cargado de propósitos retributivos e intimidantes y tienen muy poco o nada de su fin resocializador que inspira a todo Estado Democrático de Derecho respetuosa de los Derechos Humanos.

221 **ZAFFARONI, E. Raúl.** (1986). "La Parte General en el Proyecto de Código Penal" en *Política Criminal*; Lima: Ediciones Jurídicas, p. 23. Posteriormente este planteamiento como muchos que formulara fueron recogidos en el texto final del Código penal de 1991.

Su propósito retributivo por considerar penas privativas de libertad muy largas no son recomendables por una serie de razones.

- a) Son medidas que enfatizan la función retributiva y la prevención general —como afirmamos—, pero minimizan o dejan en segundo plano el fin resocializador que también reconoce el proyecto, contradiciendo lo estipulado en la segunda parte del Art. 234^o de la Constitución que dice:

Artículo 234^o Constitución “El régimen penitenciario, tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad del acuerdo con el Código de Ejecución Penal”.

- b) En segundo lugar las penas largas son contrarias a las acciones de resocialización, por el desaliento que producen en el interno y sus readaptadores.
- c) Las penas largas además tienden a acentuar el proceso de prisionización que favorece más bien una adaptación a la subcultura carcelaria y dificultan la reinserción social.
- d) Las sanciones largas también crean a veces sentimientos de no tener nada que perder y pueden incentivar el afán de fuga y también facilitar que se cometan hechos graves dentro de la prisión, sin mayor temor.²²²

Si bien es cierto que es positivo la unificación de las penas privativas de libertad que constituye un notable avance de técnica normativa en relación al código de Maúrtua; sin embargo, los veinticinco años como máximo es contraproducente como lo hemos demostrado. Y como afirma Solís “Lo real es que, a los

222

SOLIS ESPINOZA, Alejandro. (1987); Ob. Cit., 154.

quince años de una absoluta privación de la libertad, el deterioro psíquico y físico es innegable e irreversible.²²³

Si queremos hallar el espíritu que inspiró a los proyectistas de 1986, sólo podemos hallar la siguiente explicación tentativa a manera de conclusión: El texto del proyecto de código penal de 1986 da la impresión de ser un “mosaico desarmonico” por adoptar una postura netamente ecléctico en cuanto a su influencia de la legislación extranjera. Por tal razón, hizo concebir como norma rectora en su título Preliminar la más seria de las incongruencias que puede advertirse en su texto y que pone al descubierto que el fin “resocializador” de la pena no cuenta para nada para los proyectistas. Así lo refleja el Artículo VII de su Título Preliminar que textualmente reza:

“Las penas tienen función preventiva, protectora, retributiva y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación y rehabilitación”.

Si la filosofía contenida en nuestra principal Carta Política, la Constitución de 1979 establece que el fin de la pena es fundamentalmente “resocializadora” (Art. 234 in fine). Entonces el concepto de “retribución” como fin de la pena, aún cuando su postura es ecléctica, no cabe en el texto del proyecto 86, máxime aún, si se tiene en cuenta que las disposiciones contenidas en el Título Preliminar de un Código penal constituyen normas rectoras que regulan a todo el sistema penal, que incluye la legislación penal especial.

Por estas razones , olvidaron los proyectistas de 1986 tomar especial atención a las penas de multa que sí constituye una buena alternativa resocializadora de prevención especial; porque definitivamente la multa tiene más ventajas que desventajas como: a) no genera mayores gastos para el Estado, b) es reparable en caso de errores judiciales, c) no crea problemas

223 **SOLIS ESPINOZA, Alejandro.** (1987); Ob. Cit., p. 254. Así también Peña Cabrera y Zaffaroni E. Raúl.

familiares, d) no fomenta problemas procedentes del abandono de la profesión o cargo, e) no produce consecuencias psicológicas en el condenado, f) es realmente aflictiva ya que incide en el patrimonio, bien sumamente apreciable en nuestra época consumista, g) la flexibilidad de la multa permite adecuarse a las condiciones económicas de los condenados, h) la cantidad de multa es proporcional al delito y a la culpabilidad, i) el cumplimiento del pago se facilita por el sistema de pago por cuotas y, por plazos que se conceden y j) es un medio de recaudar rentas para el Estado, las mismas que podrán ser destinadas a aliviar el fenómeno criminal.²²⁴

Obviamente, todas estas ventajas que se exponen deben ser analizadas y cuidadosamente estudiadas para no propiciar conflictos políticos criminales graves y puedan alterar el sistema punitivo.

El “doppio binario” o sistema de la “doble vía” se mantiene en el proyecto 86, contradiciendo así los avances científicos más importantes de la ciencia penal porque no existe diferencia sustancial ni ontológica entre pena y medida de seguridad. Tanto la pena como la medida de seguridad tienden a la recuperación social del condenado. La pena como la medida de seguridad se aplica como medidas preventivas, es decir, para evitar la comisión de delitos. Finalmente, las medidas de seguridad, en un país como el nuestro, poseen un carácter aflictivo incuestionable. En esta parte desafortunadamente el proyecto sigue al código brasileño en cuanto a la duración de las medidas de seguridad. Si bien es cierto que el proyecto mantiene un cierto grado de positividad en cuanto a su sistema de sanciones copia en forma acrítica el sistema de penas del proyecto del código brasileño de 1984. Sobre el particular afirmó un crítico peruano “La comisión reformadora parece que no conoció el código penal defini-

224 Alternativa expuesta por **PEÑA CABRERA, Raúl**. (1987). La Pena en la Democracia Capitalista y el Sistema de Sanciones en el Proyecto de Código Penal. *Debate Penal* (Nro. 1). Lima, p. 14.

tivo del Brasil. Solamente tuvo referencias del proyecto, que, en verdad, en líneas generales se ha mantenido (...) La selección no ha obedecido a un criterio técnico lo que determina confusión en todo el contexto, y más aún, incoherencia conceptual".²²⁵

Se repite así una recepción acrítica de textos legales importados que resulta recoger la ideología del texto penal importado e imponer en una realidad que, definitivamente no responde a la realidad que pretendió regular el texto importado.

Por todo ello, la solución hubiera sido que, en lugar de la doble vía se incorporara el sistema vicariante, es decir, la alternatividad de pena o medida de seguridad.

De otro lado la falta de pluridisciplinaridad se revela notoriamente de la simple conformación de los miembros integrantes de la Comisión Revisora que trascendió en la redacción del citado documento prelegislativo que analizamos. Vale decir el Proyecto de Código penal de 1986 no tiene una concepción antropológica del hombre peruano que son los destinatarios de la norma penal, no es fruto de la realidad a la que se pretende normar. Tal es así que se sigue considerando al "indio" como un ser inferior por su atraso cultural y por sus costumbres milenarias que se repiten por siglos, considerando a estos supuestos como causas de inimputabilidad (art. 21 proyecto 86), cuando en realidad una concepción antropológica indicaba que debía considerarse como causa de inculpabilidad.

El sesgo en la discusión y crítica doctrinaria fue más acentuado. Tuvo que ser un jurista extranjero cuyo nivel de erudición nadie discute, menos pone en tela de juicio, pusiera en objeción el texto del proyecto 86. Muchos de los penalistas peruanos

225 **PEÑA CABRERA, Raúl.** (1987); Ob. Cit. pp. 12 y ss.

Sobre el doppio binario "el art. 81 define al "imputable relativo" ofrece un tratamiento jurídico lamentable; permitir una medida sin límite máximo, en este caso "importa tanto como conminar una pena perpetua para un supuesto de límites harto difusos" (Zaffaroni). Toda esta confusión ideológica obedece, en parte, a que el proyecto se mantiene adscrito al sistema de la doble vía (un "imputable relativo" es conminado con una pena más grave que la del imputable".

hicieron eco de cada una de las críticas y recomendaciones y en algunos casos tomándolas como suyas las defendieron fervorosamente. Se demuestra así el sub-desarrollo en el pensamiento penal peruano, que resulta nada provechoso para la doctrina nacional que más que auténtica debe preferir recoger normas que deriven de las canteras de la realidad que, como exigencia social exige se norme, para posibilitar así su coexistencia.²²⁶

Todo esto permite hacer llegar una observación. Los reformistas de 1986 demostraron carecer de un modelo alternativo para el control penal en el país, porque sencillamente existía la falta de interés por investigar la problemática social de la criminalidad nacional.

Ante esta circunstancia no tan feliz muy pocos fueron los que advirtieron el tremendo error de los reformistas²²⁷ al extremo de calificar que “el jurista peruano es (...) el prototipo del dogmático de los años 50, para quienes el problema penal peruano queda reducido a las incoherencias entre la legislación patria y las opiniones “ilustradas” de sus autores extranjeros preferidos. El problema para ellos era únicamente abordar la discusión de la reforma como un balance técnico de “normas buenas y malas” y la efectividad político criminal fue trasladado a un segundo plano. Entonces los juristas peruanos en la discusión reformista no fueron de gran utilidad ocasionando una decepcionante participación, cuyas consecuencias se traducirían posteriormente si en caso no se remediara tal error.

226 Ejerció tal influencia **ZAFFARONI, E. Raúl**. (1986) véase sus “Comentarios a la Parte General del Proyecto de Código Penal de abril 86”. Política Criminal. *Revista Jurídica del Perú*; Lima, pp. 12 y ss. Del mismo autor: “Comentarios al Proyecto de Código Penal para el Perú”. *Revista Jurídica del Perú*. Año XXXVII (Nro. 1.), pp. 11 y ss. Sobre el particular **SALDARRIAGA** (1987) en *Debate Penal* (Nro. 3). Lima, comentaba “Al parecer un afán competitivo generó que las primeras observaciones a los proyectos reformistas fueron propuestas por un jurista extranjero; el profesor argentino ZAFFARONI. No obstante, eso no fue un error. Lo negativo derivó de la influencia directa de dicho autor sobre los penalistas peruanos; y que, en muchos casos, llevó a a que nuestros expertos difundieran —como propios— las mismas objeciones del argentino. Tal actitud repetitiva le restó dinámica y riqueza a la discusión” (p. 489).

227 Ídem.

5.3.5.4. Tercer período de reforma 1990-1991

En este período se conoce dos proyectos de reforma: el proyecto de julio de 1990, que incluye la Parte General publicada en septiembre de 1989 y el proyecto de enero de 1991.

Hasta antes de aprobarse el texto definitivo del Código penal, la reforma penal se orientó hacia la elaboración de un nuevo sistema de penas. Una revisión panorámica de los distintos proyectos reformistas nos permite señalar como características comunes del mismo a las siguientes:

- a) Abolición de la pena de muerte;
- b) Eliminación de las penas indeterminadas;
- c) Unificación de las penas privativas de libertad;'
- d) Ampliación de la pena de multa en base al modelo de los días multa.
- e) Mantenimiento de la pena de inhabilitación en términos semejantes a los del Código de 1924.
- f) Incorporación de nuevas penas como la prestación de servicios a la comunidad y la de limitación de días libres;
- g) Ampliación de la condena condicional e inclusión de otras medidas semejantes como la reserva del fallo condenatorio, la exención o conversión de penas.

Como puede apreciarse en la reforma prima el criterio de reduccionismo penal vía la despenalización, lo cual significa que el legislador acepta que la pena privativa de libertad es aún una "amarga necesidad". La tendencia de utilizarse en cuanto a su limitación al máximo se viene imponiendo en la legislación extranjera desde la aparición del proyecto alternativo alemán de 1966 y en Latinoamérica introdujo el Código Penal Tipo.²²⁸

228 ROXIN, citado por PRADO SALDARRIAGA (1990); *Ibidem.*, p. 14.

Si bien es cierto que políticamente el reduccionismo penal que se plantea vía la despenalización y la descriminalización de conductas; todo ello puede contradecirse por la vocación netamente represiva que ha demostrado el Estado, constituyendo un serio riesgo y la práctica reduccionista entraría a tallar a un nivel meramente declarativo.

Un estudio reciente demuestra que, en cuanto a la criminalización primaria en la última década, la legislación penal se orienta predominantemente hacia la sobre criminalización y consiguientemente a una vocación represiva. Por ejemplo, de 26 leyes que se refieren a delitos, promulgadas entre 1979 y 1989 (enero), en 13 ocasiones se agravan las sanciones y sólo 4 atenuaron las penas, además de que 17 no son compatibles con los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad, alejándose con ello de un modelo mínimo garantista en cuanto a la criminalización formal.²²⁹

El catálogo de penas en el proyecto 89-90 que considera tres clases de penas: privativas de libertad, limitativas de derechos y multa (art. 33^o). Teniendo la pena privativa de libertad una duración de dos días a veinticinco años (art. 34^o); y comprendiendo las penas limitativas de derechos (art. 35^o); la prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación. Como puede verse se suprime la pena de expatriación y cuya actitud de los proyectistas es totalmente positiva y correcta, porque sigue los postulados de lo estipulado en la Convención Americana de Derechos Humanos que lo señala en el art. 22. 5^o del Pacto de San José de Costa Rica que señala:

“Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo”.

Tanto la organización como la calificación de las distintas penas han sido inspiradas en el código penal brasileño de 1984.

229 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. (1990); *Ibidem.*, p. 36. Véase más detalles en el anexo de dicha obra.

En lo que atañe a medidas alternativas a las penas privativas de libertad de corta duración, los proyectos 89-90 es bastante innovador, muy superior a sus antecesores. Ya que conjuntamente con la condena condicional y la conversión de penas, medidas contenidas en el proyecto de 1986, la nueva propuesta reformista ha incorporado la reserva del fallo condenatorio y la exención de pena, teniendo éstas dos últimas medidas como modelo el Proyecto español de 1983 (art. 74^o y el Código Portugués de 1982, art. 75).²³⁰

Una visión panorámica nos permite destacar tres aspectos importantes contenidos en el proyecto 89-90.

Primero, la adopción de un nuevo sistema para el abono de la detención preventiva en la pena impuesta (art. 53^o), que se inspira en el Proyecto argentino de 1987 (art. 23).

En segundo lugar, el proyecto ha incorporado la culpabilidad, la diferencia cultural y los intereses de la víctima como premisas que orienten al juez en la fundamentación y determinación de la pena (art. 51^o y 52^o).

Y, en tercer lugar, el legislador eliminó las disposiciones relativas a la reincidencia y habitualidad, rezagos de positivismo que habían logrado pasar del Código del 24 a los proyectos de 1984, 1985 y 1986, los mismos que fueron duramente criticados.

En líneas generales el sistema de penas de clara inspiración brasileña constituye, en cuanto a su aspecto despenalizador, una esperanza renovadora, sobre todo para racionalizar la respuesta punitiva del Estado para los delitos de mediana y escasa gravedad que permitirá, de seguir en esa línea, disminuir la realidad de hacinamiento, contaminación y promiscuidad del medio carcelario, siempre y cuando la política penal represiva del Estado no siga con su incontenible avance tal cual advertimos.

230 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. (1990); *Ibíd.*, p. 15.

Hasta aquí con los dos últimos proyectos de reforma puede advertirse casi nítidamente la enorme influencia que el penalista argentino Zaffaroni ejerció en las decisiones de los proyectistas.²³¹ Esto llevó a que los proyectistas no advirtieran el craso error que sigue existiendo —hasta ese momento— en una disposición del Título Preliminar, más específicamente el artículo VIII del Proyecto 86, afirmando la función retributiva de la pena, revelando con ello el manejo de una doctrina foránea que, si bien es cierto puede ser útil en tanto se la admite con crítica realista, no lo es tanto cuando se la admite sin ningún espíritu crítico y menos cuando no se adecua a la realidad.

Con el Proyecto de 1991 que no hace más que copiar e incluir alguna que otra decisión legislativa de los proyectistas al texto de 1990, le alcanza todo cuanto se ha dicho, anotándose que incluye, dentro de las penas restrictivas de libertad, la pena de expatriación (art. 30º) que hemos criticado en su oportunidad.

Todo este movimiento de reforma penal con los documentos prelegislativos nos lleva a adelantar ciertas apreciaciones a manera de conclusión:

Entre los juristas de la reforma primó el criterio tradicional de que todo se soluciona con la ley, primando el puro tecnicismo dogmático y una posición reverente a opiniones extranjeras. Ello, debido a su falta de una alternativa de política penal que responda a la realidad penal del país.

Una decisión política le abrió paso a su apresurada promulgación y vigencia, porque si bien es cierto que en los dos últimos regímenes constitucionales (Belaúnde y García) no pudo concretizarse con su promulgación por razones políticas dada la conformación e influencia política de las cámaras y las famosas “concesiones políticas”. Por ello, ante una distinta realidad polí-

231 Vid supra 3.3.6.3. Los tres supuestos importantes fueron planteados por el mencionado jurista en sus diferentes comentarios y sus conferencias dictadas en la ciudad de Lima a invitados de varias instituciones.

tica, con la sorprendente asunción al poder de Fujimori que obliga a una nueva práctica política, entre ellos la práctica política oportunista, surgen “legisladores” y “juristas” investido de poderes políticos que presumieron o presumen de “SOLONES” aprovechando una curul parlamentaria²³² que los lleva a argumentar con el único argumento de reforma legislativa que pueden tener en el sentido de que la forma (la ley) sustituye al contenido de la reforma (la realidad social normable), sin antes haberse diagnosticado. Significando una decepción de los intelectuales de la reforma, razón por el cual nunca se demostró una planificación y la ausencia de un planteamiento pluridisciplinario fue mucho más evidente, amén del carácter oportunista de los legisladores que los condujo a buscar un “consenso técnico” que se explica en las sucesivas enmiendas normativas que se producen de proyecto a proyecto. Política consensual que parte de sus propias limitaciones porque nunca hubo entre ellos un proyecto definido alternativo y homogéneo de control penal. Su restringido conocimiento de las fuentes legales que le sirvieron de modelo y una desfasada argumentación teórica inauténtica les impedía superar con iniciativas propias en el debate prelegislativo que condujo a una vocación importadora del derecho y política penal foráneos, cuya adopción de “modelos” extranjeros de discutible ideología o eficacia política penal sólo puede atribuirse a la improvisación a la desidia del legislador, creándose una suerte de subdesarrollo jurídico cultural.

232 Merece hacer especial mención al papel puramente figurantista y al papel de “líder de la reforma legislativa” que pregonó Javier Alva Orlandini quien presidió la Comisión Revisora del Código Civil de 1984, presidió la Comisión Revisora del Código Penal de 1991, quiso igualmente hacer lo propio en el Código Procesal Penal, donde lo consideraron como simple Director de Debates a presión de Mixán Mass; y, finalmente presidió la reforma del Código de Ejecución Penal y no se sabe qué otras comisiones ha de presidir. Esto nos parece exagerado, cuando la pura pretensión personal aprovechando su influencia política y de ser considerado entre sus colegas políticos como “el Justiniano Peruano del siglo XX” que queda solo en la tertulia política y no en la historia de los grandes juristas peruanos que sí supieron ganarse el respeto y consideración de muchas generaciones.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO CORREA. (s. f.). El principio de proporcionalidad.
- ALIMENA, Bernardino. (1915). *Principios de Derecho Penal*. [trad. española con notas de Eugenio Cuello Calón], T. I, Vol. I.; Madrid.
- ALZAMORA VALDEZ, Mario. (1984). *Introducción a la Ciencia del Derecho*, 9ª ed.; Lima: Tipografía SESATOR.
- ANTOLISEI, Francesco. (1960). *Manual de Derecho Penal*; Bs. As.
- BASADRE, Jorge. (1969). *Historia de la República del Perú*.
- BASADRE, Jorge. (1988). *Historia del Derecho Peruano*. Lima: Ediciones Studium.
- BECCARIA, César. “*Dei delitti e delle pene*”.
- BENITEZ SÁNCHEZ, Santiago. (1958). *Derecho Penal Peruano*, comentarios a la parte general del Código penal, T. I., 2ª ed.; Lima.
- BRAMONT ARIAS, Luis. (1978). *Derecho Penal*, T. I., 3ª ed.; Lima: Imprenta VILOCK.
- CABANELLAS, Guillermo. (1984). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Letras P – Q., T. VI.; Bs. As.

- CASTILLO ALVA, José Luis. (2002). *Principios de Derecho Penal Parte General*, 1ª ed.; Lima – Perú: Gaceta Jurídica.
- Código Penal (3 de abril de 1991). Diario oficial El Peruano.
- CUELLO CALON, Eugenio. (1978). *Derecho Penal*, T.I., 3ª ed.; Lima.
- CUELLO CALON, Eugenio. (1980). *Derecho Penal*, T. I., Vol. I, 18ª ed.; España: Bosch Casa Editorial.
- DUMBAR TEMPLE, Ella. Clases Dictadas U.N.M.S.M. Lima.
- ELEJALDE ESTENSORO, César. (1990). *Derechos y Deberes Fundamentales de la persona en la Constitución de 1979*; Lima.
- Enciclopedia Jurídica OMEBA. (1982) OPCI-PENI. T. XXI.; Bs. As.: Editorial DRISKILL S.A.
- EZAINÉ CHAVEZ, Amado. (1966). *Diccionario de Derecho Penal*; Chiclayo.
- FLORES POLO, Pedro *Diccionario*, T. I.
- GARCIA CAVERO, Percy. (2019). *Derecho Penal Parte General*, 3ª ed.; Lima: Editorial IDEAS.
- GARCIA TOMA, Víctor. (1986). *Introducción al Derecho*, 1ª ed.; Lima: Ediciones Universidad de Lima.
- GARCILAZO de la VEGA. *Comentarios Reales*, Libro II. Cap. XIII.
- GOLDSCHMIDT, James. (1940). El concepto de Derecho. *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Julio. Montevideo.
- HURTADO POZO, José. (1979). *La Ley Importada*, recepción del Derecho Penal en el Perú, [Centro de Estudios de Derecho y Sociedad]; Lima: Industrial Grafica.
- HURTADO POZO, José. (1987). *Manual de Derecho Penal, parte general*, 2ª ed.; Lima: EDDILI.

- HURTADO POZO, José. (1988). ¿El Delincuente, un desconocido para el derecho penal? en *Anuario Derecho Penal*. (Nro. 88); Lima: Asociación Peruana de Derecho Penal, ed. auspiciada por CONCYTEC.
- JESCHECK, Heinrinch H. (1984). "Fundamentos generales del delito" en *Lecturas de Ciencias Penales*; Lima: Ediciones. IEJ.
- JIMENEZ DE ASÚA, Luis. (1956). *Tratado de Derecho Penal*, T. I, 2ª ed.; Buenos Aires: Editorial LOSADA.
- JIMENEZ DE ASÚA, Luis. (1956). *Tratado de Derecho Penal*, T. VII, 2ª ed.
- JIMENEZ DE ASÚA, Luis. (1958). *La Ley y el Delito*; Buenos Aires: Editorial Sudamericana.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis. (1958). *Tratado de Derecho Penal*, T. II. 2ª ed.; Bueno Aires: Losada.
- JIMENEZ DE ASÚA, Luis. (1984). *La Ley y el Delito*; Buenos Aires.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis. (1987). *Derecho Penal en la República del Perú*, Lima: Ediciones Jurídicas.
- JIMENEZ DE ASÚA, Luis. (1987). *La Ley y el Delito*; Bs. As.
- LA PLAZA, Francisco. (1959). *De los Delitos y de las Penas*. [De los Delitos y de las Penas en versión castellana Edición Crítica de Francisco P. La Plaza] publicado en Buenos Aires.
- LINTON, Ralph. (1969). *Cultura y Personalidad*, 6ta reimpresión; México: Breviarios del Fondo de Cultura económica 145.
- LOPEZ - REY ARROJO, Manuel. (1947). *¿Qué es el delito?*; Bs. As.
- MANTOVANI. *Principios*.
- MAKAREWIXZ, Juliusz. (1907). *Evolución de la Pena*; Madrid.
- MORENO HERNANDEZ, Moisés. (1987). El Movimiento de Reforma Penal en México. *Debate Penal* (Nro. 2).

- MIR PUIG, Santiago. (2019). *Fundamentos de Derecho Penal y Teoría del Delito*. Buenos Aires - Argentina: Editorial IB de F Montevideo.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. (1960). *Curso de Derecho Penal Chileno*, T. I.; Editorial Jurídica de Chile.
- PALACIO PIMENTEL, Gustavo H. (1985). *Manual de Derecho Civil*, T.I., 2ª ed.; Lima.
- PEÑA CABRERA, Raúl. (1983). *Tratado de Derecho Penal*, Vol. I, 3ª ed.; Lima: Editorial SESATOR.
- PEÑA CABRERA, Raúl. (1987). Bien Jurídico y Relaciones Sociales de Producción. *Revista Debate Penal* (No. 2); Lima.
- PEÑA CABRERA, Raúl. (1987). La Pena en la Democracia Capitalista y el Sistema de Sanciones en el Proyecto de Código Penal. *Debate Penal* (Nro. 1); Lima.
- PEÑA CABRERA FREIRE, Alonso Raúl. (2004). *Derecho Penal Parte General*; Lima: IDEMSA.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. (2019). *Derecho Penal Parte General*, T. I., 6ª ed.; Lima - Perú: Editorial IDEMSA.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor R. (1985). *Política Criminal Peruana*. Lima: Cultural Cuzco, tomado de su prólogo.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor R. (1987). “Notas críticas a la Política Criminal del Gobierno de Todos los peruanos”. *Debate Penal* (Nro. 1); Lima.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor R. (1987). “Reforma Penal: ¿QUO VADIS PERU?”, Balance crítico de un proceso improvisado. *Debate Penal* (Nro. 3); Lima.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor. (1990). *Derecho Penal y Política*; Lima.

- PRADO SALDARRIAGA, Víctor. (1990). Las Penas Limitativas de Derechos. *Revista Jurídica del Perú*. Año XLI, Nros. I-V Enero-diciembre 1990.
- ROSENTAL, M. M. (1980). *Diccionario Filosófico*. 3ª ed.; Lima - Perú: Ediciones Pueblos Unidos.
- ROY FREYRE, Luis E. (1962). *Trayectoria del Derecho Penal* que, para optar el grado académico de Doctor en Derecho Público, presentara en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; Lima - Perú.
- RUBIO CORREA, Marcial. (1985). *El Sistema Jurídico, Introducción al Derecho*, 2a ed.; Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- RUIZ NAVARRO, Percy. (1989). *Ensayo Conceptualizador de Bien Jurídico*, (Octubre 1989), presentado en Cuzco: II Congreso Nacional de Estudiantes de Derecho del Perú. [Medio de grabación: casete].
- SILVELA, Luis. (1903). *El Derecho Penal estudiado en Principios y en la Legislación Vigente en España*, Vol. I, 2ª ed.; Madrid.
- SOLER, Sebastián. (1945). *Derecho Penal Argentino*, T. I., 2ª ed.; Buenos Aires: Editorial "La Ley".
- SOLIS ESPINOZA, Alejandro. (1986). "La delincuencia Común Política y de Cuello Blanco" en *Política Criminal*; Lima.
- SOLIS ESPINOZA, Alejandro. (1986). *Ciencia Penitenciaria*, 3ª ed.; Lima: Edit. DESA.
- SOLIS ESPINOZA, Alejandro. (1987) Anotaciones Criminológicas al Proyecto de Código Penal Peruano de 1986. *Revista Debate Penal* (No. 2); Lima.
- TASAYCO. (2014). *Actualidad Penal* (6).
- THIEGHI N., Osvaldo. (1989). *Tratado de Criminología*; Bs. As.

- Tribunal Constitucional, de fecha 19 de enero de 2007. Sentencia del Exp. No. 0014-2006-PI-TC. El Acuerdo Plenario. (18 de julio de 2008) N°. 1-2008/CJ-116.
- Tribunal Constitucional, de fecha 21 de julio de 2005. Sentencia del Exp. N° 0019-2005-PI/TC.
- VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. (2009). *Derecho Parte General*, 4ª ed.; Medellín - Colombia: Librería Jurídica COMLIBROS.
- VILLA STEIN, Javier. (2014). *Derecho Penal Parte General*. Lima - Perú: ARA EDITORES.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. (1990). *Lecciones de Derecho Penal*; Lima: Cultural Cuzco.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. (2006). *Derecho Penal. Parte General*; Lima - Perú: Editorial Grijley.
- VON LISZT, Franz. (1915-1917). *Tratado de Derecho Penal*, [trad. Española], Vol. I., 2da reimpresión 1926-1929. Madrid - Reus.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (1986). *Manual de Derecho Penal, parte general*, T. I, 3ª ed.; Lima: Ediciones Jurídicas.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (1986). *Manual de Derecho Penal*, T. II.; Lima.
- ZAFFARONI y LABRANDERT, Lucila. (1986). "Comentarios al Proyecto de Código Penal para el Perú". *Revista Jurídica del Perú*, Año XXXVII (Nro. 1); Lima.
- ZAFFARONI, E. Raúl. (1986). "La Parte General en el Proyecto de Código Penal" en *Política Criminal*; Lima: Ediciones Jurídicas, p. 23. Posteriormente este planteamiento como muchos que formulara fueron recogidos en el texto final del Código penal de 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; Man (2002). *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed.; Buenos Aires - Argentina: Editorial EDIAR.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (2010). *Estructura Básica del Derecho Penal*; Buenos Aires - Argentina: EDIAR.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (s. f.). *Tratado de Derecho Penal*, T. I; Bs. As.

