INSTITUTO PACÍFICO

El sistema de control penal

Derecho penal general y especial,
política criminal y sanciones penales



INSTITUTO PACÍFICO

José Hurtado Pozo

El sistema de control penal

Derecho penal general y especial, política criminal y sanciones penales

Coordinadores

Fidel Mendoza Llamacponcca
Pedro Pablo Cairampoma Barrós
Guillermo Astudillo Meza





EL SISTEMA DE CONTROL PENAL
Derecho penal general y especial, política criminal y sanciones penales

Autor:
José Hurtado Pozo
Primera Edición - enero 2016

Copyright 2016
© Instituto Pacífico S.A.C.
© José Hurtado Pozo

Diseño, diagramación y montaje:
José Carrascal Quispe
Luis Ruiz Martínez
Georgina Condori Choque
Diego Camasca Borja
Ricardo De la Peña Malpartida
Anyela Aranda Rojas

Edición a cargo de:
Instituto Pacífico S.A.C. - 2016
Jr. Castrovirreyna N° 224 - Breña
Central: 332-5766
E-mail: preprensa@aempresarial.com

Tiraje: 1000 ejemplares

Registro de Proyecto Editorial: 11501051501451

ISBN: 978-612-4265-67-9

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N°: 2015-18882

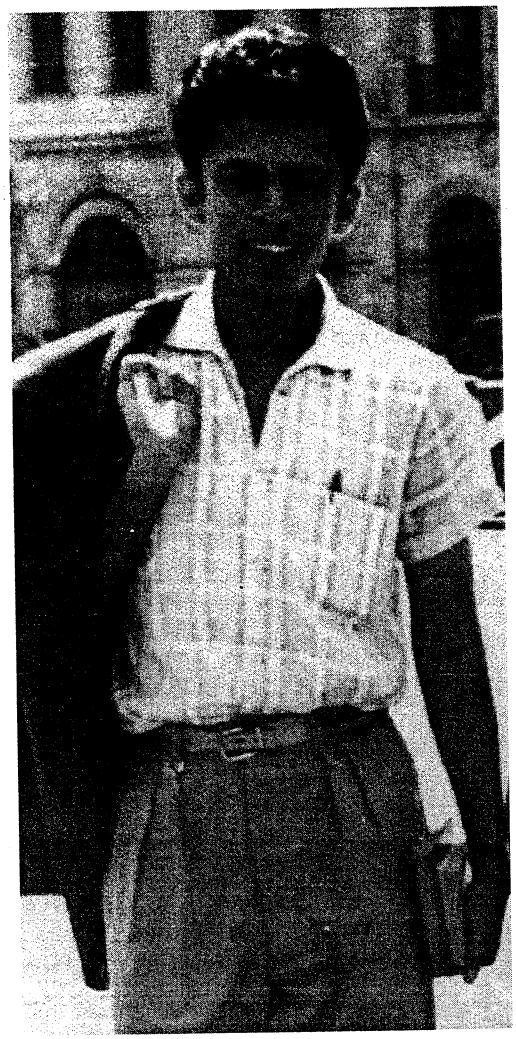
Impresión a cargo de:
Pacífico Editores S.A.C.
Jr. Castrovirreyna N° 224 - Breña
Central: 330-3642

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.
Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor e Instituto Pacífico S.A.C., quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

En homenaje a los egresados, en 1952,
de la Escuela Primaria 1107 "Javier Prado";
de la Gran Unidad Escolar Pedro A. Labarthe, en 1957;
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en 1967;
en las personas de "El Charapa", Víctor Raúl Cáceres Franco
y Manuel Cerpa Cerpa, respectivamente.

"La primera categoría de delincuentes que tiene en la mira esta ley [*Waltham Black* o *Black Act*, ley de 1723] abarcaba toda persona 'armada de espada, de arma de fuego o de toda otra arma ofensiva, teniendo el rostro renegrido', que se encontrase en todo bosque, campo de caza, parque o parcela encercada 'en el que se guarden habitualmente o pueda conservarse uno o varios ciervos', así como en toda madriguera, carretera principal, terreno comunal o colina. Nos parece, ante nuestra mirada de profano, que era también necesario que esas personas hubiesen cometido uno de los numerosos crímenes enumerados anteriormente [capitales]; sin embargo, la ley apenas había sido adoptada que fue completada mediante sucesivas sentencias, de modo que el simple hecho de estar armado o de ennegrecerse el rostro podía en sí mismo constituir un crimen punible con la pena de muerte".

Edward P. Thompson, *La guerre de forêts. Lutte sociales dans l'Angleterre du XVIIIe siècle*, La Découverte, París, 2014, p. 18.



Esta publicación se realiza en reconocimiento de 50 años de dedicación
al derecho penal de José Hurtado Pozo

ÍNDICE ABREVIADO

PRIMERA PARTE
INTRODUCCIÓN GENERAL

§ 1 CONTEXTO HISTÓRICO-BIBLIOGRÁFICO 39
§ 2 CORRESPONDENCIA 51
§ 3 COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS SOBRE OBRAS DEL AUTOR . 55
§ 4 EXPERIENCIA JUDICIAL 77
§ 5 LAUDATIO ACADÉMICA 83
§ 6 NOTAS BIBLIOGRÁFICAS 91

SEGUNDA PARTE
INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL

§ 7 LA LEY PENAL 113

TERCERA PARTE
TEORÍA DEL DELITO

§ 8 EL DELITO 227

CUARTA PARTE
PARTE ESPECIAL

§ 9 DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA SALUD 395

§ 10 DELITOS CONTRA EL HONOR 459
§ 11 DELITOS SEXUALES 497
§ 12 DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO 541
§ 13 DELITOS DE CORRUPCIÓN 565
§ 14 DELITOS DE FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS 635
§ 15 EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES 651
§ 16 LA PROBLEMÁTICA DE LAS DROGAS 669
§ 17 DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA 701
§ 18 EL DELITO DE TERRORISMO 751

QUINTA PARTE
SANCIONES

§ 19 DE LAS PENAS 913

PRESENTACIÓN

"Y se escandalizaban a causa de Él.
Pero Jesús les dijo:
No hay profeta sin honra,
sino en su propia tierra y en su casa".

MATEO 13: 57

En el prólogo de la tercera edición de su *Manual de derecho penal. Parte general*, el profesor José Hurtado Pozo, comienza diciendo que según "afirmación muy difundida, los escritores no hacen sino escribir uno y el mismo libro". Para reforzar esta aserción manifiesta que este puede ser su caso, "en la medida en que la presente obra tiene su origen lejano en la tesis que redactamos para optar el grado de doctor en la Universidad de Neuchâtel" y, enseguida, se refiere a un artículo sobre la teoría del delito publicado en 1975.

Estas referencias a la genealogía de una de sus principales obras, nos llevó a pensar que dichas referencias a trabajos anteriores escondían una cantera más rica de informaciones que serían de gran interés para conocer mejor la fuente inicial de ese gran flujo de escritos que constituye la obra global del profesor Hurtado Pozo. Información que tal vez pueda ser útil, en el día menos esperado, a algún estudioso interesado en describir y comentar críticamente la evolución de las ideas sobre el sistema de control penal en nuestro país.

Como pensamos que este tipo de estudios se debe realizar considerando el contexto histórico social en que una obra ha sido elaborada y tratando de facilitar el trabajo de "arqueología del saber" que debe realizarse, hemos elaborado una lista de sucesos relacionados con la actividad de docente e investigador

del profesor Hurtado Pozo, la misma que hemos osado calificarla de "bibliobiografía".

Aunque la elaboración y publicación de este volumen no requiere mayor justificación, creemos indispensable exponer algunos criterios que nos han impulsado en nuestra labor de coordinadores.

Con toda seguridad, el profesor José Hurtado Pozo es uno de los juristas nacionales que más aportes científicos ha realizado al estudio del derecho penal de nuestro país. Durante sus largos años de docencia e investigación, ha expuesto el resultado de sus estudios en un importante número de publicaciones. Las más conocidas son las obras sistemáticas como tratados, manuales o monografías, las que son asimismo las de mayor acceso a los lectores interesados. Sus ideas, contenidas en un significativo grupo de artículos, comentarios, contribuciones y ponencias, han sido además difundidas en revistas, libros homenajes o misceláneas sobre temas más específicos. Cuyo acceso, en determinados casos, resulta bastante arduo por haber sido divulgados en publicaciones periódicas de corta duración y difusión.

De esta amplia producción científica puede destacarse el sentido crítico con el cual el profesor Hurtado Pozo analiza tanto la ley penal, sus fuentes de producción, como la sociedad en la que está destinada a regir. Sus preocupaciones sobre la realidad punitiva peruana y europea, fundamentalmente la suiza, así como el tratamiento de la problemática diversa que presenta la teoría del delito y de la sanción, las ha desarrollado en sus publicaciones así como en conferencias y seminarios. Quienes nos hemos formado en su magisterio, entre sus estudiantes, asistentes y discípulos, tenemos el privilegio de contar con su estímulo personal para continuar profundizando y consolidando de modo permanente nuestra formación.

La experiencia personal de conocer al profesor Hurtado Pozo, su invaluable lazo amical, y el haber tenido el honor de colaborar en varios de sus emprendimientos académicos, nos motivó a tomar la iniciativa de proponerle la publicación, en este volumen, de sus trabajos de más difícil acceso. Las diversas reediciones y actualizaciones de su *Manual de derecho penal* (Parte general y especial), incluida la publicación en francés de sus obras sobre el derecho penal suizo y europeo, *La ley importada*, *El Ministerio Público*, sus diversas publicaciones contenidas en revistas, libros homenaje o textos monográficos, así como las difundidas en el *Anuario de Derecho Penal* y su portal informático *derechopenal* dentro del marco de la Universidad de Friburgo (www.unifr.ch/ddp1/derechopenal), incluidos los redactados en alemán o francés, no agotan la obra del maestro sanmarquino.

Por el contrario, existen textos publicados en revistas, portales, periódicos que no han sido suficientemente difundidos, cuyo estudio corre el riesgo de ser desaprovechado, tanto en los archivos de los diarios como en las hemerotecas en que actualmente se encuentran. Es indispensable, por ello, publicarlos para permitir un fácil acceso al lector interesado. Considerando que esos diversos textos constituyen fuentes de información invalorable a fin de conocer la forma cómo el pensamiento del autor fue desarrollándose y consolidándose con los años, para luego expresarse de manera sistematizada en sus obras principales, hemos creído conveniente realizar este trabajo de búsqueda y recopilación de los textos del profesor Hurtado Pozo. Ello con la esperanza de apreciar sus fuentes originarias, sus avances y retrocesos, sus entusiasmos y decepciones, sus afanes de enseñar y formar a los diversos operadores del derecho que pudieron o pueden conocerlo, a través de sus publicaciones. Asimismo, efectuamos esta labor con el objeto de poner en evidencia la gran inquietud intelectual del autor para liberarse del rígido yugo de una dogmática en particular y, al mismo tiempo, difundir su doctrina de respeto a los derechos humanos y al Estado social y democrático de derecho.

Para llevar adelante esta ingente tarea, hemos debido, como no podía ser de otra manera, contar con la cooperación del mismo autor, quien durante horas de conversación y numerosos intercambios de correos electrónicos, nos ha orientado dónde y cómo ubicar el material que se publica en el presente volumen. Esto explica que hayamos podido incluir algunos documentos que solo se encontraban en sus archivos personales. Todo esto, en más de una ocasión, incluso a regañadientes, debido a su discreción o extremo celo a la reserva de datos personales, propios y de terceros involucrados.

El texto que se presenta abarca gran parte de la vida académica del autor. Sus primeras publicaciones datan de 1972, en que publica un estudio sobre "La reforma parcial del Código Penal suizo", año en que obtiene el grado de Doctor en Derecho por la Universidad de Neuchâtel con la defensa de su tesis *L'influence du droit pénal suisse sur le Code Pénal péruvien (Partie générale)*. Es particularmente remarcable tanto su tratamiento de la "teoría del delito", publicado en 1973, trabajo con el cual sienta las bases de su *Manual de derecho penal. Parte general* de 1978 (4.ª edición de 2011), así como la difusión de su clásica obra *La ley importada*, publicada en 1979.

En la primera sección de este volumen se reúnen algunos textos que permiten hacerse una idea general de la personalidad del autor, así, por ejemplo, una breve cronología de sus actividades, sendos comentarios sobre sus escritos más consistentes, notas sobre su experiencia en la magistratura y algunas menciones

escritas de sus colegas. La segunda sección de la obra contiene la compilación de sus diversos trabajos.

En primer lugar, su estudio sobre la parte general del derecho penal y su reforma en el Perú, con referencias al derecho suizo. En segundo lugar, se incluyen sus artículos sobre la parte especial. Los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, contra el honor y los delitos contra la indemnidad y libertad sexuales, así también su análisis sobre los delitos patrimoniales y contra la fe pública. En lo relativo a la criminalidad de empresa y organizada, se han reunido sus publicaciones sobre corrupción y tráfico de influencias, delitos informáticos, lavado de activos, narcotráfico, así como su tratamiento del terrorismo y de otros delitos contra la seguridad pública. Finalmente, en tercer lugar, hemos incorporado sus estudios sobre la teoría de las sanciones penales.

Seguramente una cuestión que no será inadvertida por el lector son las notas periodísticas que hemos podido ubicar relativas a su nota de ratificación en el cargo de vocal superior, por la Corte Suprema de Justicia (órgano en ese entonces encargado de ratificar a los jueces del Poder Judicial). Es de destacar la nota de prensa que publicó él mismo, en 1982, en un medio de comunicación nacional del cual era editorialista. En esta da cuenta de la falta de razones objetivas y la ausencia de fundamentación en la decisión de no ratificarlo. Hecho que marca, cosas del destino, el inicio de una nueva etapa de su vida al ser elegido profesor ordinario de derecho penal en la Universidad de Friburgo (Suiza).

Mirando en retrospectiva un pasado que no fue el nuestro, es difícil estimar cuánto perdió una institución tan desprestigiada en ese entonces como ahora, al excluir arbitrariamente de la administración de justicia, las cualidades profesionales y probadas credenciales democráticas del autor. Consideramos, sin embargo, que con su retorno a Suiza en 1982, esta vez como profesor, más allá de los duros inviernos helvéticos, encontró el entorno adecuado para desarrollar íntegramente tanto su obra, su formación humanista, como su capacidad para escribir sobre temas complejos con un lenguaje accesible, perspicaz y de profunda reflexión crítica sobre la realidad suiza y peruana.

A pesar que desde hace poco goza de la jubilación como profesor emérito de la Universidad de Friburgo, no se ha dedicado, como bien lo merece, a gozar del otoño y de la primavera europeas o del verano e invierno clemente de nuestras latitudes, sino que continúa, con el entusiasmo y curiosidad del principiante (*amateur*) que siempre reclama ser, en plena actividad. No obstante las dificultades que siempre encuentra para reintegrarse en nuestra vida académica, dicta cursos en la sección de posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San

Marcos, su alma máter. Si bien un añejo adagio reza que "nadie es profeta en su propia tierra", sentencia que podría indicarse que en el caso del profesor Hurtado Pozo se corroboró cuando, injustamente, no fue ratificado como vocal superior de la Corte Superior de Justicia de Lima, desconociéndose así los diversos aportes académicos que ya había realizado a la fecha, empero, nosotros podemos atribuirnos la calidad de testigos de cómo solo el tiempo es el mejor juzgador y actualmente, sin duda alguna, apreciamos que *piano piano* dicha máxima ha ido cediendo frente a la ilustre estela de tratados, manuales y monografías que nos aporta el profesor Hurtado Pozo, muy a pesar del escepticismo del mismo sobre este punto, evidenciando ello en estos años que gratamente hemos asistido al profesor en las cátedras de posgrado de San Marcos, pues hemos podido advertir el acrecentamiento de la afluencia de alumnos a las clases del profesor, los mismos que concurren ávidos de poder nutrirse de las enseñanzas que brinda, reconociendo en él al excelente jurista, académico y maestro que es; brindándole a la par, a través del reconocimiento por sus aportes al derecho penal, la justicia que él merece. A su vez, creemos que también debe ser motivo de mención que la estancia académica del profesor en la sección de posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos simboliza una retribución que realiza a favor de la universidad, la misma que en algún momento fue promotora o artífice de su formación desde estudiante, iniciándolo en el estudio, horas de sacrificio y en diversas vicisitudes como estudiante universitario que posteriormente sirvió en su formación de excelente investigador y maestro. Ahora el profesor Hurtado Pozo le retribuye a su alma mater con su presencia y clases, algo que lamentablemente esta ha perdido un poco en estos tiempos; le devuelve prestigio, el mismo que acusa de cierto deterioro no solo por el olvido de autoridades, sino también por falta de aquellos grandes personajes que encumbraron a la universidad, reforzando este último extremo la presencia del profesor Hurtado Pozo.

Convencido de que no hay teoría sin práctica ni dogmática penal útil sin procedimientos penales, se ha incorporado como consultor internacional de *Corporate Compliance SAC*, empresa que hemos formado para ejercer la abogacía, sobre todo en el ámbito del derecho penal económico. De esta manera, demuestra una vez más su generosidad y entusiasmo en apoyar e incentivar las iniciativas académicas y profesionales de jóvenes penalistas.

La breve nota que hubiera debido presidir esta publicación, el profesor Hurtado Pozo ha considerado que era inoportuno que fuera escrita por el mismo. Posición que comprendemos como una manifestación de la mesura con la que trata temas bastante vinculados con su esfera íntima personal. Para llenar este vacío hemos considerado conveniente insertar, enseguida de esta presentación, el texto de una entrevista que nuestro autor concedió para ser publicada en la

revista *Cuadernos Penales* de la Universidad Sergio Arboleda (Colombia), dirigida por el profesor Fernando Velásquez Velásquez, a quien agradecemos por su valiosa ayuda.

Esperamos que esta publicación sea la señal promisoria de una larga y provechosa colaboración, con la que esperamos contribuir en algo en la consolidación del Estado de derecho y el fortalecimiento del respeto de los derechos humanos.

Finalmente, nuestro agradecimiento sincero al profesor José Hurtado Pozo por la confianza y apoyo que nos brinda, así como al Instituto Pacífico SAC por llevar a buen puerto la edición del presente volumen.

Salamanca - Lima, 15 de agosto de 2015

Fidel Mendoza Llamacponcca
Pedro Pablo Cairampoma Barrós
Guillermo Astudillo Meza

A MODO DE PREFACIO

Confesiones, explicaciones y valoraciones, al margen de la docencia y la investigación*

CDP: Profesor, por favor, cuéntenos acerca de su formación y trayectoria académicas.

Prof. José Hurtado Pozo: Quizás influenciado por mi formación preuniversitaria en escuelas y colegios públicos, en el interior del país y en la capital, mi orientación estaba dirigida a los problemas sociales. Entre los libros que mis padres dejaban a mi disposición siendo niño, recuerdo los pequeños ejemplares de los cuentos de Álvaro Yunque (*Poncho*), de Abraham Valdelomar (*Orovilca*) o de Edmundo de Amicis (*Corazón*). Lecturas que condicionaron que me inclinara más, al iniciar mis estudios en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (1957), hacia los cursos de Derecho penal y Criminología, en los que percibía una mayor preocupación por las personas, su contexto vital y reacción social de que eran objeto en caso de comportarse contrariamente al derecho. Lo que me lleva a preguntarme, hoy en día: ¿qué hubiera pasado si en esos lejanos e iniciales años hubieran estado de moda las concepciones normativistas extremas del funcionalismo? Tal vez, habría preferido los estudios de Sociología que comencé a realizar simultáneamente con los de Derecho (en la reciente sección organizada en San Marcos). Sin embargo, esta alternativa no era real, pues por necesidades pragmáticas tenía que seguir la carrera de Derecho con la esperanza de poder tener un trabajo y un salario más tarde.

* "Entrevista al profesor José Hurtado Pozo" realizada por María Alejandra Troncoso Torres. Publicada en *Cuadernos de Derecho Penal* [CDP], N.° 11, Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2015.

CDP: ¿Quién es el teórico del Derecho penal que más influyó en su formación profesional y académica y por qué?

Prof. José Hurtado Pozo: Su pregunta me sugiere una cuestión que siempre se me plantea cada vez que, con la ligereza que caracteriza a muchos de nosotros, alguien es tratado de "maestro" o de "maestro de maestros". Cuando se me da este tratamiento y tengo ocasión de comentarlo, digo que tal calificación debe corresponder a quien no solo transmite conocimientos, sino también una actitud ejemplar ante los compromisos sociales y personales significativos. Es decir, cuando se da la relación estrecha del "maestro" con el "aprendiz", que forja tanto un técnico como una personalidad ética y social. En este sentido, no he tenido la suerte de contar con un tal "modelo", aunque sí con algunos buenos profesores conocedores de la materia y con habilidad pedagógica. No obstante, debo reconocer que sí he encontrado "contramodelos", que seguí no de acuerdo con lo que mostraba la fotografía revelada sino con el "negativo" del film. En buena cuenta, la moraleja que deduzco es que, debido a cómo funcionan y siguen funcionando la gran mayoría de nuestras universidades, cada estudiante debe tener conciencia de que su formación depende de su capacidad de ser un buen "autodidacta". Tampoco debo olvidar que el aspecto "negrero" de uno de ellos, me dio la gran oportunidad de reemplazarlo como "meritorio" (no remunerado) en la realización de los ejercicios prácticos. Por lo que puedo decir que tengo más de cincuenta años en la docencia y, al mismo tiempo, reconocer que, a pesar de esta larga experiencia, no logré alcanzar un buen nivel pedagógico (como pueden testificar tanto los que sirvieron de "conejillos de indias" como los que me soportaron, canoso y encorvado).

CDP: ¿Y durante su formación en Europa?

Prof. José Hurtado Pozo: La respuesta solo puede ser diferente, pero no porque en Suiza o Alemania haya encontrado el maestro que no se me cruzó en el Perú. En el primer país (1967), llegué como becado de la Confederación Suiza para realizar estudios de posgrado. Una vez optada la vía del doctorado, era cuestión de encontrar un profesor interesado en dirigir la elaboración de la tesis. La solución estaba estrictamente condicionada por el hecho que la beca había sido otorgada para estudiar en la Universidad de Neuchâtel, donde el único profesor de Derecho penal y procesal penal era François Clerc, quien era el gran procesalista en lengua francesa y un experto redomado de derecho comparado. De gran rigor académico y moral, en la primera entrevista que tuve con él, sobre mi proyecto de tesis, fue tan claro y tajante en su actitud como grande fue mi desilusión. Las razones eran claras y comprensibles. Entre ellas destaco dos: la primera, durante muchos años de experiencia personal, ningún estudiante árabe

o latinoamericano había persistido hasta finalizar sus estudios. La segunda, ante mi respuesta que no leía ni hablaba el alemán, su objeción fue que no podíamos entrar en materia hasta que, al menos, pudiese leer la lengua de Goethe. Todo esto complicado por la obligación de aprobar un examen oral y escrito sobre las principales instituciones jurídicas suizas (en realidad todas las materias de formación profesional), en razón a que no era razonable otorgar un doctorado en Derecho suizo sin estar familiarizado con este.

La hosquedad y reticencias del profesor Clerc fueron disminuyendo a medida que percibía mis esfuerzos para vencer estas barreras. Nuestras relaciones mejoraron mucho debido sobre todo a su gran humanismo y apertura académica. Al culminar mi tesis y obtener el doctorado, creo que bien merecía lo llamara, como se hace en alemán, *Doktorvater*. No me enseñó Derecho penal porque en su condición principalmente de procesalista no era un gran "dogmático", pero sí fue para mí un modelo de profesor, investigador y persona íntegra.

En Alemania (1975), como becado de la Fundación Alexander von Humboldt, fui acogido en el Instituto Max-Planck de Friburgo de Brisgovia en condición de *Gastprofessor*. La idea que entonces tenía de los institutos alemanes era la de que se trataba de centros de estudio y difusión de la dogmática. Por tanto, eran lugares ideales para el intercambio, la discusión y transferencia de conocimientos. En la medida en que grande era la ilusión también fue enorme el desengaño. En el instituto que me acogió, esto se debió, en mi caso, tal vez a las dimensiones que tenía y al elevado número de huéspedes que de todas las latitudes lo frecuentaban. Para su buen funcionamiento necesitaba entonces un gran aparato administrativo, en el que participaban también los responsables académicos de los sectores en que estaba dividido. De modo que esperar encontrar modelos académicos, en el sentido antes indicado, resultaba imposible. Los aspectos positivos eran de otra índole: la magnífica biblioteca permitía embarcarse en serios trabajos de investigación (lo que facilitó la preparación de la primera edición de mi *Manual de derecho penal*), las relaciones personales que se multiplicaban con penalistas de diversos orígenes y orientaciones (sin esta ayuda no hubiese conocido a los colegas, luego amigos, latinoamericanos, españoles, italianos, holandeses y alemanes), los coloquios y conferencias frecuentes sobre diversos temas permitieron conocer numerosos profesores alemanes (con algunos de los cuales logré mantener contactos duraderos). De modo que no puedo reclamarme, como sucede con otros colegas latinoamericanos, discípulo de un profesor suizo o alemán. ¿Debo lamentarme o reconocer una deficiencia de mi parte? No lo sé. Pero sí estoy seguro de que, gracias a mi formación sobre todo suiza y a que mi estancia alemana tuvo lugar en un instituto en el cual el profesor responsable era sobre todo un ecléctico en la dogmática penal, no sentí

la necesidad de seguir una capilla determinada y, adoptar, más bien, una actitud pragmática orientada a analizar el Derecho y plantear soluciones con la preocupación de la mejor comprensión y aplicación del Derecho positivo nacional. De manera que, considerando que los estudios penales en el Perú no habían llegado a recepcionar cabalmente las concepciones causalistas, preferimos establecer un puente con las nuevas concepciones finalistas imperantes entonces en Europa. Casi lo mismo, hemos hecho frente al funcionalismo pues las ideas finalistas tampoco habían sido suficientemente asimiladas. Lo decisivo no es estar a la moda, sino asimilar las novedades dogmáticas en consideración a las necesidades y exigencias de la realidad social, económica y política.

CDP: Podría darnos algún detalle de los colegas latinoamericanos que conoció en el MPI?

Prof. José Hurtado Pozo: Fuera de que debería establecer una lista muy larga, carezco de las virtudes de un novelista o cuentista para presentar a cada uno de los personajes. Me limitaré a recordar solo dos de ellos. Por ejemplo, Edgardo Rotman, argentino, que monopolizaba la pieza donde se encontraban los libros sobre derecho penal latinoamericano, todas las tardes y con el noble propósito de hacer su siesta tranquilamente. Un original que había explorado temas de derecho penal económico y trepado, hecho un Spiderman, algunos edificios de Buenos Aires. Políglota, terminó como profesor e investigador en los Estados Unidos. Francisco Castillo, tico, empeñado en hacer una tesis sobre el tratamiento procesal y material del delito continuado, partiendo de la idea de que ese instituto no había sido regulado en el Código Penal de Costa Rica y sin contar, tragedia imprevisible, que décadas después desaparecería como categoría autónoma en la dogmática y legislación. Era un "corredor de fondo" que emprende esta tarea después de haberse doctorado en Francia y escrito una Parte General bajo esta influencia. Abogado penalista de mucho éxito, visita anualmente el Max Planck de Friburgo, donde recoge el material que le permite lanzarnos cada año un magnífico libro. Así pasa sus vacaciones y se complace en perturbar las de nosotros, sus lectores impenitentes. Mi orgullo es el de conservar en el cálido sur la amistad comenzada, en los años setenta del siglo pasado, en la frígida Germania.

Abusando de su paciencia, no puedo dejar pasar la ocasión para recordar a un latino (suizo italiano), Dick Marty. Nuestro primer contacto lo tuvimos en Neuchâtel, en donde él terminaba sus estudios de Derecho y yo comenzaba mi trabajo de doctorado. Nos volvimos a encontrar años después en el Max Planck de Friburgo, él como *Referendar* (especialista encargado del derecho suizo), yo como *Gastprofessor* del instituto. Su ayuda, así como la de su esposa, fue decisiva

en el ámbito académico y personal en la etapa de mi integración con mi familia al contexto alemán, sobre todo por las dificultades de comunicación en momentos cruciales de la vida de todos los días. Debido a su excelente formación jurídico-penal llegó a ser un eficaz procurador en el Ticino, su cantón de origen. Al integrarme, años más tarde (1982), a la Universidad de Friburgo (Suiza), lo encontré como parlamentario. En la actividad política llegó a destacar, tanto a nivel suizo como europeo, principalmente por su defensa de los derechos humanos y del Estado de derecho social democrático.

CDP: ¿Cómo se vinculó usted al mundo académico colombiano?

Prof. José Hurtado Pozo: Mis relaciones con parte del mundo académico colombiano son también de origen germánico e, igualmente, en el ámbito del Instituto Max Planck. Hace muchos años, en una ocasión que visité este instituto (1985), me presentaron a un joven latinoamericano con una melena leónica y una barba mefistofélica, de un negro azabache. Los factores afectivos funcionaron rápidamente, a pesar de la diferencia de edades, a favor de una relación personal y académica muy positiva. Ese joven penalista es el profesor Fernando Velásquez, ahora casi calvo, sin barba ni bigotes mexicanos. Gracias a él, cuando visité por primera vez Medellín (1987), conocí a Nodier Agudelo, con quien se había formado y, más tarde, a otros colegas de Bogotá, Cali y Buga, que no menciono para no ofender a ninguno de ellos por haberlo omitido. En los últimos años, este vínculo con Colombia se ha acentuado gracias a la interesante actividad desarrollada por Fernando en la Universidad Sergio Arboleda con la ayuda de un excelente equipo. Pero cómo no mencionar a Fernando Tocora, Carlos Gálvez Argote, Hernando Londoño Berrío y, una vez más, a Nodier Agudelo.

CDP: Profesor, volviendo a su experiencia europea, ¿podría comentar a nuestros lectores, qué lo llevo a desarrollar su trayectoria profesional en un país como Suiza?

Prof. José Hurtado Pozo: Al respecto, hay que considerar que mi primer y decisivo contacto con el mundo jurídico suizo fue como doctorando de la Universidad de Neuchâtel (1967). El tema de mi tesis era la recepción del derecho penal suizo en el Perú, limitado a la Parte general del mismo. La idea original de orientar la investigación tanto hacia el aspecto sociológico como jurídico (inspirada en parte en los trabajos sobre la *Rezeptionstheorie* realizados sobre todo por los civilistas y romanistas) fue abandonada porque, según el profesor Clerc, se trataba de un trabajo destinado al otorgamiento de un doctorado en derecho y no en sociología. El aspecto positivo fue que el análisis comparatista de los derechos suizo y peruano me permitió profundizar mis conocimientos sobre todo en la

teoría del delito y la técnica legislativa helvética en aplicar sus conceptos en la elaboración de un Código Penal.

CDP: Pero, díganos, ¿por qué escogió Suiza y no Alemania o Italia (muy influyente entonces entre los latinoamericanos por el positivismo criminológico) o España (cuyo derecho estaba en los orígenes del derecho de nuestros países y sus juristas difundían en español las ideas tudescas)?

Prof. José Hurtado Pozo: La respuesta tiene algo de anecdótico y de "histórico". Lo circunstancial fue que al iniciar mis cursos de doctorado en la Universidad de San Marcos (1966), luego de finalizar mi formación de jurista, tuve la suerte de frecuentar al profesor Manuel G. Abastos, historiador reputado del período republicano reconvertido al derecho penal, quien me aconsejó, percibiendo mi afán de iniciar mi formación de penalista, que si alguna vez decidía estudiar en el extranjero debería hacerlo en Suiza. Consejo que me sorprendió mucho, pues ya entonces y debido a las visitas esporádicas de Jiménez de Asúa al Perú, la "voz" era ir a Alemania. Su explicación fue simple e "histórica": me manifestó que el Código Penal peruano de 1924 era una copia casi literal de los proyectos de Código Penal suizo de 1916 y 1918 y que, en consecuencia, estudiar el derecho penal helvético implicaba estudiar las concepciones implícitas en el Código peruano. Iluminado y convencido por esta explicación, partí a la caza de una beca que me permitiera viajar a la "tierra prometida", lo cual logré, al obtener la generosa ayuda de la Confederación Suiza. Así fue como me convertí en el primer becado penalista latinoamericano en ese país y, muchos años más tarde, el primer peruano en ser profesor y decano de una Facultad de Derecho en la Europa no hispánica. Todo esto suena muy pretencioso, pero no lo es si se tiene en cuenta que es el resultado de una "relación causal" que desencadena el recurso (muy peruano y hasta latinoamericano) de elaborar las leyes nacionales copiando las extranjeras consideradas como modelos perfectos. Seguido por el encuentro casual con un profesor que descubre a un alumno algo que nunca había sido mencionado durante los años de su formación profesional: la fuente legal foránea de la ley nacional. Continúa con el vínculo establecido con un profesor europeo de lengua francesa, docente en una universidad bilingüe, quien años después se jubila y, oportunamente, no tiene sucesor porque el perfil buscado por la facultad era el de un latino (excluidos por tanto todos los germánicos), francófono, con formación germánica (como un becario Humboldt) y doctorado en Derecho suizo. De modo que fruto del azar o de la "mano de Dios" (Maradona dixit), el que habla era el único que por suerte tenía ese perfil. Moraleja: no es tanto la persona el factor decisivo sino la serie de circunstancias sociales que coinciden en un momento dado y producen el resultado menos

esperado (al menos para el interesado directo). Cuestión de estar en el lugar y momento estelar y solo tener la habilidad de atrapar al vuelo la bella ocasión.

CDP: Descríbanos, de forma breve, lo más relevante de su trayectoria durante sus años como abogado penalista.

Prof. José Hurtado Pozo: Mi temprana orientación a la investigación y a la docencia me alejó de la práctica de la abogacía. Al año siguiente de terminar mis estudios, viajé a Suiza. No obstante, durante mis estudios tuve que hacer prácticas judiciales y durante unos meses tuve a mi cargo algunos pequeños casos penales. Pero esto no compensaba el enorme vacío que significa no haber experimentado el funcionamiento concreto del sistema de control social en el ámbito penal. Necesario era evitar encontrarme un día ante el reproche que se hace a veces a un sacerdote en celibato por dar consejos en materia de relaciones conyugales, cuando solo conoce las resultantes de su compromiso nupcial de por vida con la Santa Iglesia. A mi regreso de Suiza (1971), después de más de cuatro años de ausencia y consciente de que no debía ser un simple y profundo teórico, me propuse frecuentar la praxis judicial y abogadil. La oportunidad se me presentó cuando se me propuso ingresar a la carrera judicial, a lo cual accedí mediante un concurso, en el que tuve éxito por ayuda e incitación de uno de mis profesores de San Marcos y formado en Europa. Como en el caso referente a mis realizaciones en Suiza, un conjunto de circunstancias favorables me hicieron magistrado de la Corte Superior de Lima (1987), en donde durante años formé parte y presidí tribunales correccionales. Esta experiencia facilitó que me familiarizara con la aplicación del derecho en una realidad plena de desigualdades, discriminaciones, carencias materiales y personales graves. Lo que me permitió confirmar la convicción que había adquirido en Suiza en el sentido de lo lejano que, en países como el Perú, están la letra de la ley y las palabras de las declaraciones sobre derechos humanos y de la dogmática respecto de la dura y crítica situación cotidiana.

CDP: Podría explicarnos, en el ámbito del Derecho penal, ¿cuáles son los efectos de los conflictos culturales?

Prof. José Hurtado Pozo: Mi afán de tener siempre presente el contexto en el que se elabora, analiza y aplica el derecho se pone en evidencia en buena parte de nuestra modesta obra. La frustración de no poder dar a mi tesis de doctorado la orientación sociológica proyectada, fue superada con la elaboración de un pequeño libro titulado *La Ley importada (recepción del derecho penal extranjero en el Perú)*, en el que expliqué los diferentes factores, incluido el del "poder", en la formación y la evolución del derecho positivo y de las ideas jurídico-penales en

el Perú. Fue un librito que, para mi gran sorpresa, resultó muy bien recibido y, hasta considerado por algunos, como lo más significativo que había producido.

Uno de los capítulos de este libro está dedicado al tratamiento de los indígenas en el derecho penal: ignorados del todo en el primer código republicano por considerarse que los peruanos estaban formados en el crisol de la cultura española y discriminados en el Código Penal de 1924, al clasificarse a los peruanos en civilizados, indígenas degradados por la servidumbre y el alcoholismo y salvajes. En buena cuenta, lo que hicimos fue plantear la cuestión del pluralismo cultural para determinar el tratamiento de poblaciones culturalmente diversas por parte del sistema cultural ("occidental" y cristiano) social y políticamente dominante. Veta muy rica que hemos seguido explotando acentuando el análisis del pluralismo jurisdiccional, cultural y jurídico con miras a reforzar un Estado de derecho plural y democrático. Todo esto claro en el marco del régimen constitucional y convencional internacional de los derechos humanos. ¿Tarea pendiente o superflua? ¿Incapacidad o carencia de tiempo para realizarla? La nueva edición de *La Ley importada* se ha convertido en un sueño, o mejor dicho en una pesadilla.

CDP: Podría explicar a nuestros lectores, ¿cómo se ha manejado el asunto de la responsabilidad penal de las empresas en otros países?

Prof. José Hurtado Pozo: En una oportunidad tuve la suerte de participar en un coloquio, en la Universidad del Externado de Bogotá, sobre la situación de la dogmática penal. Una de las cuestiones implícitas a la temática de las exposiciones era la de señalar cuál o cuáles eran los aspectos claves de la evolución del Derecho penal. Un colega español planteó que eran los progresos científicos que se hacían en el ámbito del sistema cerebral humano, debido a que conducían a comprobar que el comportamiento de las personas estaba plenamente determinado por el funcionamiento de dicho sistema. Lo que, en consecuencia, llevaba a demoler las bases del derecho penal actual basado fundamentalmente en el margen de libertad que permite reprochar como culpable el hecho de cometer delitos a pesar de tenerse la libertad de decidir y actuar. Sin necesidad de negar esta afirmación, habría que considerar, pensamos nosotros, que —aun cuando se llegara a probar este criterio determinista— se seguirá partiendo de la idea de la libertad personal, en la medida en que se trata de una convicción enraizada en la conciencia individual y colectiva, la misma que fundamenta la idea de la dignidad humana. Las personas no serán calificadas y sancionadas por el color de su piel o la forma de su cráneo, sino porque su autopercepción (conforme o no a la realidad) de ser libres les impide cometer actos, para cuya ejecución son condicionados por las circunstancias personales y materiales existentes.

Pensamos que, en nuestro ámbito cultural, son dos las perspectivas que marcan el desarrollo del derecho penal. Por un lado, el reconocimiento, como ya lo hemos destacado, de un nuevo sujeto del mismo. No porque recién haya aparecido, sino porque se le ha tomado en cuenta al fortalecerse el respeto de los derechos humanos. Se trata del indígena, de la persona con pautas de conducta distintas a las impuestas por el sistema cultural predominante. Las categorías conceptuales e institucionales deberán ser repensadas, en particular las referentes a las condiciones de punibilidad, en función del respeto de la diversidad cultural.

Por otro, es la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, mejor dicho de las empresas. Nuevos sujetos penales, pero viejos ya en el sistema anglosajón, debido al papel importantísimo que han asumido en la vida social, económica y política en las sociedades modernas y globalizadas. La regulación penal sustantiva, procesal y de sanciones penales debe ser reelaborada o matizada de acuerdo a la índole de estas entidades colectivas y de sus actividades comerciales, financieras y de servicios. Labor que no debe implicar el debilitamiento o la flexibilización de la seguridad jurídica, ni necesariamente la creación de una segunda vía. Sin echar al tacho todo lo adquirido con grandes esfuerzos, debe buscarse el planteamiento de otro derecho destinado tanto a las personas naturales como a las jurídicas, pero que tenga como elemento fundamental el respeto de los derechos materiales y procesales de todas ellas. Puede criticarse este planteamiento como utópico, pero es de reconocer que si bien, como toda otra propuesta de esta índole, puede ser apreciada como fantasiosa, ella puede jugar el papel de la Estrella del Sur: guía de marineros que nunca la alcanzarán, pero que no se perderán y llegarán a buen puerto.

CDP: ¿Qué opina usted acerca del fenómeno expansivo del derecho, la clara propuesta del "Derecho penal del enemigo"? ¿Cree que el ordenamiento punitivo es la clave para solucionar todos y cada uno de los conflictos sociales?

Prof. José Hurtado Pozo: Debido al surgimiento, desarrollo e intensificación de la rebelión civil armada dirigida por Sendero Luminoso, se estatuyó en el Perú una legislación antiterrorista hipertrófica. No solo por el gran número de disposiciones dictadas y de procesos de excepción establecidos, sino por la gran cantidad de nuevos delitos, el aumento desproporcionado de la gravedad de las penas, la desnaturalización frecuente de categorías penales tradicionales. Mi posición fue de franca oposición a este abuso absurdo del poder punitivo del Estado frente a un hecho que era, sobre todo, de índole social, económica y política. El Derecho penal no es el medio adecuado para resolver

conflictos sociales, en la medida en que interviene, generalmente, después de que el conflicto y el perjuicio ya se han producido.

El refinamiento intelectual de tratar de explicar y justificar una legislación de esa índole mediante la concepción del "derecho penal del enemigo" se comprende quizás en el contexto de sociedades desarrolladas tanto política como socialmente, en las que se estima completamente superadas experiencias como la del nazismo. En países como los nuestros, no solo resulta inoportuno sino hasta poco novedoso. Sin la finura dogmática con la que ha sido planteada en Alemania, ella estaba materializada, en los años cincuenta, en las leyes de excepción dictadas por las dictaduras latinoamericanas para combatir los partidos calificados de internacionales y extranjerizantes, responsables de la subversión comunista. Esta legislación de emergencia se orientaba, en particular, a defender y reforzar el *statu quo* injusto imperante en nuestros países, pues la represión tenía principalmente la finalidad de reprimir todo opositor político a regímenes sociales tan injustos. No fue gracias a la legislación antiterrorista, arbitraria e injusta, que Sendero Luminoso fue vencido. La lucha militar y la batalla política fueron decisivas, pero con secuelas graves que hasta ahora perduran debido a las condiciones antidemocráticas y antipopulares con que se llevaron a cabo. La población civil sufrió la violencia ejercida por ambos contendientes, el sistema del Estado de derecho quedó gravemente afectado por el régimen dictatorial que se promovió.

De modo que ante fenómenos de esta índole hay que permanecer en vigilancia permanente y no embarcarnos en discusiones que si bien siguen la moda, descuidan el fondo del problema. Su planteamiento ha servido al menos para tomar consciencia de este riesgo. Su creador y propulsor, así como sus seguidores, deben lamentarse por el enorme daño que, a nivel de la difusión de las ideas dogmáticas, la concepción del "derecho penal del enemigo" ha causado al conjunto de los interesantes planteamientos dogmáticos que habían realizado.

CDP: ¿Sin embargo, parecería que sucesos tan graves como la muerte de los periodistas de *Charly Hebdo* en París, harían necesario adoptar medidas radicales?

José Hurtado Pozo: Su cuestión nos hace pensar a la reflexión sobre la debilidad de las "sociedades abiertas", en oposición a las totalitarias "cerradas", para defenderse de los enemigos de la democracia. Conocimos y apreciamos los escritos y dibujos de algunos de los periodistas asesinados cuando practicaban su arte en el seminario *Hara-kiri* de la década de los sesenta, antecesor de *Charly Hebdo*

y que fuera clausurado por una osada primera página dedicada a la muerte del general de Gaulle. Desde hace tiempo, lamento no haber conservado los pocos números de *Hara-kiri, journal bête et méchant*, en los que reforcé la convicción de que el humor es un factor indispensable a toda actividad, lo que mucho falta entre nosotros los dogmáticos penalistas ... a pesar de Ihering: *La jurisprudencia en broma y en serio* (quizás humor muy germánico y poco contagiosos).

Volviendo al tema, es de señalar que una de las causas del crimen de los extremistas fue sin duda la osadía de los periodistas a continuar, fieles al ejercicio de la libertad personal, tomando como objeto de sus crónicas y caricaturas humorísticas la religión de los victimarios. Proceder de esta manera ha sido considerado por algunos como una imprudencia, un mal cálculo de los riesgos a que se exponían sabiéndose amenazados de muerte. Por lo que agregan que debían haberse autocensurado para no provocar la reacción violenta de los terroristas.

El mayor error de quienes promueven estas opiniones es que así reconocen como límite de la libertad personal la ley moral o religiosa en detrimento de las leyes del Estado de derecho. Olvidando que, en nuestros sistemas democráticos, se reconoce, desde la Declaración de los derechos de 1789, que todos tienen el derecho pensar, opinar, expresarse dentro de los límites fijados en las leyes. Los mismos que han sido y continúan siendo precisados a lo largo de los años, mediante por ejemplo la prohibición y represión de los delitos contra el honor, la apología de los crímenes contra la humanidad, genocidio y terrorismo, la discriminación y violencia sobre las personas en razón de su origen, pertenencia a una etnia, raza, religión o a un género. Hasta llegarse, en los últimos tiempos, a abolir algunas de estas prohibiciones para facilitar el juego democrático, así por ejemplo el convertir los delitos contra el honor en ilícitos civiles y dando lugar solo a una responsabilidad de la misma índole.

Solo en este contexto deben ser apreciadas las actividades de los periodistas de *Charly Hebdo* y de sus victimarios. Los primeros solo hicieron ejercer su profesión confiados en la vigencia y el respeto de las leyes republicanas en un Estado de derecho laico y, por tanto, separado de toda institución religiosa. Hay que recordar que, en las ocasiones en que no respetaron estas pautas, fueron reprimidos, por ejemplo, como responsables de delitos contra el honor. Los segundos, desconociendo dichas leyes y pretendiendo imponer creencias y pautas religiosas, se convirtieron en "ejecutantes del mandato divino" de matar a los periodistas.

Las sociedades democráticas no deben reaccionar rebajándose al nivel de sus enemigos, quienes son sus miembros, por tanto, personas como todos los demás. Eliminarlos o excluirlos negando su condición de personas solo constituiría

la confirmación del fracaso a integrarlos socialmente. La reacción espontánea y multitudinaria de los franceses al día siguiente de la muerte de los periodistas constituyó la expresión de la confianza en el Estado de derecho y de la exigencia de que sea debidamente reforzado.

CDP: ¿Considera usted que el Derecho penal cumple con el fin de resocializar o, por el contrario, genera exclusión social a quienes fueron declarados culpables?

Prof. José Hurtado Pozo: En las constituciones y los códigos penales latinoamericanos se prevé que las penas tienen la finalidad de resocializar, reeducar, reintegrar, retribuir, algunas veces de manera cumulativa. Así mismo, las disposiciones sobre la individualización y aplicación de las penas, sobre todo la de privación de libertad, estatuyen, siguiendo las recomendaciones de las convenciones internacionales, la implementación de procedimientos y de locales adecuados para alcanzar dichos objetivos. En la realidad, estos no pueden ser realizados por la casi total ausencia de recursos personales y materiales indispensables. Los establecimientos de ejecución de penas se encentran sobrepoblados, carentes de condiciones higiénicas normales, controlados internamente por mafias que someten y maltratan a los demás detenidos, ausencia de implementos de trabajo y enseñanza, de un personal suficiente y debidamente formado. De manera que el estudio del derecho de ejecución de penas resulta una "ciencia ficción", porque la realidad imaginada por el legislador es completamente extraña a la realidad concreta.

Lo curioso es que, desde siempre, el afán de los gobiernos ha sido crear prisiones modelos, a imagen y semejanza de las norteamericanas o europeas. Cuando han logrado construirlas, estas se han convertido casi de inmediato en depósito de personas sometidas a simples sistemas de vigilancia y represión. También, han continuado creyendo que la solución era continuar construyendo prisiones con la finalidad de combatir la sobrepoblación. Pero irracionalmente han continuado multiplicando los delitos, aumentando la duración y severidad de las penas, restringiendo las penas sustitutivas de penas privativas de libertad, lo que conduce necesariamente a un aumento de delincuentes y, por tanto, a la imposibilidad de organizar un sistema de encarcelamiento racional.

En casi todos los países se proclama que no se prevé más la pena de muerte, lo que sería muestra de progreso y humanidad. Sin embargo, no se considera que la imposición de penas privativas de larga duración y que deben ser ejecutadas en condiciones inhumanas implica la condena a "penas de muerte lenta", pues nada garantiza que quien es internado en una cárcel salga, al menos, en el mismo estado de salud con el que ingresó.

CDP: ¿Qué opina usted del estado actual de la dogmática penal en el continente latinoamericano y, en particular, en Colombia?

Prof. José Hurtado Pozo: Cuando era estudiante en San Marcos, las obras en boga, en el Perú, entre los estudiantes interesados en el Derecho penal eran el *Tratado de derecho penal* de Jiménez de Asúa (obra con pretensiones enciclopédicas), el *Derecho Penal Argentino* de Sebastián Soler (estudio de la legislación argentina en la perspectiva de la dogmática alemana), el *Derecho Penal* de Novoa Montreal (más sencilla que el de Soler, pero con gran sentido didáctico) y algunos otras obras como la del venezolano Mendoza Troconis o la del argentino Ricardo Núñez. De Colombia, procedía sobre todo la obra de Francesco Carrara, traducida y publicada en Bogotá. En el Perú, no había obra nacional destacada. Si no me equivoco, ningún penalista revindicó ser finalista. Las concepciones sobre todo alemanas llegaban por intermedio de autores españoles en el exilio, el franquismo comportó un estancamiento de las obras jurídicas en España. Si se quería tener una visión global de Derecho penal español, se debía consultar el Derecho penal de Rodríguez Devesa. Luego comenzaron a aparecer las traducciones españolas, algunas anotadas, de las obras de Binding, Beling, von Liszt, Mezger, Welzel y Maurach. Un autor español llegó a decir que era conveniente que las ideas germánicas llegaran hispanizadas después de pasar por el cedazo jurídico hispánico. Situación que ha cambiado radicalmente en razón a que muchos juristas latinoamericanos van a amamantarse directamente de la ubre teutona. Muchos se reclaman luego funcionalistas seguidores de la "moderna dogmática", sin que no lo hagan también algunos que no tienen cabal idea de lo que se trata. Nada extraño que muchas de las obras hispanoamericanas se caractericen por la utilización intensa de la dogmática alemana. Llegándose hasta considerar que solo se puede ser un buen penalista dogmático si se utiliza la bibliografía en alemán. Afirmación extrema que ha llevado a la perversión frecuente de que algunos, desconocedores del alemán, citen las obras germánicas de segunda mano. Ocultando así, el supuesto, hándicap de no ser germanófilo. Hecho curioso es que, con frecuencia, se invoque, al momento de justificar o rechazar alguna propuesta de interpretación del derecho positivo nacional, la doctrina mayoritaria y se cite autores alemanes o españoles sin esclarecer si los análisis de estos se basan en disposiciones legales, al menos, parecidas a las nacionales. Otro extremo es que algunas obras latinoamericanas parecen más bien constituir el desarrollo de las ideas y discusiones alemanas. A veces, me sucede que entiendo mejor dichas obras cuando las leo en alemán. Mientras los autores alemanes no citan, salvo en raros casos, las obras de sus colegas hispanohablantes, nosotros llegamos a enfrascarnos en discusiones esotéricas sobre si es o no necesario citar a los autores germanos. En el fondo, creo que hay un factor de

poder en esta relación cultural, que no solo es el mayor desarrollo de la dogmática penal alemana.

CDP ¿Pero en esta época de la globalización, resulta casi "natural" que se exporte concepciones dogmáticas?

Prof. José Hurtado Pozo: Claro que los medios modernos de comunicación, en particular la informática, y de transporte, más rápido y accesible que antes, facilitan que los penalistas latinoamericanas hagan estancias en Europa, principalmente en Alemania y España, para amamantarse directamente de las fuentes doctrinarias. De esta manera, se transforman en factores portadores de diversas concepciones legislativas y dogmáticas, lo que es bastante positivo. Así juegan un papel sustancial en la "circulación de modelos jurídicos", un fenómeno social tan antiguo como el derecho.

Pero esta labor debe convertirse en un instrumento de fomento y enriquecimiento, por ejemplo, del derecho comparado. De modo que, confrontando leyes, jurisprudencias, doctrinas, se llegue a renovar y mejorar los derechos positivos nacionales. Lo que no implica que se pregone un chauvinismo que empobrezca la legislación y las culturas jurídicas locales. En este sentido, resulta poco comprensible, por ejemplo, que se perciba al causalismo, finalismo y funcionalismo como "escuelas" (a modo del viejo estilo de las escuelas clásica y positiva). Cuando solo son, no nos cansaremos de decirlo, meras propuestas de interpretación del derecho positivo formuladas desde diversas perspectivas filosóficas, sociológicas o morales. Ninguna de ellas es verdadera o falsa. Si no planteamientos más o menos conveniente para aplicar justamente el derecho a una situación humana determinada. Todas ellas contienen criterios aceptables y aprovechables para alcanzar este objetivo. Su utilización es lo que permite que se vaya constituyendo, perfeccionando, consolidando una explicación doctrinaria del derecho conforme a las leyes (frutos de un proceso democrático y pluralista) concretas que se aplican y que, conforme al principio de legalidad, son el punto de partida de toda interpretación (y, en consecuencia, de la labor constitutiva de las "doctrinas").

CDP: Como Profesor universitario se ha granjeado siempre el afecto y la admiración de sus miles de estudiantes, producto de la forma como transmite sus conocimientos y se acerca a ellos. ¿Qué consejos les daría a los jóvenes profesores que se dedican a la enseñanza del Derecho penal?

Prof. José Hurtado Pozo: Aunque casi seguro que está exagerando por generosidad, lo cierto es que el ejercicio de la docencia es el aspecto que me ha, especialmente, atraído durante las décadas de docente. A tal punto que, ahora

en el retiro, es la actividad de profesor la que más extraño. Con la agravante de que, a diferencia de las otras (investigar, escribir, publicar, etc.), es la única que no podemos continuar realizando. La explicación de ese atractivo y esa añoranza es el contacto con los alumnos, sean jóvenes o entrados en años. No tanto por la posición de autoridad de quien transmite conocimientos y califica a sus alumnos considerando si asimilaron o no las enseñanzas teóricas expuestas. Si no más bien, por la falta de interlocutores interesados en el intercambio de ideas mediante una relación interactiva intensa. Claro que para lograr este tipo de relación se requiere un mínimo de la calidad histriónica que distingue a la gente de teatro. El docente debe despertar el interés del alumnado, mantenerlo de tal manera a promover el diálogo, satisfacer su afán de aprendizaje mediante la respuesta oportuna e incisiva, tomar en serio toda pregunta por más inoportuna o desplazada que sea, todo esto condimentado con la mínima dosis de humor. Quizás esto supone la actitud primaria de no pontificar, por lo que después de explicar largamente un tema o responder una serie de cuestiones, siempre recomiendo a mis alumnos que "no deben creer en todo lo que digo". Fuera de lo paradójico de esta recomendación, tiene la ventaja de constituir una exigencia de que se mantenga una constante actitud crítica ante lo que se nos predica. En todo caso, ya que me he referido a la influencia alemana, no hay que hacer lo que se estila o estilaba hacer en Alemania, en observancia del rigor y seriedad exigidos, el de leer el texto de la exposición, incluidas las notas de pie de página. Quizás por esto, en alemán, se utilice el verbo *lesen* (leer) para referirse al hecho de "dar un curso". Tal vez caricaturizo la explicación, pero valga la pena para amenizar esta aburrida entrevista.

CDP: ¿A qué actividad investigativa dedica su tiempo actual? ¿Cuándo cree que sus miles de lectores y admiradores se podrán beneficiar de esas exploraciones académicas?

Prof. José Hurtado Pozo: Actualmente, no tengo un proyecto en marcha previsto para realizarlo durante un lapso determinado. Simple precaución en consideración a encontrarme ya en la recta final, generalmente muy intensa pero de breve duración. En este sentido, por ejemplo, me he propuesto llenar mis vacíos en el ámbito del derecho penal económico, que descuidé bastante por dedicarme sobre todo a estudiar la Parte general y la Parte especial del Derecho penal tanto suizo como peruano. Para lo cual me preocupé bastante de los problemas relativos a la teoría general del Derecho, en particular a la interpretación y aplicación de la ley. Estudios que siempre fueron acompañados por la toma en consideración del contexto histórico y social (en el sentido que hemos explicado anteriormente).

Asimismo, me distraigo un poco con la relectura de libros consultados con gran interés hace un buen tiempo o leyendo algunos que descubrimos al filo de nuevas indagaciones bibliográficas. Convencido de que las categorías jurídicas son mejor comprendidas teniendo en cuenta la perspectiva histórica, profundizo actualmente mis pobres conocimientos en historia, sociología y política, mediante la lectura de obras a las que quizás debí prestar mayor atención. El objetivo no es, por ejemplo, describir el origen y la evolución de la regulación positiva de dichas categorías. Busco más bien calar en las circunstancias sociales y políticas que condicionan su concepción y desarrollo. Por ejemplo, en el caso del denominado "feminicidio" o "femicidio", de determinar el porqué de la previsión de una figura delictiva específica: cómo se pretende compensar la violenta y prolongada discriminación de la mujer convirtiéndola en el objeto de una protección especial. Sin embargo, mediante disposiciones que corren el riesgo de jugar el papel de un "derecho penal simbólico", es decir carente de eficacia y proficuo en producir el efecto perverso de justificante de una deficiente política criminal.

En esta perspectiva, por ejemplo, completo mis lecturas del pensamiento de Michel Foucault mediante el estudio de algunas obras que completan un vacío del gran autor francés. Son trabajos que tratan de la "caza de brujas", que comportó una intensa represión, sobre todo de mujeres basada en una ideología defendida y promovida por teólogos, filósofos, juristas. Cito como ejemplo, el libro de Robert Mandrou, *Magistrats et soriciers en France au XVII e Siècle* y que constituye la historia de una "verdadera revolución mental". El sueño es efectuar algo parecido, guardando la debida distancia, con la aparición, difusión y disolución de las concepciones dogmáticas en Derecho penal.

CDP: ¿Cuál es su más grande satisfacción como académico? ¿Por qué?

Prof. José Hurtado Pozo: La de haber sobrevivido a los 50 años de actividad universitaria, en diversas latitudes, y mantener aún la fe en la justicia después de haber participado en su administración como magistrado. Y, aún todavía un poco sorprendente, con ganas de continuar en la brega a pesar de tanto desengaño cotidiano. Sobre todo, cuando siento que aún algo represento debido a las dificultades que he enfrentado al tratar de reintegrarme, parcialmente y por tiempo limitado, a la actividad académica en el Perú. En algunos casos, es como si rehacerse un "hueco" estuviera impedido con el grito de Gonzáles Prada: "los jóvenes a la obra, lo viejos a la tumba".

O cuando alguna Universidad peruana, a pesar de que nunca he tenido relaciones con ella, presenta una apócrifa edición de uno de mis libros diciendo que ha sido elaborada en el marco de sus actividades académicas.

Dejando de lado estos avatares, debo destacar que lo más satisfactorio es el ser reconocido después de años por un estudiante, quien se regocija recordando alguna anécdota, algún ejemplo didáctico o afirmando que no se aburría en mis cursos. Claro, con la amabilidad de no destacar lo desagradable que era soportar las evaluaciones escritas u orales que tuvo que pasar.

Estas experiencias han variado notablemente en la medida en que he ido desarrollando y perfeccionando el uso de la informática, principalmente con la creación, hace ya algunos años, del portal (http://perso.unifr.ch/derechopenal/) dedicado a la difusión en español de informaciones sobre la doctrina, legislación, jurisprudencia penales. En el mismo, se difunde la revista *Anuario de derecho penal*, editada e impresa en Lima, con las colaboraciones del Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica y de la Université de Fribourg. Mediante las novedades mensuales, logro establecer un contacto enriquecedor con los numerosos visitantes del portal, y si bien es virtual también se realiza con simpatía y gran libertad.

CDP: Finalmente, Profesor Hurtado, podría compartir con nosotros el título de cinco obras de Derecho penal que en su opinión no debería dejar de leer ningún estudioso de estas disciplinas.

Prof. José Hurtado Pozo: Se trata de la pregunta más difícil que me hace y a la que me es imposible responder debido a que todavía no he escrito las cinco obras que me pide mencionar. También quizás porque mis amigos penalistas, autores de obras bastante buenas, son más de cinco y escoger entre ellos sería tarea ardua y altamente riesgosa. Tampoco bastaría mencionar los libros que siempre están en mi mesa de noche, muy recomendables y que tienen la virtud de que la lectura de dos de sus páginas me hace dormir profundamente.

Aprovecho más bien su pregunta para insistir en la recomendación que siempre hago a mis estudiantes. Un buen jurista debe poseer una rica cultura general, lo que supone haber leído selectivamente obras no jurídicas, principalmente, de historia, sociología, política, filosofía y, siempre, con la actitud del cazador de recopilar datos, opiniones, críticas relacionadas con el sistema penal. Reflexionando en este momento sobre la cuestión que me ha planteado, quizás comprendo porque en las últimos meses de 2014 he leído o releído libros como *Vigilar y castigar* de Foucault, *La guerre des forêts (Luttes sociales dans l'Angleterre du XVIIIe siècle)* de Thompson, *Denle duro que no siente. Poder y trasgresión en el Perú republicano* de Carlos Aguirre, *Género e historia* de Joan Scott y *2666*, la novela de Roberto Bolaño...

No se trata de una especie de "reposo del guerrero", a lo Roger Vadim, sino continuar cultivando la música que cada uno cultiva para seguir removiendo a ritmo sostenido el conformismo, la complacencia, la abulia, la colusión ante tanta injusticia.

PRIMERA PARTE

INTRODUCCIÓN GENERAL

§ 1
CONTEXTO HISTÓRICO-BIBLIOGRÁFICO

1860 Constitución moderada redactada por el Congreso, convertido en constituyente, elegido en las elecciones convocadas por el Gobierno de Ramón Castilla en 1859. Debate extenso sobre la pena de muerte, que fue restablecida para el homicidio calificado, reglamentado de manera extensa. A favor de su abolición se pronunció José Silva Santisteban, en contra Bartolomé Herrera.

1862 Iniciada su construcción en 1856, la Penitenciaría de Lima comenzó a funcionar. Mariano Felipe Paz Soldán vigiló los trabajos por encargo de Ramón Castilla. Paz Soldán elaboró un informe sobre el sistema penitenciario, publicado en 1854.

1863 Promulgación del primer Código Penal de la República y el Código de Enjuiciamientos en materia penal.

1871 Casa Correccional del Buen Pastor (Sociedad San Vicente de Paul y Congregación del Buen Pastor).

1874 Se fundó la *Gaceta Judicial*, pionera del periodismo jurídico nacional.

1891 Cárcel de mujeres de Santo Tomás, en los locales del Convento del mismo nombre (Madres de la Orden Terciaria de San Francisco).

1900 José Viterbo Arias publica su *Exposición comentada y comparada del Código Penal del Perú* (de 1863), 2 tomos.

1902 Escuela Correccional de menores de Lima.

1918 Granja Escuela de Surco, denominada luego Reformatorio de Menores de Surco.

1919 Finales de la segunda presidencia del civilista José Pardo y Barreda. Leguía lanzó su candidatura y apoyado por el Partido Constitucional (cace-

rista) y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Fue proclamado "Maestro de la Juventud", a pesar de no poseer ningún título académico.

1924 Exilado en México, Haya de la Torre funda el APRA (Alianza Popular Revolucionaria Americana).

1924 Reelección de Leguía, prometiendo, entre otras medidas "rehabilitar al indio a la vida del derecho y la cultura porque ya es tiempo de acabar con su esclavitud que es una afrenta para la República y un crimen intolerable para la justicia".

1924 Dación del nuevo Código Penal, influenciado por los trabajos legislativos suizos y llamado "Código Maúrtua" (en homenaje a su principal redactor), en substitución del primer Código Penal republicano de 1873.

1926 Ángel Gustavo Cornejo edita su *Código penal: ley n. 4868 anotado y concordado con los anteproyectos de códigos penales de Alemania, 1909, Suiza, 1915, Suecia, 1916 e Italia, 1921 y con el Código Penal de la argentina, 1921.*

1928 José Carlos Mariátegui funda el Partido Socialista Peruano y publica sus *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana.*

1933 Dación de una nueva Constitución del Estado, en la que se reconoce garantiza la existencia legal y la personería jurídica de las comunidades indígenas y sus propiedades.

1936 Luis Ángel Hurtado Navas y Luisa Mercedes Pozo Vigil contraen matrimonio, el 4 de marzo de 1936, en Pacaipampa, distrito de la provincia de Ayabaca (fronteriza con el Ecuador), provincia del departamento de Piura.

1937 Manuel G. Abastos publica "El delincuente en el Código Maúrtua", en la *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, N.º 9, Lima, pp. 13 y ss.

1941 Conflicto de límites armado con el Ecuador, conocido como Guerra del 41. Se inició el 5 de julio de 1941 y terminó con la firma, el 29 de enero de 1942, del Protocolo de Paz, Amistad y Límites de Río de Janeiro.

1942 Nace José Hurtado Pozo (el segundo de cuatro hermanos), el 7 de marzo, en la ciudad de Ayabaca. La familia se traslada a Chulucanas, capital de la provincia del mismo nombre del departamento de Piura.

1942 Entra en vigencia el Código Penal federal suizo, aprobado por la Asamblea Federal de la Confederación suiza el 21 de diciembre de 1937 y elaborado en base a los proyectos de 1916 y 1918 que sirvieron para la elaboración del Código Penal peruano de 1924.

1945 Derogación de la Ley de Seguridad Interior.

1946 Frecuenta el Jardín de Infancia de Chulucanas, dirigido por su madre y donde aprende a leer y estudia el primer año de primaria en el Centro Escolar de la misma ciudad.

1947 Promulgación de la denominada Ley de Yanaconaje, destinada a eliminar la servidumbre.

1948 Golpe de Estado del general Manuel A. Odría contra el Presidente Bustamante y Rivero y asume la presidencia del país.

1948 Cursa los tres primeros años de educación primaria en el Centro Escolar de Caraz, en el departamento de Áncash.

1949 Promulgación de nueva Ley de Seguridad Interior de la República

1950 Concluye el quinto año de primaria en la Escuela de Segundo Grado Javier Prado N.º 441 de Lima.

1950 Luis Bramont Arias publica *La Ley penal. Curso de dogmática jurídica*, Lima.

1950 Manuel A. Odría es elegido presidente de la República, y termina su periodo en 1956.

1952 Ingresa a la Gran Unidad Escolar Pedro A. Labarthe, donde realiza sus estudios de educación secundaria y que culmina en 1957.

1955 Otorgamiento del derecho al voto a las mujeres durante el gobierno de Odría.

1956 Gobierno del presidente Manuel Prado Ugarteche, hasta 1962.

1956 Inicio de la Revolución cubana, encabezada por Fidel Castro, y que culmina en 1959, con la caída de Fulgencio Batista y la instauración del Gobierno Revolucionario.

1958 Santiago Benites Sánchez publica *Derecho Penal Peruano. Comentarios a la parte general del Código Penal*, Lima.

1959 Ingresa a la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Letras, y dos años después inicia estudios en la Facultad de Derecho de la misma universidad.

1959 Invasiones de campesinos a haciendas en diversas regiones, las mismas que duran algunos años. Fundación del MIR (Movimiento de Izquierda Revolucionario) por disidentes del APRA

1960 Inicia estudios de lengua francesa en la Alianza Francesa de Lima.

1961 Se familiariza con algunas obras de derecho penal latinoamericanas, como el *Tratado de derecho penal* y *La ley y el delito* de Luis Jiménez de

Asúa, el *Derecho penal argentino* de Sebastián Soler, el *Curso de derecho penal chileno* de Eduardo Novoa Monreal o el *Derecho penal* de Ricardo Núñez. Entre los libros alemanes traducidos, estudia los de Binding, Beling, Maurach, Welzel y Maurach. Así como los de Francesco Carrara.

1961 Es elegido delegado, como miembro del Frente Estudiantil Revolucionario, y se desempeña como secretario de Cultura del Centro Federado de Derecho. Organiza dos importantes certámenes dedicados a la defensa del petróleo nacional y a la organización de los gobiernos municipales.

1962 Frecuenta el curso de ejercicios prácticos de Derecho penal, dictado por Luis Jiménez de Asúa, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

1962 Junta Militar de 1962 a 1963, generales Ricardo Pérez Godoy y Nicolás Lindley y teniente general Pedro Vargas Prada.

1962 Julio Espino Pérez publica su *Código Penal. Concordancias*, primera edición, Lima.

1963 Gobierno del presidente Fernando Belaunde, hasta 1968.

1964 Deviene, mediante concurso, ayudante de cátedra *ad honorem* en Derecho penal, encargado de las clases de ejercicios de casos prácticos, las que realizaba informalmente desde 1960. Establece relaciones estrechas con el profesor Manuel G. Abastos (docente de la sección doctoral y director de la Biblioteca de Derecho, por quien se entera, por primera vez, que el Código Penal de 1924 es una copia de los proyectos suizos de 1916 y 1918).

1964 Luis de la Puente Uceda, fundador del APRA Rebelde y del Movimiento de Izquierda Revolucionario (MIR), inicia en Mesa Pelada (Cusco) la rebelión armada, inspirada por la Revolución Cubana, llamada guerrilla Pachacútec.

1964 Publicación del libro *Derecho penal. Parte especial*, de Raúl Peña Cabrera, Lima, en cuya elaboración contribuyó ampliamente.

1965 Se gradúa de Bachiller en Derecho, sustentando una tesis sobre *La culpabilidad en el Código Penal peruano.*

1965 Se intensifican los movimientos armados subversivos: el MIR en la zona del Cusco y Junín, y el ELN en Ayacucho.

1966 Obtiene el título de abogado y se registra en el Colegio de Abogados de Lima.

1966 Marc Ancel publica *La défense sociale nouvelle*, París.

1967 La Confederación Suiza le otorga una beca para realizar estudios en la Universidad de Neuchâtel, en donde se inscribe para realizar una tesis de doctorado bajo la dirección del profesor François Clerc.

1967 Contrae matrimonio con doña Luzmila Emperatriz Rivas.

1967 Revisión y estudio de las obras de los juristas suizos Clerc, Germann, Logoz, Thormann, von Overbeck, Noll, Jean Graven, Hafter, Schwander, Schultz; así como de los alemanes Roxin, Tiedemann, Jescheck, Larenz, Kaufmann, Stratenwerth; italianos como Bettiol, Antolisei, Bricola; y franceses como Ancel, Bouzat, Pinatel, Pradel.

1968 3 de octubre. Golpe de Estado del general Juan Velasco Alvarado: "Revolución de las Fuerzas Armadas".

1968 Aprueba el examen preliminar al doctorado sobre las instituciones jurídicas suizas, impuesto a todo candidato habiendo realizado estudios de derecho fuera de Suiza.

1968 Abril. De visita en París, vive los inicios del profundo movimiento social de mayo de 1968.

1969 Primera visita al Instituto Max-Planck de Friburgo en Brisgovia, con la finalidad de obtener información bibliográfica y en donde se entrevista con el director, profesor Hans-Heinrich Jescheck, y el responsable de la sección hispano latinoamericana, Dr. H. Z. Mattez.

1969 Se decreta el 24 de junio como Día del Campesino, en lugar del Día del Indio y se promulga la Ley de Reforma Agraria.

1971 16 de setiembre. Nace Myrtha Mercedes Hurtado Rivas en Neuchâtel.

1972 Se gradúa de doctor en derecho en la Universidad de Neuchâtel con la tesis *L'influence du droit pénal suisse sur le Code Pénal péruvien (Partie Générale)*. Publicada el mismo año en Biena (Suiza).

1972 Octubre. Regreso a Lima, donde encuentra dificultades para reintegrarse a la docencia en la Universidad Nacional de Mayor de San Marcos.

1972 Es contratado como profesor asociado en dicha universidad y enseña el curso de Derecho Penal III (Delitos contra la seguridad pública, la administración de justicia, etc.).

1972 Profesor ordinario asociado de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1972 Establecimiento de relaciones con Carlos Santiago Nino gracias a la intermediación de Roque Carrión Wam, desarrollando relaciones con algunos miembros de la corriente filosófica analítica y la lectura de obras como las de Carrió, Alchourrón, Gioja, Hart, Bulygin, Ross, Rabossi.

1973 Publicación de "La teoría del delito (Apuntes para su elaboración de acuerdo a las disposiciones del Código Penal peruano)", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, vol. 37, pp. 69-142 (en el cincuentenario del Código Penal de 1924).

1973 Publicación de "La condena condicional", en *Derecho*, revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú N.º 31, pp. 60-80.

1974 Inicia estudios de alemán en el Instituto Goethe y de italiano en el Instituto Italiano de Cultura, ambos en Lima (jirón Ica).

1974 Profesor auxiliar del Departamento de Derecho Público, Sección Derecho Penal, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

1974 Publicación de "La interpretación de la ley en el derecho penal", en *Derecho*, revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N.º 32, pp. 162-177.

1975 Publicación de *Delitos contra la seguridad pública*, Lima.

1975 Becado como docente de la Fundación Alexander von Humboldt para realizar investigaciones en el Instituto Max Planck de Derecho penal y comparado, Friburgo en Brisgovia. Renovada para el año 1976. Establece relaciones con jóvenes penalistas latinoamericanos: Francisco Castillo Gonzales, Edgardo Rotman o suizos como Dick Marty. Así como con algunos profesores alemanes como Klaus Tiedemann.

1975 Publicación de "La recepción del derecho penal extranjero y la cultura de la dominación", dedicado a Jorge Basadre, en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, vol. 39, pp. 76-97.

1975 Lectura de *Surveiller et punir* de Michel Foucault y otros libros suyos, además de algunas obras de Le Goff, Paul Ricoeur, Ferrajoli.

1977 Nacimiento de Claudia Sabinne Hurtado Rivas, en Lima

1977 Publicación de "Aperçu de la politique criminelle de Pérou", en *Archives de politique criminelle*, vol. 2, pp. 193-201.

1977 Vocal titular de la Corte Superior de Justicia de Lima, miembro de Tribunales Correccionales.

1977 Visitante Distinguido de la ciudad de Huaraz por el honorable Concejo Provincial de Huaraz.

1978 Publicación de *Manual de Derecho Penal*, 1.ª edición, Lima (última edición 2011).

1978 Asamblea Constituyente, instituida a fines de la dictadura militar de las Fuerzas Armadas (general Francisco Morales Bermúdez), con la finalidad de volver a un régimen democrático.

1979 Nueva Constitución Política del Perú, puesta en vigencia desde julio de 1980.

1979 Profesor principal ordinario, Sección Derecho Penal, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

1979 Publicación de *La ley "importada": la recepción del derecho penal en el Perú*, CEDYS, Lima.

1979 Conformación, con la colaboración del profesor Domingo García Rada, del Grupo Peruano de la Asociación Internacional de Derecho Penal.

1980 Inicio de la subversión armada dirigida por Sendero Luminoso (Partido Comunista del Perú-PCP-SL).

1980 Publicación de *La nueva Constitución y el derecho penal* (editor), Lima.

1981 Vicepresidente de la Asociación Nacional de Magistrados del Perú, fundada el mismo año (primer presidente Carlos Montoya Anguerry) y director de su órgano: la *Revista Judicial.*

1981 Junio. Designado por Resolución Ministerial miembro de las comisiones encargadas de elaborar proyectos destinados a derogar o modificar la legislación expedida por el Gobierno Militar.

1982 Publicación de *El Ministerio Público: introducción, ley orgánica, concordancias, comentarios, reglamento, índice analítico* (segunda edición, Lima, 1984).

1982 Marzo. No ratificación como vocal de la Corte Superior de Lima por la Sala Plena de la Corte Suprema de la República.

1983 Profesor invitado en la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad de Friburgo, Suiza.

1985 Primer gobierno del presidente Alan García Pérez, hasta 1990.

1985 Profesor ordinario en la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad de Friburgo (Suiza).

1985 Abril. Lección inaugural en la Facultad de Derecho de la Universidad de Friburgo, Suiza, sobre: "Le principe de la légalité, le rapport de causalité et la culpabilité: reflexions sur la dogmatique pénale", en *Revue Pénale Suisse*, 104 (1987), pp. 25 ss.

1986 Presidente de la Comisión de Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Friburgo, Suiza.

1986 Publicación *de L'homme cet inconnu* (con Adrian Holderegger, Marcel Piérart, Wolfram Schultz), Friburgo (Suiza).

1987 Mediante Fernando Velásquez Velásquez, conocido en 1993 en el Instituto Max Planck de Friburgo en Brisgovia, se relaciona con diversos penalistas colombianos: Nodier Agudelo, Fernando Tocora, Carlos Gálvez Argote, Hernando Londoño Berrío. Además, se vincula con los penalistas españoles José Luis de la Cuesta, Luis Gómez Colomer y José Luis Díez Ripollés.

1988 Declarado Visitante Ilustre de la Ciudad del Cusco, por la Municipalidad de la misma ciudad.

1988 Publicación de *Droit pénal. Partie spéciale 1. Infractions contre la vie et l'intégrité corporelle*, Friburgo (Suiza).

1988 Fundador y director de la revista *Anuario de Derecho Penal*, Lima. Difundida también en el siguiente portal: <http://perso.unifr.ch/derecho-penal>.

1989 Miembro del Consejo del Instituto de Federalismo de Friburgo, hasta 2012.

1989 Caída del Muro de Berlín.

1990 Honrado como Profesor Honorario de la Universidad Nacional del Altiplano, Puno.

1990 Primer gobierno del presidente Alberto Fujimori, hasta 1995.

1990 Forma parte de la Comisión de Expertos en Derecho penal por convocatoria del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, a invitación del Gobierno de las Islas Baleares y con la cooperación de la Subdivisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de la Oficina de Naciones Unidas en Viena, elaborando el Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el procedimiento penal el 16 de febrero de 1992.

1991 Entra en vigencia el nuevo Código Penal de 1991.

1991 Distinguido como Profesor Principal Honorario de la Universidad Nacional de San Agustín, Arequipa.

1991 Distinguido como Profesor Honorario de la Universidad Andina "Néstor Cáceres Velásquez".

1992 5 de abril. Autogolpe del presidente Alberto Fujimori. Disolución del Congreso.

1992 12 de setiembre. Captura de Abimael Guzmán Reynoso, dirigente principal de Sendero Luminoso, con lo que comienza la derrota de la subversión.

1993 Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Friburgo (Suiza), hasta 1996.

1993 Publicación del *Manual de derecho penal. Parte especial 1: homicidio*, Lima.

1993 Constitución Política elaborada por el Congreso Constituyente Democrático convocado por el gobierno de Alberto Fujimori, después del autogolpe de 1992. Fue aprobada por referéndum en 1993.

1994 Publicación de *Manual de derecho penal. Parte especial 2: Aborto*, Lima.

1995 Segundo gobierno de Alberto Fujimori, hasta 2000.

1995 Egresados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Huamanga, Ayacucho, dan el nombre de "José Hurtado Pozo" a su promoción.

1995 Egresados de la Sección de Posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, atribuyen a su promoción el nombre de "José Hurtado Pozo".

1996 Fallecimiento de don Luis Ángel Hurtado Navas, en Lima.

1996 Traducción de la obra de Thomas Fleiner, *Was sind Menschenrechte* (Pendo, Zúrich, 1996): *Derechos humanos*, Santa Fe de Bogotá, 1999.

1996 Publicación de *Derechos culturales*, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo (Suiza), Lima.

1996 Junio. Visita a México y participación en el Seminario Internacional Justicia y Sociedad en México, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México.

1996 Relaciones con el Centro de Política Criminal y Criminología de México, dirigido por Moisés Moreno, deviniendo uno de sus miembros, lo que le permite frecuentar penalistas como Antonio Beristain Ipiña, José Cerezo Mir, Carlos María Romeo Casabona, Enrique Gimbernat Ordeig, Santiago Mir Puig, Manuel Jaén Vallejo, Carlos E. Muñoz Pope, Wolfgang Schöne, Eugenio R. Zaffaroni y John A. Vervaele.

1997 Fallecimiento de doña Luisa Mercedes Pozo Vigil, en Lima.

1997 Experto del Equipo de Justicia de la Misión de Naciones Unidas en Guatemala (MINUGUA) (abril-julio).

1998 Miembro Especial del Colegio Nacional de Abogados de Panamá y Miembro Honorario del Movimiento de Abogadas Gremialistas (MAG) de Panamá.

1998 Publicación de *Droit pénal. Partie spéciale, 2. Infractions contre l'honneur, le domaine secret ou le domaine privé et la famille*, Zúrich.

1999 Publicación de *Nociones básicas de derecho penal. Parte general*, Guatemala.

2000 Fuga del presidente Alberto Fujimori al Japón. El Congreso designa al presidente del Congreso, Valentín Paniagua, como presidente provisional (Gobierno de Transición).

2000 Miembro activo de la Comisión Redactora del Nuevo Código Penal Tipo Iberoamericano, cuyos trabajos se desarrollaron durante tres años.

2000 Distinción como Profesor Honorario de la Universidad Católica de Santa María, Arequipa.

2000 Distinción como Profesor Honorario de la Universidad Privada de Moquegua.

2001 Gobierno del presidente Alejandro Toledo, hasta 2006.

2001 Publicación de *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada* (coeditor con Bernardo del Rosal Blasco, Rafael Simons Vallejo), Valencia (España).

2002 Profesor Huésped del Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales (CEPOLCRIM), México D. F.

2002 Publicación de "La répression pénale des comportements conformes aux traditions culturelles", en *La pierre angulaire. Le "flou crucial" des droits culturels*, Friburgo (Suiza), pp. 145-178.

2003 Doctorado Honoris Causa por la Universidad Nacional de Trujillo.

2003 La Facultad de Derecho de la Universidad César Vallejo de Trujillo oficializa como "José Hurtado Pozo" el nombre de la XI Promoción.

2004 Miembro de la Comisión de la Biblioteca Cantonal y Universitaria de Friburgo, hasta 2007.

2005 Jefe del Departamento de Derecho Penal en la Universidad de Friburgo (Suiza), hasta 2012.

2006 Segundo gobierno del presidente Alan García, hasta 2011.

2006 Naturalización como ciudadano suizo.

2006 Doctorado Honoris Causa por la Universidad Nacional de Cajamarca.

2007 Puesta en vigencia de la reforma sustancial de la parte general del Código Penal suizo, con la que culmina prácticamente la larga reforma que comenzó con la modificación de la parte especial y efectuada de manera gradual.

2007 Distinción como Visitante Distinguido por el Ayuntamiento Constitucional de Tuxla Gutiérrez, Chiapas, México.

2007 Publicación de *La citoyenneté et le système de contrôle pénal, Conférences Aquinas – Fribourg/Suisse 2006* (director: José Hurtado Pozo), Universitas Friburgensis / Centre International de Criminologie Comparée, Friburgo / Montreal.

2007 Publicación de *Festschrift für Franz Riklin. Zur Emeritierung und zuglei dem 67. Gebutstag* (editores: José Hurtado Pozo, Marcel Niggli y Nicolas Queloz), Zúrich.

2008 Profesor Honorario de la Academia de la Magistratura del Perú.

2008 Publicación de *Droit pénal économique* (coeditor con Olivier Thormann), Ginebra/Zúrich/Basilea.

2008 Publicación de *Droit pénal. Partie générale*, edición revisada, refundida y aumentada, Ginebra/Zúrich/Basilea.

2008 Publicación de "Verschulden, individuelle Strafzumessung und kulturelle Faktoren", en *Festschrift für Klaus Tiedemann*, Colonia, pp. 367-381.

2009 Incorporado como Miembro Honorario de la Asociación de Magistrados de Cañete.

2009 Publicación de *Droit pénal. Partie spéciale*, nueva edición revisada y aumentada, Ginebra/Zúrich/Basilea.

2009 Publicación de una versión apócrifa, como tercera edición, del *Manual de Derecho Penal* e inicio de proceso administrativo ante el Indecopi.

2010 Doctorado Honoris Causa por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

2010 Publicación de *Droit pénal et cultures. Réflexions* (coeditor con Thierry Godel), Zúrich.

2011 Gobierno de Ollanta Humala Tasso (hasta 2016).

2011 Publicación de *Droit pénal general* [Abrégé], Schulthess, Zúrich; 2.ª ed., 2013.

2011 Distinguido con la condecoración de la Orden "Francisco García Calderón" del Colegio de Abogados de Lima.

2011 Reconocimiento como Profesor Distinguido de parte de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

2012 Publicación de *Droit pénal et diversités culturelles. Mélanges en l'honneur de José Hurtado Pozo* (editores: Nicolás Queloz, Marcel Alexander Niggli

y Christof Riedo), Facultad de Derecho de la Universidad de Friburgo (Suiza), Schulthess, Zúrich.

2013 Promoción al nivel de profesor ordinario principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2013 Publicación de *Libro homenaje a José Hurtado Pozo: Jurista de dos mundos*, por juristas peruanos y extranjeros, Idemsa, Lima.

2013 Peruano distinguido en el extranjero, otorgado por el Ministerio de Relaciones Internacionales del Perú.

2013 Reinicio parcial y temporal de la docencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú y dificultades académicas para continuar en la docencia activa.

2013 Profesor contratado de la Sección de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

2014 "Orden al mérito por servicios distinguidos", en el grado de Gran Cruz, por la Academia de la Magistratura del Perú.

2015 Publicación de *Compendio de derecho penal económico*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

2015 Culminación del proceso contencioso administrativo ante el Poder Judicial, mediante sendas resoluciones dictadas por la Sala Suprema Constitucional y Derechos Humanos, reconociendo los derechos de autor de José Hurtado Pozo contra las pretensiones de los autores de la publicación apócrifa del *Manual de derecho penal.*

2015 Consultor Internacional de la firma Corporate Compliance SAC (Lima).

2016 Publicación de *El sistema de control penal*, recopilación de escritos de José Hurtado Pozo (coordinado por Fidel Mendoza, Pedro Pablo Cairampoma y Guillermo Astudillo).

§ 2
CORRESPONDENCIA

I
Carta* del profesor Manuel G. Abastos: estancia en Alemania de José Hurtado Pozo

Lima, 22 de diciembre de 1974.
Señor don José Hurtado.
Freiburg - Alemania Occidental.

Apreciado amigo:

Grata sorpresa me ha deparado su carta. Su retorno a Alemania revela su firme vocación de penalista.

Me dice Ud., que va a comentar la parte general del CP. El *comentario,* tal como lo han entendido en el Perú algunos civilistas, es precedente que no deben seguir los penalistas. Comentar la *parte general* de un CP, como el nuestro, artículo por artículo, tiene limitaciones y, como método, es más adecuado para exponer los delitos en especie. La exposición de los *principios generales,* de esta manera, es método aislante que no permite ver las relaciones y contradicciones entre preceptos oriundos de distintas fuentes y que el legislador ha distribuido bajo amplios epígrafes de diverso contenido. Solo el estudio crítico de las *instituciones* permite ver la orientación, excelencias y defectos de la ley y hacer recomendaciones de *lege ferenda* a la luz de las nuevas doctrinas y con el apoyo

* Versión manuscrita. Archivo personal de José Hurtado Pozo.

de la legislación comparada. Estudio que requiere trabajo y perseverancia y que Ud., puede hacer porque tiene condiciones para ello y dispone de una rica bibliografía, en un instituto donde hay profesores generosos que sabrán asistirlo.

Y ahora una pregunta: ¿Ud., expondrá la ley en su letra original o tomaría en cuenta las reformas que se han hecho desde 1968?

Le escribo con que tardanza, pero no puedo dejar de hacerlo hoy para desearle una Feliz Navidad y un Año Nuevo con muchos proyectos.

Le abraza cordialmente

Fdo. M. G. Abastos

II

Carta* del profesor François Clerc** respecto de la designación de José Hurtado Pozo como su sucesor en la cátedra de Friburgo, Suiza

FONDATION INTERNATIONALE PÉNALE ET PÉNITENTIAIRE
INTERNATIONAL PENAL AND PENITENTIARY FOUNDATION
Siège social: Berne (Suisse - Switzerland)

CH 2072 St Blaise, 4 de mayo de 1981

Querido amigo:

Desde hace mucho tiempo me proponía escribirle, y ahora, estoy obligado a hacerlo: usted sabe que debo jubilarme y que mi cátedra de Fribourg estará vacante desde el otoño próximo. Uno de mis colegas, el profesor Tercier, le ha escrito preguntándole si estaría dispuesto a sucederme. Esperábamos su respuesta, pero no nos ha llegado. Por lo que la Comisión de nominación me ha encargado de escribirle para indagar sobre sus intenciones y sobre todo de rogarle de comunicárnoslas lo más pronto posible. Es pues una orden que obedezco y repetiré lo que he dicho a la Comisión: "tuviese que escogerme un sucesor, no escogería otro que usted".

---

* Versión manuscrita. Archivo personal del profesor José Hurtado Pozo.

** Profesor de Derecho penal y Derecho procesal penal en la Universidad de Neuchâtel. Autor de numerosas obras y ensayos, particularmente *Initiation à la justice pénale en Suisse*, I.

Pero veo los obstáculos: se trata de expatriarse y escoger la humilde carrera universitaria, en un país muy lejano. Me coloco en su lugar, agregando que si usted diría sí, sería cosa realizada y muy felizmente.

Cierto, si fuera de esperar algunos meses su llegada, sería posible de prever un ínterin. Esto es evidente.

Puedo entonces solicitarle de informarme rápidamente sobre si acepta o no este llamado y, llegado el caso, en qué plazo podría asumir dicho cargo. Mis colegas ven el tiempo pasar y se preguntan qué hacer: no tenemos penalista disponible en Suiza y el que solo entraría en consideración está muy lejos de obtener la unanimidad.

Disculpándome de escribirle si escuetamente sobre una cuestión tan grave, le ruego creer, querido amigo, el enorme placer que siento de dirigirle esta "intimación", esperando que tenga una acogida favorable.

Fdo. François Clerc

§ 3
COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS SOBRE OBRAS DEL AUTOR

I

Comentario de Carlos Santiago Nino* a la obra de José Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general* (primera edición, Sesator, Lima, 1977**)

El autor de esta obra es profesor de Derecho penal en la Universidad de San Marcos, Perú, y es también vocal de la Corte Superior de Lima, ha obtenido su doctorado en la Universidad de Neuchâtel, Suiza, y ha realizado estudios en el Max-Planck-Institut de Alemania Federal.

El libro constituye una excelente introducción a la parte general del derecho penal, me animo a decir que constituye uno de los mejores manuales de la materia que he leído en español.

Este juicio está fundado principalmente en los aspectos originales que distinguen en especial a las dos primeras de las cuatro partes de que está compuesto el manual.

---

* Profesor de la Universidad de Buenos Aires, filósofo y jurista. Autor de diversas obras: *Introducción al análisis del Derecho* (Buenos Aires, 1989), *Consideraciones sobre la dogmática jurídica* (México D. F., 1974), *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica* (Valencia, 1980), *Los límites de la responsabilidad penal* (Buenos Aires, 1980), *Ética y derechos humanos* (Buenos Aires, 1984), entre otros.

** Publicado en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, pp. 734-736.

En la primera parte —que lleva por título "Fundamentos generales"— se hace una reseña histórica de la evolución del derecho penal en el Perú. El mérito de este desarrollo consiste en eludir la concebida enumeración de proyectos y sanciones legislativas (que suele constituir una irresistible invitación a saltar las páginas correspondientes) y encarar, en cambio un perspicaz análisis de los factores que han influido en el desenvolvimiento del derecho penal peruano, y de los problemas generados por la recepción de modelos legislativos extranjeros.

En la segunda parte sobresale el capítulo dedicado a la interpretación de la ley penal. En él se recoge —lo que es inusual en un penalista de formación germánica— los aportes de pensadores vinculados con la filosofía analítica como Hart, Ross, von Wright y Carrió. Esto permite al autor adoptar un enfoque realista hacía indeterminaciones del sistema jurídico, prescindiendo del velo conceptualista con el que la dogmática penal suele cubrirlas.

Creo que la tercera parte del trabajo —dedicada a la teoría del delito—, en comparación con las contribuciones recién mencionadas, y teniendo en cuenta la inquietud que demuestra el autor por una renovación del aparato conceptual y metodológico de la ciencia jurídica, no está lograda como las restantes. Aun cuando la lectura de esta parte resulta provechosa por combinar un gran caudal de información, sobre todo respecto a la literatura alemana, con un lenguaje inteligible y llano (combinación más bien infrecuente), sin embargo, se echa aquí de menos cierto toma de distancia respecto de la teoría del delito continental-europea que permita evaluar sus presupuestos y metodología. Por ejemplo, el autor no se explaya acerca de la función o finalidad que se pretende satisfacer con el concepto de tipo (en el sentido de "tipo sistemático"), lo cual constituye uno de los defectos más llamativos y persistentes de la dogmática penal vigente: a pesar de las discusiones *ad nauseam* acerca de qué debe incluir el tipo, muy pocos se hacen la pregunta obvia ¿para qué sirve el concepto de tipo? Según veo yo las cosas, el único objetivo plausible que se puede satisfacer con la introducción de un concepto de tipo diferente al de "tipo de garantía" (relacionado este último con el principio de legalidad) es, como surgía del artículo 59 del anterior código penal alemán, delimitar las circunstancias fácticas que deben ser alcanzadas por las actitudes subjetivas requeridas por lo que no tiene sentido incluir entre aquellas circunstancias a estas actitudes (me extiendo más acerca de esto en *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires, 1980, cap. I).

También se advierte cierta falta de evaluación crítica de la teoría del delito ortodoxa en la inclinación del autor por aceptar soluciones subjetivistas (por ejemplo, respecto de la tentativa y de las causas de justificación), que el finalismo puso en boga en Alemania, sin preguntarse por los presupuestos valorativos que determinan esas soluciones.

Aunque el punto es controvertible, merece un análisis más amplio (que encaro en ob. cit., cap. IV), me aventuro a expresar mi opinión de que los criterios que toman en cuenta —como fundamento, y no como límites de la punición— la disposición subjetiva del agente hacía la generación de daño o peligro, en vez de satisfacerse con el daño o peligro objetivamente generados, están intrínsecamente asociados con una concepción perfeccionista del derecho penal, que entiende, a diferencia de la concepción liberal, que el Estado tiene por misión prevenir no solo el daño a terceros, sino también la autodegradación de los propios agentes.

Me parece, asimismo, que en esta tercera parte del libro hay algunos temas —como el de la causalidad o el de la *actio libera in causa*— que están tratados con más rapidez de lo que es conveniente, lo que contrasta con la notable minuciosidad con que el autor trata los temas incluidos en la cuarta parte —tentativa, participación y concurso—.

A pesar de estas observaciones, debo insistir en que el libro provee un material de lectura sumamente interesante para los estudiantes y para todos aquellos que quieran ponerse al día con esta disciplina. Es más, algunos de los aspectos de este manual resultan tan atractivos y novedosos que es lamentar que el hecho de estar referido a un sistema jurídico que no es el nuestro limite sus posibilidades de utilización en nuestras universidades.

En suma, este libro es uno de los pocos manuales de derecho penal escritos últimamente en lengua castellana que nos lleva a preguntarnos "¿para qué se habrá escrito este libro" La escasez de verdaderos investigadores en derecho penal —como en otras materias jurídicas— en esta parte del mundo, es inversamente proporcional al aluvión de obras que se escriben en la especialidad, muchas de las cuales carecen de toda originalidad en las ideas expuestas repiten información que se puede encontrar fácilmente en los tratados tradicionales de la materia, son demasiado oscuras, recargadas y extensas para ser utilizadas por los estudiantes. Hay muy pocos abogados que hayan obtenido una cátedra de Derecho penal y que no se vean tentados de justificar retroactivamente su designación publicando "su" manual (para desdicha de los alumnos que son invitados a servirse de él), aun cuando no sepan muy bien qué van a decir en tal *opus magna*. Hurtado Pozo, en cambio, es un genuino especialista de la materia que sabe lo que dice en su libro y lo dice bien.

II

Carta* del profesor Hans-Heinrich Jescheck** (traducida del alemán) sobre el libro *Manual de derecho penal. Parte general,* de José Hurtado Pozo

D-78 Freiburg im Breigau, 30-11-1978
Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht
Günterstalstrasse 72

Tel. (0761) 7 1058/59

Señor profesor
Dr. José Hurtado Pozo
Lima, Perú

Muy estimado Señor Hurtado:

Muchas gracias por el envío de su Manual de Derecho Penal. Parte General.

Creo que, con la realización de esta obra, la cual por su amplitud va más allá de un "Manual" en el sentido corriente, ha efectuado una contribución esencial a la ciencia del derecho penal peruana y muy probablemente también a la latinoamericana.

Su conocimiento del derecho penal suizo y alemán, de su evolución histórica, irradiación y discusiones actuales, la ha vinculado usted, de mane-

* Versión dactilografiada. Archivo personal del profesor José Hurtado Pozo.

** Profesor de derecho penal en la Universidad de Friburgo en Brisgovia. Autor de diversas obras científicas, en especial, del *Lehrbuch Strafrecht Allgemeiner Teil.* Fue director del Instituto Max Planck de Derecho penal internacional y comparado de dicha ciudad.

ra magistral, con la interpretación original del Código Penal peruano, el cual —como usted lo señala— ha sido influenciado de manera decisiva por los proyectos suizos de Código Penal de 1915, 1916 y 1918.

Mi agradecimiento por la amable referencia a mi persona y al instituto en su prólogo. Me alegra que su estancia en el instituto haya contribuido a obtener un resultado fructífero, y quiero expresarle mis deseos de que su libro constituya un estimulante para que se efectúen otras investigaciones en el ámbito del derecho penal peruano y latinoamericano. En este sentido espero que su libro alcance una gran difusión.

Con mis cordiales saludos, también para su distinguida señora.

Fdo. H. H. Jescheck

III

Comentario de César Eugenio San Martín Castro* a la obra de José Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general* (segunda edición, Eddili, Lima, 1987, 640 pp.**)

El profesor de la Universidad de Friburgo, Suiza, y exvocal de la Corte Superior de Lima, Dr. José Hurtado Pozo continúa con su labor científica: publicando la segunda edición de su ya imprescindible *Manual de Derecho Penal*, cuya primera edición fue lanzada en el año 1978.

Este trabajo, como lo anota el autor en el prólogo, respeta en lo esencial lo desarrollado en la primera edición y apunta a actualizar y revisar los contenidos dogmáticos y función al "cambio de la Constitución y de algunos actos de reforma del Código Penal" (p. 12).

En su conjunto hay determinadas líneas maestras que esta obra desarrolla y que es necesario resaltar debidamente. Como primer punto destacan las investigaciones en orden a las fuentes del Código Maúrtua, de base esencialmente helvético; estudiadas en su tesis doctoral y continuó en el año 1979 con su monografía acerca de la ley importada. También es significativa la permanente advertencia a todos aquellos que estudian nuestro ordenamiento penal de tener sumo cuidado en el manejo de la bibliografía extranjera, cuyo paso previo debe ser constatar si los supuestos legislativos son idénticos.

---

* Profesor de derecho procesal penal en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Pontificia Universidad Católica del Perú. Juez de la Corte Suprema. Autor de múltiples obras y artículos de revista, en especial, *Derecho procesal penal* (2 tomos).

** Publicado en *Anuario de Derecho Penal*, 1988, pp. 101 ss.

Otro punto relevante es la permanente crítica tanto a la escasa dogmática nacional como —fundamentalmente— a la jurisprudencia de la Corte Suprema. Respecto a lo primero apunta a hacer notar que el sustento doctrinario utilizado se inspira en penalistas que desarrollan sus investigaciones en base a una estructura legislativa distinta a la nuestra, lo que es más notorio en el estudio de la tentativa y del concurso. En cuanto a lo segundo es de mencionarse, como dato principalísimo, que se ha efectuado una búsqueda meritoria a toda la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha sido publicada, la cual es muy escasa, dispersa y, por su excesiva concisión, de difícil comprensión y evaluación, trabajo que otro autor antes no había desarrollado en el contexto de una obra dogmática de largo aliento. De este análisis selectivo de las ejecutorias supremas se colige fundamentalmente el interés que se tiene, primero, de entender el trabajo judicial y los aportes de los jueces supremos en la interpretación de la ley penal de la ciencia penal, de la jurisprudencia nacional.

En su aspecto metódico se aborda el estudio de lo que se denomina la introducción del derecho penal en el tiempo y en el espacio, y la teoría del delito. Obviamente, deja —para un futuro, que esperamos sea muy próximo— todo lo relativo a las consecuencias jurídicas del delito, que contemporáneamente, como apunta Bacigalupo (en *Manual de Derecho Penal*, 1.ª edición, Temis, Bogotá, 1984, Prólogo); labor que el autor ha parcialmente enfocado en trabajos menores dedicados a la modificación del sistema de penas del 18 de marzo de 1971 y a la condena condicional (véase *Revista Derecho*, N.º 30, 1971, pp. 103 y ss. y N.º 31, 1972, pp. 60 y ss.).

Un análisis muy interesante se realiza en la denominada obediencia debida (p. 391), aunque creemos que no se formulan mayores alcances en la problemática de las órdenes militares o policiales, situación que es de particular importancia en los momentos actuales, específicamente en la lucha contra el terrorismo dentro de los marcos de un Estado de Derecho. Sobre el particular debe enfatizarse: a) que la ordena antijurídica no tiene efecto justificante en ningún caso; b) que no existen órdenes antijurídicas obligatorias, pues en el Estado de Derecho no puede haber tal obligación; y c) que desde el punto de vista del que debe soportar el cumplimiento de la orden siempre es posible la defensa necesaria (cfr. Enrique Bacigalupo, ibíd, p. 134).

También merece destacarse el exacto tratamiento de la problemática de la tentativa. Se delinea con toda precisión sus alcances, su afiliación como punto de partida a la concepción subjetiva combinándola con el criterio objetivo de "comienzo de ejecución" de la infracción, esto es su afiliación intermedia (p. 463). De este modo recomienda, a final de cuentas, la concepción objetivo-

individual para definir lo que debe entenderse por "comienzo de ejecución"; tesis que, por lo demás, ha sido incorporada legislativamente en el artículo 22 de la Ley Alemana de Reforma de la Parte General del Código Penal (cfr. H. H. Jescheck, ibíd., p. 706).

En la participación criminal, luego de un desarrollo exhaustivo de esa institución, termina concluyendo que la teoría del "dominio funcional del hecho", de amplia recepción en la dogmática alemana, es de base eminentemente subjetiva y por ello inaplicable a nuestro ordenamiento penal que privilegia el elemento objetivo en la definición de coautoría y de la complicidad (p. 532). Creemos, sin embargo, que tal objeción es inatendible, pues —como apunta el profesor Zaffaroni—, "el criterio del dominio del hecho se rige por aspectos tanto objetivos como subjetivos, puesto que el señorío del autor sobre el curso del hecho lo proporciona tanto la forma en que se desarrolla en cada caso la causalidad como la dirección que a la misma se le imprime" (*Manual de Derecho Penal*, 3.ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 496).

Finalmente, son muy meritorias las objeciones que puntualmente se van exponiendo a lo largo del Manual al Proyecto de Código Penal de agosto de 1985. Las críticas consignadas deben ser adecuadamente meditadas, pues revelan no solo acierto sino una prístina intención de colaborar a la adecuada formulación de una política criminal que responda al desafío de la criminalidad en un país como el Perú.

IV

Comentario de Domingo García Rada* a la obra de José Hurtado Pozo, *El Ministerio Público* (primera edición, Sesator, Lima, 1981, 307 pp.**)

La nueva Constitución ha creado instituciones en el ordenamiento legal peruano como es el Tribunal de Garantías Constitucionales.

Distinto es el caso del Ministerio Público que existe con ese nombre desde 1940, pero le concede atribuciones y facultades que antes no tenía y lo establece como entidad autónoma, con independencia del Poder Judicial al cual pertenecía. En realidad, es nueva la institución denominada Ministerio Público establecida en la Constitución de 1979.

En el artículo 250 señala las atribuciones que le corresponde al Ministerio Público y en el artículo 251 establece cuáles son los órganos del Ministerio Público y a la cabeza se encuentra el fiscal de la Nación, como máximo representante de la institución.

Tanto el fiscal de la Nación como los fiscales ante la Corte Suprema son nombrados por el presidente de la República y requieren ratificación del Senado. Todos tienen la categoría de magistrados supremos.

La Ley Orgánica de Ministerio Público —Decreto Legislativo N.º 52— precisa los caracteres de la institución señalando las atribuciones y competencias

---

* Profesor, magistrado especialista en derecho penal y derecho procesal penal. Fue presidente de la Corte Suprema y del Jurado Nacional de Elecciones. Autor de libros y artículos especializados, principalmente, *Manual de Derecho Procesal Penal, Sociedad anónima y delito, El delito tributario, Memorias de un juez.*

** Publicado en *El Comercio*, Suplemento *Dominical*, Lima, 31 de enero de 1982, p. 7.

de los fiscales supremos, superiores y provinciales y creando como órgano la Junta de fiscales.

El doctor José Hurtado Pozo, magistrado de la Corte de Lima y profesor universitario de Derecho penal con estudios en Friburgo (Alemania) y doctorado en Neuchâtel (Suiza) presenta un excelente trabajo sobre esta institución en el que formula apreciaciones interesantes, en unos casos se pronuncia favorablemente y, en otros, critica las disposiciones que considera inconvenientes.

Obras como esta son recomendables no solo porque estudian instituciones nuevas, sino porque lo hacen con seriedad y dominio de la materia.

Tres partes contiene la obra: Introducción —que es el estudio de la institución—, la Exposición de Motivos y la Ley Orgánica del Ministerio Público, incluyendo como anexo el comentario a algunas disposiciones reglamentarias.

La Introducción está destinada al estudio crítico de la institución y sin dudarlo, es la parte más interesante de la obra. Se ocupa de la historia del Ministerio Público, del fiscal de la Nación, los fiscales supremos, los superiores y los provinciales, señalando competencia y atribuciones. Examina finalmente la participación del Ministerio Público en los procesos civil, penal y contencioso administrativo.

Veamos los principales puntos tratados.

1. Defensa de la legalidad

Es el nombre que le otorga la Constitución. Pero quizás con más propiedad, se diría que es defensa del Estado de derecho.

En los países nórdicos esta función es confiada al Comisionado Legislativo, llamado *ombudsman*. La institución ha sido introducida en Dinamarca, Noruega, Suecia, Alemania Federal, Australia, Nueva Zelandia, en unos Estados del Canadá y de Estados Unidos, etc. El *mediateur* francés tiene atribuciones menores que el *Ombudsman* y no cumple está función de protección de la legalidad.

Como medio de proteger derechos de los ciudadanos, el Ministerio Público recibe las quejas de personas e instituciones contra actos de la administración para poner fin a situaciones que constituyen violación de la ley, y restablecer el imperio de la legalidad.

De modo inmediato hace cesar situaciones irregulares ocasionadas por exceso de poder de la autoridad. También puede intervenir si la situación irregular proviene del particular que se niega a acatar el mandato de la autoridad.

En ambos casos la intervención del Ministerio Público tiene como objetivo hacer prevalecer la legalidad.

2. Intervención en el proceso penal

El Ministerio Público no interfiere en la administración judicial. No sanciona jueces y solo está autorizado para denunciarlos a la Corte Suprema, quien es la encargada de iniciar el respectivo proceso disciplinario.

El Ministerio Público interviene denunciando los hechos delictuosos, pues la ley le confiere la acción penal. Hurtado lo llama "órgano requiriente y consultivo". Junto con el juez busca la justicia y "en el ámbito penal es un componente de los órganos jurisdiccionales".

En el proceso penal es algo más que parte. Participa de la función jurisdiccional del juez "aunque con distinto contenido", dice Hurtado.

No es director de la instrucción como el juez, pero aporta pruebas y participa decisivamente en la investigación judicial.

Colabora con la Policía desde el inicio de la investigación, vigilando el respeto de los derechos humanos y ayudando a descubrir al delito y su autor.

Considera Hurtado que la disposición de los incisos 2 y 4 del artículo 92 de la Ley Orgánica del Ministerio Público excede a la Constitución pues conforme al artículo 232 la potestad de administrar justicia se ejerce por los jueces y tribunales, no por la Policía ni por el Ministerio Público.

Es en el campo penal donde interviene el Ministerio Púbico en forma completa, desde la etapa policial hasta la conclusión de la instrucción.

La intervención en la etapa policial es importante porque evita excesos de la policía —ciertos o proclamados— pero que de todas maneras afecta el prestigio de la institución.

La investigación policial sigue fundamentalmente en manos de la policía, que es la responsable del atestado. El Ministerio Público vigila su desarrollo e interviene en resguardo de los derechos del detenido.

Considera beneficioso que la ley califique de "elemento probatorio" al atestado, realizado por la Policía con intervención del Ministerio Público.

El juez, por su parte, puede actuar pruebas de oficio puesto que la Constitución le encarga la investigación de los delitos y esto se permite ordenar la realización de aquellas diligencias que considere necesarias para esclarecer la verdad.

El Ministerio Público es el titular de la acción penal, dice la ley. Es el receptor obligado de denuncias a las que remite al juez instructor de turno, quien puede o no abrir instrucción. La opinión del fiscal provincial no obliga al juez.

Pero es inconveniente lo que luego dispone la ley: si el fiscal provincial considera que no procede la denuncia, no le da trámite. Contra esta decisión, solo procede queja ante el fiscal superior y con lo que este resuelve, concluye. Para el Dr. Hurtado, "resulta una aberración jurídica la admisión que el Ministerio Público decida sobre la acción penal". En realidad, es conceder al Ministerio Público la facultad que la Constitución otorga a jueces y tribunales.

La detención del inculpado debe ser puesta en conocimiento del Ministerio Público. Esta notificación no legítima la detención pero permite que el fiscal provincial velando por los derechos humanos de la persona detenida, haga cesar la detención o pida diligencia inmediatas para la pronta solución del caso. Debe velar por la exacta aplicación de la ley. Señala el Dr. Hurtado que la facultad de tomar medidas coercitivas, la concede la ley al Ministerio Público para que pueda cumplir con las atribuciones que se encomiendan. Su naturaleza y duración depende de los hechos que la motivan. Pero esta facultad no le permite ordenar detenciones de personas, allanamiento de locales y domicilios, incautaciones de correspondencia, retiro de especies, etc.

Tiene como obligación probar los cargos formulados en la denuncia. Es la carga de la prueba que el Código concede al juez y la Ley Orgánica del Ministerio Público la traslada al fiscal provincial.

En esta obligación de probar los cargos —dice el autor— "radica su peculiar participación en la esencia misma de la función judicial". De la leal y eficaz colaboración entre el Ministerio Público y juez depende el éxito de la investigación. Debe desecharse toda emulación, recelo en la función o cuestionamiento infundado. Si lo hubiere peligra la investigación.

Concluye esta primera parte con el estudio de la intervención del Ministerio Público en el proceso civil y en lo contencioso administrativo, temas a los que el autor dedica menos espacio dado que la principal función del Ministerio Público se desarrolla en el área penal.

En la segunda parte, el Dr. Hurtado transcribe el texto de la Ley Orgánica del Ministerio Público tomado de la edición oficial publicada por el Ministerio de Justicia.

Después del texto de artículo siguen las fuentes originales, proveniente de legislación extranjera; luego las concordancias con la legislación nacional, y con-

cluye con un comentario crítico del artículo. Es muy completo este examen de la ley. Ubica cada artículo precisando sus antecedentes, lo relaciona con la ley nacional y concluye con la exégesis completa de la norma. La alta calidad intelectual del Dr. Hurtado Pozo conocida por los estudiosos del Derecho penal es garantía de acierto en la crítica.

Se completa el texto de la Ley Orgánica con el Índice Analítico de la misma, lo que facilita su manejo.

En la última parte, el Dr. Hurtado examina algunas disposiciones reglamentarias contenidas en el Decreto Supremo N.° 005-81-JUS de 21 de abril de 1981.

Este comentario es extenso y el autor señala la inconveniencia de algunas de estas normas, que considera debieron ser materia de ley y no de resolución suprema.

El profesor Hurtado nos ofrece una obra interesante y oportuna. Nos permite conocer esta nueva institución cuyas actividades iniciales vemos con atención. La Ley Orgánica concede al Ministerio Público tantas y tan delicadas atribuciones que su buen ejercicio redundará en el fortalecimiento del Estado de Derecho que todos anhelamos para el Perú.

Debe destacarse que es un magistrado de segunda instancia, el autor de esta obra. Estamos acostumbrados a que solamente los profesores universitarios publiquen comentarios a la legislación nacional. Pero quienes administran justicia están en excelentes condiciones de hacerlo, sobre todo aquellos que añaden la práctica judicial a la docencia jurídica y este conjunto es invalorable.

Todo el pequeño mundo de la justicia en movimiento, que es la que crea la jurisprudencia, se pierde casi en su totalidad, porque quienes administran justicia no vuelcan su experiencia escribiendo libros.

Debemos felicitarnos que magistrados como el Dr. Hurtado Pozo roben tiempo a su legítimo descanso para publicar obras en que se estudie instituciones nuevas y tan importantes como el Ministerio Público.

V

Carta* del Sr. Prof. Dr. Manuel Rivacoba y Rivacoba** sobre la obra de José Hurtado Pozo, *La Ley "importada". La recepción del derecho penal extranjero en el Perú* (Cedys, Lima, 1979, 152 pp.)

Universidad de Valparaíso
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Casilla 211-V, Valparaíso, Chile

Viña del Mar, 12 de abril de 1992.

Sr. Prof. Dr. José Hurtado Pozo.
Friburgo (Suiza).

Mi distinguido y estimado colega:

Apunto estaba de escribirle y para acusarle recibo de su magnífico libro La Ley "importada" y darle las gracias por su envío, y pensaba hacerlo a la dirección que figuraba en el remite del paquete, esto es Antonio de la Guerra, 639, en Lima-13, cuando he recibido su atenta tarjeta, de Friburgo de Brisgovia, del 27, y así le despacho ahora la respuesta a esa.

Tiene usted mucha razón en lo de la lejanía y el desconocimiento que existe entre los estudiosos americanos o que vivimos y trabajamos en América, fenómeno señalado en más de una ocasión. En este mismo caso, confieso que carecía aun de noción de su mencionada obra hasta que el año pasado me habló de ella

* Versión dactilografiada. Archivo personal del profesor José Hurtado Pozo.

** Jurista y profesor universitario español radicado en Chile y en Argentina. Fue ministro de la República Española en el exilio. Escritor de libros y ensayos jurídicos.

con gran y merecido encomio el amigo Armaza, y luego no podía conseguirla. Y no sabe usted cómo lamento no haberla conocido antes; por ejemplo, y a pesar de no ser este punto principal en sus páginas, antes del estudio que dediqué, hace ya tiempo, a Vidaurre.

Lo que usted dice acerca de la recepción como fenómeno social me parece atinadísimo e interesantísimo. Con frecuencia no lo tenemos presente. Y, luego, el estudio de la recepción del Derecho penal en el Perú es excelente. Nada tengo que objetar ni aun observar en una materia en que usted posee incomparablemente mayor autoridad que yo. Es más, creo que una nueva edición será oportunísima, y su difusión en América, muy necesaria. Este continente "importa" o "copia" demasiado. Con el nuevo Código Penal de su país, empero, pienso que habrá de modificar y ampliar su obra.

Su cita de Jiménez de Asúa en la página 48 es muy exacta, pero se me ocurre que la frase que usted transcribe del fenecido maestro contiene un desliz de expresión que este no advirtió, ni nadie le hizo advertir, y que, por tanto, no corrigió en ninguna de sus ediciones de su obra, pues a mi entender Dorado Montero nunca abrazó el neokantismo ni recibió influencia alguna de él. Sencillamente, se mantuvo siempre a su margen.

Por otra parte, me interesaría conocer más a fondo el influjo del krausismo y del correccionalismo en el Perú. Ciertamente, tengo noticias de este influjo, pero nada más que noticia. Y, así como un influjo del krausismo —no diría lo mismo del correccionalismo— en indudable en la Argentina, e incluso hay bibliografía muy apreciable sobre el particular, reconozco que su aserción de que se difundió y tuvo "máxima importancia" también en Méjico y en Chile me ha sorprendido. Quizá sea por una información incompleta en estas cuestiones, pero yo creía que el curso del pensamiento en tales países había discurrido más bien por otros cauces.

Por separado me permito remitirle, en un sobre de impresos, certificado, más siempre por correo aéreo, media docena de cosas muy diversas, pero todas muy modestas, en simple ademán de compañerismo y amistad.

Y queda invariablemente a su disposición, con un saludo cordial.

Fdo.
Prof. Dr. Manuel Rivacoba y Rivacoba

VI

Comentario de Carlos Andrés Pérez Gallardo* a la obra de José Hurtado Pozo, *La Ley "importada". La recepción del derecho penal extranjero en el Perú* (Cedys, Lima, 1979, 152 pp.)

Un acercamiento a *La ley "importada"* del Dr. José Hurtado Pozo **

Al inicio de esta importante obra el Dr. José Hurtado Pozo, quien ejerce su vida profesional en Alemania, nos indica que este trabajo de investigación trata algo más que la tendencia imitativa de la clase dominante con respecto de la metrópolis.

En base a lo anterior, se concentra por darnos una definición de sociología del derecho para poder entender el texto a cabalidad. Es por ello que enseña que esta área es considerada como un fenómeno social y que puede ser conceptualizado como hecho e investigado empíricamente. Complementando el Dr. De Trazegnies en su obra denominada "La idea del derecho en el Perú Republicano del Siglo XIX", nos orienta que la Sociología del Derecho nació con la finalidad de suplir las deficiencias de la Filosofía del Derecho y la Dogmática jurídica, aportando esta rama la explicación del origen, de los propósitos y del impacto social de las normas jurídicas.

---

* Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo (Perú).

** Disponible en <http://carlitoandre.blogspot.pe/2011/08/un-acercamiento-la-ley-importada-del-dr.html>.

Asimismo, Hurtado deja bien en claro que concebir al derecho como un medio de control social, no implica admitir que el derecho es una mera técnica, un instrumento, al servicio de un grupo o clase dominante, debido a que esto generaría indulgencia con las posiciones bien marcadas sobre los caracteres propios del organismo jurídico moderno, esto es debido a que el derecho es un producto de las condiciones que identifican a dicha sociedad.

El Derecho foráneo no debe verse como hecho extraño al fenómeno social, sino que debe ser considerado también como un fenómeno social, es decir, necesita también ser explicado, para el autor esto no es solo un "hecho" aislado o abstracto sino que debe responder a fuentes sociales que se desarrollaran a continuación. En base a ello, Hurtado nos exhorta a que no podamos decir que el derecho nacional solo sea nominal y por el contrario el derecho extranjero es la substancia, es decir, lo esencial. Esa afirmación nos permite deducir que el derecho no debe ser estudiado solo como un sistema normativo, sino también en su aplicación por parte de los jueces, abogados y personas de derecho en general. Aunado a esta idea del Dr. Fernández De Trazegnies Granda en un artículo presentado a la Academia de Juristas, denominado "La muerte del legislador", coloca un ejemplo emblemático que paso a parafrasear de la siguiente manera: él se pregunta qué pasaría si en este momento cambiáramos a todos los jueces, abogados, estudiantes de derecho y la comunidad jurídica en general por los mismos sujetos de la Rusia marxista del siglo XIX, ¿la interpretación y aplicación de las normas serían las mismas? En cierta manera es una situación fructíferamente para discutir.

Un primer alcance con carácter conclusivo del libro es cuando se refiere que la recepción del derecho foráneo, justamente, es la evolución sociocultural de nuestro país. Para ello nos remontamos a la conquista española y el sometimiento al imperio incaico. A nivel internacional, se cita el caso de Turquía al adoptar una rama de manera íntegra del derecho de otro país, en este caso el Código Civil suizo, casi sin alteraciones.

Ahora bien, lo mencionado en el párrafo precedente, es menester identificar un concepto que es definido en este texto, y es referente a la recepción, que es definida como una adopción consciente de un derecho, surgido y desarrollado en un clima socio cultural determinado por parte del legislador de otra sociedad como derecho vigente de esta. A la vez, siguiendo un orden esquemático, se divide en dos, es parcial y total, la primera si se considera que lo recepcionado es una regla determinada o un instituto determinado y la segunda si abarca integralmente una rama. Además en base al aspecto cultural se desprende dos tipologías: homogénea si ambos países son culturalmente iguales y heterogéneas

si ambos países son distintos. En base, a la adopción de un país o de varios, finalmente, tenemos la clasificación: pura, si el derecho adoptado es de un solo país o mixta si es de varios países.

En cuanto al mecanismo de recepción, existe un proceso, dividido en tres etapas: la primera está constituida por las circunstancias socioculturales. Segunda: acto legislativo mediante el cual se pone en vigencia, en el país recepcionador, un complejo de normas jurídicas. Tercera etapa, asimilación del derecho importado a la vida del país recepcionador. En esta etapa puede conjugarse con la clasificación realizada en el párrafo anterior, si es parcial, total, homogénea, heterogénea, pura o mixta.

Una de las primeras influencias que tuvimos, fueron las Leyes de Indias, no fueron cumplidas en algunos casos por convenir a funcionarios. Siguiendo la obras de Fernando de Trazegnies, en su libro *Ciriaco de Urtecho: litigante por amor*, se observa que en el expediente que data del siglo XVIII materia de estudio del referido texto, se aprecia que el operador jurisdiccional aplica las leyes de Castilla, inclusive el derecho romano (basándose principalmente en el derecho natural y el derecho de gentes) sin ser vinculante en nuestro territorio.

Es por ello que en el caso peruano, no podemos decir que se trata de un simple trasplante de derecho ni tampoco una recepción (concepto explicado en líneas anteriores), debido a que en el primer caso, cuando los españoles arribaron a tierras incas, encontraron a un cultura que se encontraba muy desarrollada, es decir, no pudieron ignorar nuestro derecho, en cuanto al segundo supuesto, no puede hablar de una recepción, porque los indígenas no aceptaron consciente y voluntariamente ese derecho foráneo, es por ello no puede identificase como recepción.

Como observamos es un caso *sui generis*, porque no fue de carácter bilateral, los españoles trajeron su derecho y lo aplicaron por necesidad de resolver sus conflictos, y estos conflictos eran principalmente de carácter económico, es por ello que las normas en un principio fueron dadas para ese aspecto, consecuente las normas autóctonas sobrevivieron mediante la costumbre. Luego se conoce también que la conquista fue cruenta y violenta, culminó con el sometimiento e imposición de su derecho.

Ahora bien por otro lado, el libro trata de describir cuál fue el significado de la emancipación del dominio español, y específica que esto no provoco la ruptura del sistema socioeconómico desarrollado y consolidado durante tres siglos de coloniaje. Estas luchas por la independencia ocasionaron la ruptura de los vínculos políticos con la metrópolis, pero no existió una transformación profunda de las estructuras internas, situación que se mantuvo a lo largo del siglo XIX y

sirvió para la introducción y asentamiento de la nueva metrópoli, es decir, las estructuras sociales se mantuvieron, más aun cuando tenemos en cuenta que la independencia fue financiada por Inglaterra y criollos interesados. San Martín, propugnó una concepción liberal individualista, sin embargo el vacío legal originó la convivencia de nuestras primeras normas con las normas españolas.

En este apartado, es menester explicar las causas de la recepción, que es dividido en tres factores: a) Factor social: la recepción es un fenómeno social de origen complejo, condicionado por las circunstancias socio-políticas imperantes en el país. Pues la realidad social condiciona al legislador y lo empuja a escoger modelos que hayan sido elaborados en países cuya organización social, política y cultural, es semejante a la que impera en nuestro país. b) Factor cultural: la elección del derecho foráneo juega un rol importante la cultura jurídica dominante del país recepcionador. En este factor existen dos elementos: 1. Rol desempeñado por el lenguaje y por el grupo de los juristas. c) Factor personal o fortuito, Se puede hablar de una circunstancia fortuita a través del cual interviene el azar. A todo esto debe sumarse la actitud de los juristas, los magistrados y el legislador, tal como mencionamos y ejemplificamos al inicio de este ensayo apoyándonos en el Dr. De Trazegnies.

1. Apreciación crítica a manera de conclusiones

Esta obra parte de una concepción distinta de las obras tradicionales que analizan la evolución de ciertas ramas jurídicas, porque su concepción no parte de lo positivo, ni de lo filosófico, sino el origen y los propósitos de la norma, de un efecto social, de la realidad misma.

Para ello, Hurtado Pozo, enseña que la importación de una norma, no debe verse como un ente abstracto, sino como un hecho social, como un fenómeno social, y por lo tanto encontrarle sus orígenes, su influencia cultural, su contexto histórico.

Por lo tanto, la importación de normas en nuestro derecho es parte de nuestra evolución, aunque en la época española no se hablaba propiamente de una recepción ni de un trasplante, las condiciones con el tiempo se fueron dando.

Actualmente, en un contexto globalizado, considero que la importación de la norma puede resultar mucho más sencilla que años atrás debido a que las tecnologías de comunicación y la información han logrado a través de la Internet que ahora se pueda saber en tiempo real la promulgación de dispositivos foráneos, las cuales, pueden ser adoptadas, mejoradas y alteradas para aplicarlo a la realidad de cada país, el aporte sistemático de los tipos de recepción ayuda de sobremanera al legislador para poder identificar criterios básicos.

VII

Comentario de Philippe Abravanel* al libro de José Hurtado Pozo, *Droit pénal. Partie générale 1. Notions fondamentales et loi pénale,* (XLII, Editions Universitaires, Friburgo, 1991, 223 pp.**)

El profesor de Friburgo destina esta obra, primero de un trío, a los estudiantes en derecho, agregando que "debería igualmente interesar a los prácticos". ¡Qué eufemismo! En unas doscientas páginas, el libro trata de los temas más difíciles de esta disciplina: teoría general del derecho penal, de la infracción y de la pena.

Realiza una digresión importante en el dominio de la evolución contemporánea del derecho penal y de la criminología. Es sobre todo la última parte del tratado, consagrado a la aplicación del derecho penal en el espacio, en el tiempo y en cuanto a las personas, que interesará más a los prácticos que a los estudiantes, pues la lectura de este texto denso postula una cultura y una práctica jurídica ya avanzada. Al menos que los estudiantes en derecho de la Universidad de Friburgo aventajen ampliamente a sus camaradas de otras universidades suizas...

Hemos particularmente apreciado los capítulos consagrados a los límites del derecho penal y a la interpretación. Hay páginas dignas de una introducción filosófica a los estudios jurídicos, escritas de manera concisa y comprensible para cualquier bachiller, a pesar de la complejidad de la materia. Nos alegramos de leer los dos tomos siguientes, dedicados a los elementos de la infracción, después al sistema de sanciones penales.

Philippe Abravanel

Montpreveyres

---

* Jurista, juez cantonal (Vaud, Suiza), experto internacional en arbitraje. Presidente honorario de la Asociación Internacional de Magistrados

** Publicado en *Schweizerische Juristen-Zeitung*, N.º 20, 15-10-1992, 80 Jahr, Zúrich.

VIII

Carta* del profesor Hans-Heinrich Jescheck** (traducida del alemán) sobre el libro *Droit penal. Partie générale Schulthess, Zúrich,* 1991.

D-78 Freiburg im Breigau, 19-12-1991
Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht
Günterstalstrasse 73

Telefon (0761) 7081-1
Telefax (0761) 7081294

Señor Profesor
Dr. José Hurtado Pozo
Université Miséricorde
Séminaire de Droit Pénal
CH-1700 Fribourg

Muy distinguido Colega Hurtado Pozo:

Deseo agradecerle cordialmente por haberme remitido la primera parte de su obra "Derecho Penal, Parte General", con una amigable dedicatoria. He leído con gran interés su libro y me ha causado gran alegría que exista ahora una presentación de los conceptos fundamentales y problemas del Derecho penal, en particular del Derecho penal suizo, en lengua francesa. El hecho que haya consultado ampliamente la bibliografía alemana y en alemán merece un gran reconocimiento. De esta manera, ha logrado presentar El resultado es una visión

* Versión dactilografiada. Archivo personal del profesor José Hurtado Pozo.

** Profesor de la Universidad de Friburgo en Brisgovia, Director del Instituto Max Planck de Derecho Internacional Penal y Derecho Comparado. Autor de muchos libros, ensayos, comentarios, principalmente, su *Lehrbuch, Strafrecht. Allgemeiner Teil.*

de la situación del Derecho Penal en nuestro contexto geográfico y cultural, lo que amerita un gran reconocimiento. Me alegra que usted no solo haya profundizado en el Derecho Penal suizo, sino también en los derechos vecinos de manera bastante comprensiva.

Me complace mucho sobre la continuación de sus investigaciones y le deseo mucho éxito.

Con mis cordiales agradecimientos y deseos de Feliz Navidad y buen Año Nuevo para usted y su familia.

Fdo. Hans-Heinrich Jescheck

§ 4
EXPERIENCIA JUDICIAL

I
Hurtado Pozo: nadie es profeta en su tierra
Notas breves sobre su experiencia de magistrado judicial*

Ismael Pinto Vargas**

Tenemos nuevamente la lamentable confirmación de que nadie es profeta en su tierra. Especialmente si está en el Perú.

Nos estamos refiriendo a José Hurtado Pozo que pronto abandonará el país para incorporarse como profesor de la Universidad de Friburgo, Suiza, donde dictará el curso de Derecho Penal. Debemos aclarar que Hurtado Pozo ha accedido a la cátedra en esa universidad después de haberse sometido a un concurso internacional de méritos: esto último, para evitar cualquier equívoco local bien o mal intencionado.

Si bien es cierto que el paso de Hurtado por la universidad y por la Administración de justicia no ha sido muy largo, ha dejado una huella que difícilmente será olvidada.

---

* Publicado en *Expreso*, Lima, viernes 23 de julio de 1982

** Miembro en número de la Academia Peruana de la Lengua, historiador, abogado, periodista, profesor en la Escuela Profesional de Ciencias de la Comunicación de la Universidad de San Martín de Porres.

En lo que se refiere a la primera, su incorporación como profesor principal de Derecho Penal en la Universidad de San Marcos y en la Católica, trajo la renovación de la enseñanza del Derecho Penal. Es más, sus clases han significado la apertura de esta disciplina a la nueva y renovada doctrina europea.

Y en lo que se refiere a su corta carrera en el Poder Judicial, sus fallos serán materia de jurisprudencia y de estudio para los nuevos magistrados.

No nos vamos a referir al *error vitando* de la separación arbitraria y equivocada de Hurtado Pozo de la Administración de Justicia. En esto hay dos grandes perdedores: el Poder Judicial y los procesados, ya que se marcha un hombre honrado a toda prueba e inmune a cualquier tentación.

Algo más: José Hurtado Pozo terminó sus estudios de Derecho en San Marcos y obtuvo su doctorado en Neuchâtel y efectuó trabajos de investigación en el Max Planck Institut de Derecho Comparado (de Alemania federal). Es miembro de la Fundación Penal y Penitenciaria de Berna y la Asociación Internacional de Derecho Penal, y es colaborador de la página editorial de este diario.

No vamos a reseñar sus publicaciones en esta nota. Tan solo, finalmente, lamentar que un intelectual y un investigador en las ciencias del Derecho de su prestigio y valía, tenga que abandonar el Perú en busca de horizontes menos mezquinos y con mayores posibilidades para el estudio y el trabajo. (I. P.)

II

El derecho penal peruano: un peruano entre los suizos*

Aquí se trata de un viejo conocido nuestro. De José Hurtado Pozo. Incluso, colaborador regular de *Expreso* por un buen tiempo. Precisamente, hasta antes de que viajara a radicarse a Suiza. En Fribourg, donde es titular de la cátedra de Derecho Penal. Y desde donde reparte su tiempo como profesor visitante de distintas universidades de España, Italia, Alemania y Gran Bretaña.

Con Hurtado Pozo no podemos decir eso de que nadie es profeta en su tierra. Él, afortunadamente, realizó aquí una estupenda carrera docente al mismo tiempo que sentaba cátedra de honestidad y de conocimiento en el Poder Judicial, en tanto que sus libros de investigación y de texto eran y son fuente obligada de consulta para estudiantes, profesionales y estudiosos del Derecho Penal Peruano.

Siempre es estimulante conversar con Hurtado Pozo. Aquí, algo de una larga conversación. Nos dice: "Estoy aquí por el mismo motivo que me impulsa a volver cada año, desde 1982, en que me alejé del Perú, o sea el reencontrarme con mi gente. Y sobre todo, sumergirme en los problemas cotidianos, preocuparme de los problemas nacionales y, por qué no decirlo, desquitarme con la música, con la comida, y aprovisionarme con toda la bibliografía que sobre el Perú, en el área social y el derecho, puedo conseguir. Como dicen los peruanos en el extranjero, estoy aquí para recargar las pilas. Es la única manera de soportar tanto el duro invierno como el exigente medio sociocultural europeo".

---

* La Redacción, publicado en *Expreso*, Lima, viernes 12 de agosto de 1994.

Una de las actividades que, próximamente (a partir del 16 y hasta el 18 inclusive), Hurtado Pozo desarrollará un ciclo de conferencias: Teoría del delito y política criminal.

Otra es continuar las avanzadas conversaciones con la Universidad Católica del Perú para culminar las tratativas orientadas a suscribir un Convenio de Cooperación con la Universidad de Friburgo. "También, nos dice Hurtado, buscamos promover contactos con el Centro de Ética y Derechos Humanos de mi universidad con diversas entidades nacionales. El éxito, claro está, depende del interés que puedan despertar nuestras propuestas, que están motivadas tan solo por el afán de colaborar al fortalecimiento y respeto de los derechos fundamentales que son la base de un Estado social de Derecho".

III
Vocal superior no ratificado*

Los primeros resultados del proceso de ratificación de los miembros de la Corte Superior de Lima han causado revuelo en todo el país. Pero esta conmoción no es de júbilo y satisfacción, aún entre aquellos que alentaron y promovieron una "verdadera depuración".

Las causas de este fenómeno son bastante complejas. Sus raíces se encuentran en el sistema de nuestras instituciones y la mediocridad de muchos de sus dirigentes. Explicar esta problemática es tarea imposible dentro de los límites de una nota periodística. Sobre todo cuando no se conocen las razones concretas de la no ratificación de un número elevado de vocales superiores que no constituyen un grupo homogéneo.

Negar que criterios políticos han pesado en el proceso de ratificación es muestra de ignorancia o vano esfuerzo de ocultar una realidad conocida por los mismos vocales supremos. De lo contrario, ¿cómo se explica la no ratificación de un vocal que nunca fue sancionado ni siquiera con un apercibimiento; que nunca se le imputó corrupción, lenidad, servilismo o morosidad; y, por último, que nunca se le calificó de incapaz o ignorante? Por el contrario, se trata de un profesor principal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Universidad Católica, autor de diversas obras jurídicas y conferencista en diversas universidades e institutos europeos.

1. Relación familiar

La única razón de su defenestración es un obtuso criterio político expuesto y promovido por uno de los vocales supremos en sesión preratificatoria realiza-

* José Hurtado Pozo, publicado en *Expreso*, Lima, lunes 29 de marzo de 1982.

da en vísperas de las ratificaciones. La fuente de esta información ha sido una absurda comunicación del Servicio de Inteligencia y la cercana relación familiar con un dirigente de un partido de izquierda. Dejándose de lado todos los libros y artículos publicados donde expone sus ideas ampliamente.

De esta manera, la conciencia de la mayoría de los vocales supremos estará tranquila pues han liberado al Poder Judicial de un peligroso elemento. Su peligrosidad se revela, justamente, en su capacidad de infiltración al haber llegado a ser vocal de la Corte Superior, instructor de jueces y vocales superiores (ahora, algunos de estos son vocales supremos) por designación de la propia Corte Suprema, miembro de la Comisión de Derecho Penal encargada de revisar los decretos leyes penales del anterior gobierno y designado por el Ministro Osterling de acuerdo con la Corte Suprema, vicepresidente de la Asociación Nacional de Magistrados, profesor invitado del Instituto Superior de Guardia Civil, autor publicado por la imprenta del Seminario Santo Toribio de Mogrovejo y, el colmo de la audacia, colaborador de la página editorial de este periódico.

2. Caso particular

Se trata, justamente, de quien escribe la presente nota.

Si el criterio político no ha sido el único y decisivo, que se señalen de manera concreta los fundamentos de la no ratificación. Es una obligación constitucional y moral.

Voto de conciencia no significa arbitrariedad e irresponsabilidad.

§ 5
LAUDATIO ACADÉMICA

I
Manuel G. Abastos, maestro universitario*

Abastos es uno de los más serios estudiosos del Derecho Penal peruano. Profesor emérito de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, se encuentra, actualmente, en un nosocomio de la capital, casi olvidado de sus colegas y alumnos.

Aun siendo estudiante en la antigua Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, lo conocimos como jefe del Seminario, biblioteca que creó, organizó y enriqueció sin desmayo. Entre libros, protegido con un abrigo del húmedo invierno limeño y escudriñándonos a través de un pulcro anteojos nos recibió, ilustró y aconsejó en diversas oportunidades durante la década de los años 60 sobre el estudio del Derecho penal. Nuestra admiración no surgió al escucharlo dictar clases. Su manera exigente y seria de ejercer la docencia lo había —cosas de nuestro país— alejado casi totalmente de su ejercicio. Fue en la lectura de sus trabajos donde descubrimos su profundo conocimiento de nuestra legislación penal, y su modo exhaustivo y sistemático de exponer los resultados de sus investigaciones. Pocos son sus trabajos publicados, pero todos ellos constituyen hitos fundamentales, desgraciadamente no continuados, en el estudio de nuestro Derecho penal. No nos referimos a sus famosas "copias", cuya paternidad siempre rechazó y con las cuales algunos han obtenido, durante mucho tiempo e indebidamente, no pequeñas ganancias.

---

* Publicado en *Expreso*, Lima, miércoles 29 de mayo de 1982.

1. Pródigo en consejos

Su preocupación por la búsqueda de las fuentes utilizadas en la elaboración de nuestro Código Penal de 1924, por el conocimiento de las doctrinas modernas y por el desarrollo de la legislación extranjera, se refleja de manera clara en sus publicaciones. Basta señalar su magnífico trabajo "El delincuente en el Código Maúrtua", aparecido en la *Revista de Derecho y Ciencias Políticas* de la Facultad de Derecho de San Marcos (1937-1938).

En este ensayo, no se limita a seguir a un autor determinado: recurriendo a diversas fuentes, busca y logra dar una explicación de las concepciones acogidas en el Código Penal. Los excesos y limitaciones de su trabajo solo son comprendidos si se tiene en cuenta el parcial conocimiento de las ideas suizas y alemanas, que fueron recepcionadas al elaborarse el Código Penal de acuerdo a los proyectos del helvético.

Consciente de sus limitaciones, era pródigo en dar consejos: perfeccionarse en el extranjero, de preferencia en Suiza; estudiar idiomas foráneos, el alemán en especial; adquirir la técnica del derecho comparado; poseer una amplia cultura general; trabajar seria y constantemente.

En un regreso al pasado que constituye la preparación de un alejamiento más o menos duradero y más o menos forzado de nuestro país, nos fue grato volver a leer las cartas que nos escribiera el maestro Abastos, mientras realizábamos nuestro doctorado en Neuchâtel, Suiza (1967-1971). En esas misivas, se revela su permanente inquietud intelectual al interrogarnos sobre el sistema universitario, las nuevas leyes, los recientes libros, los profesores de renombre y sobre la naturaleza y el avance de nuestros estudios. Este único contacto académico que tuvimos en Lima por ese entonces, nos sirvió de gran aliento.

Hoy que nos vemos en un rol de profesor en una universidad de Suiza, en el dominio del Derecho penal, nos parece que no es sino el resultado de haber escuchado y seguido los consejos de Manuel Abastos. Puesta brutalmente a prueba nuestra convicción de permanecer y trabajar en el país, creemos —ahora— habernos equivocado en no haber sabido captar el trasfondo de su pensamiento cuando, con cierto embarazo nos preguntó, al regreso de nuestra segunda estancia en Europa (Alemania, 1974 y 1975), por qué no habíamos tratado de quedarnos por estos lares, donde existen mejores condiciones de trabajo y posibilidades de satisfacción personal. De haberlo hecho, nos hubiéramos quizás ahorrado el maltrato y la incomprensión recibidos, frutos de la mediocridad, sectarismo y "achoramiento" predominante en nuestro medio, en permanente crisis e inestabilidad.

2. Vocación indesmayable

Reconocer la valía de Manuel G. Abastos no significa identificarse con sus concepciones jurídicas. Comporta por el contrario, reconocer su vocación indesmayable y su seriedad en el estudio del Derecho penal: calidades raras e incomprendidas entre nosotros. Por todo esto, quienes tan alegremente proponen y logran realizar modificaciones a nuestro Código Penal, harían muy bien en leer los pocos pero excelentes trabajos de Abastos.

Esto requiere, sin embargo, el acopio y la publicación de sus ensayos para darles la debida difusión. Noble y necesaria tarea por realizar.

II

Domingo García Rada, maestro universitario*

Una mañana cusqueña, calentada por el sol serrano, visitaba con don Domingo García Rada las ruinas de Sacsayhuamán. Recordando trajines juveniles, ascendí rápidamente hacia lo alto de la fortaleza y, viendo a Don Domingo que admiraba la colosal construcción incaica, sin apresurarse a subir, le invité a que lo hiciera. Pausada y claramente me respondió: "No gracias, ya está viejo Pedro para cabrero". Sus ojos pequeños y brillantes, su sonrisa mesurada y franca, reflejaban la jovialidad, cordialidad y vitalidad de un hombre en la plenitud de sus capacidades.

Este rostro radiante de felicidad, manifestación de una vida disciplinada e inspirada en nobles ideales, fue el recuerdo que repentina e intensamente afloraba y copaba mi mente, cuando me enteré que había sido destrozado por un brutal y cruento atentado terrorista. Y por más que tratara de imaginar ese rostro desfigurado, en ese instante o meses y años después, no pude, no he podido, recordar de otra manera el adusto y bondadoso rostro de mi amigo Don Domingo.

La transparencia de la mirada, la felicidad de la sonrisa, la bondad del gesto amistoso, la dignidad de la actitud disconforme o desaprobadora, son distintivos que se agolpan en mi memoria cada vez que lo recuerdo. No compartí con él momentos cruciales de su vida profesional o privada. Fui testigo más bien de su actividad cotidiana en la Universidad de San Marcos. En la vieja casona del Parque Universitario, como alumno y en la Ciudad Universitaria, como uno de sus jóvenes colegas. Nuestras concepciones sociales, políticas y religiosas eran diferentes. Nos unía sobre todo un vínculo de amistad y nuestra vocación de estudiosos del derecho y de docentes universitarios. Esta afinidad fue tal vez

* Nota inédita y conservada en el archivo personal del profesor José Hurtado Pozo.

reforzada por la idea, recordada en una de nuestras conversaciones, que uno de los aspectos positivos de la docencia —como lo había afirmado en una ocasión Jorge Basadre— era el hecho que la enseñanza produce sus mejores efectos en quien la imparte.

Así como el simple hecho de sentir el olor de un aroma o de escuchar una melodía musical nos hace revivir un momento pasado, mi recuerdo de Don Domingo perdura por la supervivencia en mi memoria de experiencias vitales que compartimos. Experiencias no excepcionales, pero que por su simplicidad permiten muchas veces de mejor manera apreciar las virtudes de una persona enfrentada a la realidad de la vida diaria, que entre nosotros requiere con frecuencia el cumplimiento de actos "cotidianamente heroicos".

Una de estas experiencias la vivimos en el Cusco, adonde habíamos ido no como turistas, sino a trabajar como miembros de una comisión evaluadora de los docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad del Cusco, intervenida indebidamente como se acostumbra hacerse en nuestro país.

Recibido el encargo del Consejo Universitario de entonces, Don Domingo comenzó la búsqueda de un segundo profesor. Por cosas del destino, comprendido el hecho que trabajábamos a menudo en "cubículos" vecinos situados a la entrada de la Biblioteca de la Facultad de Derecho, sucedió que me pidió lo acompañara en dicha tarea. El dilema surgió entonces entre negarme a participar, en razón a mi desacuerdo ideológico con la medida intervencionista, o aceptar con la finalidad de conocer el sistema en sus entrañas, con la ingenua esperanza de evitar injusticias o con la prosaica idea de testimoniar luego sobre algún abuso que se cometiera. Solo después de una larga conversación con Don Domingo, me decidí favorablemente. Decisión en la que no solo pesó su fuerza persuasiva, su entusiasmo, sino también la posibilidad de volver a visitar el Cusco, al menos, su plaza de armas, una de las más hermosas que hasta ahora haya conocido.

Recibidos por el interventor y algunos miembros de su comité, en el Rectorado de la universidad y antes de iniciar nuestra labor calificadora, se nos informó de la situación y de las causas de su deterioro. Una de estas, destacada en forma especial, era la predominancia de izquierdistas y marxistas entre el personal docente de la Facultad de Derecho. Razón por la que debería prestarse mucha atención al momento de la evaluación. Cuando impulsado por mi juvenil temperamento y falta de experiencia de tales situaciones, me disponía a protestar airadamente, Don Domingo, dándose cuenta de mi desasosiego, me detuvo con la mirada, mejor dicho con un gesto que imponía respeto y confianza.

Terminada la entrevista y a solas, no pude dejar de manifestar mi indignación por lo sucedido y mi incomprensión de su pasividad ante tamaña falta de tacto e impertinencia. Actitud que me parecía sobre todo irrespetuosa en la medida en que quien había sido objeto de ese trato era, según mis sentimientos, el conocido catedrático, expresidente de la Corte Suprema, hombre de edad avanzada que hubiera podido ser padre no solo del joven y desconocido profesor que lo acompañaba en esa ingrata misión. Con la misma tranquilidad y pausa con que me respondiera en Sacsayhuamán, me dijo: "Pero, de qué hubiera valido enfrascarse en una discusión que solo habría perturbado nuestra estancia y trabajo. Lo decisivo es que somos nosotros los que decidiremos en última instancia de acuerdo con nuestras consciencias". Respuesta que me pareció oportuna pero no convincente. Dentro de mí me dije, entonces ya veremos. Lo que no tardó en suceder, porque la primera etapa de la evaluación consistía en determinar los méritos de los docentes según sus expedientes y de acuerdo a una tabla de calificación. Cuando terminamos de hacerlo, Don Domingo, con gran naturalidad, concluyó diciendo: "Si debiéramos eliminar a los indicados como promotores del desorden, según las informaciones que nos han dado, la facultad se quedaría sin profesores". Lo que había sucedido es que dichas personas eran las más calificadas académicamente, conforme lo comprobamos en las entrevistas personales. Los resultados de la evaluación fueron decisiones tomadas por alguien que actuaba como juez considerando que solo debía obedecer a los dictados de su consciencia. Lección de tolerancia ilustrada frente a las ideas ajenas y diferentes a las propias. Manifestación de respeto a la libertad de pensamiento y enseñanza y, por tanto, a la dignidad de la persona.

Esta lección la recibí cuando ya era colega de Don Domingo en la Universidad de San Marcos. Lección que vino a juntarse a tantas otras sobre Derecho penal o procesal penal. En estas vertía su experiencia en la administración de justicia y le permitirían, apoyándose en una rica bibliografía en español, elaborar obras que son muestra de un trabajo personal serio. Sus recargadas labores le impidieron completar sus instituciones procesales y le obligaron a fijarse una meta más modesta. De este esfuerzo resultó su *Manual de Derecho Procesal Penal*, que otros publicistas con más dedicación a la actividad universitaria no llegaron a escribir. El número de ediciones que alcanzó este manual es prueba clara no solo de la acogida que tuvo entre estudiantes, abogados y jueces, sino también de su infatigable afán para completar y mejorar su obra.

En el ámbito de la actividad teórica, Don Domingo tuvo un gesto de rara modestia en nuestro medio, al pedirme que leyera una de las versiones de su interesante obra sobre el delito tributario. Esperaba quizás que tuviera el tiempo y sosiego necesarios para hacer los comentarios que merecía la obra. Lamen-

tablemente, no fue así, me limité a formularle algunas observaciones. Sin embargo, esto fue ocasión para conversar largamente sobre los diversos aspectos estudiados, como nunca me había acontecido con algún otro de mis colegas. Mea culpa de mi parte, pero reconocimiento para un gesto que merecía ser respetado e imitado.

Mediante la enseñanza y la investigación, Don Domingo fue ganando un lugar digno como profesor y jurista. Lejos de su espíritu las componendas políticas o el proselitismo de la "clientela" estudiantil para alcanzar un puesto directivo a nivel de la facultad o de la universidad. Sino actitud abierta para servir a la comunidad como lo hacen aquellos funcionarios que están siempre al servicio de la República y que constituyen la base de la estructura estatal sólida y permanente, inexistente en países como el nuestro.

No fui alumno suyo, pero asistí a algunas de sus clases. No lo recuerdo como un expositor magistral o erudito, tampoco como un creador original. Su originalidad y sapiencia eran de otra índole. Trasmitía didácticamente sus ideas y experiencias, lograba un cálido acercamiento con los estudiantes al mismo tiempo que conservaba una distancia que tal vez consideraba como reflejo de ascendencia o autoridad. Como no recordar aquella vez que, en la última clase, rifó entre sus alumnos el ejemplar del Código que había ido anotando al preparar sus clases durante todo el año universitario. ¿Ejemplar valioso por el valor de las notas o por constituir un espécimen bibliográfico singular?, ni lo uno ni lo otro. Lo valioso era el ejemplo de desprendimiento, de aprecio y reconocimiento para con los estudiantes. Esto permite comprender la dedicatoria de su *Manual de Derecho Procesal Penal*: "A mis alumnos de Derecho Procesal Penal de la Universidad de San Marcos".

Llamado a ocupar un alto cargo político, debió seguramente haber meditado bastante y consultado con personas de su entera confianza sobre la conveniencia de dar su anuencia. Aceptó pensando quizás que la función que iba a ejercer tenía cierta semejanza con la que se atribuye a un juez: neutralidad, objetividad, equidad, integridad. O tal vez consideró que tenía el deber de obedecer al nuevo llamado de servir al país y así continuar participando en la creación del Estado de Derecho que tanto falta a nuestro país. Lo que no sabía es que el destino lo conducía a un puesto que lo convertiría en uno de los símbolos de un sistema, cuya destrucción algunos consideraban como objetivo ideal de su actividad terrorista. Lógica absurda de un movimiento que comenzó sus actos bélicos destruyendo, precisamente, las ánforas de un proceso electoral y alcanza uno de sus momentos culminantes con el atentado contra el presidente del Jurado Nacional de Elecciones, Don Domingo García Rada. Así, de manera ignominiosa, terminó la actividad pública de un hombre bueno y ejemplar.

Testimonió su verdad, afirmó sus valores, fue consciente de sus limitaciones. Enseñando y actuando públicamente mostró y demostró que no se puede saber ni hacer todo. De manera sincera y transparente, develó sus ideas y sentimientos en sus *Memorias de un Juez*. Así, puso en evidencia su profundo humanismo por considerarse indigno del reconocimiento unánime de que era objeto porque, siempre modesto, en su humilde opinión, "solo había cumplido con su conciencia".

§ 6
NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

I

Luis Roy Freyre, *Derecho penal peruano. Parte especial,* t. 1, *Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud. Delitos contra el honor,* 2.ª ed., Lima, 1986, 528 pp.

1. Introducción

En nuestro país, el simple hecho de publicar un libro ya es un mérito inestimable. Mejor si la obra constituye el resultado de un paciente y duradero esfuerzo. Este es el caso de Luis Roy Freyre, quien ha dado a luz la segunda edición del primer tomo de su *Derecho Penal Peruano, Parte Especial.*

Este libro es ampliamente conocido entre nosotros, lo que nos evita presentarle de una manera general. Diremos simplemente que el autor analiza las disposiciones del Código Penal que reprimen las infracciones contra la vida, el cuerpo y la salud; y contra el honor.

Nos interesa, en esta nota, analizar tres temas tratados por Roy Freyre: primero el sujeto pasivo del delito de homicidio; segundo, el terrorismo de tan dramática actualidad en nuestro país; y, tercero, el homicidio mediante omisión.

2. Sujeto pasivo del homicidio

Con relación al primer tema, Roy Freyre señala que "el sujeto pasivo debe ser una persona viva" (p. 71). En su opinión una persona vive "hasta que se

produce la cesación definitiva e irreversible de la función cardiorrespiratoria". De donde concluye que todavía es sujeto pasivo de homicidio la persona que no ha sufrido la cesación definitiva e irreversible de la actividad cerebral. En el lenguaje de Roy Freyre, la primera es la llamada "muerte biológica" y la segunda, la "muerte clínica" (p. 73, nota 54). Esta última noción sería solo, siempre según nuestro autor, aplicable en el campo sanitario; es decir, en relación con los trasplantes de órganos. Cree encontrar apoyo en el artículo 5 de la Ley N.° 23415 que, al regular la definición de muerte dice: "Se considera muerte, para los efectos de esta ley[...]". Por tanto, en el derecho penal como en el derecho civil, se debería seguir utilizando la noción de "muerte biológica". De modo que es homicida quien causa la paralización definitiva e irreversible de la actividad cardiorrespiratoria. Por el contrario, solo es autor de lesión grave quien causa la destrucción del cerebro de una persona ("muerte clínica") (p. 74, nota 54).

El médico que para los efectos de un trasplante de órganos destruya la vida de un "muerto clínicamente", cometerá un homicidio (acción típica conforme al artículo 150 CP, p. 72), pero no será reprimido debido a que su acto es lícito por estar permitido por la ley. Siempre y cuando, claro está, cumpla precisamente con los trámites señalados por la misma ley. De lo contrario, sería responsable de un homicidio (p. 73, *in fine*, nota, 54).

De esta manera, Roy Freyre busca, de un lado, reafirmar su opinión expresada en la primera edición de la obra comentada y, de otro lado, refutar el criterio que expresamos en nuestro libro *Homicidio y aborto* (p. 28 y s.). Nuestra posición puede ser resumida brevemente de la manera siguiente: primero la noción de muerte clínica debe ser aplicada en el dominio del derecho penal, segundo, la persona muerta clínicamente no puede ser más víctima de un homicidios, tercero, quien causa la muerte clínica de una persona comete homicidio y, cuarto, la destrucción de la vida que resta a un muerto clínicamente es un comportamiento atípico (salvo en la hipótesis. del delito imposible).

Para mejor apreciar el razonamiento de Roy Freyre, resulta necesario precisar algunos criterios. La muerte es un proceso que dura un lapso determinado. Tanto en el campo médico como en el jurídico resulta necesario precisar los criterios de muerte y el momento en que esta se produce.

Tradicionalmente se consideró muerta una persona cuando se le paralizan la actividad cardiaca y la respiratoria. Este evento era irreversible y traía como consecuencia la destrucción progresiva de los demás órganos y tejidos. Uno de los primeros órganos afectados por la falta de irrigación sanguínea es el cerebro y los daños que sufre son, igualmente, irreversibles. Por eso hace bien Roy Freyre en completar su noción de muerte biológica, citando a Jiménez Huerta (p. 75,

nota 54) y parafraseándolo al decir que "la conducta del agente (homicida) debe producir la cesación irreversible de las intercorrelaciones orgánicas funcionales del corazón, los pulmones y el cerebro" (p. 76).

El progreso de las técnicas de reanimación hizo posible que a una persona afectada de un paro cardiaco y respiratorio le fueran restablecidas estas funciones vitales. Así, se trataba de evitar que el cerebro sufriera graves daños. El resultado podía ser: *primero*, que la persona se recuperara sensiblemente y volviera a ser consciente de su estado; *segundo*, que el daño fuera importante pero parcial: la persona no volvía a su estado consciente conservando solo una vida vegetativa; *tercero*, que toda actividad cerebral desapareciera y que el funcionamiento del sistema cardiorrespiratorio fuera solo artificial.

En relación con los dos últimos casos se habló de muerte cerebral. La inactividad parcial del cerebro fue considerada por una minoría como el criterio decisivo para determinar la muerte de una persona. Esta al impedir que continúe la vida de relación social determina la desaparición de la personalidad.

El criterio generalmente aceptado es, por el contrario, el de la deterioración completa de la actividad cerebral, comprendida la del tronco cerebral. En este estado del afectado, una intervención de reanimación del corazón es aún posible; pues, este órgano tiene una capacidad autónoma de funcionamiento que puede durar hasta 30 minutos. Esta reanimación no hace revivir a la persona, cuya actividad cerebral definitivamente ha acabado. Su finalidad no es sino la de conservar en buen estado ciertos órganos para poder trasplantarlos exitosamente.

La muerte clínica, mejor dicho la muerte cerebral, supone pues dicha inactividad total y durable del cerebro. Citando a la Academia Suiza de Ciencias Médicas, como lo hicimos en nuestro libro (p. 26), diremos que una persona muere "cuando las funciones cerebrales en definitiva y completamente cesado". Nuestra idea era aclarada mediante la frase siguiente: "el éxito de la intervención quirúrgica depende del buen estado y funcionamiento del órgano a trasplantar. Con este objeto es necesario hacer sobrevivir, artificialmente, al donador muerto, o más bien algunos de sus sistemas mediante diversos recursos técnicos" (p. 26).

En este caso de muerte cerebral completa, de una persona descerebrada, no puede decirse, sin contradecir las constataciones de la ciencia, que es "una ficción jurídica de considerar como un 'cadáver' el descerebrado, a pesar de que la realidad indica que está vivo". Lo ha dicho Roy Freyre (p. 73), mostrando así una falta de claridad respecto a lo que es la muerte clínica.

Al no diferenciar entre la destrucción parcial del cerebro (muerte cortical) y la destrucción total, parece que Roy Freyre se refiere a todos los casos de los llamados "descerebrados". Es necesario rectificar esta idea en el sentido que un descerebrado constituye un cadáver desde que la actividad cerebral ha terminado completamente y de modo irreversible, a pesar que, repitámoslo, las funciones cardiorrespiratorias sean mantenidas artificialmente.

Roy Freyre bien podría aceptar estas precisiones; pero no omitiría señalar que esto no modifica su criterio básico: la noción de muerte clínica corresponde al campo de los trasplantes; el de muerte biológica al del Derecho penal, en particular, y, en general, al Derecho.

Es cierto que la noción de muerte cerebral es indispensable para los efectos de los trasplantes. Pero limitar su aplicación comporta problemas importantes. En el ámbito de la actividad médica, tiene influencia en relación con el deber profesional del médico. Este deber consiste en curar a los enfermos, ayudarlos, aliviar sus sufrimientos y, asimismo, asistirlos hasta la muerte. Sobre este último aspecto surge la pregunta sobre los límites de la intervención médica. ¿Debe el galeno hacer todo para prolongar la vida de una persona en peligro de muerte? Si la muerte se define biológicamente, el médico estará obligado a reanimar las actividades cardiorrespiratorias y a mantenerlas en actividad.

Pues, según la interpretación de Roy Freyre, solo podría transformar la muerte clínica en biológica en el caso, autorizado por la ley, de conservar los órganos vivientes para los efectos de un trasplante (artículo 6). Las dificultades prácticas serían enormes. En el ámbito hospitalario sería de consagrar, para los efectos de dicha conservación, recursos humanos y materiales que son notoriamente escasos en un país como el nuestro. Todo esto con detrimento de pacientes que podrían ser salvados. La prominencia dada a la obligación del médico de conservar en vida o lo que resta de vida en una persona, comportaría el sometimiento de esta, frecuentemente, a un tratamiento sin sentido, sin esperanza.

Admitir el razonamiento de quienes se aterran a la noción de muerte biológica, supone, generalmente, un desconocimiento del respeto a la voluntad —expresa o tácita— del paciente en peligro de muerte. Esta voluntad de someterse o no a toda intervención de conservación de la vida forma, en realidad, parte del derecho a la vida y tiene su consecuencia inmediata en el reconocimiento de un derecho a una muerte apacible y digna. Aquí se hace evidente una relación neta con el problema de la eutanasia. En el caso de los descerebrados siempre sería punible, aun cuando la muerte cerebral completa significa la desaparición de todo sufrimiento. Tratándose de muerte cerebral parcial, el médico no podría

abstenerse de continuar interviniendo a pesar de constatar que la afección evoluciona irreversiblemente hacia la muerte y que el paciente no volverá posteriormente a tener una vida relacional consciente.

En buena cuenta, Roy Freyre dice, primero que los juristas y, en especial los penalistas no requieren tomar en consideración los cambios sustanciales que, en la ciencia médica, han afectado la noción y la constatación de la muerte. Segundo, que la noción de muerte clínica o cerebral solo es de aplicarla en caso de trasplantes de órganos. Nosotros, por las razones expuestas, somos de una opinión diferente.

3. Terrorismo

El segundo tema que en relación con la obra de nuestro autor, vamos a comentar es el del terrorismo. El problema subsiste a pesar de la derogación del Decreto Legislativo N.° 046; pues la Ley N.° 24651 del 19 de marzo de 1987, no modifica la definición del delito. Roy Freyre se refiere a este tema en la nota 199 (p. 163). Lo hace con doble finalidad. La primera, defender política y jurídicamente, el Decreto Legislativo N.° 046; la segunda, de discutir la posibilidad de concurso ideal entre el artículo 1 de este decreto (mal llamado "Ley antiterrorista") y el asesinato (cometido por medios que pongan en peligro un gran número de personas). Para lograr sus objetivos, Roy parte de la constatación de los elementos constitutivos del delito de terrorismo. Según él, son tres:

1) Propósito del agente de crear terror, alarma o zozobra en la población o un sector de la misma (elemento subjetivo).
2) Comisión de actos que puedan poner en peligro la vida, la salud o el patrimonio público o privado.
3) Valimiento (sic) de medios catastróficos, o que comprometan las relaciones internacionales o la seguridad del Estado peruano, o que alteran gravemente la tranquilidad pública (elementos objetivos).

Esta descripción corresponde, más o menos, a lo que Roy llama "el tipo básico del terrorismo". Hubiera sido preferible que, para mayor fidelidad con la fórmula legal, Roy no hubiera omitido algunos giros o términos utilizados en el texto legal: "provocar o mantener un estado de zozobra, alarma o terror" (no solo crear terror, alarma, zozobra); "actos que pudieren crear peligro para[...], o encaminados a la destrucción deterioro de edificios públicos o privados[...]" (no solo actos que puedan poner en peligro la vida o la salud o el patrimonio público o privado); "valiéndose de medios capaces de provocar

grandes estragos o de ocasionar perturbación de la tranquilidad pública o de afectar las relaciones[...]" (no solo de medios catastróficos o que comprometan las relaciones).

Estas diferencias entre la descripción hecha por Roy y el texto del Decreto Legislativo, nos hace pensar que se deben al inconsciente de nuestro autor. Como procreador del "fruto concebido" ve en este calidades que quiso transmitir a su heredero; descuidando así los caracteres provenientes de los genes maternos (presión de acciobelaundistas y popularcristianos). En el primer texto en que Roy definió el terrorismo, los elementos constitutivos eran los siguientes:

1) "Propósito de provocar o mantener un estado de alarma en la población o en un grupo nacional, racial, religioso o político.
2) Crear un inminente peligro para la vida, la salud o el patrimonio[...]
3) Valiéndose de medios que puedan causar grandes estragos[...]".

Solo con relación a este "embrión", y no con el "nacido" texto legal, es cierta la afirmación de Roy de que "no es suficiente el propósito terrorista si es que no se ha creado la situación de riesgo o peligro".

"Tampoco es suficiente la sola conjunción del propósito aludido y la situación de riesgo o peligro, si es que no se ha usado determinados medios señalados por la ley" (p. 153); en el que curiosamente señaló como segundo elemento del delito de marras "[...] cometer actos que pongan en peligro[...]" (p. 152).

La creación de un riesgo o peligro no es un elemento constitutivo del tipo legal. Si así fuera se trataría de un delito de peligro concreto. La consecuencia práctica sería que para condenar a un terrorista, el juez tendría que probar que el comportamiento delictuoso había realmente puesto en peligro la vida, la salud, el patrimonio. Así es definido el peligro concreto, por el mismo Roy, en la obra comentada (p. 396).

Por esto, nuestro autor, líneas después de subrayar la necesidad de crear la situación de riesgo o peligro, debe admitir que se trata de un "peligro abstracto (solo se aprecia su potencialidad)" (p. 164).

A este nivel, podemos formularnos dos preguntas. La primera, ¿por qué se ampliaron los términos del primer texto de Roy? Sin duda, para acentuar la represión. Describir un delito refiriéndose:

1) A actos que pudieran crear peligro[...] encaminados a la destrucción o deterioro.

2) Al empleo de medios capaces de provocar grandes estragos de ocasionar grave perturbación[...] o de afectar las relaciones internacionales o la seguridad pública; y,
3) A propósito de provocar o mantener un estado de zozobra, alarma o terror, constituye una técnica legislativa ideal, por su vaguedad e imprecisión, para alejarse lo más posible del principio de la legalidad.

La finalidad política con que fue redactada y aprobada la norma legal analizada es indiscutible. Por no estar de acuerdo con esta posición penal y política, nosotros seguimos manteniendo el punto de vista que defendimos como ponentes del primer proyecto tendiente a la represión del terrorismo. Nuestra propuesta se materializó en dos textos. En el primero, planteábamos la agravación de la represión de los delitos contra la seguridad pública y la tranquilidad pública. En el segundo proyecto, resultado de la discusión y de la contraponencia de Roy, fue más breve. En su artículo 1 estatuíamos "el que con propósito de alarmar o intimidar a un número indeterminado de personas, hubiese cometido alguno de los delitos contra la seguridad pública o de los delitos previstos en los artículos 5 a 13 de este decreto legislativo, será reprimido con pena de penitenciaría no mayor de 10 años ni menor de 5 años". "La pena será penitenciaría no menor de diez años ni mayor de 20 años, si el delincuente hubiere ocasionado muerte o lesión grave a una persona y si él, pudo prever este resultado". "Si el delincuente fuere miembro de las FF. PP. o de las FF. AA., será reprimido con pena no mayor de 15 años ni menor de 5 años".

Conscientes de nuestra condición de estudiosos del Derecho penal y del rol político (en el mejor sentido de la palabra) que jugábamos al ser llamados a integrar una comisión legislativa, no podíamos dejar de apreciar y juzgar nuestro trabajo y el de los demás comisionados, así como también los resultados alcanzados, tanto desde la perspectiva jurídica, como política. Estas dos siempre andan juntas, aun cuando a la primera se le trate de presentar como meramente "científica".

Las posiciones de Roy y la nuestra sobre el terrorismo son diferentes, no en cuanto sea necesario reprimir el terrorismo para defender los derechos democráticos fundamentales, sino en relación con la política a seguir. En nuestra opinión no es posible, sin poner en grave riesgo el principio de la legalidad, concebir el terrorismo como delito específico y posible de ser descrito en una sola disposición legal. Casi todo delito común puede ser cometido con fines terroristas.

Seguimos pensando que leyes tan "terroristas" como el Decreto Legislativo N.° 046, ratificado por la Ley N.° 24651, (en la medida que pretende aterrorizar

a los terroristas reales o latentes), diluyen peligrosamente el límite entre "represión penal" y "represión política". Volver a repetir nuestra argumentación sobrepasa los límites de este comentario; pero, parece que Roy ha pasado altivamente a su lado. Resulta especiosa su afirmación que "las objeciones políticas han sido desvirtuadas por la cruda realidad: no existe dirigente político, o universitario, o sindical que con el pretexto de haber cometido delito de terrorismo se encuentre privado de libertad por razón de sus ideas". No es, evidentemente, este punto de vista restringido al que apunta nuestra afirmación anterior.

El interés político inmediato y estrecho que propició la dación del Decreto Legislativo N.° 046, impidió a quienes fungieron de legisladores percibir todas las dificultades, no solo jurídicas, que provocaría tal política eminentemente represiva. La "inaplicación de la ley", de la que se queja Roy, era más que previsible, en consideración a la naturaleza de la misma ley y a las deficiencias del aparato policial y judicial.

El hecho, constatado por Roy, que "hayan encausados a quienes por no poder probárseles sus responsabilidades, deberán ser absueltos[...]", demuestra también los peligros de tan amplia represión. Lo lamentable es que la cruda realidad de la muerte haya impedido que muchos sean juzgados y que una de las causas de su muerte haya sido la concentración y la superpoblación de las cárceles con detenidos sospechosos de terrorismo. Todo esto no es un asunto de "buena o mala fe" o de satanización "consciente o culposa" de un decreto legislativo. Se trata más bien de un problema político, social y criminal que requiere la utilización de diversos medios para garantizar a todos una paz social justa. El aspecto jurídico observado por Roy es insignificante en comparación al jurídico-político que acabamos de analizar brevemente.

En su afán de no reconocer sin crítica, las más mínimas de nuestras opiniones sobre sus dichos, Roy se niega a ver lo evidente. Si afirmamos un concurso ideal entre el artículo 1 del Decreto Legislativo N.° 046 y el artículo 152 del Código Penal, lo hicimos con la idea que el asesinato cometido, por ejemplo, con explosivos tenía por objeto aterrorizar la población. Basta con remitirnos a nuestro *Manual de derecho penal, parte general*, donde hemos tratado ampliamente el problema de concursos de infracciones y de leyes penales. Lo que en realidad no quiere ver Roy es que un acto "capaz de ... o encaminado..." cometido con "medios capaces de...", "para favorecer...", no necesariamente es el acto tipificado en el artículo 152, sino otro menos grave. Por ejemplo, transportar explosivos, si al realizarlo se causa la muerte de alguien el autor merece, según el artículo 1 del Decreto Legislativo N.° 046, la pena de internamiento: como la que merece, al menos con dolo eventual, un asesino (Cf. artículo 152 CP). En

la perspectiva política del Decreto Legislativo N.° 046, el terrorista, cualquiera sea su acto, puede ser un asesino, el peor de los criminales. En nuestra opinión esto no solo no es correcto políticamente, sino tampoco según nuestra ley penal, al menos, según la escala de valores y la política criminal que inspiran al Código Penal vigente.

4. Homicidio y omisión

El tercer tema que trataremos es el referente a la comisión del homicidio mediante una acción omisiva. Hemos escogido este tema no por su importancia teórica, sino más bien por constituir un claro ejemplo de la manera frecuente como Roy analiza los temas que trata.

Veamos, primero, qué dice nuestro autor. Parte de la constatación siguiente: "[L]as palabras empleadas por la ley en el texto comentado (artículo 150 CP) hacen indudable tanto la procedencia de la forma activa como la inoperancia de la omisión propia (omisión *stricto sensu*)". En su opinión "matar a otro por omisión propia no aparece en la descripción típica del artículo 150 del CP". En consecuencia, según él, la represión no es posible "sin quebrantar el principio de la tipicidad". Por el contrario, considera que no se viola este principio si se sanciona "el hecho de matar a otro por comisión omisiva". Esto se debe, conforme el mismo Roy Freyre, a que está permitido, asimilar "la evitación de la muerte intencionalmente querida" (sic) a "su producción por acción" (comisiva, agregamos nosotros), "cuando el agente tenía la obligación específica de actuar para impedir el resultado letal; es decir, si se encontraba en la posición de garante". Roy considera que la fuente de la posición de garante se encuentra en el artículo 2, inciso 20, apartado a, de la Constitución. Norma que consagraría, implícitamente, la exigibilidad de cumplir con un deber jurídico de actuar frente a una situación de efectivo desvalimiento del prójimo". Como ejemplos cita, primero, "la conducta del médico que intencionalmente se abstiene de prestar el cuidado terapéutico a un enfermo con el fin de ocasionar su muerte" y, segundo, "el caso de quien intencionalmente omite prestarle socorro a su enemigo que se encuentra herido en un lugar solitario, abstención que no obedece a indolencia sino a su propósito de ocasionarle la muerte (p. 78).

Hasta aquí lo afirmado por nuestro autor. La simple lectura de sus afirmaciones nos permite percibir la falta de una explicación global del problema de la acción (elemento del delito). Claro que esto no es materia de una obra consagrada a la parte especial del Código Penal. Pero, como el autor no ha escrito una obra orgánica sobre la teoría del delito, se ve obligado a explicar sus ideas al estudiar los delitos en particular. Desgraciadamente, de una manera poco clara.

De sus explicaciones aparece que recurre al criterio de las normas implícitas a las disposiciones penales para distinguir entre comisión y omisión. La violación de una norma prohibitiva "no matar" (artículo 150 CP) constituye una "acción" (comisión); si se trata de una norma perceptiva "auxiliar a quien está en peligro" (artículo 183 CP) constituye una omisión.

Si solo tomásemos en cuenta estas dos definiciones, resulta claro que el artículo 150 (homicidio) prevé una infracción de comisión. Resulta superfluo afirmar, como lo hace Roy Freyre, la "inoperancia de la omisión propia". Si un problema existe, es justamente, el de saber si por omisión se puede violar la norma "no matar"; dicho de otra manera, si mediante omisión es posible matar una persona. Es respecto a esta forma que se plantea el respeto del principio de la legalidad, llamado por Roy de "la tipicidad".

La comisión por omisión consiste en violar una norma prohibitiva ("no matar") mediante la violación de una norma preceptiva ("socorrer una persona en peligro"). Su represión supone una ampliación de los tipos legales que reprimen acciones de comisión (matar, hacer abortar, lesionar, robar, estafar, incendiar, etc.). Debido a esto, se han fijado condiciones restrictivas a la represión. La primera es que no toda persona puede ser responsabilizada por el resultado de un comportamiento omisivo. Solo pueden serlo aquellas que están obligadas a intervenir en el caso concreto. Tradicionalmente, se consideró que este deber (llamado de garante, del alemán *Garantenstellung*) tenía como fuentes la ley, un contrato o el contexto en que se desarrolla el hecho. Ahora y debido a las deficiencias de esos criterios, se prefiere recurrir a un criterio material: responsabilidad por una fuente de peligro (p. ej. propietario de un animal peligroso, utilizador de un vehículo, etc.), responsabilidad por el comportamiento de un tercero (p. ej. padres de menores, curador de enfermo mental, etc.) y responsabilidad por un comportamiento precedente peligroso (p. ej. inferencia indebida).

La opinión de Roy Freyre, al admitir un deber general "de actuar frente a una situación de efectivo desvalimiento del prójimo", no solo contradice esta tendencia de limitar aún más la represión basada en una acción de comisión por omisión, sino que es más que discutible su deducción del artículo 2, inciso 20, apartado a, de la Constitución.

Respecto al homicidio culposo cabe preguntarse, ante todo, cuál es la norma implícita al artículo 156 CP. Es cierto que esta norma dice, expresamente, que se reprimirá a quien causare por negligencia la muerte de una persona. El bien jurídico protegido es la vida, el resultado que se busca impedir es la muerte de una persona y a acción que se prohíbe es toda aquella que, por su carácter negligente, pueda causarla. La norma implícita es, igual que la del artículo 150,

prohibitiva. Cabe, por tanto preguntarse también si puede ser violada mediante una omisión.

La clave del problema se encuentra en la manera de distinguir la comisión de la omisión. El criterio de la norma violada es útil; pero insuficiente. Dicha distinción resulta más o menos simple cuando el agente practica actos materiales tendientes a lograr un resultado o a concretizar un comportamiento determinado. Por ejemplo, cuando dispara o apuñala a una persona para matarla; si redacta un documento e imita la firma de una persona para presentarlo como auténtico. En otros casos, particularmente no intencionales, la distinción resulta problemática. Por ejemplo, el motociclista que lesiona una persona y a quien no vio por carecer de faro su vehículo; el fabricante que entrega a sus obreros materia prima no desinfectada y que causa la enfermedad de estos; el profesor de natación que observa cómo uno de sus pupilos está por ahogarse y permanece impasible; el empleado de ferrocarriles que se duerme, y por no hacer el cambio de agujas respectivo, causa un accidente mortal.

En el caso del motociclista, ¿este será responsable por no haber provisto de faro a su motocicleta o por haber conducido su vehículo indebidamente? En el caso del empleado de ferrocarriles, ¿su responsabilidad dependerá del hecho de dormirse o de no haber realizado el cambio de agujas respectivo? La doctrina admite que, para responder a estas preguntas, es necesario apreciar cuál de los aspectos del comportamiento es el significativo para el derecho penal. Tratándose del motociclista y del fabricante sería el de conducir el vehículo sin luces y el de entregar la materia prima infectada.

Se trataría en consecuencia de casos de comisión. La omisión en que incurren constituye la violación del cuidado que fundamenta so actuar negligente; pero este momento omisivo no altera el carácter comisivo de la acción. Por el contrario, en el caso del empleado de ferrocarriles no puede decirse que haya actuado mediante comisión por el hecho de dormirse, aun voluntariamente. Su responsabilidad reposa en la omisión en que incurre. Dicho de otra manera, en el hecho de no haber realizado la acción esperada: el cambio de agujas que evitaría la mortal colisión de trenes. Lo mismo es de admitir en relación con el profesor de natación: si se abstiene intencionalmente de auxiliar al menor en peligro de ahogarse responderá por no haber evitado su muerte (homicidio por comisión por omisión); pero si su abstención es debida a un descuido o distracción, él responderá a título de negligencia. En estos casos, se presentan dos dimensiones del "actuar omisivo". La primera consiste en no realizar el acto esperado de acuerdo a las exigencias del orden jurídico. La segunda, la violación del deber de cuidado igualmente exigido.

Veamos un último ejemplo. No porque sea el ideal, sino porque es discutido por nuestro autor. El ejemplo es dado por Peña Cabrera, en su *Tratado de derecho penal*, vol. 11, p. 104. Se trata del caso de la partera que causa la muerte del recién nacido por no ligarle el cordón umbilical. Según Peña Cabrera la partera es responsable de homicidio por negligencia. Por su parte, Roy considera que la acción de la partera es de "signo positivo": "asistir a la parturienta". El no ligar el cordón umbilical no es sino un momento omisivo de la acción de asistir. Esta opinión nos parece correcta el aspecto esencial del comportamiento de la partera no reside en el olvido en que incurre, sino en el haber asistido incorrectamente a la parturienta. Pero esto no debe hacernos olvidar el caso siguiente: la partera se abstiene de asistir a la parturienta. Si el nuevo ser o la madre muere, cabe omisión, intencional o culposa, la hará responsable de dicho resultado, siempre y cuando —de acuerdo con las circunstancias— tenía la obligación de intervenir (deber de garante). Su responsabilidad no podrá ser descartada diciendo que el homicidio culposo no puede ser cometido mediante omisión.

Estos ejemplos muestran que las infracciones culposas pueden ser también cometidas mediante comisión por omisión. En doctrina, esta idea es generalmente aceptada. Las opiniones divergen, por el contrario, respecto al criterio para distinguir la comisión de la omisión simple. Como hemos visto, se trata en el fondo de un problema de valoración del comportamiento para considerarlo relevante para el Derecho penal. La consecuencia práctica importante de esta distinción es que, en caso de comisión y de omisión simple, toda persona salvo disposición contraria de la ley, puede ser autor de la infracción. Si se trata de una omisión impropia (comisión por omisión), solo responderá de la omisión quien tiene la obligación de actuar para evitar el resultado típico (por ejemplo, muerte o lesión de una persona).

Por estas razones, no se trata de saber quién es el que posee la verdad. Lo interesante es descubrir cuál es el camino seguido para llegar a una u otra conclusión. Al respecto no nos parece suficiente concluir el debate diciendo que "no es posible pensar en la dogmática peruana (sic) respecto a la existencia de un homicidio culposo por omisión, menos aún por comisión omisiva" (p. 224). Esta afirmación no halla tampoco base en el artículo 101 del Código peruano. Norma en la que, de manera defectuosa, se trata de regular la autoría en caso de omisión. Según Roy, de conformidad con esta disposición, "la omisión consiste en dejar de hacer lo que manda la ley punitiva, vale decir, la norma imperativa de cultura" (p. 226). Esta opinión no es sino una de las posibles interpretaciones de la norma citada. Si se considera que, al inicio, este artículo dice: "En los delitos por omisión son considerados como autores...", podría argüirse que da, igualmente, pie para tratar el caso de la omisión impropia (comisión por omi-

sión o comisión omisiva); es decir de la realización de un tipo legal mediante (por) omisión.

La meritoria labor de Roy Freyre, de comentar casi en el ostracismo nuestro Código Penal, se vería notablemente mejorada si complementara sus interesantes análisis mediante una exposición orgánica y global de los problemas propios a la parte general del derecho penal y, en particular, los referentes a la denominada "teoría del delito". Esto supondría una comprensión más clara del método y de los objetivos de la explicación sistemática y racional de la ley, denominada "dogmática penal".

La importancia del libro comentado y la atención que su autor ha brindado a nuestras opiniones justifican la extensión de esta nota, que pretende, no ser una simple conjugación, en todas las personas, del verbo alabar y, así mismo, elevar el nivel de la discusión teórica que nada tiene de personal.

II

Felipe Villavicencio Terreros, *Lecciones de derecho penal. Parte general,* Cultural Cuzco, Lima, 1990*

Esta obra de Villavicencio, profesor universitario y juez instructor, no es la primera. En 1981, publicó su libro *Delitos contra la seguridad pública. Delito de terrorismo* (segunda edición de 1983) y, esporádicamente, ha publicado contribuciones en revistas especializadas. Comienza a redactar sus Lecciones, como él mismo lo dice en la presentación del libro, el año 1986. El resultado obtenido, fruto de un esfuerzo meritorio por las condiciones en que se investiga en nuestro país, constituye una contribución valiosa a la doctrina nacional.

Como en todo manual consagrado a la parte general, en el escrito por Villavicencio se distinguen tres partes: una referida a las nociones fundamentales, otra consagrada al estudio de la ley penal (principio de legalidad, interpretación y aplicación de la ley) y, por último, la dedicada a la exposición de la teoría del delito. El autor reserva el análisis de la culpabilidad y del concurso para más tarde.

Villavicencio expone, en la Introducción y de manera interesante, algunas ideas sobre el control social. Lo hace teniendo en cuenta nuestra realidad y, aprovechando sus investigaciones precedentes, el carácter informal predominante de nuestra sociedad. Para Zaffaroni, que prologa el libro que comentamos, en esto radica su importancia.

La exposición referente a las nociones fundamentales y a la ley penal, fuera de la terminología particular utilizada a veces, no difiere de las que se han hecho entre nosotros. Se repiten criterios comunes sobre la llamada ciencia del derecho penal, el principio de legalidad, la precisión de la ley, la interpretación y la

* Publicado en *Anuario de derecho penal*, 1993, pp. 79-82.

analogía. Sobre la aplicación de la ley penal expone algunas ideas interesantes: por ejemplo, la aplicación de los aspectos favorables al procesado de dos leyes en conflicto temporal (*lex tertia*). Idea que merece ser mejor justificada y explicada.

La teoría del delito es expuesta siguiendo la concepción finalista que el autor adopta con entusiasmo; pero sin espíritu crítico. La terminología empleada es, igualmente, la que los penalistas hispanohablantes han debido siempre crear para exponer las ideas (p. 80) germánicas; esta vez la desarrollada por los partidarios del finalismo. Sería, sin embargo, de preguntarse si es necesario maltratar tanto nuestro idioma o si no sería mejor, en lugar de crear tantos neologismos, recurrir a su enorme riqueza de vocablos y expresiones. No se trata de un conservadurismo lingüístico, sino de una exigencia propia a toda disciplina que requiere un lenguaje más o menos homogéneo que facilite la comprensión y discusión de las ideas. Para muestra basta un ejemplo: se habla de "niveles de la estructura del delito" (p. 127). ¿Se quiere decir que el delito (fenómeno social real) tiene una estructura determinada o se está hablando de la teoría del delito o de la noción de delito? Tal vez, podría estar aludiéndose a las "estructuras objetivo-lógicas" muy apreciadas por el finalismo naciente. Esta imprecisión se acentúa cuando inmediatamente, el autor habla indistintamente, refiriéndose a la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, de "los tres elementos" del delito, de "estos niveles de valoración" y de "características" del delito. Empeoran las posibilidades de comprensión, si se recuerda que Villavicencio afirma, por ejemplo, que "la pena es la característica más importante del derecho penal" (p. 36) y que "la teoría del delito estudia las características generales que debe tener cualquier conducta para ser calificada como un delito" (p. 99). La confusión terminológica refleja casi siempre una confusión en las ideas. En el caso de Villavicencio, esto se debe a que no precisa, suficiente y previamente, ciertos criterios que los da por supuestos y entendidos; a pesar que en la doctrina aún de orientación finalista no son siempre comprendidos de la misma manera. Por ejemplo, la idea de "concepto ontológico" (p. 191) o "concepto óntico-ontológico". Al respecto, Villavicencio admite, sin dudas, la afirmación de Welzel (de 1957, según nota del autor, p. 106): "En este sector ontológico y de objetividades lógicas hay, en efecto "verdades eternas", que ningún legislador del mundo puede modificar".

El carácter novedoso (para nuestro medio) de la sistemática finalista hace necesario, además del esclarecimiento antes señalado, una explicación global y comparativa con relación a las otras formas de desarrollar la teoría del delito. De esta manera, el autor hubiera logrado mayor claridad en la sistemática y en la exposición de las concepciones particulares. Así mismo, sus afirmaciones directas, inevitables en todo compendio, hubieran aparecido menos perentorias y menos basadas en el argumento de autoridad. Con frecuencia, este argumento

es, implícita o expresamente, el criterio "óntico" o de la "naturaleza de las cosas". Así, por ejemplo, el dolo es un elemento del injusto porque así "lo determina la acción que constituye la base óntica" (p. 106); por eso tampoco cree que "el dolo suponga juicio de culpabilidad" y que es "libre valorativamente" (p. 144). Lo mismo sucede cuando dice que "el concepto de autor es óntico-ontológico y para precisarlo se requieren características generales y especiales" (p. 198). Si esta es una "verdad eterna", no debemos esperar ningún futuro cambio respecto a la noción de autor. La verdad real ya ha sido descubierta. Sin embargo, la historia de las ideas penales, como también la de las ciencias naturales, nos muestra lo contrario: un buen (p. 81) ejemplo, es la redefinición que se hace de las nociones penales desde la perspectiva de la política criminal. ¿Es que el finalismo no ha definido ónticamente la culpabilidad? Entonces, el hecho que nuestro legislador haya preferido hablar de "responsabilidad", en lugar de "culpabilidad" debería ser apreciado considerando que no ha respetado las "verdades eternas de la esfera de la objetividad lógica" que lo vinculan. Nuestro objetivo no es discutir, en esta breve nota, estos complejos problemas. Nos interesa señalar la actitud con que Villavicencio ha elaborado sus lecciones referentes a la teoría del delito. La discusión entre finalismo y causalismo ha sido ya superada y, dada la situación peruana, no creemos que sea útil ni conveniente continuarla con tanto retraso (Sobre los métodos y fines de la actividad de los penalistas dogmáticos ver el artículo que publicamos en este mismo número del *Anuario de Derecho Penal*).

Otro aspecto que nos interesa destacar está referido a la manera cómo Villavicencio recurre a la doctrina nacional. Así como, generalmente, no parte de la ley para plantear sus soluciones doctrinales; sino más bien expone, primero, la teoría para, luego, aludir brevemente a la ley nacional, lo mismo hace con la doctrina o, como él prefiere decirlo, la "ciencia penal peruana". No establece un diálogo y, menos aún, un debate permanente con los autores nacionales. Esto puede incomodar, cierto, a algunos; pero consideramos que resulta indispensable para desarrollar nuestra incipiente dogmática penal. Creemos, por ejemplo, que resulta insatisfactorio por escueto y caricatural el acápite que el autor, con ligereza, intitula "Teoría del delito en el Perú". En solo diez líneas califica y clasifica a quienes durante años se han dedicado, mal o bien, a estudiar la dogmática penal. Manuel Abastos merece más que una nota a pie de página; no es correcto aludir a Ángel G. Cornejo solo señalando que fue alcanzado por la influencia positivista y, menos, meter en un mismo saco, "el modelo casual", a los restantes.

Aunque pueda aparecer pretensioso, daré un ejemplo relacionado con nuestra obra para mostrar como Villavicencio trata un poco a la ligera la doctrina nacional. Dice, refiriéndose a la problemática de la acción, "la teoría de la acción

no constituye doctrina dominante. En el Perú, Hurtado se refiere a ella en la primera edición de su Manual, y luego prescinde de la referencia en la segunda edición". Esta afirmación escueta es formulada sin discusión previa de nuestro análisis y a las diferencias existentes entre la primera y segunda edición de nuestro *Manual de Derecho Penal.* En la segunda edición pp. 337 y 338), decimos "de la sucinta exposición que hemos hecho de las diferentes concepciones sobre la acción, nos es posible constatar que se trata, en el fondo, de nociones elaboradas con la intervención decisiva de un elemento normativo. Es decir, que los hechos calificados como acciones, en el dominio del derecho penal, son aquellos considerados por el sistema normativo jurídico. De modo que la acción no es el substrato general y previo de las categorías penales: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. De la noción causal (voluntario accionar) o de la noción de la acción finalista (consideración óntica de la acción dirigida a una meta), no se puede deducir simplemente las características y los alcances de dichos elementos de la infracción". Esto implica dos hechos, primero, resulta (p. 82) incomprensible lo que Villavicencio quiere decir cuando sostiene "luego prescinde de la referencia en la segunda edición" y, segundo, que no ha leído lo poco que se ha escrito entre nosotros con la misma atención que ha brindado a la bibliografía extranjera.

La falta de análisis directo de la ley nacional y de discusión abierta de las ideas que se consideran superadas, constituye una primera decepción con relación a las expectativas que el autor creó con su magnífica introducción sobre el control social. La segunda es que esta realidad nacional ha sido completamente olvidada en la presentación de los problemas teórico dogmáticos que constituyen casi la integridad del libro de Villavicencio. Esto supone, a nuestro modesto entender, un simple problema de perspectiva que el autor puede fácilmente superar. De esto estamos seguros en razón a que sus Lecciones demuestran un amplio conocimiento de la dogmática penal moderna. En consecuencia la obra comentada, de cuyas imperfecciones nos sentimos "corresponsables", representa un aporte que no podrá ser ignorado ni tratado a la ligera en el diálogo alturado y sin complacencias que debe establecerse entre los penalistas nacionales.

III

Prólogo al libro de Percy García Cavero, *El actuar en lugar de otro,* ARA, Lima, 2003.

Percy García Cavero ha tenido la gentileza de solicitarme que prologue su libro. Pedido que recibí como una generosa distinción a mi persona. Para cumplir con el compromiso y en honor a sus calidades académicas, he tratado de evitar que este breve texto se reduzca, como casi siempre sucede, a un panegírico del autor y, así mismo, no caer en los excesos de publicar un ensayo a sus costas. De esta manera, ahorraré tiempo a los pocos lectores de prólogos que aún quedan y que están más ansiosos de "entrar en materia".

Recibido el texto y leído con detenimiento, he tenido el sentimiento, como sucede cuando uno toma contacto con un buen libro, que me hubiera gustado haberlo escrito y, de esta manera, tener la oportunidad de continuar desarrollándolo en futuras versiones. Como muy bien dice Alberto Manguel, al final de su interesante libro *Una Historia de la Lectura,* "después del último capítulo y antes del copioso índice [...], nuestro autor ha dejado varias páginas en blanco para que el lector añada nuevas ideas sobre la lectura[...]" y, luego de haber afirmado, que "todos nos leemos a nosotros mismos y al mundo que nos rodea para poder vislumbrar qué somos y dónde estamos".

García Cavero presenta los resultados de sus estudios sobre "el actuar en lugar de otro". Expresión con la que se hace referencia a una serie de criterios y valoraciones para explicar y justificar la represión penal en los casos en que, por ejemplo, una persona (en principio, una persona jurídica) no puede ser sancionada penalmente debido a que carece de capacidad para delinquir, ni tampoco su representante (órganos de la persona jurídica) por no poseer la calidad especial que debe reunir el autor conforme al tipo penal respectivo y que sí posee la primera. Con este fin, el autor expone, primero, los criterios de política criminal

que diversos autores han presentado como las razones que condujeron a la elaboración de esa categoría jurídica. De esta manera, no ha buscado, de acuerdo con la orientación de su trabajo, indagar y analizar las circunstancias sociales, políticas o económicas que condicionaron la evolución de la legislación y de las ideas jurídicas con la que se llegó a colmar el "vacío" al origen de la categoría estudiada. Así, el autor trata de establecer los "criterios materiales" que, según sus propias palabras, son necesarias para interpretar de manera coherente la ley. Al respecto, hay que destacar los esfuerzos serios que hace para esclarecer la problemática de los delitos especiales.

Luego de cumplir con esta tarea, analiza el artículo 27 del Código Penal peruano, en el que se regulan las condiciones para penar a quien "actúa en lugar de otro". Lo hace distinguiendo las diversas posibilidades que brinda el texto para determinar la mejor manera de aplicarlo a los casos concretos. En esta perspectiva, García Cavero propone que se comprenda la disposición legal de manera que se tenga en cuenta el fundamento dogmático que ha aceptado en la última parte del primer capítulo del libro.

Por último, establece los vacíos que presenta la regulación positiva del "actuar en lugar de otro" en la legislación peruana. Lo hace, como es lógico, desde la perspectiva teórica que defiende. Por esto, se pregunta sobre lo que pasa y cómo deben afrontarse los casos de los delitos especiales impropios, de la aplicación de la teoría de la representación, de la actuación entre personas individuales, del hecho de asumir voluntariamente la representación de otro y, por último, de los delitos con elementos subjetivos.

Cada una de las afirmaciones y críticas del autor merecen ser comentadas. Dados los fines de esta presentación, me limitaré a dos observaciones de carácter general. La primera concierne el hecho de interpretar la ley buscando darle el sentido que mejor se adecúe a un fundamento dogmático determinado. Esto implica el riesgo consistente en que se puede llegar a desvirtuar o descuidar el texto para hacer prevalecer una concepción jurídica. Como si esta, al igual que todas las demás, no fuera ya el resultado de interpretar una legislación determinada, pues no existen categorías dogmáticas sin base legal. Dicho de otra manera, la categoría jurídica "actuar en lugar de otro" no es, como diría Carlos S. Nino, "la descripción de determinadas propiedades empíricas o normativas que pueden presentar contingentemente las situaciones nombradas con tal expresión". En realidad, con la "creación" de tal tipo de categorías se busca comprender ciertos casos dentro de un determinado marco normativo previsto, inicialmente, para otros y, según las circunstancias, modificar o completar dicho marco. Por esto aparecen, a primera vista, como poco apropiadas las referencias que hace

el autor a la "naturaleza dogmática del instituto". Estos comentarios, estamos seguros, hubieran sido superfluos si García Cavero hubiera expuesto, aunque de manera resumida, la concepción global de la que parte y que está fuertemente marcada por los trabajos de G. Jakobs y sus epígonos alemanes y españoles. La índole y los límites de su trabajo no le permitían hacerlo, sin embargo el lector interesado puede remitirse a los otros numerosos trabajos del autor, en especial a su magnífica tesis doctoral (*La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona, 1999), para calar mejor en su pensamiento.

La segunda concierne sus conclusiones referentes al derecho positivo. A pesar de la precisión de las anotaciones y críticas expresadas por García Cavero sobre la manera como se ha regulado "el actuar en lugar de otro" en el Código Penal vigente, se tiene el sentimiento de que lo expuesto hubiera sido más convincente, si el autor hubiera presentado sendas propuestas concretas destinadas a corregir las deficiencias específicas que señala o, pero quizás es demasiado pedir, el proyecto de un nuevo artículo 27, con la expectativa, como él mismo espera, que sean tomados en cuenta por los políticos en caso de una reforma del Código Penal.

Debido a que en Alemania se origina y desarrolla la categoría jurídica estudiada, así como a la influencia de la dogmática y de la legislación germánica en España, la bibliografía consultada por el autor es, sobre todo, teutona e hispánica. Los estudios que ha realizado en ambos países, en el primero para obtener el grado de doctor y en el segundo como becado de la Fundación Alexander von Humboldt, le han permitido alcanzar un excelente dominio de la dogmática tanto alemana como española, así como una capacidad de análisis de primer nivel. Por esto, no sorprende la calidad del trabajo que nos ofrece y que constituye un aporte valioso a los estudios penales.

El ejercicio de la docencia en la Universidad de Piura le permitirá familiarizarse aún más con la realidad legislativa y judicial de nuestro país y, así profundizar sus estudios, afinando y adecuando los instrumentos teóricos que domina a las necesidades de nuestra realidad. Esto no es un simple pronóstico sino una constatación de lo que muestran sus trabajos, así como la expresión de un deseo sincero para que Percy García Cavero persevere en el camino difícil e ingrato que ha escogido, el de la enseñanza e investigación.

Friburgo (Suiza), agosto de 2003

SEGUNDA PARTE

INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL

§ 7
LA LEY PENAL

I
Derecho penal, política y moral*

Sumario: 1. Introducción. 2. Código Penal de 1991. 3. Código del niño y del adolescente. 4. Corrección del proceso de legislar. 5. Código Procesal Penal. 6. Facultades de los procuradores de la República. 7. Colaboración internacional en materia penal. 8. Respeto de diferencias culturales y del derecho consuetudinario. 9. A manera de conclusión.

1. Introducción

La corrupción durante el periodo fujimorista alcanzó un grado de amplitud y de intensidad sin precedentes. No se trató solo del deterioro moral en el ma-

---

* Publicado en *Homenaje a Jorge Avendaño*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, vol. I, pp. 399 y ss. En el primer párrafo de la versión original, el autor señalaba: "La primera dificultad que se presenta cuando hay que escribir un contribución en homenaje de un distinguido colega es la de encontrar el tema que corresponda a la personalidad del homenajeado. La de Jorge Avendaño se ha manifestado tanto en la docencia universitaria como en la vida política. La primera se extiende durante décadas, la segunda concierne las últimas décadas, en las cuales el país ha experimentado una grave crisis general. Teniendo en cuenta todo esto, me ha parecido conveniente dedicarle estas páginas, en las que trataré de presentar, de manera sucinta y simple, algunos temas penales con la finalidad de poner de manifiesto sus aspectos políticos, jurídicos y morales. Espero que el resultado contribuya a rendir el merecido homenaje a Jorge Avendaño, amigo y colega".

nejo del aparato estatal, sino que afectó a todo el sistema social en sus diferentes niveles. Su influencia marcó el funcionamiento de diversas empresas dedicadas al comercio, la industria, la comunicación y los servicios, así como el comportamiento individual de gran número de personas. La obtención de beneficios económicos y personales ha constituido el móvil egoísta que ha impulsado el comportamiento de muchos actores sociales en contra de reglas morales y de civilidad elementales. Hecho que fue reforzado por la actitud pasiva o impotente generalizada, llegándose muchas veces a considerar al comportamiento corrupto como el mejor para trepar en la escala social o, al menos, para sobrevivir. Situación que persiste y se desarrolla sin que se inicie una reacción concreta y efectiva.

Si bien esta crisis está condicionada por la inestabilidad política y económica, la pobreza y la injusticia endémicas no pueden ser consideradas como condicionantes absolutas de los comportamientos económicos, políticos, laborales. Así como tampoco la riqueza no comporta un indicio de integridad moral y política. Dicho de otra manera y más directamente, no toda persona que carece de los medios financieros suficientes para realizar sus proyectos de vida comete robos, estafas o actos de corrupción, ni tampoco quien los tiene deja de cometerlos. Existen pautas éticas de comportamiento que deberían constituir barreras eficaces contra la comisión de comportamientos perjudiciales a los intereses de la comunidad y de terceros. En esta perspectiva, la conocida y siempre citada interrogante ¿en qué momento se jodió el Perú?, no solo se refiere al aspecto material sino, quizás sobre todo, al aspecto moral. Momento en que no se llegó a alcanzar o en el que se perdió la fuerza espiritual individual y colectiva necesaria para avanzar o superar crisis.

Frente a los actos de corrupción, abuso de poder y violación de los derechos humanos cometidos por los responsables del régimen y de sus comparsas se plantea la cuestión de la responsabilidad por lo sucedido. Sin duda alguna, en un nivel primario, los autores y partícipes de comportamientos tipificados como delitos en la ley penal responden penalmente en su condición de delincuentes. Sin embargo, no basta con quedarse en este nivel de responsabilidad. También hay una responsabilidad política no solo de quienes detentaban el poder sino así mismo de todos aquellos que de una u otra manera lo ejercían, directa o indirectamente. El cierre del Parlamento, la toma del aparato judicial con la participación de magistrados serviles, el sometimiento del órgano garante de la corrección de los procesos electorales, el control de la mayor parte de los medios de comunicación, entre otras medidas antidemocráticas, no solo fueron posibles por el ejercicio abusivo del poder ejecutivo sino también estuvieron condicionados, por un lado, por la incapacidad e ineficacia de los miembros de la oposición para contrarrestar dichos abusos de poder y, por otro lado, por el apoyo popular

que recibieron, durante un buen tiempo, las medidas dictatoriales, comprendidas aquellas que violaban los derechos humanos. Apoyo que puede ser explicado por los resultados que se lograron tanto en la lucha contra el terrorismo, como en la disminución de la hiperinflación, pero que no puede ser justificado moralmente en la medida en que se aceptaba con entusiasmo, al mismo tiempo, el ejercicio abusivo del poder. Por último, hay una responsabilidad moral por los perjuicios causados, directa e inmediatamente, a los derechos de terceros, así como por aquellos que comprometen los intereses de las generaciones futuras. Respecto a estos últimos, pensamos en particular a la organización de un Estado de derecho eficaz para administrar correctamente el patrimonio humano, cultural y económico del pueblo peruano.

Estos aspectos referentes a la ética y responsabilidad de los miembros de la comunidad pueden ser evidenciados en relación con la manera como se abordan los problemas concernientes al sistema de control penal. Muchos ejemplos pueden darse, sin embargo nos limitaremos a presentar brevemente algunos que nos parecen interesantes.

2. Código Penal de 1991

La elaboración de una ley tan importante como un Código Penal, como toda persona lo sabe, supone la determinación de los valores que, conforme a la Constitución y a los Convenios internacionales, deben ser reforzados para que la vida comunitaria se desarrolle debidamente y, así mismo, una voluntad política para aplicarlo debida y eficazmente. El primer aspecto aparentemente se dio cuando el Poder Ejecutivo presidido por Fujimori, en virtud de una delegación de facultades legislativa de parte del Parlamento, dictó el Código Penal de 1921, en el que se previeron los principios básicos de un derecho penal liberal, por ejemplo, los principios de legalidad, culpabilidad, lesividad, etc. Pero, el segundo no existió, como ha quedado demostrado tanto por las contradicciones contenidas en el mismo Código y por las modificaciones que se le practicaron sucesivamente con el fin de acentuar su carácter represivo, como por la manera en que se promovió su aplicación por un sistema judicial al que se sometió mediante la corrupción. La dación del Código aparece, desde esta perspectiva, como un acto destinado a dar del régimen la imagen de un régimen interesado en proteger a las personas, respetuoso de los derechos fundamentales, preocupado por fortalecer las instituciones democráticas, cuando en realidad el proyecto político era el de establecer un régimen de fuerza apoyado por las Fuerzas Armadas y por el Sistema de Inteligencia del Estado, lo que quedó evidenciado con el golpe de Estado que contra sí mismo llevó a cabo al año siguiente. Un antece-

dente de esta actitud política fue el abandono de las promesas políticas hechas para ganar las elecciones presidenciales y la adopción del programa económico del candidato vencido. Todo esto es una manifiesta falta de ética política que ha inspirado también la adopción del Código Penal de 1991. En este contexto qué pensar de quienes colaboraron en la elaboración del texto definitivo de dicho Código. Suponemos que lo hicieron con buena fe en la medida en que este Código, inicialmente, no se caracterizaba por su carácter autoritario. Pero, también es de preguntarse si, a veces, a pesar de la experiencia política con que se cuenta o por nuestros vínculos con el régimen no participamos conscientemente en la mascarada con el afán de "inmortalizar" nuestras concepciones en un "monumento legislativo". A este nivel, cabe justamente preguntarse si cumplimos con nuestra ética profesional marcada sobre todo por nuestra manifestación de fe en favor del Estado de derecho.

3. Código del niño y del adolescente

Si se tienen en cuenta los criterios establecidos en el Código Penal, sorprenden enormemente la manera cómo han sido ignorados en la elaboración del denominado Código del niño y del adolescente. Por ejemplo, cómo conciliar las nociones de persona y vida admitidas en la ley penal común con el artículo primero del Título Preliminar de este último Código, primer párrafo, en el que se dice: "Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad". Y agrega, luego, en el segundo párrafo: "El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece" y, en el artículo 1, que "el niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción". De modo que si el embrión o el feto es un niño, como no derogar consecuentemente las disposiciones sobre el aborto para que se apliquen las normas referentes al homicidio, pues el niño es una persona y, por tanto, víctima de este delito previsto en el artículo 106 del Código Penal. Si no se ha procedido de esta manera es debido a que se trata de un acto ambiguo, demagógico inspirado o dirigido a satisfacer a quienes estiman que todo aborto constituye un asesinato y hasta un acto que, junto a los demás abortos que se realicen, implica un genocidio.

También resulta sorprendente que se conciba al niño, comprendiendo al embrión y al feto, como autor de infracciones a la ley penal (artículo IV) y como sujeto, conjuntamente a los adolescentes, de medidas socio-educativas. Las mismas que son reguladas como si fueran, sobre todo, destinadas a la protección de los menores y adecuadas a su personalidad. Sin embargo, su aspecto punitivo no puede ser ocultado por la simple terminología utilizada; por ejemplo, designar

una de las sanciones con la expresión "libertad restringida" es solo un eufemismo por que corresponde a una "privación de libertad restringida". En consecuencia, se trata de una pena a igual título que las penas privativas de libertad del Código Penal. Este es el caso así mismo, pero de manera más evidente, de la internación en establecimiento para tratamiento. Esta medida, según las circunstancias, puede durar hasta seis años (artículo 195) y ha sido prevista para diversos casos: el denominado "pandillaje pernicioso" (artículo 193 a 199); la comisión de "un acto infractor doloso, que se encuentra tipificado en el Código Penal y cuya pena sea mayor de cuatro años" (artículo 237, literal a), la "reiteración en la perpetración de otras infracciones graves" (artículo 237, literal b) y el "incumplimiento injustificado y reiterado de la medida socio-educativa impuesta" (artículo 237, literal c).

Los dos últimos casos constituyen violaciones flagrantes de los principios del derecho penal liberal y su carácter represivo supera al del derecho penal de adultos. En este, no solo no se admite la reiterancia sino que se excluye la reincidencia como circunstancia agravante. Tampoco, se considera como delito el no sometimiento a la ejecución de una pena o medida de seguridad, como lo hace el Código comentado violando el principio de la legalidad.

Atención particular y condena firme merece la regulación del denominado "pandillaje pernicioso" (artículo 193 a 199). La definición de este "pandillaje" contradice el principio de la legalidad. En el artículo 193, se estatuye que "se considera pandilla perniciosa al grupo de adolescentes mayores de 12 años y menores de dieciocho que se reúnen y actúan para agredir a terceras personas, lesionar la integridad física o atentar contra la vida de las personas, dañar bienes públicos o privados utilizando armas de fuego, armas blancas, material inflamable, explosivos u objetos contundentes, o bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas". La ambigüedad de la redacción permite comprender que basta que los agentes considerados constituyan, aun ocasionalmente, una pandilla y cometan actos tendientes a (elemento subjetivo del tipo legal) realizar uno de los comportamientos enumerados, sin que sea necesario que lo consuman realmente. La medida prevista para esta figura delictiva básica es la de internación no mayor de tres años y, en el caso agravado del artículo 195, de hasta seis años. Según el artículo 235, "la internación es una medida privativa de libertad"; por tanto, no difiere de una pena privativa de libertad por más que se le llame medida socio-curativa.

La trapacería legislativa es doble. Por un lado, ocultar la represión presentándola como medida de protección y tratamiento y, por otro, pasar de contrabando una figura delictiva que está estrechamente vinculada a actividades sub-

versivas y desvirtuar lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley N.º 26447, que dejó sin efecto la disminución a 14 años del límite de la capacidad penal, fijado en 18 años en el artículo 20, inciso 2, del Código Penal. Se trata de un acto de politiquería criminal criolla, encubierta en un discurso de política criminal tuitiva. Este proceder muestra falta de ética, además de ignorancia y desconocimiento de la técnica legislativa, de quienes favorecieron este tipo de disposiciones.

4. Corrección del proceso de legislar

El ejercicio del Poder Legislativo está enmarcado por diversas normas que van desde las previstas en la Constitución hasta los reglamentos concernientes a las labores parlamentarias. Se trata de garantizar, entre otros aspectos, la expresión correcta de la voluntad popular mediante los representantes elegidos por los electores. El hecho que la Constitución autorice la delegación de facultades legislativas en favor del Poder Legislativo no significa que el Parlamento abandone totalmente sus facultades y, en particular, las referentes a la delegación misma y al control que debe ejercer sobre la manera cómo el Poder Ejecutivo cumple con el poder que se le ha delegado. De modo que el proceso de elaboración y dación de las leyes debe conservar la transparencia debida para que también los ciudadanos puedan controlar que se cumpla con las reglas democráticas.

Todo esto resulta ilusorio cuando, por ejemplo, las comisiones encargadas de elaborar un anteproyecto o un proyecto de ley no consignan sus debates y los resultados alcanzados en procesos verbales o cuando se produce la intervención, a último momento, de alguien que no tiene competencia alguna para hacerlo y que se materializa en la modificación de la última versión que solo faltaba ser aprobada y promulgada como ley. Por ejemplo, en un punto tan delicado como la represión del aborto, el proyecto establecido por la comisión revisora constituida por parlamentarios, representantes del Poder Ejecutivo y de los Colegios de Abogados, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 17 de julio de 1990, preveía la no represión del aborto, practicado por un médico con el consentimiento de la mujer, por razones terapéuticas, cuando el embarazo es el producto de una violación sexual fuera de matrimonio y en el caso en que el ser en formación adolece de graves taras físicas y psíquicas (artículo 120). El 20 de enero de 1991, se publicó en el mismo diario, sin indicar quienes eran los autores, un nuevo proyecto en el que se mantenía la impunidad solo del aborto terapéutico (artículo 119) y se establecía la represión en los dos otros casos mencionados en el artículo 120 del proyecto de 1990 con la pena privativa de libertad no mayor de un año. Sin embargo, en el texto definitivo del Código de 1991, artículo 120, este máximo es disminuido a tres meses.

Sin juzgar el fondo del problema, hay que destacar el proceder anómalo en la elaboración del texto legal que queda definitivamente establecido por la "intervención providencial" de un "legislador sin rostro". Hecho que recuerda la manera indebida cómo un jugador de fútbol da la victoria a su equipo metiendo un gol con la mano de modo tal que el referí no se da cuenta y que, luego, justifica su "viveza" diciendo que todo fue obra de la "mano divina". Esta misma falta de corrección ética se da en las modificaciones de último minuto del texto establecido por la Comisión revisora del Código Penal. Lo mismo se puede decir de las modificaciones que fueron, realizadas inmediatamente después de publicado el Código de 1991, mediante la simple publicación de una larga lista de fe de erratas. Así, el ejercicio del poder de legislar es desnaturalizado en la medida en que es ejercido por personas que no han sido elegidas por los ciudadanos. La falta de respeto a este criterio básico del Estado de Derecho no es debido a una incompleta formación dogmática jurídica o una defectuosa técnica legislativa, sino más bien una manifestación clara de falta de ética en el ejercicio del poder público. Sin embargo, proceder de esta manera no solo es percibido como eficaz, sino como adecuado al sistema corrupto institucionalizado.

5. Código Procesal Penal

La falta de voluntad política para proceder a una renovación democrática y liberal del sistema de control penal quedó demostrada en la reforma de la legislación procesal penal. Como en el ámbito penal, después de un largo proceso de elaboración, se adoptó un nuevo Código Procesal Penal, inspirado fundamentalmente en el principio del proceso debido y en el sistema contradictorio. De esta manera se manifestaba la voluntad de respetar mejor los derechos tanto del imputado como de la víctima. Sin embargo, este Código no ha sido hasta ahora puesto en vigencia, salvo algunas de sus disposiciones referentes a la privación preventiva de la libertad del sometido a proceso. El pretexto invocado fue la falta de medios materiales y procesales de parte del Ministerio Público, a quien se encargaba la realización de la investigación necesaria para sostener o no la acusación durante el juicio oral ante el juez competente y, en igualdad de condiciones, con la defensa y la parte civil.

El factor decisivo, en nuestra opinión, de este bloqueo fue el hecho que se considerase a la nueva ley procesal como medio poco conveniente y eficaz para reprimir especialmente a los sospechosos de haber cometido actos de terrorismo. Optándose más bien por dictar leyes previendo juicios expeditivos a cargo de jueces sin rostro o por someter a los procesados a la administración de justicia militar. Si a esto agregamos la abdicación de la Corte Suprema, en casos de

conflictos de competencia, en favor del fuero privativo, tenemos los elementos esenciales del sistema procesal contrario al Estado de Derecho que se instauró con la finalidad de combatir el terrorismo aun violando los principios esenciales del proceso debido. Aquí, también la manera de proceder adolece de una falta de ética en la medida en que de manera simbólica y demagógica se adopta un Código liberal y se le reemplaza subrepticiamente por un sistema autoritario. Constituye, en realidad, una manipulación política de la ley procesal penal que sacrifica el debido proceso en aras de una represión expeditiva.

6. Facultades de los procuradores de la República

La creencia muy extendida de que el Derecho es un instrumento útil para resolver los problemas sociales inspira y refuerza el afán constante de modificar la legislación. El mismo efecto tiene la mentalidad legalista imperante que considera, por un lado, que en la ley se encuentran las respuestas a todos los problemas y, por otro lado, que, si estas no se deducen fácilmente del texto legal debe dictarse una nueva ley para aclarar o completar su sentido. Sin embargo, esta voracidad reformadora no siempre se manifiesta a pesar de que la ley es deficiente y de que, por sus orígenes, sus fines no parecen tan claros. Por ejemplo, el Decreto Ley N.º 17537 del 25 de marzo de 1969 fue dictado por el Gobierno de Velasco Alvarado para modificar la legislación referente a las Procuradurías Generales de la República. Esta modificación fue justificada afirmándose que esa legislación "era antigua, dispersa y deficiente, resultando en consecuencia inadecuada para el momento actual", es decir, para concretizar los objetivos revolucionarios que el régimen se había propuesto alcanzar. Así mismo, se afirmaba que era "necesario propender al mejoramiento de la defensa del Estado dotándole de los medios adecuados para ello".

Teniendo en cuenta que los diversos gobiernos, constitucionales o de facto, que desde entonces se han sucedido no han revisado ni derogado ese Decreto Ley, hay que suponer que este fue correctamente concebido y que sigue siendo la base legal adecuada para que actúen los procuradores de la República. Con arreglo a este Decreto Ley, intitulado "De la representación y defensa del Estado en Juicio", "la defensa de los intereses y derechos del Estado se ejercen judicialmente por intermedio de los Procuradores Generales de la República a cargo de los asuntos de los diferentes Ministerios" (artículo. 1). Estos funcionarios tienen "la plena representación del Estado en juicio y ejercitan su defensa en todos los procesos y procedimientos en los que actúe como demandante, demandado, denunciante o parte civil" (artículo 10). Se trata, fundamentalmente, de abogados del Estado y, por consiguiente, sin facultades para asumir algunas de las atribuciones propias de los jueces o de los fiscales.

A diferencia de los abogados de las personas privadas, los procuradores, en materia penal, "actuarán como denunciantes o constituyéndose en parte civil, según sea el caso, sin que las limitaciones que señalan el Código de Procedimientos Penales y el Código de Justicia Militar para la actuación de la parte civil, en la etapa de la instrucción, puedan restringir su labor de cautela y de defensa de los derechos e intereses del Estado" (artículo 14). Así, por ejemplo, podrán pronunciarse sobre las pruebas de cargo contra el procesado o sobre la pena que debe serle impuesta. El ejercicio de sus facultades, tanto normales como excepcionales, debe tener lugar en el marco del proceso judicial. Este sentido es evidenciado cuando, al final del citado artículo 14, se dispone que para llevar a cabo su labor de cautela y de defensa de los derechos e intereses del Estado, los Procuradores "podrán informarse de cualquier diligencia e intervenir en ellas". A contrario, ellos no son competentes para practicar estas diligencias de manera autónoma.

Sin embargo, cabe preguntarse si para denunciar delitos cometidos en agravio del Estado pueden realizar, por ejemplo, indagaciones consistentes en interrogar personas sospechosas de haberlos cometido o de haber ayudado a sus autores, obtener piezas a convicción para fundamentar la denuncia. La respuesta puede ser positiva a condición de que estas actividades no signifiquen el ejercicio de un poder de persecución que solo compete a jueces instructores o fiscales, así como a las comisiones investigadoras parlamentarias. En este nivel, en consecuencia, no tienen mayores derechos o facultades que las de cualquier abogado defensor, el mismo que, según el caso, también está interesado en presentar pruebas de descargo o referentes a los perjuicios sufridos por la víctima.

Si estas reflexiones son correctas, se plantea entonces la cuestión de por qué el Decreto Ley N.º 17557 no ha sido modificado, completado o, al menos, armonizado con la Constitución de 1979 o con la de 1993. Las normas dictadas en relación con dicho decreto ley no han modificado substancialmente el papel atribuido a los procuradores. Así sucede, por ejemplo, con el Decreto Ley N.º 18411, el Decreto Supremo N.º 019-82.JUS, las leyes N.ºs 26718, 27378 (artículos 9 y 14), 27379. El Proyecto de Ley N.º 2236 de noviembre de 1996, aún en trámite en el Parlamento, tampoco aporta modificaciones esenciales a la función de los procuradores. Por el contrario, en consideración a la época en que fue propuesto, implicaba un cambio significativo el planteamiento, hecho en 1976, de unificar la Procuraduría con el Ministerio Público, por entonces integrado en el Poder Judicial. Los argumentos avanzados eran que ambas instituciones defienden un solo interés, es decir, el del Estado y de la sociedad; que se duplicaban inútilmente esfuerzos, personal y gastos; que el Ministerio Público debía ser independizado del Poder Judicial. Esta propuesta no

tuvo mayor eco, pero es de interés tener en cuenta la manera cómo se concebían las funciones de los procuradores.

Una de las razones para no derogar o modificar substancialmente el Decreto Ley N.º 17537 puede ser el interés práctico de todo régimen de contar con los medios necesarios para defender lo que ellos consideran como intereses del Estado y que, muchas veces, se trata, en buena cuenta, de la defensa de sus propios intereses políticos; por ejemplo, la persecución de los miembros de la oposición. Esto fue lo que se reprochó al régimen militar de Velasco y, en particular, a quienes ejercieron el cargo de procuradores. En todo caso, esta pasividad legislativa, incoherente con el dinamismo inútil de algunos parlamentarios en el ámbito penal, muestra una insensibilidad ética en la manera en que se mantienen normas autoritarias por razones de Estado. El hecho de que estas sean alegadas por un régimen parlamentario para reprimir a los corruptos funcionarios del régimen autoritario precedente no explica ni justifica la falta de voluntad política para derogar o reformar substancialmente un instrumento legal no plenamente conforme con el Estado de derecho. Sobre todo, cuando se invoca la finalidad de moralizar el ejercicio del poder estatal. Esto resulta aún más evidente cuando se constata que desde 1995 se han planteado alrededor de mil quinientas iniciativas de modificación del Código Penal, el mismo que se quiere ahora reformar substancialmente.

7. Colaboración internacional en materia penal

La necesidad de reprimira, los responsables de los numerosos delitos cometidos durante el régimen fujimorista ha puesto en evidencia el desconocimiento tanto de las normas que rigen la ayuda internacional en materia penal como de su real funcionamiento. Deficiencia de graves consecuencias para los intereses nacionales, así como para la administración de justicia en particular; y respecto a la cual las instituciones encargadas de la formación de juristas y de jueces tienen una gran responsabilidad. Tratar los diversos aspectos de este problema sobrepasa los límites de este trabajo. A título de ejemplo, vamos a plantear algunas cuestiones relativas a la recuperación de capitales depositados en cuentas bancarias en el extranjero por los autores de tales delitos.

En Zúrich (Suiza) un procurador, sospechando el origen ilícito de diversas sumas de dinero e, igualmente, que el verdadero propietario era Vladimiro Montesinos, inició un procedimiento penal por delito de lavado de dinero. Para evitar que el dinero depositado en Bancos suizos sea transferido al extranjero, dispuso el bloqueo de las cuentas bancarias respectivas.

Con la finalidad de avanzar en la investigación, el procurador suizo, a través de las vías administrativas correspondientes, solicitó la colaboración de las

autoridades peruanas competentes. A su vez, estas iniciaron diversos procesos penales y pidieron también ayuda a las autoridades helvéticas.

A Suiza interesaba, primero, reunir los elementos suficientes para afirmar que, en su territorio, se ha blanqueado dinero e individualizar a los posibles responsables; segundo, obtener ayuda internacional penal de parte de las autoridades peruanas; tercero, precisar el origen ilícito del dinero depositado en los bancos suizos para determinar si procede o no ordenar el decomiso o la confiscación del mismo.

Este último interés está directamente vinculado al problema del destino de los valores patrimoniales ilícitos, objeto o producto de la actividad delictuosa. Problema que depende de si las autoridades suizas son competentes tanto para perseguir los delitos como para decomisar y/o confiscar los bienes ilícitos que se encuentran en su territorio.

Según el artículo 59 del Código penal suizo, tratándose de valores patrimoniales, la confiscación procede cuando constituyen el resultado de un delito o están destinados a incitar un tercero para que se decida a cometer un delito o a recompensarlo por haberlo cometido. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Federal y la mayor parte de los juristas, las autoridades suizas solo pueden aplicar esta disposición cuando son competentes para reprimir al responsable del delito en cuestión. Esta competencia depende, por una parte, de que el delito haya sido cometido en Suiza o de que, cuando haya sido ejecutado en el extranjero, el autor o la víctima sean de nacionalidad suiza. Así mismo, cuando Suiza se haya comprometido a reprimir el delito mediante una convención internacional, sin interesar el lugar de comisión, ni la nacionalidad de la víctima o del autor. Muy raras son las excepciones a esta dependencia de la confiscación de valores patrimoniales ilícitos con relación a la competencia para reprimir al delincuente. Un buen ejemplo es la excepción establecida en el artículo 24 de la Ley Federal sobre estupefacientes. Según esta disposición, "los beneficios pecuniarios ilícitos que se encuentran en Suiza pertenecerán igualmente al Estado cuando el delito hubiera sido cometido en el extranjero".

Las autoridades penales suizas no son competentes para reprimir los delitos de corrupción, tráfico de drogas o de armas cometidos en el Perú, ya que no existe ningún elemento que los vincule con Suiza (nacionalidad del autor o de la víctima, etc.). En consecuencia, tampoco son competentes para confiscar los valores patrimoniales resultantes de dichos delitos cometidos fuera de Suiza. Por el contrario, son competentes plenamente en caso de blanqueo de dinero, porque el delito ha tenido lugar en su territorio (los valores ilegales han sido depositados

a nombre de un tercero en Suiza). El bloqueo del dinero en las cuentas bancarias procede en aplicación del artículo 59.

Aún en relación con el lavado de dinero, la cuestión no es tan simple. Dificultades se presentan por la manera cómo este delito ha sido definido en el artículo 305 (bis) del Código Penal suizo. De conformidad con esta norma, el lavado de dinero consiste en obstaculizar la determinación del origen, el descubrimiento o la confiscación del producto de un crimen cometido en Suiza o en el extranjero. De lo que se trata es entonces de sancionar, por un lado, a quien obstaculiza la labor de las autoridades destinada a establecer la relación entre el crimen previo al blanqueo y su producto que es el objeto del lavado y, por otro lado, a quien dificulta que el producto del delito caiga en manos de las autoridades.

En caso de depósitos de valores ilegales en cuentas bancarias en Suiza, la jurisprudencia y la doctrina predominante afirman que no se realiza el crimen de blanqueo de dinero cuando el delincuente hace esos depósitos en cuentas bancarias abiertas a su verdadero nombre. El crimen es, por el contrario, realizado cuando estas cuentas figuran a nombre de terceros. Por lo tanto, si el procesado depositó los valores patrimoniales obtenidos mediante su actividad delictuosa a su nombre en bancos suizos, no cometa lavado de dinero. Tampoco incurriría en simulación de bienes ilícitos ya que, según la legislación suiza, este delito solo se da cuando los valores simulados son el fruto de delitos contra el patrimonio.

Además, la aplicación del artículo 305 (bis) plantea otro problema de interpretación, de cuya solución depende la amplitud de su aplicación. La cuestión es de saber si el comportamiento delictuoso cometido en el extranjero y al origen de los valores ilegales constituye o no un "crimen" tanto en Suiza como en el país donde se cometió (en nuestro ejemplo, el Perú).

Si el delito preliminar al blanqueo fue, por ejemplo, un homicidio, una estafa, una falsificación de documentos se puede afirmar que el responsable puede ser reprimido tanto en el Perú, donde delinquió, como en Suiza, de haber actuado en este país. Se trata pues de crímenes que tanto formal como concretamente son punibles en ambos países. Los actos de blanqueo del fruto pecuniario de estos delitos, cometidos depositándolo en cuentas bancarias en Suiza, caen dentro del ámbito de aplicación del artículo 305 (bis) y, por lo tanto, sus autores pueden ser perseguidos penalmente por las autoridades suizas y los valores ilegales confiscados. Pero, si el crimen, producto de los valores ilegales, es el de corrupción, el blanqueo de dinero no se da. Según la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria, las disposiciones del Código suizo que reprimen los casos de corrupción no son aplicables cuando el funcionario es un extranjero, ya que

dichas normas solo tienen la finalidad de proteger el buen funcionamiento de la administración helvética. Por consiguiente, el depositar en Suiza las sumas de dinero obtenidas por un funcionario corrupto no constituye blanqueo de dinero. Por lo tanto, el dinero no puede ser confiscado.

Para remediar estas insuficiencias, se ha propuesto una interpretación diferente del artículo 59 del Código suizo. La finalidad es admitir que se puede confiscar valores ilegales independientemente de que las autoridades suizas sean o no competentes para reprimir los responsables de los delitos que los han producido. De manera que la doble incriminación sería determinada por el simple hecho que formalmente las dos legislaciones (la suiza y la peruana) reprimen penalmente el comportamiento al origen de dichos valores, sin que sea por tanto indispensable que las autoridades suizas puedan realmente perseguir a los delincuentes. Esta interpretación no sería incompatible con la legislación suiza en la medida en que se admite, por ejemplo, la confiscación sin que la autoridad suiza sea competente para reprimir el delito en cuestión (artículo 24 de la Ley Federal sobre estupefacientes, antes citado) y los acuerdos entre los Estados sobre la repartición de los valores patrimoniales decomisados (*sharing*). Esta propuesta ha encontrado eco en la doctrina y la jurisprudencia, pero el Tribunal Federal no ha tomado posición clara en su favor; lo que significa que los jueces federales mantienen el criterio de que la confiscación (artículo 59) solo procede si la jurisdicción suiza es competente para reprimir al delincuente.

De la manera cómo el responsable material del Servicio de Inteligencia Nacional ha organizado y dirigido las actividades delictuosas, que son imputadas tanto a él como a los miembros bajo su control, surge la posibilidad de que haya incurrido en crimen de pertenecer o apoyar una organización criminal. En esta perspectiva, hay que tener en cuenta que las personas que intervinieron lo hicieron en el marco de una organización estructurada de manera secreta, la misma que tenía la finalidad de realizar actos violentos y fraudulentos para obtener beneficios indebidos. En este caso, según el artículo 59, inciso 3, del Código suizo, se presume que todo valor patrimonial del que disponga la organización criminal, primero, es de origen delictuoso y/o, segundo, que servirá a cometer nuevos delitos, por lo que debe ser confiscado. En este sentido, es considerado también como sometido al poder de la organización criminal todo valor que pertenezca a una persona que ha participado en la organización criminal o la ha apoyado, salvo prueba en contrario. De allí el interés de precisar si ha existido una organización criminal.

Es evidente que la realidad es más compleja que la descrita aquí y el mecanismo judicial (nacional e internacional) más complicado que la imagen resul-

tante de nuestras sucintas explicaciones. Sin embargo, creemos que estas pueden ser útiles para comprender algunos aspectos de los problemas relativos a la recuperación de las sumas de dinero bloqueadas en los bancos suizos. Esta no depende de la simple buena voluntad de las autoridades suizas, tampoco bastan los esfuerzos entusiastas de las autoridades peruanas, ni una campaña de imagen y relaciones públicas mediante la prensa. Depende de los resultados que se alcancen en los procesos judiciales tendientes a establecer la comisión de los delitos, la responsabilidad de los procesados y el vínculo entre dichas sumas de dinero y la actividad delictuosa de la que provienen. En cuanto al Perú, esperamos, para bien del Estado de derecho y de las arcas nacionales, que los encargados de tan difícil y compleja tarea hayan contado y cuenten con la suficiente información y capacidad para iniciar y orientar las diversas vías procesales y administrativas que pueden llevar a recuperar una buena parte de dichos caudales. Es evidente que todo esto no depende simplemente de la capacidad jurídica de los órganos competentes, en diversos ámbitos y niveles, sino fundamentalmente de su voluntad política y entereza ética.

8. Respeto de diferencias culturales y del derecho consuetudinario

Tanto a nivel constitucional como legislativo, se ha logrado imponer la exigencia de que se tengan en cuenta las diferencias culturales que existen entre los diversos grupos sociales, en especial las relativas a las poblaciones nativas (comunidades andinas y de la amazonía). A pesar de las deficiencias de la regulación del Código de 1924, fue posible tener en cuenta estas diferencias en relación con la represión de determinados delitos. Por ejemplo, en los delitos sexuales el reconocimiento de la costumbre matrimonial andina del *servinacuy* como circunstancia excluyendo la represión del varón que mantiene relaciones sexuales con mujer menor de 14 años y con la que cohabita conforme a dicha costumbre. En el Código de 1991, artículo 15, se mejoró, en parte, la regulación del código anterior en la medida en que, menos etnocentrista, dispone que no es reprimido quien, por razones de cultura o costumbres, es incapaz, al momento de cometer un delito, de comprender el carácter delictuoso de su acto o de determinarse, según esta apreciación.

Los motivos y la finalidad de tal regulación son desvirtuados si se le aplica para justificar la impunidad de comportamientos promovidos o tolerados en un contexto social y político particular. De esta manera, los órganos judiciales no solo demuestran una falta de conocimientos jurídicos o de argumentación, sino también ponen de manifiesto que sus decisiones han sido inspiradas o condicionadas por razones no jurídicas. Así, resulta también evidente la carencia de ética en la aplicación de la ley.

Un caso notable es el referente a los hechos siguientes. Rosa, esposa de Mauro, abandonó su hogar, marido y ocho hijos porque este la maltrataba. Se trasladó a un pueblo vecino, donde se unió con Teodosio. Los procesados, actuando como ronderos de la localidad, detuvieron a Rosa y Teodosio, los sometieron a tratos humillantes e inhumanos, los obligaron a pagar una suma de dinero y, por último, impusieron a Rosa que entregue a su esposo la casa que ella había heredado de su padre.

La Primera Sala Penal de la Corte Superior de Áncash falló absolviendo a los procesados. La Sala penal de la Corte Suprema confirmó esta sentencia, basándose en el dictamen emitido por el fiscal supremo en lo penal. Este último argumentó diciendo que los procesados actuaron con la "finalidad de poder resolver [la] denuncia conyugal-familiar" interpuesta por Mauro contra su esposa Rosa, "aplicando normas del derecho consuetudinario y ancestral". Las cuales, según el mismo fiscal, "se encuentran contempladas en el artículo 149 de la Constitución Política". Si bien admite que "al momento de suceder los hechos hubieron algunos excesos contra los agraviados, [...] debe también de tomarse en cuenta el ámbito cultural y geográfico en donde sucedieron los hechos". Así mismo, indica que los procesados, con posterioridad, "han ofrecido las disculpas del caso, devolviendo las pertenencias" a los agraviados, dando "a entender de que no han actuado con malicia sino con el ánimo y espíritu de mantener unida a dicha familia". Señalando finalmente que por estas circunstancias "se podría tomar como un error cultural condicionado".

La Corte Suprema, sin entrar, en el fondo del asunto, se limitó a confirmar la absolución y a corregir el error en que había incurrido el Tribunal Correccional al escribir el nombre de uno de los procesados. Sin la lectura del dictamen fiscal, esta decisión hubiera ido a formar parte de las innumerables decisiones de simple trámite. Hecho que es debido a que, contra lo que manda la Constitución y principio del proceso debido, los jueces de la Corte Suprema, con frecuencia, no fundamentan sus resoluciones; amparando en el anacrónico reenvió al dictamen fiscal, el mismo que no es siempre publicado, cuando raramente se dan a conocer las decisiones judiciales.

De la descripción de los hechos, a los que se refiere el fiscal calificándolos de "excesos contra los agraviados", se comprueba que los comportamientos cometidos por los procesados realizan diversos tipos legales (infracciones contra el honor, la integridad corporal, la libertad individual, el patrimonio). Afirmar que no actuaron con malicia resulta vago; ya que no se sabe si se hace referencia a un simple elemento subjetivo del tipo o constituye una negación de que los agentes actuaron con dolo. Esto resulta difícil admitirlo porque está claro que

obraron con conciencia y voluntad de humillar, maltratar, coaccionar y despojar de bienes a los agraviados. De modo que objetiva y subjetivamente se dan los tipos legales.

La circunstancia de que, con posterioridad, hayan pedido disculpas a los agraviados y les hayan devuelto sus pertenencias no tiene influencia alguna en la calificación y comprobación de los comportamientos perjudiciales. Para absolver a los autores era indispensable invocar una causa de justificación o de falta de culpabilidad. Así, habría podido plantearse si actuaron conforme a la ley (artículo 20, n.), ya que el fiscal afirma que los procesados actuaron conforme a "normas del derecho consuetudinario y ancestral". Sin embargo, fuera de esta afirmación general y vaga, no se menciona cuáles son las normas consuetudinarias que permiten a los ronderos humillar, maltratar de manera inhumana, imponer pagos de dinero coactivamente, despojar de bienes inmuebles a las personas. A lo más, tal vez, se hubiera podido afirmar que los ronderos intervinieron según normas que han surgido y se han consolidado desde que este medio de autodefensa surgió en el Perú. Sin embargo, esto no es suficiente para justificarlos o exculparlos por los abusos que cometieron.

El hecho de que el fiscal invoque el derecho consuetudinario y el artículo 179 de la Constitución hace pensar que ha tenido en cuenta el artículo 15 del Código Penal, lo que explicaría que haga referencia al ámbito cultural y geográfico (Acopara-Distrito de Huantar) en que sucedieron los hechos. En cuanto a la norma constitucional, hay que señalar que la permisión que contiene sobre la aplicación del derecho consuetudinario está limitada a que esta tenga lugar respetando a los derechos humanos. Ahora bien, se viola estos últimos cuando se humilla, maltrata de modo inhumano, coacciona y priva de su patrimonio a una persona. La dignidad humana es directamente atacada. Por tanto, no las referencias a dichas disposiciones no podían constituir la base para absolver a los inculpados.

En cuanto al artículo 15, no invocado expresamente, hay que destacar que, en ningún momento, se ha afirmado que por su cultura o costumbres los autores eran incapaces de comprender el carácter ilícito de sus actos o de determinarse según esta apreciación. Del dictamen fiscal no se deduce que ellos mismos hayan invocado esta incapacidad. En realidad, todo lleva a admitir que tenían plena conciencia de la índole de sus comportamientos.

Tampoco, admitiendo la equivocada idea de que el artículo 15 prevé el denominado error de prohibición culturalmente condicionado, se puede llegar a explicar y justificar la absolución. Este tipo de error supone que el autor sepa que su comportamiento está jurídicamente prohibido, pero estima, por equivo-

cación, que existe una causa de justificación o que los límites de aplicación de esta son más amplios que los establecidos en la ley. Al respecto, no basta que se alegue "haber creído actuarse conforme a derecho", sino que deben indicarse las razones decisivas que permitan creerse en derecho de obrar de la manera como se hizo. Esto resulta muy difícil de admitir cuando se trata de violaciones graves de derechos fundamentales, la dignidad, libertad, integridad corporal, honor, patrimonio de las personas. Dicho de otra manera, resulta imposible admitir que los ronderos pensasen que maltratar de manera inhumana a los agraviados o despojar de su casa a la agraviada no fueran comportamientos prohibidos. Tampoco es posible aceptar, al menos en la medida en que no se ha establecido, en qué normas de Derecho ancestral basaron sus comportamientos, que creyeron que estaban actuando conforme a derecho. Esto es válido afirmarlo tanto respecto al derecho conformado por la Constitución y las demás normas establecidas o reconocidas por el Estado, como en cuanto a las supuestas normas consuetudinarias y ancestrales, las mismas que no han sido debidamente determinadas en el dictamen fiscal.

La constatación que, cuando sucedieron los hechos, no existía juez de paz ni gobernador puede explicar que "los encausados se avocaron a resolver dicho caso" debido a un vacío de poder y a la necesidad de resolver los conflictos personales de los pobladores; pero nunca puede servir para justificar que tal intervención se haga abusando del poder y violando los derechos fundamentales de las personas. Si se admite esto, no solo se trata de una abdicación del ejercicio legítimo y democrático del poder, sino del abandono de la protección de los derechos humanos. Por último, hay que indicar que se llega al absurdo cuando se recurre también al argumento de "mantener unida la familia", ya que esta se encontraba en crisis porque el marido maltrataba físicamente a la agraviada, maltratos señalados en el mismo dictamen. En realidad, los agraviados son, por un lado, la mujer que abandona su marido violento y, por otro, el amante de la primera.

La aceptación sin comentario alguno de los argumentos del fiscal muestra la ligereza con que se administra justicia al más alto nivel del aparato judicial. Ligereza aparente en la medida en que la intervención de los ronderos se enmarca en un tenso contexto social, el mismo que es caracterizado por la falta de presencia del Estado en muchas zonas del territorio nacional y su incapacidad para brindar la seguridad indispensable a los pobladores. Los mismos que tuvieron que organizarse y armarse para protegerse. Iniciativa que fue instrumentalizada por el Estado, con frecuencia, para luchar contra la subversión armada. Si se tiene en cuenta esta realidad, resulta más fácil comprender porque, en el caso dado en ejemplo, se declaró la impunidad de los procesados. Pero, en ningún caso se

puede considerar que se aplicó conveniente la ley penal. El supuesto respeto de la cultura y costumbres de los agentes solo constituyen un argumento retórico que invoca indebidamente las normas constitucionales. Además de la torpeza en el razonamiento y la ignorancia jurídica, una decisión de esta naturaleza revela una real falta de ética profesional y política. De esta manera, no se favorece el reforzamiento del respeto de las diferencias culturales al elaborarse y aplicarse la ley penal, sino que se le debilita y desacredita.

9. A manera de conclusión

En el periodo crucial que vive el país y con la finalidad de promover el establecimiento de un real Estado de Derecho, resulta más conveniente y eficaz preocuparse por restablecer los mecanismos democráticos destruidos por el autoritarismo y la corrupción. En el campo del sistema de control penal, es mucho más importante prestar atención al funcionamiento del sistema que al perfeccionamiento formal del ordenamiento legal. Es decir, la reorganización de la administración de justicia, el mejoramiento de sus recursos materiales y personales, la democratización del fuero privativo de justicia para restringirlo a sus justas proporciones en el seno del sistema judicial común tienen la prioridad. El análisis de cuestiones dogmáticas o la promoción de debates sobre corrientes de ideas penales no deben ser descuidados, pero no es la panacea para mejorar y limpiar el sistema vigente.

Un cuidado especial, hasta ahora omitido, merece, por un lado, la capacitación de jueces y fiscales para que tengan mayor creatividad y respeten mejor los derechos humanos tanto en la interpretación de las disposiciones legales, como en su aplicación efectiva. Por otro, el desarrollo de un sentimiento ético que refuerce la dimensión técnico jurídica de los órganos del sistema de control penal y de quienes intervienen como políticos o expertos en la elaboración de las normas legales. La cuestión de la persona, profesional y éticamente solvente, es el factor decisivo, aunque no único para comenzar a salir de la crisis actual.

II
Moral, sexualidad y derecho penal*

Sumario: 1. Introducción. 2. Concepciones morales sobre la sexualidad. a. Cristianismo b. Liberalismo. c. Marxismo. d. Feminismo. 3. Sexualidad. a. Sexo y género. b. Creación de la sexualidad. c. Sistema de control penal. 4. Bibliografía sucinta.

1. Introducción

En las reformas de la legislación penal, en las últimas décadas, ha jugado un papel muy importante la cuestión referente al criterio que afirma: todo delito debe comportar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. En la base de esta exigencia se encuentran dos ideas fundamentales: de un lado, el derecho penal es un derecho de actos y, por tanto, no debe reprimirse en razón de meras ideas, sentimientos o deseos que no se materialicen en actos modificadores del mundo exterior. De otro lado, el derecho penal no tiene como finalidad imponer a las personas una concepción moral o política determinada.

En los debates sobre si y en qué medida el derecho penal debe ser utilizado para regular los comportamientos de las personas en el dominio de la sexualidad, la crítica frecuentemente expresada respecto a las leyes penales ha consistido en afirmar que tienden a reforzar reglas morales basadas en concepciones patriarcales y autoritarias. De esta manera, se deja de lado la exigencia de que solo se recurra al derecho penal para proteger los bienes jurídicos contra los ataques que perturban gravemente su conservación y goce por parte de las personas. Así

---

* Publicado en *Anuario de Derecho Penal* 1999-2000. *Derecho penal y discriminación de la mujer*, Lima, 2000, pp. 25-35.

mismo, se exige, de manera paternalista, la obediencia de las personas a reglas que imponen conductas consideradas normales y buenas[1].

Por esto, al abordar el derecho penal sexual, resulta indispensable plantearse la cuestión de las relaciones entre el derecho y la moral. Estas complejas y polivalentes relaciones no pueden ser explicadas y justificadas de manera unilateral. En esta perspectiva, Nino[2] considera que hay que distinguir dos tipos de relaciones entre el derecho y la moral: una a nivel de la justificación de las normas legales y otra al de su interpretación.

El primer nivel de relación resulta evidente del simple hecho que se recurre, casi siempre, al derecho penal en ámbitos en los que rige un determinado principio moral. Muy raros son los casos en que se le emplea en áreas no concernidas por la moral: ámbitos de "indiferencia moral". En el de los comportamientos sexuales, es manifiesto que los criterios morales intervienen directamente cuando se delimita lo permitido de lo prohibido. De esta verificación, no hay que deducir que sea de propugnar la represión de todo comportamiento juzgado moralmente negativo. Hay que admitir, por el contrario, que no se puede comprender cabalmente por qué se reprime un comportamiento sexual si no se evidencian los criterios morales tomados en cuenta.

Respecto a la interpretación, el contexto moral en el que surge y se desarrolla el derecho penal determina que la interpretación de las normas sea un proceso preñado de apreciaciones de valor[3]. En palabras de Nino[4], "el derecho no puede ser interpretado si no se recurre, en momentos cruciales de esa tarea interpretativa, a consideraciones de índole moral".

De modo que para entender por qué han sido establecidas normas represoras de ciertas conductas sexuales y cómo estas han sido comprendidas y aplicadas, hay que considerar las concepciones morales sobre la sexualidad que las han inspirado. Sin pretensión de ser exhaustivos, presentaremos algunas de las más importantes de estas concepciones.

---

1 JÄGER, Herbert, "Política jurídico penal y ciencia", en *Sexualidad y crimen*, 3.ª ed., pp. 289 y ss., Madrid, 1969, pp. 289 y ss.

2 NINO, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona 1994, p. 23; cfr. DREIER, Ralf, "Derecho y moral", en GARZÓN VALDÉS, Ernesto (comp.), *Derecho y filosofía*, Fontamara 50, México D. F., 1988, pp. 71 y ss.

3 ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963, pp. 58 y ss.

4 NINO, *Derecho, moral y política*, cit., p. 128.

2. Concepciones morales sobre la sexualidad

a. Cristianismo

Por su importancia preponderante en la formación del pensamiento occidental, debe considerarse, en primer lugar, la ideología cristiana debe ser considerada. Esta ha jugado, en occidente, un papel decisivo en la evolución de las ideas y de la práctica en la sexualidad. Gracias principalmente a su influencia, la libertad sexual y la valoración positiva del placer sexual predominantes en el mundo grecolatino fueron substituidas por la condena generalizada de la sexualidad y la reglamentación estricta de su práctica[5].

Esta ética sexual[6] ha conservado su enorme influencia y solo en nuestra época ha sido cuestionada en sus fundamentos. Es imposible presentar, aun de manera resumida, los cambios que ha sufrido a lo largo de los siglos. De acuerdo con los historiadores, hay que señalar tres grandes sucesos: la reforma gregoriana, la imposición de un modelo de matrimonio monogámico indisoluble y exogámico, la unificación conceptual de los pecados de carne en el pecado de lujuria mediante la previsión de los siete pecados capitales.

La reforma gregoriana (papa Gregorio VII) tuvo como uno de sus objetivos lograr un mejor control de los cleros. Con este objeto, por ejemplo cuestionó a los clérigos que habían comprado su ordenación o sus cargos (llamados clérigos simoníacos), con la finalidad de restringir el poder de los señores y príncipes de otorgar estos cargos. Trató de imponer el celibato y propugnó el ideal contemplativo que suponía la continencia, la virginidad. De esta manera, consagró la división sexual entre clérigos y laicos. Si bien el celibato era establecido para evitar que los hijos de los clérigos heredasen bienes eclesiásticos[7], su imposición reflejaba también la manera de percibir la sexualidad. El matrimonio fue reservado para los laicos y se proclamó que solo en su interior la actividad sexual era moralmente permitido y a condición que fuera practicada con el fin de procrear[8]. De esta manera, cuando el derecho canónico se constituye, en el siglo IV, el matrimonio es presentado como una concesión a los débiles e incompatible con la perfección cristiana. Al mismo tiempo que el celibato es impuesto a los

5 Le Goff, Jacques, "Le refus du plaisir", en *Un autre Moyen Age*, Gallimard, 1999, p. 567; Fontana, Josep, *Europa ante el espejo*, Crítica, Barcelona, 1994, p. 35..

6 Le Goff, "Le refus du plaisir", cit., pp. 576 y ss.

7 Fontana, *Europa ante el espejo*, cit., p. 51.

8 Klapisch-Zuber, Christiane, "Les femmes et la famille", en Le Goff, Jaques (editor), *L'homme* médiéval, Seuil, París, 1989, pp. 315 y ss.

clérigos, el carácter peligroso de la mujer es acentuado cada vez más[9]. A partir de la condena de la lujuria, se desarrolla la intolerancia hacia la homosexualidad y una especial manera de tratar la prostitución. Los pecadores sexuales serán calificados de réprobos y excluidos de la sociedad.

En sucesivas encíclicas esta concepción de la sexualidad ha sido ratificada y las violaciones a las pautas de comportamiento sexual establecidas han sido estrictamente condenadas. Los comportamientos que no eran conformes a estos criterios eran calificados de contrarios a la naturaleza y, por tanto, de inmorales. De donde se deducía fácilmente, por ejemplo, que el adulterio (práctica sexual fuera de matrimonio) y la masturbación o la homosexualidad (actos carentes de finalidad de procrear) debían ser reprimidos.

La justificación de esta concepción en base a su pretendida inspiración divina determinó que fuera considera como inmutable. Por esta razón, la naturaleza humana, la sexualidad, la familia son concebidos de manera abstracta como entidades ajenas a toda evolución. De la misma manera, los criterios estatuidos respecto a la sexualidad son considerados dogmas absolutos y permanentes. La monogamia es percibida como fenómeno natural y única base de la vida comunitaria. No sorprende que esta concepción haya sido y sea fuertemente criticada por ser ajena a la historia y presentar las reglas de comportamiento que ha creado como si fueran verdades absolutas.

b. Liberalismo

La concepción liberal de la moral sexual tiene su base en las concepciones filosóficas que afirman la autonomía y la libertad de la persona. De acuerdo con esta manera de pensar, el factor determinante es el acuerdo de voluntades de las personas en las prácticas sexuales. Así, el límite de lo prohibido y permitido moralmente está condicionado por este acuerdo de voluntades recíproco, libre y debidamente informado. Se trataría de una especie de convenio consensual asumido por personas capaces de consentir libremente. Este contrato carece de validez si una de las partes es incapaz o si su consentimiento fue obtenido de manera fraudulenta o violenta. Las personas son libres y merecen que su dignidad sea respetada, de lo que se deduce la tolerancia en relación con los demás. La dignidad sería gravemente violada, en la medida en que una de las partes utiliza a la otra como mero medio para alcanzar sus fines; por ejemplo, imponer mediante la violencia o el engaño prácticas sexuales a la otra parte. Así, el simple

9 De Beauvoir, Simonne, *Le deuxième sexe*, vol. 1, Gallimard, París, 1999, p. 157.

acuerdo no es suficiente para considerar moral la actividad sexual a una persona no libre. El principio kantiano "es moralmente incorrecto tratar a los demás meramente como medios para nuestros fines" completa el criterio contractual como determinante de lo que es moralmente prohibido en el ámbito sexual. Esta concepción ha sido criticada porque no tiene en cuenta que las personas son desiguales, hecho que condiciona negativamente la puesta de acuerdo entre las partes.

c. Marxismo

Estas deficiencias trataron de ser superadas por la ideología marxista, de acuerdo con la cual la condición de la mujer está determinada no por sus características biológicas, sino por su posición en la estructura económica y social. Su dependencia está directamente en relación con los progresos técnicos y a la manera cómo es aligerada de sus obligaciones maternales por la sociedad. Por ejemplo, cuando, de un lado, la agricultura se desarrolló con el descubrimiento de los metales y la fabricación del arado y, de otro lado, surge la propiedad privada y la esclavitud, se produce la gran derrota del sexo femenino en la medida en que el hombre deviene el propietario de los bienes, comprendida la mujer y el derecho paternal substituye al maternal (transmisión de la tierra)[10]. La familia es considerada como un medio para someter económicamente a la mujer y promover la natalidad con la finalidad de aumentar la fuerza de trabajo de la sociedad. El hombre impone su voluntad en el dominio sexual. Según el marxismo, esta situación injusta solo desaparecerá cuando se cambien las condiciones económicas que determinan su existencia. La libertad y, en particular, la libertad sexual dependen de la desaparición de las clases sociales. Hecho que daría lugar a que el trabajo de la mujer se socialice y que esta se integre de modo pleno en el dominio público[11].

Si se tiene en cuenta la experiencia de las sociedades en las que se trató de materializar la concepción marxista, hay que reconocer que la explicación que da de la situación de la mujer y del problema de orden sexual solo resulta interesante en la medida que hace tomar consciencia de que la libertad de consentir no puede ser apreciada como si fuera ejercida siempre por personas libres de todo condicionamiento individual y social.

10 Engels, Friedrich, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, [1884], pp. 80 y ss.; De Beauvoir, *Le deuxième sexe*, vol. 1, cit., pp. 96 y ss.

11 Engels, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, cit., pp. 82 y ss.

d. Feminismo

Las concepciones propugnadas por los diversos movimientos feministas expresan críticas muy fuertes a las explicaciones que vienen de ser presentadas. Rechazando los criterios "naturales" a los que recurre el pensamiento católico y el de la libre autodeterminación de la persona preconizada por la concepción contractual, cuestionan de manera radical el sistema sexual predominante y favorable al hombre. Con este fin, buscan liberar la actividad sexual de los límites rígidos establecidos mediante la monogamia y la heterosexualidad; negar que el fin de las relaciones sexuales sea únicamente el de procrear; dejar de considerar a la sexualidad como hecho perteneciente solo al ámbito eminentemente privado. En este contexto, se propone considerar moralmente permitida la actividad sexual cuando es practicada al "margen de los papeles tradicionales de dominación del hombre y sumisión de la mujer, si las mujeres no están políticamente victimizadas por su sexualidad y tienen el poder y la capacidad de controlar su acceso a ella y definirse por sí mismas"[12].

Las opiniones divergen tanto respecto a la manera cómo podrían alcanzarse estos objetivos, como sobre las condiciones que permitirían garantizarlos. La solución más radical es la de quienes plantean la separación total de hombres y mujeres y el recurso a la sexualidad para destruir la dominación del hombre. De manera pragmática, otros proponen la integración plena de la mujer en las actividades sociales y económicas, para lo que es indispensable liberarla de las cargas domésticas (comprendidas la que impone la maternidad) y reconocerle la igualdad en el trabajo y la remuneración. El objetivo es conseguir que las mujeres logren abandonar los estándares de conducta tradicionales y creen su propia sexualidad en oposición al dominio de los hombres. Esto no es factible en la medida en que ellas se socializan en el marco de los papeles sexuales creados por la sociedad.

El resumen esquemático de los criterios defendidos por los movimientos feministas da la impresión que existe consenso. Lo cierto es que las opiniones divergen y aun se contraponen. La concepción radical de la separación total de hombres y mujeres no es mayoritaria. La negación de la libertad de consentir o de la autodeterminación, en base a la afirmación que las mujeres están socialmente determinadas a actuar bajo la influencia del poder masculino, es igualmente criticada por el efecto perverso que tiene de revenir a lo que se trata de

12 Belliotti, Raymond A., "La sexualidad", en Singer, Peter (editor), *Compendio de ética*, Alianza Diccionarios, Madrid, 1995, p. 445.

evitar, a los criterios paternalistas de protección de la mujer y de su incapacidad relativa.

Las críticas hechas a estas concepciones son múltiples y de diversa índole; las mismas son planteadas también por las propias feministas desde sus puntos de vista particulares. La tesis radical de la separación de hombres y mujeres parece poco viable y contradictoria en la medida que vuelve a los criterios naturalistas que se rechazan. El criterio de que las mujeres no pueden determinarse con autonomía por estar condicionadas por la opresión masculina conduce igualmente a un callejón sin salida, debido a que implica la necesidad de adoptar una actitud paternalista en favor de las mujeres y, por tanto, la negación de las reclamaciones justas de las mujeres.

3. Sexualidad

a. Sexo y género

Las diversas concepciones morales, como también las de otra índole, sobre el comportamiento sexual de las personas y las diferentes maneras de cómo han sido regulados suponen se explique una cuestión previa: ¿qué es la sexualidad? Cuestión que, a pesar de su importancia, no ha sido analizada oportuna y suficientemente. Las respuestas que se dan están estrechamente vinculadas a la perspectiva que se adopta y casi siempre revelan la concepción patriarcal predominante.

Dos posiciones extremas deben ser, desde un inicio, descartadas. La primera es aquella que sublima la sexualidad y mediante la cual, consciente o inconscientemente, se oculta la realidad de la sexualidad en tanto fenómeno social. Así, se dice, por ejemplo, que cualquiera que sea el comentario que merece una explicación sobre la sexualidad, una primera constatación se impone: la sexualidad es un misterio. Pero, no comprendido en el sentido simple del término de que lo que concierne al sexo sería necesariamente obscuro e incomprensible. Sino más bien en el sentido fuerte de la palabra: no se terminará jamás de estudiar, de comprender, de elucidar la sexualidad[13]. Es evidente que criterios como este no son instrumentos útiles para explicar "lo que la humanidad ha hecho de la hembra humana"[14], ni tampoco para comprender y valorar la manera cómo se han regulado legislativamente los actos de carácter sexual prohibidos.

13 Jalmont, C., "La vérité commence à deux", en Willy, A. y C. Jamont (compiladores), *La sexualité*, vol. 1, Marabout Université, Verviers, 1964, p. 6.

14 De Beauvoir, *Le deuxième sexe*, vol. 1, cit., p. 77.

La segunda consiste en reducir la sexualidad a su dimensión biológica. Se la debe rechazar no porque se niegue la importancia que tienen los factores biológicos que caracterizan a las personas de sexo masculino y a las de sexo femenino, sino porque dichos factores no bastan para comprender la sexualidad y, menos aún, para determinar la jerarquía de los sexos. La sexualidad no es el sexo. La primera está determinada por la evolución de los mecanismos sociales establecidos para regular y controlar la vida sexual de las personas. Ignorar esto implica desconocer el proceso histórico que condiciona la manera de concebir la sexualidad; proceso que es influenciado por las condiciones políticas, económicas y sociales de cada época. En esta perspectiva alcanza todo su significado la afirmación de que no se nace mujer, sino que se deviene mujer[15].

En los análisis feministas se prefiere oponer sexo a género para destacar que el primero de orden biológico no es lo mismo que el segundo. Este último es llamado también sexo social, comprendido tanto en el sentido de la significación polivalente del sexo (por ejemplo, social, política, cultural, simbólica), como de su regulación normativa[16]. De esta manera, se parte también de la idea de que el sistema social y cultural crea, modela la base natural: a partir del sexo se construye la sexualidad. El género, presentado como si fuera un hecho natural, tiene la función de atribuir a los individuos pertenecientes a uno u otro sexo, capacidades y características consideradas de carácter universal. De esta manera, se explican y justifican las discriminaciones contra la mujer y, en particular, en el sistema de control social (del cual el sistema penal es solo una parte).

b. Creación de la sexualidad

Si se tiene en cuenta la evolución histórica, se puede considerar, conscientes del carácter relativamente arbitrario de establecer hitos de este tipo, que la noción actual de sexualidad surge en el siglo XIX, concebida en tres perspectivas: como objeto de estudio científico, de control administrativo y de preocupación social. Los medios empleados para alcanzar este objetivo fueron métodos y técnicas de orden disciplinario, que constituían una manifestación del poder dirigido a controlar tanto al individuo como a la población. Uno de esos medios es la represión entendida como uso de la violencia y la coerción. Sin embargo, no es de exagerar la importancia de este factor, el mismo que se habría manifestado, sobre todo, en sistema legal penal. El aspecto legal y jurídico oculta el proceso

15 De Beauvoir, *Le deuxième sexe*, vol. 2, cit., p. 13.

16 Laberge, Danielle, "Sexe, genre et classe de sexe: quelques interpellations audroit penal", en *Déviance et Société*, vol. 18, N.º 3, 1992, p. 273.

real de sometimiento de las personas, en la medida en que simula los mecanismos sutiles del sistema social global. Este sistema "incita, induce, desvía, facilita, impide, amplía o restringe, hace más o menos probable; al extremo, coacciona o impide absolutamente"[17]. Así, gobierna las conductas de los individuos y de la colectividad: dirigiéndolas y controlándolas.

Toda la estrategia sutil de control es complementada por el desarrollo excepcional de la reflexión y del discurso sobre el sexo. Al respecto, Foucault considera a la confesión como uno de los medios utilizados, entendida como "la tarea, casi infinita, de decir, de decirse a sí mismo y de decir a terceros, lo más frecuentemente posible, todo lo que puede concernir al juego de los placeres, sensaciones y pensamientos innumerables que, a través del alma y del cuerpo, tienen alguna afinidad con el sexo".

Mediante el control y el discurso sobre la sexualidad, los comportamientos de las personas son clasificados. En la perspectiva religiosa, se toma especialmente en cuenta la noción de pecado. La misma que es utilizada para orientar el comportamiento sexual de las personas bajo la amenaza del castigo divino, pero sobre todo para justificar la represión penal de ciertas manifestaciones de la sexualidad consideradas como inmorales.

El poder, ejercido desde diversos puntos y niveles, se orienta primero a disciplinar el cuerpo y, al mismo tiempo, desarrolla una política dirigida, en particular, a establecer los reguladores del control de la población. Así, se abordan los problemas concernientes a la natalidad, a la evolución de la población, a la prostitución y a la determinación de los factores que condicionan la aparición y difusión de enfermedades. De esta manera, la sexualidad es percibida y tratada como una cuestión política y económica, lo que facilita y multiplica las injerencias en la vida sexual de las personas.

En el ámbito científico, se concibe como objeto de estudio el denominado "instinto sexual" y así se desarrolla un conocimiento especializado: control médico y sanitario, especialmente psiquiátrico[18]. Se estudian sus anomalías, desviaciones, patologías o deformaciones con el fin de cuidar la salud de las personas.

17 Foucault, Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, 1975; ídem, *Histoire de la sexualité, La volonté de savoir*, vol. 1, Gallimard, París, 1976; ídem, "Le sujet et le pouvoir", en *Dits et écrits*, vol. 4, Gallimard, París, 1994, p. 237.

18 Killias, Martin, *Précis de criminologie*, Stämpfli, Berne, 1991, p. 227; Laberge, "Sexe, genre et classe de sexe: quelques interpellations audroit penal", cit., p. 277.

El objetivo es determinar las relaciones entre el individuo y el grupo[19]. Se crea la noción de histeria para afirmar que el cuerpo de la mujer está integralmente saturado de sexualidad. Noción que sirve para distinguir de manera especial a la mujer en oposición al hombre y para hacerla objeto de un tratamiento y regulación normativa discriminatoria. De la misma manera, la sexualidad infantil será calificada de peligrosa para controlar y orientar los comportamientos sexuales de los menores. Por ejemplo, para combatir la masturbación se le califica de pecado y, al mismo tiempo, se le considera la causa de enfermedades y de la degeneración. Otro caso es el de la homosexualidad, la que es considerada, junto con otras manifestaciones sexuales, como una perversión. Perversión que es utilizada para reprimir a los homosexuales y someterlos al régimen psiquiátrico. Por último, mediante la afirmación de la socialización de la función procreadora del acto sexual, se concluye responsabilizando a la pareja tanto de la salud de la familia, como la de la comunidad.

c. Sistema de control penal

En este contexto, hay que preguntarse, de un lado, de qué manera el sistema de control penal ha contribuido a crear y reforzar las distinciones injustas entre los géneros en detrimento del femenino y, de otro lado, cómo dicho control ha tratado las mujeres individuales con relación a la clase persona de sexo femenino[20]. Ha mantenido y acentuado la distinción, fuente de discriminación, mediante la regulación normativa de las manifestaciones sexuales, la misma que siempre está en relación a la situación social y cultural en que se encuentran las mujeres. Por esto, sin dejar de ser útil, lo fundamental no es el análisis del poder represivo, sino más bien los diversos y sutiles mecanismos por los que se fabrican los sujetos (entre otros, el sujeto mujer), se les somete a determinados moldes de conducta y se elabora un discurso sobre sujetos y comportamientos que, aun en apariencia crítica de la represión, forma parte del sistema que denuncia.

Ejemplos relevantes son la regulación del aborto con relación a la procreación responsable y a la disponibilidad de su cuerpo; la del adulterio respecto del supuesto honor del hombre y de la familia; la de la violación con referencia a la autoridad del marido como jefe de familia con poder de obligar a la mujer a so-

19 FONTANA, *Europa ante el espejo*, cit., p. 97. Sobre el estudio del cuerpo de la mujer como instrumento de control en el Perú, consultar MANNARELLI, Emma, "Cuerpo femenino y discurso médico", en *Márgenes*, año IX, N.º 15, Lima, 1996, pp. 73 y ss., así como las obras citadas.

20 LABERGE, "Sexe, genre et classe de sexe: quelques interpellations audroit penal", cit., p. 276.

meterse a ciertos comportamientos; la de la prostitución y de la pornografía con relación al uso y disposición del cuerpo de la mujer como productor de placer.

El hecho de que las estadísticas muestren que las mujeres constituyen un porcentaje mínimo tanto de las personas que cometen delitos como de las que son condenadas por delincuentes, no significa necesariamente que sean tratadas de manera privilegiada por el sistema represivo. Admitir esto implica considerar a este sistema de control como estando solo constituido por el derecho penal positivo. La elaboración y aplicación de las normas penales son el fruto del sistema social y cultural de una sociedad en una época determinada. El derecho penal solo es uno de los medios del sistema de control social. En esta perspectiva, si las mujeres no son el objeto inmediato de la represión penal, no dejan de sufrir todos los efectos que produce su funcionamiento. No hay que olvidar que la discriminación no solo está referida a la mujer como sujeto del sistema penal (delincuente) sino sobre todo como víctima de delitos. Si como clase de sexo, en particular como persona, el sistema penal prevé que la mujer debe ser tratada según el principio de la igualdad, en la práctica y, en especial, en el proceso penal la mujer como víctima (por ejemplo, de delitos sexuales) es objeto de un trato individual discriminatorio.

Al respecto, es de volver a destacar que el papel más importante no lo desempeña el recurso a la represión entendida como uso de la violencia y la coerción penales, sino sobre todo las estrategias sutiles de control social. Estrategias que han permitido disciplinar, regular, someter a los individuos y, así mismo, las colectividades; logro que ha hecho posible dejarles mayores márgenes de libertad. Libertad que implica, en consecuencia, de un lado, un control más estricto tanto de cuerpos como de conductas y, de otro lado, el control o represión de sí mismo.

4. Bibliografía sucinta

Belliotti, Raymond A., "La sexualidad", en Singer, Peter (editor), *Compendio de ética*, Alianza Diccionarios, Madrid, 1995.

De Beauvoir, Simonne, *Le deuxième sexe*, vol. 1, Gallimard, París, 1999.

Dreier, Ralf, "Derecho y moral", en Garzón Valdés, Ernesto (comp.), *Derecho y filosofía*, Fontamara 50, México D. F., 1988.

Engels, Friedrich, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, [1884].

Fontana, Josep, *Europa ante el espejo*, Crítica, Barcelona, 1994.

Foucault, Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, 1975.

FOUCAULT, Michel, *Histoire de la sexualité, La volonté de savoir*, vol. 1, Gallimard, París, 1976.

FOUCAULT, Michel, "Le sujet et le pouvoir", en *Dits et écrits*, vol. 4, Gallimard, París, 1994.

JÄGER, Herbert, "Política jurídico penal y ciencia", en *Sexualidad y crimen*, 3.ª ed., pp. 289 y ss., Madrid, 1969.

JALMONT, C., "La vérité commence à deux", en Willy, A. y C. JAMONT (compiladores), *La sexualité*, vol. 1, Marabout Université, Verviers, 1964.

KILLIAS, Martin, *Précis de criminologie*, Stämpfli, Berne, 1991.

KLAPISCH-ZUBER, Christiane, "Les femmes et la famille", en LE GOFF, Jaques (editor), *L'homme* médiéval, Seuil, París, 1989.

LABERGE, Danielle, "Sexe, genre et classe de sexe: quelques interpellations au-droit penal", en *Déviance et Société*, vol. 18, N.º 3, 1992.

LE GOFF, Jacques, "Le refus du plaisir", en *Un autre Moyen Age*, Gallimard, 1999.

MANNARELLI, Emma, "Cuerpo femenino y discurso médico", en *Márgenes*, año IX, N.º 15, Lima, 1996.

NINO, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona 1994.

ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963.

III
Reflexiones sobre el denominado derecho penal de menores*

Sumario: 1. Introducción. 2. Caso privación de libertad de menores. 3. Caso Carlos, tratamiento y privación de libertad. 4. Comentarios generales. 5. Explicación ideológica. 6. Modelo tutelar y modelo garantista. 7. Derecho de menores en el Perú. a. Códigos penales. b. Legislación sobre menores. 8. "Contrarreforma" suiza. 9. A modo de conclusión. 10. Bibliografía sucinta.

1. Introducción

El tema a tratar es bastante amplio y ha sido planteado en innumerables oportunidades y por personalidades mejor preparadas que nosotros. Por esto, en razón a nuestras capacidades, nos limitaremos a destacar algunos aspectos, con la finalidad de mejor describir y comprender, al menos superficialmente, algunos aspectos importantes de la problemática.

Nos introduciremos al tema, presentando dos ejemplos que han llamado la atención y provocado diversos comentarios en Suiza, luego expondremos algunas ideas sobre la evolución el tratamiento de menores, finalmente, plantearemos algunas cuestiones de fondo con la finalidad de establecer algunas conclusiones.

2. Caso privación de libertad de menores

Aprovechando la programada inauguración de un establecimiento de detención para menores en el cantón de Vaud, construcción prevista desde 2007,

---

* Texto inédito preparado para dictar una conferencia en 2014, Lima.

se ha discutido la cuestión de la privación de libertad en caso de menores. Debate que ha sido ilustrado con el comentario crítico de algunas decisiones de las autoridades judiciales de menores, respecto de las condiciones estrictas en que dicha privación debería ser ordenada.

Interesante es destacar las informaciones estadísticas proporcionadas en dicha ocasión. Los menores que podrían ser sometidos a una condena penal (entre 10 y 18 años de edad) eran 667 000 en el 2012, es decir, el 8,3% de la población residente en Suiza (casi ocho millones). En el mismo año, los menores condenados efectivamente por la justicia penal eran 11 883 (1,8%). De estos solo 399 (3,4%) habían sido condenados a una pena privativa de libertad efectiva. Pero en setiembre de 2012, solo **54 se encontraban realmente detenidos**, de los cuales solo 14 en los Cantones de habla francesa. Lo que ha llevado a destacar que resulta sorprendente que con la construcción del nuevo establecimiento se creen **36 nuevas plazas** de detención, ampliables en 18. Sobre todo si se considera que no todo menor puede ser detenido, sino solo los mayores de **15 años**.

En esta perspectiva, se ha lamentado que el tribunal competente sobre medidas coercitivas del Cantón de Ginebra, en noviembre de 2012, haya prolongado por un mes la detención provisoria de un **menor de 14 años** (detenido ya cinco días), afirmando que la medida era proporcionada en razón de la pena prevista en la ley y la pena incurrida por el menor. Argumentación incorrecta ya que las penas previstas en la ley penal solo corresponden a los adultos y porque las únicas penas aplicables a los menores de 15 años son la amonestación, la prestación de un trabajo o la obligación de seguir una formación, excluida toda privación de libertad.

Además, en cuanto a los adolescentes mayores de 15, hay que distinguir tres niveles: los que han cumplido 16 años pueden ser condenados a una pena hasta de cuatro años (en caso de crimen grave), los mayores de 15, de un día a un año sin excepción. En todo caso, la privación de libertad debe ser la última sanción a la que debe recurrir el juez.

Como el objetivo decisivo es siempre la reeducación del menor detenido, resulta problemático concebir su realización si se tiene en cuenta la duración de las detenciones impuestas. Así, en el 2012, las tres cuartas partes de menores condenados a una detención efectiva en Suiza padecieron una detención de un mes o menos de detención. Por lo que cabe cuestionarse si la oferta de un mayor número de plazas de detención pueda tener el efecto contraproducente de que los jueces impongan con más frecuencia penas privativas de libertad o que fijen la duración de estas en mayor tiempo.

3. Caso Carlos, tratamiento y privación de libertad

Carlos, joven delincuente de 17 años, después de haber cumplido una pena de 9 meses de prisión, había sido sometido a un programa de reinserción abierto. Para este efecto, había sido alojado en un apartamento de cuatro habitaciones y seguía tanto cursos privados como entrenamiento de *boxe tahi*. Todo lo que irrogaba un gasto mensual de 29 mil francos suizos, financiados por el Estado. Suma superior a los 20 mil francos suizos que cuesta generalmente el tratamiento de jóvenes delincuentes. En diversas ocasiones había sido declarado responsable de robos y actos de violencia.

Debido a las críticas y denuncias motivadas por la presentación de este caso en un programa de televisión, el director de la justicia del Cantón de Zúrich declaró que pondría fin al tratamiento tan caro aplicado a jóvenes delincuentes. Así, las autoridades procedieron a detener a Carlos y lo internaron en la sección reservada a jóvenes delincuentes de la prisión de Dietikon y luego transferido al establecimiento de Uitikon.

En desacuerdo con estas decisiones y medidas, **Carlos recurrió ante los tribunales** cantonales. Recurso que fue denegado, en última instancia cantonal por la Corte Suprema del Cantón de Zúrich. Contra esta decisión interpuso recurso de nulidad ante el Tribunal Federal.

Este tribunal consideró que el recurrente se había comportado de manera fiable en el marco del programa de reinserción al que estaba sometido y que había progresado en el aspecto escolar y personal. Así mismo admitió que la evaluación ordenada por la Corte Suprema cantonal y la justicia de menores bien no requería la privación de libertad de Carlos. En consecuencia, **los jueces federales admitieron el recurso de Carlos porque se había afectado gravemente su personalidad y su libertad, sin que hubiera razones que justificaran este procedimiento y que los jueces cantonales habían actuado bajo la presión de la opinión pública.** Ordenaron que sea puesto en libertad y se le indemnice con la suma de tres mil francos suizos. Las autoridades cantonales debían buscar otra manera de ejecutar la medida de acuerdo con lo decretado por el Tribunal Federal.

4. Comentarios generales

Cabe resaltar ante todo la necesidad de destacar las dos orientaciones de fondo: por un lado, la **liberalidad de las disposiciones legales** restringiendo la detención en caso de menores y favoreciendo más bien el tratamiento personal

buscando la resocialización. Por otro, la fuerte **tendencia de jueces y autoridades administrativas en pro de una mayor severidad** en la reacción penal, motivada y argumentada por políticos y generadores de la opinión pública.

Para comprender cómo se ha llegado a situación tan conflictiva, en un país considerado como el reino de la conciliación y la paz social, es indispensable volver un tanto la mirada hacia el pasado. El buen estado de la red de establecimientos de detención y tratamiento suizos se debía a un largo y serio esfuerzo de las autoridades cantonales y federales para armonizar las prescripciones legales con la realidad de su aplicación. Esto había supuesto una radical modificación del sistema de sanciones penales del Código Penal federal, en el que inicialmente se había previsto numerosas sanciones y diversas maneras de ejecutarlas en establecimientos correspondientes, lo que resultó de casi imposible realización práctica.

Además, por ejemplo, en relación con los menores, existía una serie de establecimientos dedicados a la aplicación de medidas administrativas a menores de conducta desviada o a adultos considerados peligrosos (vagos, ebrios, incapaces, mendigos). Lo que facilitó que Stooss previera por primera vez en un Código Penal, un sistema dualista de penas y medidas de seguridad.

La elaboración del Código Penal suizo, es decir el proceso de unificación de la legislación penal de los cantones suizos, duró cerca de cincuenta años (entre 1887, primer proyecto de Stooss y 1942 puesta en vigencia del nuevo código). Durante este periodo se desarrolló una gran actividad legislativa y teórica. La Suiza de entonces fue considerada como un gran laboratorio de política criminal.

En el plano legislativo, los legisladores cantonales modificaron sus códigos penales cantonales bajo la influencia de los debates ideológicos provocados por los trabajos de las comisiones y subcomisiones de expertos encargados de analizar, perfeccionar y establecer el proyecto definitivo de Código Penal. De esta manera, modernizar sus códigos de orientación clásica.

En el nivel práctico, los trabajos de Stooss, redactor del primer proyecto, aportaron la importante novedad de prevén en un texto penal las medidas de seguridad. Este paso en adelante fue debido tanto a las ideas del positivismo criminológico italiano como al hecho del desarrollo en Suiza de medidas administrativas aplicables a ciertos sujetos (adultos o menores), cuyo comportamiento era calificado de desviado.

Uno de los argumentos avanzados a favor de este sistema dualista era, por un lado, que la aplicación de las medidas de seguridad por las autoridades administrativas **constituía un gran peligro para los derechos de las personas y,**

de otro, que el sistema judicial garantizaba mejor estos derechos personales. Esto explica, igualmente, que las disposiciones relativas a los menores fueran previstas en el último título de la parte general del Código Penal. Así, el derecho penal de menores de índole tuitiva, protectora, reeducador, conservaba una orientación penal importante.

Respecto a la aplicación concreta de las medidas de seguridad, comprendidas aquellas aplicables a los menores, era más o menos asegurada por la existencia de una red de establecimientos destinados ya a la aplicación de las medidas administrativas, antecedentes de las medidas penales.

Los fundamentos teóricos y las condiciones (personales y materiales) del funcionamiento del sistema de sanciones penales no fueron concretados de manera eficiente debido a la complejidad de la regulación de las penas y medidas de seguridad en el Código Penal federal. El número elevado de penas y medidas, así como las prescripciones estrictas sobre su aplicación (en particular a la separación de los condenados de acuerdo con sus características personales: primarios, reincidentes, menores, etc.) pusieron en evidencia una cierta falta de realismo de parte del legislador. Los gobiernos cantonales, competentes constitucionalmente de la ejecución de sanciones, estaban en la incapacidad económica de construir todos los establecimientos necesarios previstos en el código. Esto trajo consigo la primera reforma del nuevo Código Federal, la que tuvo como finalidad de simplificar el sistema de sanciones.

Unificando sus esfuerzos y recursos, los cantones lograron armonizar la regulación normativa con la puesta en marcha de la ejecución de sanciones.

Los grandes cambios sociales, económicos, políticos, morales, de los últimos años han determinado cambios sustanciales en relación con la legislación, la dogmática y la política penales. La evolución y la explosión de la criminalidad organizada, la criminalidad económica, del tráfico de drogas y de personas, la criminalidad violenta y la corrupción han empujado al legislador suizo a reformar a fondo el Código Federal.

Esta reforma que duró alrededor de 30 años se caracteriza por la incorporación en la parte especial de nuevas infracciones, la modificación de ciertos tipos legales de algunos delitos tradicionales y el cambio de ciertos márgenes penales en caso de graves circunstancias. Aparte de algunas modificaciones relativas a las condiciones de la represión penal, la parte general ha sido renovada en especial en cuanto al sistema de sanciones penales. La **modificación central fue la de convertir la pena pecuniaria en la pena principal** en detrimento de la pena privativa de libertad. Esta fue despojada de su papel central, prioritario,

y convertida en una pena más como las restantes. Su aplicación fue considerada como el último recurso visto el fracaso o inconveniencia de las demás penas alternativas.

En cuanto al derecho penal de menores, de conformidad con el derecho convencional (ONU 1984) y el derecho comparado europeo, las disposiciones relativas a los menores han sido sacadas del Código penal y reunidas en una **ley especial denominada Derecho penal** de menores. Simultáneamente un Código de procedimiento penal de menores ha sido promulgado.

5. Explicación ideológica

De manera casi unánime se afirma la necesidad de un derecho penal de menores, diverso al derecho penal de adultos. Los argumentos en su favor son los mismos aunque sean expuestos de maneras distintas. El fundamento general es percibido casi **como si fuera de índole natural**, en la medida en que se sostiene que todo depende de los caracteres personales innatos a ese grupo de personas. En particular, se sostiene que su desarrollo físico y psíquico en formación impone que la reacción penal respecto a ellos sea diferente respecto a los comportamientos que se les impute y a las sanciones o tratamientos que deben aplicárseles.

Esta concepción global ha sido percibida y aplicada de modo diferenciado conforme a diversos criterios de política social y de política criminal, cuya orientación ha estado condicionada, en periodos distintos, por la influencia de ideas filosóficas, religiosas, científicas o sociológicas. *Grosso modo* y de manera indicativa, se puede señalar que la regulación legislativa, judicial y administrativa de la problemática del derecho penal de menores ha sido y es diferente si el sistema estatal es autoritario, paternalista o liberal. En consideración a la evolución en las últimas décadas, se puede afirmar que el cartabón referencial es el grado de respeto de los principios del Estado de Derecho y de los derechos humanos en cuanto al tratamiento de los menores en materia penal.

En esta perspectiva, se fija como **estado inicial aquel en el que, antes del siglo XIX**, los menores recibían el mismo tratamiento penal que los adultos, se caracterizaba por la responsabilidad objetiva y la severidad de las penas. Se sostenía que los adolescentes eran plenamente responsables como los adultos y se tendía a disminuir el límite de edad penal. Por lo que eran sancionados de manera similar (de preferencia con penas privativas de libertad) y con finalidad represiva de prevención general. Tanto en el ámbito procesal como de la ejecución de penas (casi siempre en los mismos locales), los menores eran tratados de manera semejante a los adultos.

Se destaca como **ruptura decisiva el momento de las grandes codificaciones** provocado por los cambios producidos por la revolución francesa, cuyos promotores se inspiraron en las concepciones de la Ilustración. La libertad individual, la humanización de las sanciones penales, el reconocimiento de los derechos personales llevaron a que se tuviera en cuenta las circunstancias personales de quienes devenían objeto de la reacción penal. De la misma manera, **se destacan los cambios sustanciales que se dieron** después de la caída de los regímenes totalitarios derrotados en la Segunda Guerra Mundial. Los mismos que se reflejaron en la adopción de diversas convenciones internacionales, en las que se profundizaron y consolidaron los principios establecidos en la Declaración de los Derechos del Hombre.

Respecto a la materia que nos interesa, es mencionada en primer lugar, por considerársele de gran importancia, a la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989. Esta convención es utilizada como un instrumento indispensable para juzgar si los países miembros respetan, en los diversos niveles, los derechos de los menores (niños y adolescentes. Además, se estima que sus disposiciones deben ser tomadas en cuenta para interpretar y aplicar la regulación e implementación de las políticas estatales. Junto a esta convención, tres otros instrumentos internacionales juegan un papel importante: las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing, adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33, del 29 de Noviembre de 1985), las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Ryad, adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su Resolución 45/112, del 14 de Diciembre de 1990) y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990).

6. Modelo tutelar y modelo garantista

En este contexto se exponen actualmente dos criterios contradictorios en razón, sobre todo, de la idea que se tiene de los menores y, por tanto, de la manera de concebir la reacción penal.

La **primera ruptura** decisiva con la concepción tradicional represiva se debería a la influencia de **ideas del positivismo criminológico italiano**, muy influyente de mediados del siglo XIX hasta mediados del siglo siguiente. La nueva percepción teórica de la cuestión de la delincuencia de menores, es denominada, un poco peyorativamente, "doctrina de la situación irregular" (Modelo tutelar).

Sus notas distintivas son las de considerar a los menores como sujetos pasivos de la intervención penal. Lo que implica, por un lado, un desconocimiento de los derechos y garantías que merecen, primero, en tanto personas y, segundo, por sus peculiares condiciones personales debidas a su estado de desarrollo. Y, por otro, calificarlos de inimputables necesitados de una intervención tutelar o paternalista, para lo cual deben ser sometidos a sanciones o medidas destinadas a reeducarlo, resocializarlo. Conforme con esta percepción paternalista, considerada como indispensable para sacar al menor de la situación irregular en la que se encuentra (determinada de modo bastante arbitrario), las vías procesales aplicadas carecían de las garantías establecidas en los procedimientos aplicados a los adultos, lo que comportaba una grave violación de los derechos fundamentales de los menores.

La **segunda ruptura** es considerada como la culminación de un intenso proceso en pro del **reconocimiento de la dignidad personal de los menores.** La conclusión de este movimiento político y doctrinario se habría materializado en la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, considerada como la más avanzada y respetuosa de los derechos de los menores. En ellas, se habría consagrado la llamada concepción de la "**protección integral del menor**".

Los menores son reconocidos como sujetos plenos de derecho y, por tanto, capaces de responsabilidad penal. En la medida en que maduran los niños pasan a ser adolescentes y devienen imputables ante el derecho penal, aunque de manera diferente a los adultos. Por lo que no se trata más simplemente de protegerlos paternalmente, **sino de tratarlos como sujetos responsables, de acuerdo a un sistema judicial administrativo específico y autónomo respecto al de los adultos.** En los casos en que se les considere imputables pueden ser sometidos a penas, aun privativas de libertad excepcionalmente, pero adecuadas y proporcionales a su condición personal y a la edad en que cometieron la infracción. En todo caso, siempre que hayan incurrido en un comportamiento calificado de delito por la ley penal. La gravedad de la intervención estatal, implicando restricciones importantes de los derechos de los menores, exige que la reacción penal sea conforme a los principios del debido proceso, adecuados a las especificidades del derecho penal de menores (jurisdicción penal especial). De modo que se da un acercamiento, en cuanto a los derechos y garantías, de este derecho al derecho penal de los adultos. Sin embargo, autónomo sobre todo en cuanto a las sanciones.

Los especialistas al comentar y analizar la materia, los límites y los fines del derecho penal de menores tienen como marco de referencia fundamental las

reglas del derecho internacional o del derecho constitucional concerniendo los principios y las reglas conforme a los derechos humanos y al debido proceso. Las exigencias enumeradas anteriormente como constituyendo los fundamentos, por ejemplo, de la concepción de la protección integral son percibidas como dogmas o mitos (en el sentido de "hecho muy importante que entra a formar parte de la historia o se convierte en modelo a imitar"), necesarios para describir, criticar favorable o negativamente, la regulación establecida legislativamente, así como su aplicación concreta. Lo que constituye una explicación ideológica en la medida en que desnaturaliza la percepción de la realidad. La cual difiere notablemente de la descripción o explicación teórica expuesta.

7. Derecho de menores en el Perú

a. Códigos penales

Si se analiza, aun brevemente, la evolución del derecho penal de menores en el Perú, se constata que los esquemas teóricos utilizados para describir este derecho no coinciden plenamente con la realidad. Esto no puede ser distinto, pues las situaciones de facto y normativas presentan matices que escapan a los modelos ideales descritos.

Los redactores del **CP de 1862**, inspirados fuertemente en el CP español de 1848-50, no se plantearon la necesidad de regular la situación penal de los menores. Salvo la de fijar los límites de edad que influyen en la responsabilidad penal de las personas. Sin diferenciar en cuanto a la índole del delito cometido, determinó, por un lado, tanto la exención de esta responsabilidad respecto de los menores de 9 años de edad como su atenuación en cuanto a los menores de 15 y mayores de 9 años a no ser que se pruebe que obraron "con discernimiento" (artículo 8). Si se aportaba esta prueba, la pena debía ser atenuada. Lo mismo debía hacerse si se trataba de un menor de 18 años y mayor de 15 años de edad (artículo 9).

La preocupación central, conforme a los criterios de la denominada escuela clásica del derecho penal, era la de determinar quién, titular del libre arbitrio, debía ser calificado de responsable penalmente, sea de manera plena o parcial. La despreocupación sobre la **necesidad de someterlos a un tratamiento especial se comprende porque se estimaba como dogma que el único medio de reacción era la pena** y que esta comportaba necesariamente expiación y retribución de la culpabilidad del agente responsable. La intensidad de la pena debía corresponder entonces a la de la culpabilidad. Como esta era condicionada por la capacidad de

responsabilidad, se explica que los menores de 18 años sean reprimidos de manera atenuada. Viterbo Arias sostuvo que a "esa edad, aún no se ha vivido lo bastante para conocer en toda su extensión las relaciones sociales y los deberes que de ellas se derivan. Es por lo mismo racional presumir que el que aún no ha pasado los 18 años obra en muchos casos sin discernimiento claro sobre la importancia de los derechos que hiere y la amplitud del mal que ocasiona". (CP comentado, p. 107). Una preocupación en cuanto a la situación de los menores se revela cuando este mismo autor señala que jurisprudencialmente se ha logrado que se deje en libertad a los menores de 15 sometidos a proceso "tomándose cuando más contra ellos la seguridad de ponerlos depositados en poder de persona garantizada, hasta que se esclarezca si obraron o no con discernimiento, y si deben ser o no condenados, declaración que debe hacerse en la sentencia" (ES en el proceso Francisco Espíritu y el menor Guillermo Dela Cruz, de 27 de julio de 1981 y 29 de diciembre de 1892). (CP comentado, p. 70).

La elaboración y aprobación del CP tuvieron lugar en el contexto social y político crítico post independencia. La severa y autoritaria regulación penal de la colonia se reveló ineficaz para combatir en particular la criminalidad violenta. La que se consideró como resultante de la degradación de los desmovilizados del ejército liberador, de la desocupación y pobreza de los sectores menos favorecidos, de la supervivencia de la servidumbre urbana y rural, del abandono de los liberados de la esclavitud. **La constitución del nuevo Estado independiente requería ordenar y disciplinar a quienes conformaban la fuerza humana indispensable para la estructuración política, económica, judicial y administrativa del nuevo sistema social.** El embrionario planteamiento de la "cuestión criminal" tuvo lugar en detrimento de ciertas propuestas liberales y a favor de una reacción violenta y efectiva, comprendiendo hasta el recurso a la "justicia privada o personal".

Ante el aumento de la inconducta de menores y su intervención en comportamientos delictuosos, surgieron iniciativas para la modernización de la regulación relativa a los menores. Por ejemplo, en **1873, bajo el gobierno de Manuel Pardo se dictaron diversas medidas para combatir la vagancia**, comprendida la de menores. Disponiéndose que los vagos fueran internados en determinadas instituciones, como por ejemplo la Escuela de Cabos o la Escuela de Agricultura, que en realidad nunca llegó a construirse. En 1901, el Congreso decidió la creación de una Escuela Correccional para menores varones, que comenzó funcionar al año siguiente en un viejo inmueble del Centro de Lima. El objetivo que se le atribuyó era vasto, pues debía servir para reformar, mediante la educación y el trabajo, a los menores de 18 años y mayores de 8 años que se encontraban en abandono inmoral, viviendo en el vicio y la vagancia. Poco tiempo

después, se agregó a la Escuela una cárcel destinada a la ejecución de sentencias impuestas a menores sentenciados, así como un anexo para los denominados menores "depositados", que eran enviados por sus familiares para que sean "corregidos", asumiendo los gastos de mantenimiento. **El tratamiento en estos establecimientos comportaba el recurso a métodos violentos y degradantes con miras a someter a los menores a una disciplina estricta y a su utilización como fuerza de trabajo a su liberación.** Llegándose a producir rebeliones de los menores contra los maltratos a los que eran sometidos. Esta crítica situación de la Escuela Correccional condujo a su supresión, siendo reemplazada por una Escuela Agrícola, construida en las afueras de la ciudad. La misma que fue reestructurada posteriormente bajo el nombre de **Reformatorio de menores de Surco.** A pesar de que surgieron instituciones privadas, como la Sociedad Especial de Patronato de Menores, destinadas a supervisar el trato dado a los menores, estos fueron sometidos a un régimen de permanente y constante violencia, intensificado por la corrupción reinante. **Así como de explotación laboral a través de un sistema de alquiler a hacendados necesitados de mano de obra.**

Estas tentativas fracasadas de establecer un sistema de índole penal concerniendo a los menores en conflicto con el sistema de control social constituyen antecedentes de las medidas previstas luego en el **CP de 1924**, en el que por primera vez se buscó establecer un derecho penal de menores relativamente autónomo del derecho penal de los adultos.

Siguiendo el modelo de los proyectos del CP suizo, en las primeras décadas del siglo XX, se llevó a cabo una reforma sustancial de la legislación penal. La misma que se caracterizó por adoptar las ideas de la denominada corriente de la política criminal, la que de manera ecléctica recurría a los postulados de la concepción clásica y positivista del derecho penal. Es decir, sin dejar de partir de la idea del libre arbitrio, fundamento de la culpabilidad y, por tanto de la pena, admitía que los infractores estaban condicionados por las circunstancias personales y materiales en las que actuaban. Criterios que sirvieron para establecer un sistema dualista de sanciones: penas para los responsables y medidas de seguridad para los irresponsables o peligrosos.

Respecto de los menores, previó una serie de disposiciones (artículos 137 y ss., Tratamiento de menores) que constituían una regulación específica y autónoma respecto al derecho penal de los adultos (sin llegar a estatuir, como en el CP suizo, un libro de la parte general). El criterio de base "moderno", considerado como universal en la exposición de motivos, era el de que los "niños y los adolescentes están fuera del radio del Derecho Penal" y, por tanto, "no son susceptibles de castigo". Por lo que solo deben ser sometidos a "una acción de

tutela sea para prevenir su mala vida cuando se hallen en abandono, sea para corregirlos cuando han caído en la delincuencia".

En realidad la intervención estatal requería que el menor haya cometido una falta o un delito (artículo 137). Ella consistía en medidas de tutela, familiar o pública, y correccionales en instituciones especializadas. Los menores eran distinguidos en dos grupos: los menores de 13 años y los mayores de 13 años pero menores de 18 años. La aplicación de las medidas dependía de si el menor se encontraba "en abandono material o moral, o en peligro moral", el mismo que era descrito en el artículo 144. Esta situación debía ser constatada mediante una investigación sobre las condiciones materiales y morales de la familia, el carácter y los antecedentes del menor, las condiciones en que ha vivido y ha sido educado. Investigación que podía ser completada mediante un examen médico (artículo 137).

Si el menor de 13 años no se encontraba en ese estado de abandono, podía ser dejado en poder de su familia (previa admonición o advertencia a los padres), sometido a una reprimenda o a arrestos escolares. Mientras que el menor de 18 años, cuando cometía un delito grave o fuera peligroso, debía ser colocado en una escuela correccional o en un reformatorio agrícola especializado, por un periodo no menor de seis años.

Debido al acento puesto en la finalidad de enmendar, corregir los menores que cometan faltas o delitos y, sobre todo, por prever **hasta la intervención *ante delictum***, el sistema de derecho penal de menores del CP de 1924 se orientaba claramente hacía la concepción denominada "doctrina de la situación irregular". El Estado asumía así una actitud profundamente tuitiva, paternalista, considerando que era la situación personal y social del menor la causa de sus comportamientos conflictivos con el sistema legal y moral. Tendencia que era confirmada por la manera como se organizó la jurisdicción de menores (artículo 410 y ss.). En Lima, se previó un juzgado de menores compuesto de un juez especial, un médico y un secretario. En provincias el juez competente era el juez civil. La finalidad de dicha jurisdicción ser la protección de los menores por medios educativos. Por lo que se fijó como condiciones para ser juez de menores el ser casado, padre de familia y tener conducta irreprochable (artículo 411).

El establecimiento de esta regulación no solo significó el afán de seguir los criterios más avanzados en la legislación y doctrina de ese entonces, sino también un optimismo desmesurado, una ingenuidad inmensa, una ideologización evidente. La ausencia de instituciones de detención o de corrección, la falta de personal y de medios apropiados para cumplir con los fines tuitivos considerados, la falencia del Estado y la falta de voluntad política para hacer posible la

aplicación del sistema protector regulado, demuestran que se obró sabiendo que todo quedaría como un proyecto irrealizable. Un mito que servía para ocultar una triste realidad haciendo aparecer al nuevo Código Penal como una magnífica y progresista obra legislativa.

Para comentar sus disposiciones se recurrió a la doctrina foránea, con lo que se dio la sensación de que su aplicación era factible. Así, Juan José Calle, anotando el artículo 141, citó literalmente a Cuello Calón, quien afirmaba que "en el moderno tratamiento educativo y protector que tan solícitamente se dispensa a los menores delincuentes y abandonados tienen considerable importancia las instituciones de reforma y corrección". Recordó, así mismo, que dicho autor describió el sistema de países donde se había instituido el nuevo régimen diciendo que en "los Estados Unidos, en Inglaterra, en Suiza [...] todo su régimen es en absoluto educativo, son verdaderos establecimientos de educación en los que es eliminado todo cuanto pueda recordar el espíritu de represión y de castigo". Sin embargo, luego de repetir que nada hay en esas instituciones que recuerde el aspecto siniestro y atemorizador de las prisiones clásicas, que el aparato de odiosa severidad ha sido barrido por el viento del nuevo espíritu, termino señalando que en el **Perú actualmente no hay sino dos escuelas correccionales: una creada en 1902 y trasladada a Surco y otra creada en 1880 que funciona en una anexo de la cárcel de mujeres de Santo Tomás** (Juan José Calle, Código Penal promulgado por la ley N.º 4868, anotado y concordado con los anteproyectos de códigos penales de Alemania, Suiza e Italia y el Código Penal de la República de Argentina. Lima 1924, p. 122 y s.).

b. Legislación sobre menores

De acuerdo con la tendencia, cada vez más fuerte, de establecer leyes amplias para comprender los diversos aspectos de la situación de los menores (comprendidas, por ejemplo las de índole civil), en **1962, se dictó el primer Código de Menores**. En el ámbito penal, no representó un abandono de la regulación prevista en el Código Penal, por lo que se puede admitir que continuó bajo la influencia de la doctrina de la situación irregular. Las diversas medidas tutelares previstas tenían como fundamento el "peligro y abandono morales" del menor. Por lo que la persona sujeta a dicho código era el menor en estado de abandono o en peligro moral y el menor de 18 años que ha cometido hechos considerados por la ley como delitos o faltas (artículo 64, inciso 1). Sin embargo, de modo incoherente, también se hace referencia al menor peligroso (artículo 100).

A diferencia del Código Penal, el Código de Menores contuvo reglas en las que se desarrollaba más ampliamente el aspecto administrativo del tratamiento

de los menores. Por ejemplo, previó un Consejo Nacional de Menores a cargo de temas tan diversos como la adopción de menores, el trato de menores de la calle y la reacción respecto de los menores infractores o delincuentes. En el aspecto procesal, el sistema siguió siendo inquisitivo en la medida que el juez que investigaba los hechos y la situación del menor era también quien sentenciaba estableciendo la medida que se presuponía siempre favorable al menor (artículo 105).

Este modelo, muy criticado por quienes actuaban en organizaciones destinadas a defender a los menores, fue legislativamente modificado de manera sustancial con la dación del **Código de Niños y Adolescentes de 1992**. El detonador decisivo de este cambio fue la adopción y suscripción por el Perú de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1990. En el artículo I del Título Preliminar de dicho código, se distingue entre niños (menores de l2 años de edad) y adolescentes (mayores de 12 y menores de 18 años). Los mismos que eran declarados como **sujetos de derechos** (artículo II del mismo título) con la finalidad de que dejen ser considerados como objetos de derecho en el sentido de la concepción de la "situación irregular". Esto comportó, por ejemplo, que se eliminara la aplicación de medidas privativas de libertad en base al simple estado de abandono en que se encuentra el menor y que se establezca que la medida de internación debería ser utilizada solo como último y extremo recurso. De esta manera, se regulaban dos sistemas penales diferenciados destinados a menores y adultos, respectivamente. Con la misma actitud idealista de veces anteriores, se declaró que el proceso relativo a los niños y adolescentes debía ser un hecho humano con trasfondo familiar, social y económico, en lugar de ser una controversia fría y solo de carácter técnico, formal o puramente legal (artículo IX Título Preliminar).

Sin modificar substancialmente la orientación de este código, en 1999, se dictó uno nuevo llamado **Texto Único Ordenado del Código de los Niños y Adolescentes**. Las disposiciones relativas al derecho penal de menores se encuentran a partir del artículo 196. Modificación desafortunada fue la inserción de un acápite dedicado al denominado **pandillaje pernicioso** (Capítulo IV, artículos 206 y ss.). De este modo, alejándose de las recomendaciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, se volvió a recurrir al criterio de la peligrosidad y a la severidad de la represión. Este criterio político referido al reforzamiento de la seguridad pública tendrá otros efectos negativos debido a la dación del D. Leg. N.º 895, (titulado Ley Contra el **Terrorismo Especial). En este decreto, se rebaja el límite de la responsabilidad** al decretarse que los adolescentes entre 16 y 18 años de edad que cometieran uno de esos delitos serían reprimidos con pena privativa de libertad no menor de 25 años ni mayor de 35 años. La misma que debería ser ejecutada, bajo un régimen penitenciario

especial, en cárceles de máxima seguridad para adultos. Se trató simplemente de una extensión de la aplicación del derecho penal de los adultos a menores que debían ser tratados conforme a su código especial.

En agosto de 2000, un poco más de un año después de puesto en vigencia el Código de 1999, se le reemplazó mediante la **Ley N.º 27337, por el texto actualmente vigente**. Estas versiones no difieren entre sí en lo esencial. Quizás las más notables diferencias sean la eliminación en el nuevo texto de las medidas socio educativas referidas a la protección y resarcimiento del daño (artículo 217), la previsión de la nueva medida de la libertad restringida y, en el aspecto funcional, la inclusión de la confidencialidad y la reserva (artículo 190). Se considera que el cambio legislativo comportó una enmienda orientada a conformar la legislación sobre los menores a la Convención sobre los Derechos del Niño. En la medida en que se establece expresamente que esta convención "es fuente de interpretación y aplicación" (artículo VII Título Preliminar) y que "es deber del Estado, la familia, las instituciones públicas y privadas y las organizaciones de base velar por la correcta aplicación de los principios, derechos y normas establecidas en el presente código y en la Convención sobre los Derechos del Niño" (artículo VIII Título Preliminar).

Estas diversas iniciativas de reformar la regulación formal del sistema legal referente a los menores demuestran nuevamente la preocupación sobre todo político ideológica de establecer una normativa conforme al modelo ejemplar promovido en las convenciones internacionales y en la doctrina foránea. Las cuales, volvemos a repetir, son percibidas como ideales, mitos a realizar. Sin ningún espíritu pragmático de analizar si, dados los limitados recursos personales y materiales, son factibles de hacerlos realidad. Las energías invertidas en promover, exigir y proyectar la regulación ejemplar de la situación de los menores, no son complementadas con esfuerzos para reclamar que se trate, en la medida de lo posible, de implementar los locales y formar el personal para que sea aplicada positivamente.

8. "Contrarreforma" suiza

Contrarreforma promocionada por opositores a la orientación menos represiva, mediante una campaña criticando la ineficacia y debilidad de la reacción penal ante el aumento de la criminalidad, de la delincuencia de menores y, en consecuencia, de la inseguridad pública. El caso Carlos es una muestra emblemática del aprovechamiento de ciertas experiencias para poner en evidencia las debilidades del nuevo sistema de penas, considerado como el fruto de concepciones ingenuas y angelicales frente a la crudeza del fenómeno delictivo.

Se experimentan nuevas intolerancias y nuevas inquisiciones: los conflictos de identidad, religiosos, nacionalistas, étnicos, de género invaden constantemente la vida cotidiana.

La evolución de las políticas penales de las últimas dos décadas se caracteriza por cuatro aspectos claves:

- La ideología de la seguridad prima toda actitud preventiva. Se trata de la tolerancia cero y la reacción fuertemente represiva (cueste lo que cueste) ante toda forma de delincuencia (de las bagatelas, incivilidades, hasta las más graves).
- La tendencia de la victimización, en el sentido que todos y cada uno son considerados como víctimas potenciales o reales. Cuestión del riesgo cero.
- El populismo penal manifestado en la inflación legislativa represiva y en la extensión e intensificación del control penal. Nuevos delitos, aumento de la severidad de las penas o de las circunstancias agravantes.
- La nueva penología concretada en el recurso a la peligrosidad, concebida sin utilización de apreciaciones morales (culpabilidad) ni de evaluaciones clínicas, sino mediante criterios estadísticos y cálculos de probabilidades (método actuarial). Preocupación central es la reincidencia y, por tanto, la eficacia de las penas.

Ejemplos de la tendencia populista:

- Éxito de las iniciativas populares federales sobre el internamiento a vida de los delincuentes sexuales o violentos considerados peligrosos y no enmendables, imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena en caso de delincuentes sexuales o pornográficos en agravio de menores impúberes, expulsión de delincuentes extranjeros.
- Iniciativa parlamentaria proponiendo la abrogación de los artículos 19 y 20 CP, referentes a las capacidades plena y restringida, respectivamente. Los argumentos eran que los drogados escapaban a la represión y que la pericia médica retardaba el proceso e irrogaba gastos excesivos.
- Revisión del sistema de sanciones penales de la nueva parte general del CP por considerar que era demasiado blanda en la medida que daba la prioridad a la multa y a sanciones alternativas respecto de las penas privativas de libertad. Calificado de homeopático, favorable a los delincuentes y humillante para las víctimas. Se admite que las penas privativas de libertad de corta duración son más eficaces que las simples penas pecuniarias. Olvidándose así que el efecto preventivo reside en el riesgo de ser condenado y no en el tipo de pena.

- Detención provisional de menores de 15 años, a pesar de que está prohibido condenar a un menor de dicha edad a una pena privativa de libertad (artículo 25 DPMin) y aunque el artículo 27 al. 1 PPMin no fija límite de edad para la detención provisional. Una gran mayoría de jueces, autoridades y actores administrativos apoyan el criterio contrario, sobre todo en asunto concerniendo menores gitanos.
- Internamiento administrativo conforme a la ley de extranjería para menores de 15 años.
- Iniciativas parlamentarias exigiendo que se aplique el internamiento automático a los homicidas y delincuentes sexuales cuando cometan el segundo delito. El fundamento es que los jueces prestan más atención a la resocialización de los delincuentes que a la seguridad de la sociedad.
- Rechazo del pedido de interrupción de la pena privativa de libertad en caso de un condenado de 90 años, gravemente enfermo de un cáncer en fase terminal y de perturbaciones mentales. El fundamento esencial es que debe primar el interés público de preservar la credibilidad del sistema penitenciario, la efectividad de las penas y la igualdad en la represión.

¿Qué hacer? Lenin: cambiar las estructuras económicas para que caiga la superestructura con la finalidad de reconstruir una nueva igualitaria y justa.

Así, algunos han planteado la abolición del derecho penal, comprendido el derecho penal de menores, para substituirlo por uno mejor o por otro medio nuevo distinto al penal.

Por considerarla como solución extremista, la mayor parte sigue pensando y confiando en el derecho penal, a condición de modificarlo y perfeccionarlo. Para lo cual debería procederse a:

- Perfeccionar la regulación normativa de acuerdo con los principios humanistas y el respeto de los derechos humanos, en el sentido consagrado en las constituciones y en los convenios internacionales.
- Desarrollar las concepciones dogmáticas para alcanzar una mejor elaboración teórica, de modo a que devenga más científica la comprensión y aplicación del sistema de control penal.
- Perfeccionar el sistema de control de aplicación judicial de las leyes, de la ejecución de sanciones por las autoridades administrativas, de la aplicación de los principios constitucionales.

Como casi existe unanimidad en la necesidad del derecho penal, en el reforzamiento del Estado de Derecho mediante la consolidación del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Ministerio Público, del Consejo Nacional de la Magistratura, del INPE, así como del desarrollo de la dogmática a pesar de las discrepancias exageradas entre funcionalismo y causalismo (no siempre bien caracterizados y comprendidos), **seguimos haciendo lo mismo que promueve y exige el sistema político-económico dominante.** De esta manera dejamos de percibir el real funcionamiento del sistema, contentándonos de arreglar y contemplar la vitrina.

Es necesario pasar al otro lado, como en el caso de ***Alicia en el País de las maravillas*** o de **Cecilia (Mia Farrow) en *La Rosa purpura del Cairo* (Woody Allen)**, de modo a atravesar la pantalla para entrar en el medio oculto de las estrategias y técnicas del poder que hacen de algunas personas el objeto del poder disciplinario o excluyente.

Técnicas y estrategias de exclusión o asimilación, dirigidas sobre todo a ciertos sectores de la población, los que resultan siendo, por casualidad, los menos favorecidos socialmente. No es porque, por ejemplo, los hijos de las familias más favorecidas no cometen infracciones es que no se les aplica las disposiciones penales, sino porque tienen mayores recursos para eludir la reacción punitiva.

Es indispensable **penetrar en el nivel más profundo de las estructuras de control** para determinar la manera real y efectiva de actuar de los encargados de ejecutar, por ejemplo, las penas privativas de libertad. Solo demasiado tarde se toma conciencia de lo que sucedió. Pocos son los penalistas que reflexionan, por ejemplo, sobre el hecho de que los detenidos, menores y adultos eran utilizados como mano de obra gratuita o muy barata en las **panaderías** limeñas, en las que regía un sistema de trabajo infrahumano, que los menores internados en la casa de trabajo de Surco eran **entregados o alquilados** a propietarios de tierras para que ejecuten trabajos agrícolas en condiciones semejantes a la esclavitud que las menores infractores sean internadas para **educarlas y formarlas en las tareas femeninas**, lo que comportaba en buena cuenta prepararlas para que trabajen como domésticas en las buenas familias. Solo cuando se daba esta posibilidad se liberaba a la internada. (Buen Pastor).

¿Quién nos asegura que en establecimientos, sobre todo del interior del país, no se explote a los detenidos de alguna manera ingeniosa?

Calmamos nuestras conciencias diciendo cómo deben ser las cosas, sin preocuparnos de lo que sucede realmente en el mundo del ser, el valle de lágrimas o el paraíso terrenal. Pregonamos la abolición de la pena de muerte o nos

ufanamos de que no sea más aplicada por no figurar en el arsenal del Código Penal, pero no nos preocupa que condenar a una larga o mediana pena privativa de libertad comporta la muerte lenta o violenta de los encarcelados sin haber sido juzgados y declarados culpables, debido a las condiciones inhumanas en que son ejecutadas las condenas.

9. A modo de conclusión

Así estamos inmersos en nuestros mitos, entre los cuales se encuentran los relacionados con el derecho penal de menores. A manera de ejemplo, mencionemos

- el mito de que la lucha contra la delincuencia la hará desaparecer o fuertemente disminuir,
- el mito que la privación de libertad es el medio más adecuado y eficaz para alcanzar este objetivo, en la medida en que sea severa y se le aplique estrictamente,
- el mito de la cárcel "modelo" que permite obtener mejores y mayores rendimientos de la detención,
- el mito de la resocialización o reintegración como medios para evitar la reincidencia,
- el mito de que es indispensable elaborar leyes penales perfectas, así como de constituir sistemas dogmáticos cada vez más sofisticados, lo que hará más eficaz y justa la represión,
- el mito que se aprende a las personas a vivir en libertad respetando el orden social privándolas de libertad y excluyéndolas de la comunidad,
- el mito que los menores es una categoría de personas claramente delimitada, las cuales se caracterizan por su maleabilidad que permite formarlas de acuerdo a los cánones sociales, morales, políticos predominantes en la sociedad,
- el mito que la capacitación y especialización del personal auxiliar de los órganos de represión, juzgamiento, ejecución de penas, aseguran el funcionamiento correcto de los diversos sectores del control social.

Pero, cómo todo esto puede hacerse realidad cuando los responsables políticos creen que se trata más bien de la descripción de lo que existe tangiblemente o que son fines racionalmente factibles de ser alcanzados.

Como no tener en cuenta que el derecho penal, por los medios que emplea y la política que lo inspira genera riesgos graves y contraproducentes.

Para terminar, destaquemos uno de dichos peligros, que es designado como el de la brutalización del sistema y de los miembros de la comunidad. Riesgo que se percibe considerando algunos síntomas que se manifiestan en la vida cotidiana. Por ejemplo:

- La previsión de penas severas, su aplicación estricta y su ejecución en centros de detención infrahumanos, **banalizan** la violencia, de modo que esta se convierte en elemento congénito a los comportamientos individuales o colectivos.
- La promoción de que se apliquen cada vez más penas privativas de libertad y cada vez más severas por parte de los responsables del Estado. Esta es una **exigencia constante** expresada en los últimos meses, por ejemplo, por el Presidente de la Corte Suprema y el Presidente de la República.
- La propuesta de que se aplique el criterio de la **"tolerancia cero"** respecto de los infractores y del criterio de "a la segunda o tercera tarjeta roja" que comporta el aumento automático máximo de la pena privativa de la libertad. Un caso anecdótico, pero pleno de implicancias, es el planteamiento hecho por un Ministro de Estado de aplicar la "tolerancia cero" respecto de la conducción de vehículos en estado de ebriedad, lo que no solo aumentará las condenas a penas privativas de libertad, sino que resulta contraproducente con la política de fomentar el desarrollo económico del país impulsando la producción y el consumo de pisco, bebida nacional.
- El tratamiento como héroe y miembro honorario de la Policía Nacional de un perro que, como guardián de un depósito de mercaderías, evitó un robo causando la muerte del joven ladrón. Caso que humanizado fue considerado como un acto de legítima defensa. A su muerte, debido a un paro cardiaco, se rindieron al perro héroe honores como miembro del cuerpo canino de la Policía Nacional antes de ser incinerado. Muchos recuerdan su nombre **Lay Fun,** por el contrario nadie recuerda el nombre de su víctima, el ladronzuelo. **El sistema hace desaparecer la víctima** y publicita el can que le provocó la muerte. ¿Cómo no comprender que el legislador disminuya los requisitos de la legítima defensa en caso de robo en las casas, durante la noche o en despoblados? ¿Cómo sorprenderse que las personas crean que tienen un derecho amplio y automático para defenderse contra cualquier agresión?

- La actitud extrema que ante casos como el de **Gringacho**, la opinión pública no considere que debe internarse a todo menor, considerado peligroso, aún en cárceles para adultos, si el Presidente de República, entre otros, declara a la prensa que "miserables semejantes solo merecen la cárcel" y que debería plantearse si es que no es necesario reprimir a los padres. Como si la sociedad y su personificación el Estado, no tuvieran responsabilidad alguna en la criminalización de los menores.

Todo esto nos lleva a plantearnos la cuestiones si los planes de prevención, elaborados con la ayuda de técnicos y juristas de alto nivel, no resultan siendo parodias por la falta de voluntad política de llevarlos a cabo, lo que se evidencia en el hecho que los responsables del Estado no otorgan los recursos materiales y personales necesarios. Se trataría de manipulaciones políticas que tienen fundamentalmente la finalidad de propaganda política para ganar los favores de la población y permanecer en el poder. Esperemos que no sea así, aunque no podemos pensar en el dicho de que el infierno está empedrado de buenas intenciones.

10. Bibliografía sucinta

AGUIRRE, Carlos, *Denle duro que no siente: Poder y transgresión en el Perú Republicano,* Fondo Editorial del Pedagógico San Marcos, Lima, 2008.

ALBRECHT, Peter, "Kongressvortrag, Aufsatz, Strafrecht ohne Recht?", en *ZStrR* 131/2013, pp. 385 y ss.

BERRÍOS DÍAZ, Gonzalo, "El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes", en *REJ (Revista de Estudios de la Justicia)*, N.º 6, Santiago de Chile, 2005, pp. 161 y ss.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Relatoría sobre Derechos de la Niñez. Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas.* OEA/ Ser.L/V/II. Doc. 78, 13 julio 2011, Original: español.

CONSEIL FÉDÉRAL, *Les jeunes et la violence. Pour une prévention efficace dans la famille, l'école, l'espace social et les médias.* Rapport du Conseil fédéral en réponse aux postulats Leuthard (03.3298) du 17 juin 2003, Amherd (06.3646) du 6 décembre 2006 et Galladé (07.3665) du 4 octobre 2007, Bern 20.05.2009. Versión en línea: http://bit.ly/1hyLFr3.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Sistema Penal Juvenil. Análisis jurídico social.* Proyecto Justicia Penal Juvenil ILANUD/Comisión Europea. Adjuntía para los

Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad Programa de Asuntos Penales y Penitenciarios. Serie Informes Defensoriales, Informe N.º 51, Lima, 2000.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Sistema Penal Juvenil.* Lima, julio del 2012. Programa de Asuntos Penales y Penitenciarios Adjuntía para los Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad. Serie Informes Defensoriales, Informe N.º 157-2012/DP. Lima, 2012.

DESCOUBES, Benoît y Frédéric PHAURE, "Aménagements des peines d'incarcération à l'égard des mineurs. Sans les murs?", en *ERES | Les Cahiers Dynamiques*, 2008/1, N.º 41, 2008.

DIDIER FASSIN y otros, *Juger, réprimer, accompagner. Essai sur la morale de l'État.* Editions du Seuil, ParisParís, 2013.

DUFRESNE Martin, MACLURE Richard, CAMPBELL Kathryn, "Le mineur sujet de droit et la justice pénale: du ' "meilleur intérêt à l'aliénation" ', ein *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*", vol. 49, N.º 2, abril, 2007, pp. 205 y ss.

FERNÁNDEZ MOLINA, Esther y otros, "Evolución y tendencias de la delincuencia juvenil en España", en *Revista Española de Investigación Criminológica*, N.º 7, 2009, pp. 1 y ss.

GAUCHET, Marcel, "La redéfinition des âges de la vie", en *Le Débat*, N.º 132, noviembre-diciembre, 2004, pp. 24 y ss.

HURTADO POZO, José, *Droit pénal. Partie générale*, Nouvelle édition refondue et augmentée, Schulthess, ZurichZúrich, 2008, pp. 543 y ss.

JOSITSCH, Daniel; AEBERSOLD, Peter y Caroline SCHWEIZER, "Der Fall Carlos: Chronik und Analyse einer Tragödie", en *Jusletter* 16, diciembre, 2013.

MEYER BEDA, Löhrer, *Massnahmen nach Jugendstrafgesetz und Massnahmen der KESB – Wechselbeziehungen und Einzelfragen*, AJP, 2014, pp. 11 y ss.

MORET AUDREY, „"La peine privative de liberté pour mineurs en droit pénal suisse. Faut-il construire de nouvelles prisons pour mineurs?", ein *Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique*, N.º 3, 2009. 3/09, pp. 185 y ss.

NEUE ZÜRCHER ZEITUNG, "'Carlos' muss in den nächsten Tagen entlassen werden", ein *Neue Zürcher Zeitung*, vom 25.02.2014 Seite 13. Versión en línea: http://bit.ly/1KrSNCQ.

NIGGLI, Marcel Alexander/WIPRÄCHTIGER, Hans, *Strafrecht* I: artículo 1-110 StGB und Jugendstrafgesetz, Helbing Lichtenhahn Verlag AG, Basel, 2013.

Ottenhof, Reynald, "La responsabilité pénale des mineurs dans l'ordre interne et international", en *ERES. Revue internationale de droit pénal*, N.º 3, vol. 42, 2001. 2001/3, vol. 72, pp. 663 y ss.

Queloz, Nicolas, "La prison pour mineurs, au-delà des idées fausses", en *Le Temps*, mardi 07 janvier 2014. Versión en línea: http://bit.ly/1hUmkZv.

Revista Polemos, monográfico sobre *Responsabilidad penal de los menores de edad*, Año III, N.º 6, diciembre, 2012. Versión en línea: http://bit.ly/1LYQD98 .

Solís Espinoza, Alejandro, "El derecho penal de menores en el Perú", en *Revista Jurídica Magistri et Doctores*, año VII, N.º 03, 2006, pp. 34 y ss.

Trechsel, Stefan y Mark Pieth (editores), *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar*, Dike, Zúrich, 2012.

Tribunal Fédéral Suisse, *Urteil Bundesgericht vom 18*, Februar 2014, *Strafrechtliche Abteilung*, 6B_85/2014. Versión en línea: http://bit.ly/1KIgghQ.

IV

¿El delincuente, un desconocido para el derecho penal?*

Sumario: 1. Introducción. a. Concepción penal clásica. b. Concepción positivista italiana. c. Concepción ecléctica. 2. El delincuente y las ciencias humanas y sociales. a. Biología. b. Sociología. c. Psicológica. d. Teorías de la estigmatización. 3. Aspectos penales. a. Introducción. b. Capacidad penal y peritaje médico legal. c. Capacidad y libertad. 4. Conclusión. 5. Bibliografía sucinta.

1. Introducción

La evolución del derecho penal se caracteriza por tomar cada vez más en cuenta la subjetividad del comportamiento delictivo. Dos ideas han tenido un rol decisivo. La primera, la responsabilidad personal excluyente de la responsabilidad objetiva; el autor de la acción no es más considerado, por el solo hecho de cometerla, responsable de todas sus consecuencias. La segunda, el hombre debe estar al centro del derecho penal: la personalidad del autor y su comportamiento delictuoso deben ser considerados a la luz de los aportes de las ciencias humanas y sociales.

En 1891, Franz von Liszt dijo claramente: "La finalidad del castigo no es el 'delincuente' y el 'delito' en tanto que entidades jurídicas, sino más bien el hombre y su acto".

¿Qué se ha hecho para alcanzar este objetivo? Responder a esta pregunta supone, en realidad, presentar y analizar la naturaleza, la finalidad y los límites del

---

* Publicado en *Anuario de Derecho Penal 1988*, Lima, 1988

derecho penal. Esta compleja problemática no puede ser, evidentemente, tratada de manera exhaustiva en el marco, restringido del presente trabajo. Ante esta imposibilidad y deseando responder, al menos parcialmente, a la pregunta que sirve de título a nuestro trabajo, vamos, primero a presentar las concepciones generales del derecho penal; luego, nos ocuparemos del problema de las ciencias humanas y sociales en la medida en que se ocupan del delincuente. Enseguida, analizaremos algunos aspectos jurídicos concretos para comprender mejor la dificultad del derecho penal para tener en cuenta la dimensión humana del delincuente. Por último, señalaremos, a manera de conclusión, las apreciaciones que estimamos las más importantes, así como las consecuencias más significativas para los diversos dominios del derecho penal.

a. Concepción penal clásica

La primera ideología penal moderna fue elaborada en el siglo XVIII, época en la cual Europa era el centro del mundo y Francia, el centro de Europa. Los precursores de esta concepción fueron los filósofos franceses. Sus ideas provocaron un amplio y profundo movimiento humanista cuya influencia subsiste aún hoy en día. Este humanismo preconizaba, sobre todo, situar al hombre en primer plano. En el dominio penal, las ideas de Rousseau, Montesquieu, Voltaire han inspirado el combate de los juristas contra la arbitrariedad y la crueldad del sistema punitivo del antiguo régimen[1].

Se levantaron contra el ejercicio abusivo del derecho de castigar por parte del Estado y reclamaron la humanización del sistema penal. De acuerdo con su concepción[2], el delincuente debería ser considerado como un hombre, sujeto de derecho y no como una cosa, objeto de persecución y de maltrato.

Así, concebir el hombre como un ser dotado de razón[3] y de libertad, como señor de sus actos obliga a concluir que el delincuente potencial es también una persona independiente, racional, dotada de la facultad de apreciar la naturaleza de sus actos y la conveniencia de realizarlos.

El fundamento de la responsabilidad es hallado, en consecuencia, en el libre arbitrio. La pena –sufrimiento retribuido por el mal causado– constituye la consecuencia natural. El derecho penal es entonces considerado como un sistema

1 Ver: Ancel, Marc, *La défense sociale nouvelle*, París, 1981, pp. 48, 66 y 244.

2 Beccaria, Cesare, *Dei delitti e delle pene*, Milán, l884, N.º II y XXVII.

3 Ancel, Marc, *La défense sociale nouvelle*, cit., p. 63.

racional y retributivo que sanciona a quien libremente cometa los actos dañinos previstos expresamente en la ley.

La fuente inspiradora de la concepción liberal del derecho penal fueron las ideas humanistas del Siglo de las Luces (siglo XIX).

Los códigos penales fueron redactados en armonía con estas ideas liberales y mediante una técnica legislativa cada vez más perfeccionada. Los juristas, a la luz de los principios humanistas, interpretaron las normas legales para elaborar una explicación sistemática completa.

Este vasto movimiento de ideas penales fue llamado "Escuela clásica del derecho penal". Sus partidarios afirmaban que el delito es una entidad jurídica cuyo análisis corresponde a los juristas. Consideraban que el hombre delincuente estaba dotado de libre arbitrio; dicho de otra manera, de la capacidad de decidirse independientemente de toda coerción. La aceptación metafísica de esta libertad, les permitió sostener que el hombre era moralmente culpable. Por último, concluyeron que la pena, como castigo retributivo, era la consecuencia lógica y necesaria para el restablecimiento del equilibrio social perturbado por el comportamiento del delincuente. Para aplicarle la tarifa punitiva legal no era necesario preocuparse ni de su personalidad ni de los móviles que lo impulsaron a actuar.

b. Concepción positivista italiana

La reacción contra esta concepción metafísica fue provocada por el desarrollo de las ciencias humanas y sociales. Los italianos Lombroso[4] (iniciador de la antropología criminal) y Ferri[5] (pionero de la sociología criminal) plantearon la tesis que el hombre criminal es fatalmente empujado a cometer delitos: debido a sus malformaciones biológicas o a las condiciones sociales en que vive. De esta manera, el libre arbitrio y la pena son negados. La responsabilidad social y las medidas de seguridad se transforman en los pilares del sistema punitivo. La concepción penal, inspirada en las ideas deterministas, fue llamada "Escuela positivista italiana".

En comparación con las ideas penales clásicas, los principios fundamentales de la escuela positivista italiana pueden ser resumidos de la manera siguiente: el

4 Lombroso, Cesare, *L'uomo delinquente*, 5.ª ed., Turin, Fratelli Bocca, 1897.

5 Ferri, Enrico, *La sociologie criminelle in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alla psichiatria*, París, 1893.

delito es un fenómeno social y no solo una entidad jurídica. El hombre delincuente es determinado en su comportamiento por su constitución individual o por su "*milieu*". El libro arbitrio no es sino una ilusión. En consecuencia, el delincuente no puede ser considerado como culpable. Su responsabilidad es, por el contrario, de naturaleza social, debido al peligro que representa para la comunidad. Por último, la reacción social debe consistir en una medida de seguridad destinada a eliminar el carácter peligroso del delincuente. La pena retributiva es considerada, en consecuencia, irracional e inútil.

Los trabajos de los positivistas se encuentran, como lo hemos dicho, al origen de la antropología criminal y de la sociología criminal que alcanzaron un éxito considerable. El aporte esencial de los positivistas ha sido señalado por Hamel: "[La] escuela clásica exhorta a los hombres a estudiar la justicia; la escuela positivista incita a la justicia a estudiar los hombres".

c. Concepción ecléctica

La confrontación de las dos escuelas penales dio lugar, a fines del siglo pasado e inicios del nuestro, a una reforma profunda del sistema punitivo. Los mejores resultados son el fruto de una concepción ecléctica. Un buen ejemplo es el Código Penal suizo[6], cuyos proyectos sirvieron para elaborar nuestro Código Penal de 1924. Su arsenal punitivo contiene penas y medidas de seguridad. Mediante la primera, se reprime al autor culpable; es decir a quien –a pesar de poder obrar conforme al derecho– ejecuta un acto delictuoso. Las medidas de seguridad son aplicadas al autor calificado de peligroso en razón a los aspectos biosicológicos y sociales de su persona. Es decir, la pena y la culpabilidad suponen la libertad del individuo; la medida de seguridad, el carácter peligroso del agente.

Este modelo ecléctico –alabado e imitado en casi todas partes– ha sido criticado por su neoclasisismo atenuado[7]. Este cuestionamiento se basa, en particular, en los progresos realizados por las ciencias humanas.

6 Ver: KAENEL, P., *Die kriminalpolitische Konzeption von Carl Stooss im Rahmen der geschichtlicher*, Entwicklung von Kriminalpolitik und Straftheorien, Tesis Berna, 1981; RUSCA, M., *La destinée de la poliltique criminelle de Carl Stooss*, Tesis Fribourg, 1981.

7 ANCEL, Marc, *La défense sociale nouvelle*, cit, p. 81.

2. El delincuente y las ciencias humanas y sociales

a. Biología

Veamos, brevemente, las orientaciones y los progresos de las investigaciones en esta ciencia. Después de los trabajos de Lombroso, las investigaciones destinadas a determinar las causas biológicas del comportamiento delincuente, han sido continuadas sin gran éxito. Pensamos, en particular en tres trabajos que lograron notoriedad. En primer lugar, las investigaciones realizadas sobre los comportamientos de gemelos[8] de bagaje hereditario similar. En los años 30, se llegó a la conclusión que, en el caso de los gemelos univitelinos, la coincidencia de comportamientos criminales era más frecuente que en el de los gemelos bivitelinos.

Mediante estas investigaciones, se quiso demostrar la justeza de una hipótesis exagerada que consideraba la herencia fuente de toda criminalidad.

Este objetivo también es perseguido por los estudiosos de aberraciones cromosómicas[9]. Estas aberraciones pueden resultar de un defecto (ausencia de un cromosoma) o de un exceso (presencia de un cromosoma suplementario o supernumerario). Estas aberraciones se manifiestan por un desequilibrio del organismo y tienen consecuencias desastrosas sobre su desarrollo. Observando las estadísticas de la criminalidad, se afirmó que la aberración por exceso sería la más frecuente. Asimismo, se creyó descubrir, en los delincuentes habituales peligrosos, un cromosoma excedente "y", que fue inmediatamente llamado "cromosoma asesino" las perturbaciones provocadas por este cromosoma harían que su portador cometa actos violentos. Estas perturbaciones resultarían de un funcionamiento defectuoso de las células cerebrales afectadas por la presencia, en su núcleo, de este cromosoma sobrante.

---

8 ZERBIN-RÜDIN, E., "Gegenwartiger Stand der Zwillings und Adoptionsstudien zur Kriminalität", en H. GEPINGER/H. WALDER, *Kriminologische Gegenwartsfragen,* N.º 16, 1984, p. 14.

9 Ver: VALENTINE, G. H., *Die Chromosomenstörunqen,* Berlín-New York, 1968; MURKEN, J. D., "Aggressivität als Problem der Genetik", en Arno PLACK (ed.): *Der Mythos vom Aggressionstrieb, München,* 1973; JEAN GRAVEN, "Existe-t-il un chromosome du crime? Comment juger le délinquant porteur d'une anomie génetique XYY", en *Revue Internationale de Criminologie,* N.º 4, 1968, p. 277; *Le problème de l'anomalie chromosomique*: ib., 1969, N.º 1, p. 21.

b. Sociología

En el dominio de las investigaciones sociológicas, debemos mencionar, entre las principales concepciones, la teoría de la "asociación diferencial" de Sutherland[10]. Según este autor, el comportamiento criminal es un comportamiento aprendido. El aprendizaje comprende dos etapas: primero, la enseñanza de las técnicas de comisión de la infracción y segundo, la orientación de los móviles, tendencias impulsivas y diversas inclinaciones. Las posibilidades que una persona se transforme en criminal estarían así en relación con la naturaleza, la intensidad y la duración de sus diversos contactos con quienes cometen delitos y consideran esta actitud como correcta. Es sin embargo, indispensable subrayar que, para Sutherland, el proceso de socialización o de asimilación cultural es el mismo para el delincuente que para las demás personas.

El sujeto deviene delincuente porque no tiene ante sí un modelo anticriminal. De manera más general, cada individuo asimila invariablemente la cultura del medio en que **vive,** a menos que otros modelos no vengan a oponerse a esta cultura. Es decir que la formación criminal por asociación no se adquiere únicamente por imitación sino también mediante los otros mecanismos presentes en todo proceso de formación.

En segundo lugar, es necesario mencionar la concepción de Alfred K. Cohen[11]. En su opinión, el comportamiento delictuoso tiene su origen y se desarrolla al interior de una "subcultura criminal". El grupo delincuente produce valores y normas propias contrarios a las normas de la cultura predominante. La oposición no es solo negativa en la medida que supone la elaboración de "modelos paralelos" de comportamiento. El acto delictuoso sería así una alternativa y no simplemente una desviación.

En tercer lugar, conviene citar la tesis de la anomia social de Merton. Sobre la base de los trabajos de Durkheim y Parson, Robert K. Merton[12] afirma que el comportamiento delictuoso está condicionado por los insuficientes medios

10 SURTHERLAND, Edwin H., *Principes de criminologie,* París, 1966; White Collar Crime, New York, Chicago, 1961. Cfr. KINBERG, Olof, *Les problèmes fondamentaux de la criminologie,* París, 1960.

11 COHEN, Albert K., *Abweichung und Kontrolle,* München, 1968; SHORT, James y Albert COHEN, *Zur Erforschung delinquenter Subkulturen,* en F. Sack/R. Koenig, *Kriminalsoziologie,* Frankfurt a. M. 1974, p. 372.

12 MERTON, Robert K., *Social Theory and Social Structure,* New York, 1968; *Sozialstruktur und Anomie,* en F. Sack/R. Koening, cit. Ulfried NEUMANN y Ulrich SCHROTH, *Neuere Theorien von Kriminalitätund Strafe,* Darmstadt, 1980.

legales ofrecidos, a cierto grupo de personas, por la sociedad para alcanzar el estado de bienestar material que promete para todos.

Hay un desacuerdo entre los fines (la cultura) y los medios (la sociedad); pues todas las personas no disponen de los mismos medios. Es decir, estas personas no tienen las mismas posibilidades de acceso al bienestar social. Este desequilibrio entre los fines propuestos y los medios legítimos ofrecidos para alcanzar dichos fines, constituye la anomia. Esta situación empuja ciertas personas a recurrir a medios ilícitos para lograr tales objetivos. La sociedad se caracteriza, en consecuencia, por una ruptura en su estructura sociocultural. Merton va aún más lejos en sus conclusiones respecto de la manera cómo la anomia social influye en el comportamiento del individuo. Lo hace mediante la descripción de modelos de adaptación individual.

c. Psicológica

Mediante el análisis detallado del aspecto psicológico del comportamiento criminal se ha tratado de responder a una pregunta capital, que había sido dejada de lado por las tesis biológicas y sociológicas: ¿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 por qué la adaptación social del criminal no es igual a la de las demás personas[13].

Las orientaciones psicológicas fundamentales son: la psicodinámica, desarrollada a partir de la teoría de Freud (psicoanálisis clásico), y las doctrinas de Jung y Adler. Existe también la corriente fenomenológica construida sobre la base del análisis y de la interpretación clínica de la relación interindividual, e inspirada en las ideas filosóficas de la fenomenología y del existencialismo (Husser, Heidegger, Jaspers). Citemos además la orientación tipológica, basada en las doctrinas constitucionalistas que elaboraron las "tipologías criminales".

Por último, señalaremos la tendencia behaviorista que busca, a partir de indagaciones sobre la fisiología cerebral, explicar el comportamiento humano. Recordemos, por ejemplo, las investigaciones pluridisciplinarias realizadas, en

13 Dechéne, H., *Verwahrlosung und Delinquenz. Profil einer Kriminalpsychologie,* München, 1975; B. Muss, *Gestörte Sozialization, psychoanalytische Grundalgen therapeutischer Heimerziehung,* 2.ª ed., München, 1975; Alexander, F., y H. Strauss, *Der Verbrecher und sein Richter. Ein psychanalytischer Einblick in die Welt den Paragraphen,* Viena, 1929; Piaget, Jean, *Psychologie et épistémologie pour une théorie de la connaissance,* París, 1970; Pinatel, Jean, "Criminologie et psychanalys", en *Revue française de psychanalyse,* 1954, N.º 2, p. 281.

los últimos años, sobre el cerebro y sus funciones. No se tiene aún la suficiente distancia para apreciar los resultados de estos trabajos; pero constituye, sin duda, una veta muy rica de elementos necesarios para explicar el comportamiento humano, en general y, en particular el del delincuente.

d. Teorías de la estigmatización

Buscar la causa del crimen en la persona del delincuente (concepciones biológica o psicológica) o en las condiciones sociales en que se desenvuelve el delincuente (concepciones sociológicas y psicosociológica) supone la certeza que es posible distinguir las personas delincuentes de las que no lo son. Dicho de otro modo, es necesario identificar al hombre criminal o el grupo criminal.

La factibilidad de dicha distinción ha sido cuestionada por las investigaciones realizadas sobre la denominada "cifra negra" de la criminalidad[14]. Estos trabajos han demostrado que numerosos comportamientos delictuosos permanecen ignorados. Y que en consecuencia un buen número de delincuentes no son identificados ni castigados. Ellos cohabitan con las personas no criminales, sin que sea posible identificarlos.

De ser aceptada esta descripción, sería indispensable reconocer que todas las teorías destinadas a detectar el o los estigmas del delincuente no tienen objeto real de estudio. Esta es, al menos, la opinión de los sostenedores de la teoría de la estigmatización (*labeling approach*)[15]. Los criminales en sí no existirían. Se trataría solo de personas así marcadas mediante un proceso llevado a cabo por las instituciones encargadas de la reacción social contra el delito (Policía, Ministerio Público, jueces, etc.). El criminal no sería pues sino un estereotipo establecido por los órganos de represión penal; el resultado del proceso social de "criminalización"

14 Blankenburg, E.; Sessar, K., y W. Steffen, *Die Staatsanwaltschaft im Prozess strafrechtlicher Sozialkontrolle*, Berlin, 1978; Kürzinger, J., *Private Strafanzeigen und polizeiliche Reaktion*, Berlín 1978; cf. Bernd-Rüdiger, Sonnen, *Kriminalitat und Strafgewalt. Einführung* in *Strafrecht und Kriminologie*, Stuttgart, 1978, pp. 36 y 39; Hans Haferkamp, *Kriminalitätist normal. Zurgesellschaftlichen Produktion abweichenden Handelns*, Stuttgart, 1972.

15 Sack, F., "Definition von Kriminalität als politsches Handeln: der labeling approach", en *Kriminologisches Journal*, 1972, p. 3; Wolfgang Kecheisen, *Die gesellchaftliche Definition abweichenden Verhaltens. Perspektiven und Grenzen des labeling approach*, München, 1974; Borghi Marco, *Danno e devianza*, Milán, 1980, pp. 28 y ss.

De esta manera, las investigaciones sobre el crimen o el criminal deberían más bien ocuparse de analizar la naturaleza y el funcionamiento del fenómeno social de la "criminalización".

3. Aspectos penales

a. Introducción

¿En qué medida el derecho penal ha tenido en cuenta los resultados de estas investigaciones? ¿Refleja su evolución un progresivo acercamiento al hombre real? ¿De qué manera han sido recepcionados los avances hechos en las ciencias sociales? Ante la imposibilidad de responder a estas interrogantes, de manera global en este trabajo, intentaremos hacerlo a través del análisis de un problema específico: la culpabilidad penal.

De acuerdo a los principios básicos del derecho penal, "no hay pena sin culpabilidad". La culpabilidad supone dos elementos: capacidad penal y libertad de actuar de otra manera.

Capacidad penal significa, de acuerdo con el artículo 85, inciso 1, del Código Penal que el autor tenga, al momento de obrar, la capacidad de comprender el carácter de su acción y la capacidad de determinarse según esta apreciación. ¿Es posible constatar, en todos los casos, la capacidad penal del procesado?

b. Capacidad penal y peritaje médico legal

Plantear esta pregunta comporta interrogarse sobre la posibilidad de sondear y aprehender, en toda su complejidad, el mundo interno de las personas. De hecho, se trata de analizar la naturaleza y los límites de la intervención de los peritos en el proceso penal.

Del perito se esperaba, en una época aún reciente, un examen científico: la descripción del aspecto estudiado sobre la base de constataciones firmes. Hoy en día, esta idea de la pericia es, seriamente, puesta en duda[16]. La primera objeción

16 AMBRUS, J., y otros,"Psychiatrie und Strafrecht. Ueberlegungen und Vorschlage einer Arbeitsgruppe", en *Revue Pénale Suisse*, 100, 1983, p. 72; KLAUS, Ernest, "Was Antwortet der Psychiater dem Strafrecht?", en GOPPINGER/WALDER, cit, N.º 13, 1987, p. 141; P. WETTERICH, "Der psychiatrische und psychologische Sachverstandige im Strafverfahren aus der Sicht des Strafrechtspraktikers", en GOPPINGER/KAISER. *Kriminologische Gegenwartsfragen*, N.º 12, p. 99.

es de naturaleza metodológica: el experto no se limita a distinguir lo verdadero de lo falso. Debe también –y previamente– escoger un modelo preestablecido con el fin de efectuar su análisis. Esta decisión se encuentra, además, condicionada por el objetivo que pretende alcanzar: jurídico, social o terapéutico.

Al tradicional concepto de pericia, se le formulan otras dos objeciones. Primero, la casi imposibilidad de observar los fenómenos internos de las personas y, segundo, la vinculación afectiva que se establece entre el experto (observador) y la persona estudiada (objeto de la observación). Conscientes de la justeza de estas objeciones, los peritos mismos cuestionan el papel que desempeñan en el proceso penal.

¿Debe renunciarse a la prueba de la capacidad penal del procesado? ¿Es necesario recurrir a una ficción? Para comprender la, respuesta dada por los juristas, se debe considerar que, según ellos, compete al juez la decisión final referente a la capacidad penal del inculpado. Para decidir, está obligado a aceptar sin más la opinión de los peritos. La capacidad penal es considerada como un problema normativo y no como una cuestión de ciencia o de técnica médicas.

Las explicaciones dadas por las ciencias humanas sobre la capacidad penal solo pueden ser útiles, en el ámbito penal, en la medida en que los jueces y penalistas estén suficientemente informados.

c. Capacidad y libertad

La constatación de la capacidad penal del inculpado es indispensable. Según la ley, esta capacidad constituye la condición previa de la punibilidad, que presupone la culpabilidad.

De acuerdo con la opinión predominante, la culpabilidad[17] es un reproche formulado contra el delincuente, quien se decidió –a pesar de su capacidad de obrar conforme al derecho– a realizar un comportamiento ilícito. La culpabilidad supone la libertad del hombre. Este debe haber –en el caso concreto– tenido la posibilidad de actuar de otra manera. Si, en ese momento, estuviera fatalmente determinado a cometer el acto delictuoso, sería imposible reprocharle su manera de actuar.

Aceptar esta última eventualidad significaría negar la culpabilidad y, consecuentemente, la pena en tanto medio útil para orientar el comportamiento de las personas. El derecho penal mismo sería así cuestionado.

17 JESCHECK, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts, Algemeiner Teil*, 1969, pp. 328 y ss.

De esta manera, volvemos a encontramos en el centro del viejo debate entre los seguidores de la Escuela clásica y los de la Escuela positivista italiana. Dicho de otra manera, entre los defensores del indeterminismo y del determinismo. Nos parece que no se puede, hoy en día, evitar este escollo, sea aceptando a priori la libertad individual, sea afirmando que el derecho penal no requiere tomar partido en este debate. Dos razones existen, por lo menos: primero, las tesis positivistas tienen cierta base científica y, segundo, dichas tesis afectan los fundamentos mismos del derecho penal.

Entre los mismos penalistas, se admite actualmente, que demostrar la libertad individual constituye una tarea casi imposible. De otro lado, el comportamiento humano sería, según la explicación proporcionada por las ciencias sociales y humanas, el resultado de un condicionamiento sea biológico, social o de ambos tipos. Los fracasos experimentados en su demostración no serían sino debidos a limitaciones momentáneas de las ciencias humanas. La libertad humana sería así una especie de "pie de zapa" que se empequeñecería en la medida en que se precisan las causas del comportamiento delincuente.

Los penalistas que defienden las tesis deterministas no son contestes en sus conclusiones. Algunos reclaman la abolición del derecho penal; otros, menos radicales, demandan una reforma profunda en el dominio de los medios de reacción social y de los objetivos a alcanzar o, algunos exigen la substitución de la noción de culpabilidad por otra diferente.

Cabe preguntarse, sin embargo, si es inevitable pronunciarse en favor de una de las dos concepciones opuestas.

Para responder a esta pregunta, nos parece necesario destacar que la controversia entre determinismo e indeterminismo ha sido, generalmente, desnaturalizada. Un real diálogo no se ha producido. Así, se ha considerado, justamente, que esta controversia ha consistido en simples declaraciones de fe impropias a enriquecer una verdadera discusión.

En el estado actual de las investigaciones científicas, resulta altamente dudoso aceptar que el comportamiento individual es, necesariamente, determinado o, totalmente, autónomo. Los especialistas se satisfacen con admitir, prudentemente, el condicionamiento parcial del comportamiento humano.

Aun cuando, por simple hipótesis, se admita que se podrá, un día, aportar la prueba que el comportamiento humano es un hecho predeterminado, la oposición de las dos posiciones extremas no será sino aparente. Cuando se analiza con atención la manera cómo los indeterministas han presentado sus ideas, se percibe que no buscan dar una explicación causal del comportamiento huma-

no. Sus tesis se orientan, más bien, a proporcionar una explicación normativa, compatible con la opción determinista. Bien entendida la idea indeterminista, no sería sino una manera de "revindicar que los hombres sean tratados como personas"; es decir, que sus opiniones y decisiones sean consideradas seriamente. Estas no pueden ser tan fácilmente constatadas como lo es el color de la piel, de los ojos, el grupo sanguíneo o las perturbaciones hormonales.

Aquí está en juego la dignidad de la persona humana cuya realidad 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. Pensar, hablar, amar o trabajar son acciones que pueden ser ejecutadas por el hombre en la medida que pueda controlar y orientar su actividad[18].

En derecho penal, se debería discutir, sobre todo, de la manera cómo se podría tener mejor en cuenta la realidad. Ante la improbabilidad de constatar la "posibilidad concreta e individual de actuar de otra manera", se ha pensado substituir este criterio por el de un modelo normativo general: "la posibilidad de actuar que posee un tipo medio de persona". Dicho de otra manera, para determinar si una persona es culpable, bastaría comparar sus actos al comportamiento propio a una persona media.

Aunque el empleo de este criterio facilita la administración de justicia, da pie a que se reproche al derecho penal su alejamiento de la realidad empírica y, en particular, de la personalidad real del hombre.

Para refutar esta crítica, se propone dar a la culpabilidad un contenido diferente del que le reconoce la teoría tradicional. Desde una perspectiva de política criminal, la culpabilidad debería ser reformulada de acuerdo a los fines fundamentales de la pena. Su función esencial sería la de constituir el límite máximo de la penalidad.

Este es un problema que no vamos profundizar aquí. Sin embargo, es necesario subrayar que no es indispensable recurrir a ficciones o a afirmaciones *a priori* para aceptar que el comportamiento humano sea, salvo ciertas circuns-

18 Cfr. Santiago Nino, Carlos, *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, 1980, p. 382; Ancel, Marc, *Responsabilité et défense sociale*, en *Revue de science criminelle et droit penal comparé*, cit., p. 249, 1959, p. 181; Kaufmann, Hilde, "Concepciones del hombre en Derecho Penal", en Doctrina penal, Buenos Aires, 1981, pp. 22-23; Max Planck, *Vom Wesen der Willensfreiheit:* Peter van Inwage,. *Die Unvereinbarkeit und Determinismus*, en *Pothast Ulrich* (editor), *Freies Handeln und Determinismus*, Frankfurt a. M., 1978, p. 115.

tancias, el resultado de una cierta autodeterminación del autor. Esta idea no es contraria a los criterios preponderantes en las ciencias sociales y humanas. La idea del hombre como persona capaz de autodeterminarse, estando aún sometida a la influencia de circunstancias externas y personales, se encuentra a la base de la organización social tal como la conocemos. Su aceptación supone, como lo hemos explicado con anterioridad, una consagración de la dignidad basada en su sentimiento de libertad personal.

La noción de culpabilidad es, en consecuencia, de carácter normativo; pues solo sirve para atribuir a una persona un determinado comportamiento. Así comprendida, la culpabilidad no proporciona ningún elemento útil para explicar la génesis del comportamiento delictuoso. Explicar este origen es materia de las ciencias sociales y humanas[19].

Su influencia decisiva debería servir para delimitar la responsabilidad, para escoger y justificar los medios de reacción social y, más ampliamente, para fijar los fines del derecho penal.

4. Conclusión

Estimamos conveniente destacar los siguientes aspectos:

a. El liberalismo fue un himno polifónico a la "santa libertad" individual que, en el último siglo, se difundió ampliamente en el mundo. Más aún, este elogio a la libertad del hombre se transformó en un sistema de pensamiento. Sobre sus principios, se elaboró la primera concepción del hombre-delincuente. Esta concepción ha dejado de ser un instrumento útil para explicar la criminalidad o para organizar la reacción social contra ella. Esta reacción es la consecuencia de la acción delictiva; es decir, del acto cometido por una persona contra el orden jurídico. Este acto es la manifestación de la interacción de un individuo en relación con los otros, de un individuo en relación con su micro-sociedad y con la macro-sociedad en la que se encuentra inserto. El estudio de este comportamiento, desde una perspectiva sociológica, necesita –para evitar equivocaciones o un análisis superficial– el estudio de las características de la personalidad del autor.

19 Jescheck, op. cit., p. 330. Cf. Claus, Roxin, "Zur jüngsten Diskussion über Schuld Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht", en *Bokelmann Festschrift*, München, 1979, p. 279; Stratenwerth, Günther, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, Karlsruhe, 1977; Otto Harro, "Ueber den Zusammenhang von Schuld und menschlicher Würde", en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1981.

b. Si es de reprochar algo a los partidarios de la concepción biológica de la criminalidad es su metodología incorrecta.

c. El crimen no puede ser observado científicamente como un fenómeno aislado. El organismo y la personalidad de todo individuo se encuentran condicionados por innumerables factores externos. Las generalizaciones apresuradas, formuladas por autores poco amantes de las constataciones empíricas, han desacreditado la concepción biológica. Su influencia sobre la legislación y la política criminal son insignificantes.

d. Actualmente, las teorías que ofrecen más medios de análisis para explicar el fenómeno delictivo son las teorías de corte sociológico. La fuente de la criminalidad es buscada en el proceso de socialización del individuo. El comportamiento criminal es así percibido como una conducta aprehendida socialmente.

e. Además de la orientación común que las caracteriza, las concepciones sociológicas no están en condiciones de proporcionar una explicación homogénea del hecho criminal. Sus diferencias radican en que no se atribuye la misma importancia a los mismos factores criminógenos.

f. Recordemos que las explicaciones sociológicas no brindan, al delincuente, una excusa individual de su comportamiento. Tales explicaciones buscan esclarecer el fenómeno social de la criminalidad y facilitar la comprensión de los casos particulares.

g. Las constataciones interesantes hechas por los defensores de las teorías de la estigmatización o del interaccionismo no pueden justificar ni el abandono de las investigaciones sociológicas, ni la renuncia al sistema punitivo-legal.

h. Es verdad que no se puede, solo mediante los hechos o únicamente mediante las normas legales, individualizar al criminal, ni al acto constitutivo de una infracción. Es inaceptable, de otro lado, estimar que este proceso de identificación sea solo la obra de las instancias formales de control social.

i. Si la estigmatización fuera el único medio para detectar la criminalidad, las "cifras negras de la criminalidad" serían entonces inconcebibles. Los actos ignorados no merecerían el calificativo de "crimen" y los autores desconocidos no merecerían ser llamados "criminales", en tanto que los órganos de control social no hayan tenido la ocasión de marcarlos. La teoría de la estigmatización tiende a anular el argumento crítico que ella misma formula contra las teorías biológica,

psicológica y sociológica. Dicho argumento consiste en denunciar la existencia de un objeto preciso de estudio.

j. La criminalidad y el crimen constituyen una parte de la realidad, aun cuando no existan criterios unívocos para precisar los límites de la primera, ni identificar al segundo. A pesar de todo, es cierto que no se puede, ahora, ignorar ingenuamente la acción estigmatizante del proceso penal.

k. El determinismo es una teoría descriptiva: el comportamiento humano es el resultado necesario de circunstancias anteriores.

Si esta tesis significara que las decisiones o las opiniones de las personas pueden ser ignoradas para explicar su comportamiento, la concepción determinista constituiría una hipótesis normativa cuya demostración causal no puede ser apodada. La concepción indeterminista contiene –por el contrario– una tesis normativa que postula la toma en consideración seria de las opiniones y de las intenciones de cada uno. No se puede entonces descalificar a alguien afirmando que está determinado, sea por sus experiencias infantiles, por su condición social o por los procesos síquicos que tienen lugar en su cerebro.

En resumen, las opiniones y los juicios humanos no pueden ser asimilados a actos reflejos condicionados. El sentimiento de libertad de las personas es una realidad incontestable. Su reconocimiento constituye una reafirmación de la dignidad de la persona humana.

Al final de esta exposición, suponemos que han entrevisto nuestra respuesta a la pregunta: ¿El hombre delincuente, un desconocido para el derecho penal? El hombre delincuente por naturaleza no existe. Cada uno de nosotros puede devenir en delincuente. Aunque este hecho dependa tanto de las circunstancias personales como de las sociales, la libertad humana es también un factor a tomar en cuenta. Y no olvidemos que el proceso de estigmatización, al cual la justicia participa, es también un factor importante.

La firmeza de la intervención estatal y la fragilidad de la persona humana reclaman de las ciencias humanas (psicología, psiquiatría, sociología o biología) una intervención decisiva en la organización de la reacción social contra el crimen.

En primer lugar, esto supone que dichas ciencias logren precisar y unificar sus criterios fundamentales referentes al hombre. En segundo lugar, es necesario que los penalistas busquen asimilar mejor los conocimientos adquiridos por las ciencias humanas. Al respecto, no es de olvidar las dificultades metodológicas existentes. En tercer lugar, el legislador debe estar dispuesto a modificar la le-

gislación penal y a reorganizar el proceso penal para ofrecer al juez los medios necesarios para conocer mejor al inculpado. Por último, nosotros profesores de derecho penal deberíamos tratar de que nuestros alumnos conozcan al delincuente en la misma medida en que nos empeñamos que conozcan la infracción.

5. Bibliografía sucinta

ALBRECHT, Peter, "Kongressvortrag, Aufsatz, Strafrecht ohne Recht?", en *ZStrR* 131, 2013; BERRÍOS DÍAZ, Gonzalo, "El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes", en *Revista de Estudios de la Justicia*, N.º 6, Año 2005.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. RELATORÍA SOBRE DERECHOS DE LA NIÑEZ. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas.* OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78, 13 julio 2011. Original: español.

CONSEIL FÉDÉRAL, Les jeunes et la violence. Pour une prévention efficace dans la famille, l'école, l'espace social et les médias. Rapport du Conseil fédéral en réponse aux postulats Leuthard (03.3298) du 17 juin 2003, Amherd (06.3646) du 6 décembre 2006 et Galladé (07.3665) du 4 octobre 2007, Bern 20.05.2009. Versión en línea: http://bit.ly/1hyLFr3.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts, Algemeiner Teil*, 1969, JOSITSCH, Daniel; AEBERSOLD, Peter y Caroline SCHWEIZER, "Der Fall Carlos: Chronik und Analyse einer Tragödie", en *Jusletter* 16, Dezember, 2013.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Sistema Penal Juvenil. Análisis jurídico social. Proyecto Justicia Penal Juvenil ILANUD/Comisión Europea. Adjuntía para los Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad Programa de Asuntos Penales y Penitenciarios. Serie Informes Defensoriales Informe N.º 51, Lima, 2000.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Sistema Penal Juvenil. Lima, julio del 2012. Programa de Asuntos Penales y Penitenciarios Adjuntía para los Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad. Serie Informes Defensoriales-Informe N.º 157-2012/DP. Lima, 2012.

DESCOUBES, Benoît y Frédéric PHAURE, *Aménagements des peines d'incarcération à l'*égard des mineurs. Sans les murs? en Les Cahiers Dynamiques, N.º 41, Éditeur ERES, 2008; DIDIER FASSIN, *et al, Juger, réprimer, accompagner. Essai sur la morale de l'État*, Editions du Seuil, París, 2013.

DUFRESNE, Martin, Richard MACLURE y Kathryn CAMPBELL, "Le mineur sujet de droit et la justice pénale: du'meilleur intérêt à l'aliénation'", en *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, vol. 49, N.º 2, abril, 2007.

Fernández Molina, Esther *et al.*, "Evolución y tendencias de la delincuencia juvenil en España", en *Revista Española de Investigación Criminológica*, Artículo 8, N.º 7, 2009.

Gauchet, Marcel "La redéfinition des âges de la vie", en *Le Débat*, Gallimard, N.º 132, *L'enfant-problème*, 2004/5, novembre-décembre 2004; Hurtado Pozo, José, *Droit pénal. Partie générale*, Nouvelle édition refondue et augmentée, Schulthess, Zurich, 2008.

Löhrer Meyer, Beda, "Massnahmen nach Jugendstrafgesetz und Massnahmen der KESB-Wechselbeziehungen und Einzelfragen", en *AJP*, 2014.

Moret, Audrey, "La peine privative de liberté pour mineurs en droit pénal suisse. Faut-il construire de nouvelles prisons pour mineurs?", en *Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique*, N.º 3, 2009, pp.

Neue Zürcher Zeitung, "'Carlos' muss in den nächsten Tagen entlassen werden", en *Neue Zürcher Zeitung vom 25.02.2014* Seite 13. Versión en línea: http://bit.ly/1KrSNCQ.

Niggli, Marcel Alexander y Hans Wiprächtiger, *Strafrecht I: artículo 1-110 StGB und Jugendstrafgesetz*, Helbing Lichtenhahn Verlag AG, Basel, 2013.

Ottenhof, Reynald, "La responsabilité pénale des mineurs dans l'ordre interne et international", en *Revue internationale de droit pénal*, N.º 3, vol. 72, 2001.

Queloz, Nicolas, "La prison pour mineurs, au-delà des idées fausses", en *Le Temps, mardi 07 janvier 2014*. Versión en línea: http://bit.ly/1hUmkZv.

Revista Polemos, *Responsabilidad penal de los menores de edad*, Año III, N.º 6, diciembre 2012. Versión en línea: http://bit.ly/1iIaXUa.

Solís Espinoza, Alejandro, "El derecho penal de menores en el Perú", en *Revista Jurídica Magistri et Doctores*, año VII, N.º 3, 2006. Versión en línea: http://bit.ly/1N2VolB.

Trechsel, Stefan (Editor); Pieth, Mark (Editor), *Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar*, Dike Verlag AG, Zürich, 2012.

Tribunal Fédéra Suisse, *Urteil Bundesgericht vom 18*, Februar 2014, Strafrechtliche Abteilung, 6B_85/2014. Versión en línea: http://bit.ly/1KIgghQ.

V

Reflexiones sobre globalización y derecho penal: el caso suizo*

Sumario: 1. Introducción. 2. Globalización. 3. Perspectiva histórica. 4. Delincuencia. 5. Criminalidad organizada. 6. Lucha internacional contra la criminalidad organizada. 7. Criminalidad económica y criminalidad organizada. 8. Actitud suiza frente a la globalización y el derecho penal. 9. Aspectos particulares. a. Primer periodo b. Segundo periodo 10. Corrupción. 11. Dificultades de la justicia.

1. Introducción

El tema de mi exposición es "La globalización y el derecho penal". Por su amplitud y complejidad es imposible tratar a fondo, al menos, sus aspectos esenciales. Por esto, estoy obligado a presentar algunos de los diversos aspectos del sistema de control penal, los mismos que despiertan gran interés por el riesgo que significan y por las perspectivas diversas en que pueden ser tratados.

La problemática abarcada por la expresión globalización y derecho penal es bastante compleja. Esto se debe, en principio, a la dificultad para comprender debidamente el contenido y la extensión de lo que se busca señalar con el término "globalización". De la manera como se haga dependerá la determinación de las consecuencias que tiene en el derecho penal. Esta última expresión requiere ser igualmente precisada, en la medida que es indispensable saber si se trata de todo el sistema de control penal o solo del derecho penal en sentido estricto: derecho penal material y derecho procesal penal.

---

* Texto inédito establecido para dictar una conferencia en Guanajuato, México, 2007.

Esto permite comprender la diversidad de contenidos de los innumerables trabajos que se han publicado bajo títulos, cuyo rasgo común es la utilización de las expresiones globalización y derecho penal u otras similares. Otro factor que les da el mismo aire de familia es la pluralidad de perspectivas filosóficas, sociológicas y jurídicas adoptadas. Entre las cuales podemos señalar mencionándolas acopladas y como si se opusieran o complementaran, por ejemplo, derecho penal mínimo y derecho penal máximo, derecho penal de riesgo y expansión del derecho penal, derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo.

Está demás relevar a tan ilustrado auditorio que por razones de tiempo y, en particular, por la capacidad limitada de quien les habla, esta exposición no puede abarcar los innumerables temas que sugiere el título tan vasto de esta conferencia. Así, solo sobrevolaré las vastas perspectivas acabadas de mencionar. Osaré, por el contrario, describir la manera como se han presentado los efectos de la globalización en Suiza y de qué manera los helvéticos los han afrontado.

2. Globalización

Para centrar los diversos aspectos que analizaré, me parece conveniente, siguiendo en especial a Ulrich Beck, destacar ciertos factores que caracterizan la denominada globalización:

- Ampliación del espacio geográfico, acompañado por el constante crecimiento del intercambio internacional, la vastedad de los mercados financieros y del poder cada día mayor de las empresas multinacionales;
- La intensificación permanente de la técnica informativa de los medios de comunicación;
- La centralización de la política mundial en pocos polos de decisión internacional;
- La imposición y reconocimiento como exigencia mínima generalizada de los derechos humanos;
- La pobreza extrema de la mayor parte de la población mundial y la gran concentración de riqueza de un sector minoritario; las que generan las inmigraciones de los pobres y desocupados hacía los países ricos;
- La degradación marcada del medio ambiente;
- La difusión de modelos culturales procedentes de los centros de poder y la resistencia de culturas locales por su supervivencia;

- El surgimiento de conflictos locales debido al intervencionismo de los centros de poder mundial, motivados por razones económicas y políticas.

3. Perspectiva histórica

La denominada globalización es solo la etapa actual de la constante evolución de la humanidad. Entre los hitos principales y con referencia a nuestro contexto político y cultural, señalemos, primero, la globalización del mundo antiguo realizada por el Imperio romano. Luego, la extensión de las fronteras de este mundo por las monarquías absolutas, sobre todo portuguesa, española e inglesa. Las que, con los grandes descubrimientos de mundos hasta entonces desconocidos y con su colonización, incorporaron al sistema social, económico, político, cultural y religioso esos extensos territorios y a los innumerables pueblos aborígenes que los poblaban.

El mundo continuó ampliándose y se consolidó, en el marco del desarrollo de las relaciones capitalistas, con la aparición del Estado-Nación. Si consideramos el caso de Francia, el nuevo Estado, surgido de la revolución inspirada en las ideas de la Ilustración, se refuerza con Napoleón. Para lo cual, por razones económicas y políticas, desencadena una sucesión de guerras de conquista. Lo que tiene como consecuencia la difusión de la nueva ideología política y el establecimiento de diversos Estados republicanos. Con lo que las relaciones políticas y económicas se profundizan mediante la dominación de diversas regiones del planeta por parte de las metrópolis.

La capitalización y la industrialización modernas han creado nuevas condiciones y variado la correlación de fuerzas sociales y económicas a tal punto que el Estado-Nación fue fuertemente cuestionado. Así, se internacionalizaron las relaciones, los movimientos sociales, los partidos políticos; se ampliaron los mercados nacionales y se produjo una nueva conquista de mercados. Claros ejemplos fueron la colonización de África y Asia por las potencias imperiales europeas, así como el dominio neocolonial en América Latina.

Los progresos técnicos, científicos, de gestión, comunicación y transporte producen cambios radicales en las relaciones de las personas con los bienes, con el Estado y entidades colectivas, así como entre ellas mismas. Estas transformaciones se caracterizaron por su tendencia cada vez más intensa a abarcar todos los ámbitos del planeta y a implantar modelos económicos, políticos, culturales y jurídicos homogéneos.

Debido a la incapacidad del Estado-Nación para gestionar este vertiginoso desarrollo, se han formado comunidades y organismos internacionales para hacer frente a problemas de índole mundial. Junto a estas colectividades y en fuerte competencia, se desarrollan empresas de índole internacional. Esta nueva situación comporta la debilitación de las fronteras nacionales y hasta su supresión. Los límites de las comunidades estatales o los fijados mediante acuerdos internacionales no son de la misma índole que la de las cuestionadas fronteras nacionales.

En este contexto, se diluyen las comunidades culturales que se forjaron con el Estado-Nación. Lo mismo sucede con los órdenes normativos que estructuraban las identidades nacionales. La eclosión a nivel mundial altera fuertemente esas referencias. Es en esta fase en la que nos encontramos y que llamamos globalización, mundialización, internacionalización y de diversas otras maneras, buscando siempre identificar mejor este fenómeno que nos sumerge.

4. Delincuencia

Este nuevo contexto social ha condicionado la transformación del fenómeno delictivo, en la medida en que se ha adaptado a las nuevas condiciones y ha recurrido a las nuevas técnicas para actuar con más eficacia. En esta perspectiva ha adquirido las mismas características de los demás fenómenos sociales propios de la mundialización. Así, se han desarrollado nuevas formas de criminalidad que se distinguen por su organización transnacional, su estructura compleja y diversificada, su opacidad, clandestinidad y violencia.

En el aspecto cuantitativo, las nuevas formas de criminalidad se distinguen por el aumento notable de los actos de violencia e intimidación, de tráficos ilícitos de diversa naturaleza, de las defraudaciones cuantiosas, de la explotación indebida de las operaciones bursátiles, de la circulación indebida del producto de las actividades delictuosas. Cualitativamente, se destacan por la constante profesionalización y tecnificación, la complejidad y amplitud de las redes delictivas, la internacionalización creciente, la creación y el uso de empresas complejas en las actividades delictuosas, la explotación ilícita de la informática.

Esta criminalidad explota eficazmente a los efectos perversos de la mundialización. Si bien es cierto que esta tiende hacia la ampliación extrema de las actividades económicas, políticas y culturales, también es la causa de fenómenos como la regionalización, los nuevos nacionalismos, los conflictos armados localizados, la confrontación entre los pueblos pobres del hemisferio sur y los ricos del hemisferio norte. En esta perspectiva, es de tener en cuenta las nuevas amenazas terroristas,

el tráfico clandestino de inmigrantes, la trata de personas (en especial de menores y de mujeres) con fines de prostitución y pornografía, los fraudes en el marco de los nuevos sistemas internacionales (por ejemplo, los que afectan al sistema de subvenciones de la Unión Europea), el tráfico de armas, drogas, cartas de crédito y vehículos motorizados, los actos de corrupción y de infiltración en las esferas de poder político y de la economía formal, las operaciones de blanqueo de dinero y de explotación de información privilegiada en la bolsa de valores.

La globalización de la delincuencia trae consigo también la globalización de las reacciones contra ella. Sin embargo, la complejidad de la situación y la diversidad de centros de toma de decisiones impiden la elaboración de una política criminal general, coherente y eficaz. Esta problemática ha devenido en la preocupación central de las discusiones y análisis internacionales.

5. Criminalidad organizada

El fenómeno de la globalización criminal se manifiesta mediante la comisión de determinados comportamientos punibles, presentándose como expresión de una red poliforme profundamente relacionada. De modo que el análisis de uno de esos comportamientos revela que su realización implica la comisión de alguno o algunos otros de los demás comportamientos. Teniendo en cuenta esta peculiaridad, aún a riesgo de cierta arbitrariedad, resulta indispensable partir de la presentación de la que aparece como la más emblemática. A mi parecer, esta es la denominada criminalidad organizada. Por su enorme capacidad económica, sus ramificaciones nacionales y transnacionales, su organización estratificada e influencia política, esta criminalidad tiene una gran capacidad de mimetismo con relación a las mutaciones de la sociedad (de orden económico, político, jurídico, etc.).

En sus diversas manifestaciones, esta se constituye como una verdadera empresa o industria delictiva, inspirada por una estrategia de máximo provecho, de racionalización de esfuerzos y de amplitud transnacional. Generalmente, es conformada por grupos unidos por vínculos familiares, de clan o étnicos, asimismo por organizaciones terroristas y criminales profesionales. Sus actividades son solo y deliberadamente delictuosas, pero también pueden ser desarrolladas encubiertas en actividades lícitas de la economía formal. Para comprender mejor este fenómeno, debe observarse el conjunto de los comportamientos individuales y no solo considerarlos como actos criminales individuales.

La organización criminal puede ser definida como un conjunto de agentes vinculados entre sí, de manera estable y estructurada, los cuales actúan con cierta

autonomía. Su objetivo es enriquecerse al máximo y para lo cual recurren, en especial, a la explotación sistemática y coordenada de ocasiones calificadas como delictuosas por el sistema de control social. La organización criminal se caracteriza, por ejemplo, por el número de participantes, la frecuencia de sus acciones delictuosas y la procedencia de la mayoría de agentes, comprendido el estatus de estos.

Es interesante destacar la manera cómo se ha definido la criminalidad organizada con la finalidad de establecer y coordinar los esfuerzos necesarios para combatir esta forma de delincuencia. Así, por ejemplo, la secretaría internacional de INTERPOL, en ocasión del primer Coloquio internacional sobre la criminalidad organizada (Francia, mayo 1988), la ha definido diciendo que "es todo grupo o asociación de personas dedicadas a la práctica continua de actividades ilícitas, con el fin de obtener beneficios patrimoniales sin respetar las fronteras nacionales". En la misma perspectiva, la Unión Europea la concibe como una "asociación estructurada, constituida por dos o más personas y por un lapso determinado, que actúa de manera concertada con la finalidad de cometer infracciones penadas con prisión no menor de cuatro años. Estas infracciones deben constituir un fin en sí mismas o un medio para obtener ventajas patrimoniales y, llegado el caso, influenciar en el funcionamiento de las autoridades públicas".

El crimen organizado favorece y se aprovecha de las debilidades democráticas y burocráticas de los Estados, de la complejidad y amplitud de los mercados nacionales e internacionales y, en general, de las relaciones sociales; sobre todo, mediante la corrupción confisca el Estado a favor de un grupo, el mismo que se coloca por encima de la ley. Los miembros del Estado obtienen beneficios indebidos mediante el ejercicio del poder otorgado por la función que ocupan y se someten a los dictados e intereses de los delincuentes organizados.

6. Lucha internacional contra la criminalidad organizada

Para tener una idea, al menos parcial, de la manera cómo se reacciona a nivel internacional frente a la criminalidad organizada, veamos la actitud de la Unión Europea. Esta busca, en general, garantizar una cooperación judicial eficaz en materia penal. En el artículo 31 del Tratado de Ámsterdam, se prevé que esta cooperación debe comprender "la adopción progresiva de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico de drogas".

Al respecto, hay que tener en cuenta que el espacio común europeo creado en Maastricht ha fomentado la libertad de movimiento tanto de personas como

de bienes. Sin embargo, no se ha organizado un sistema penal europeo. El sistema presenta un vacío debido a que, por un lado, se han abierto las fronteras y el libre tránsito de las personas, lo que facilita el libre desplazamiento de los delincuentes; por el otro, no se ha establecido un sistema de desplazamiento de los funcionarios policiales y judiciales. De modo que si bien la desregulación de los mercados financieros, la libertad de movimiento de capitales, las redes internacionales de comercio, la apertura de fronteras dentro de los espacios comunes constituyen elementos consustánciales de la economía mundial actual, también son terreno propicio para la delincuencia en general y, en particular, la criminalidad organizada. Esta se distingue, precisamente, por la manera cómo explota toda debilidad del sistema para llevar a cabo sus actividades delictuosas con las que obtiene ingentes beneficios. Los mismos que le permiten consolidarse y desarrollarse en detrimento de todo el sistema social.

Mediante diversas recomendaciones –por ejemplo, la recomendación (81)12 y recomendación (88)18–, la Unión Europea ha instado a los países miembros a prever sanciones punitivas para reprimir la delincuencia económica en general y, en especial, la ejecutada en el ámbito de las actividades de las empresas, tomando en consideración la índole de la infracción, la intensidad de la responsabilidad y la gravedad de las consecuencias perjudiciales. Para que esta política criminal sea efectiva es indispensable armonizar las legislaciones penales nacionales evitar así vacíos normativos; y, a nivel de organización, instaurar un sistema de control eficaz, por ejemplo, extendiendo las facultades de Europol.

La Comunidad de Estados Independientes (CEI) ha señalado últimamente que los grupos criminales que actúan en el ámbito de la comunidad continúan teniendo una vasta red de relaciones y que, por ejemplo, utilizan a Suiza, en particular, para depositar y lavar los fondos que obtienen ilícitamente. Dichos grupos muestran una organización flexible y disponen de numerosos contactos internacionales. Su presencia y sus actividades representan un grave riesgo para la economía, la estabilidad de las instituciones y el mercado financiero de los países concernidos.

7. Criminalidad económica y criminalidad organizada

Uno de los aspectos más interesantes de esta problemática es el de las relaciones existentes entre la criminalidad organizada y la criminalidad económica. Sin duda, ambas están íntimamente vinculadas. Asimismo, la intensificación de estas formas de criminalidad se ha producido paralelamente con la enorme expansión de los mercados financieros internacionales en las dos últimas décadas.

La mayor parte de especialistas son contestes en señalar como **elementos comunes a estas dos formas de delincuencia:**

- El afán ilimitado de enriquecimiento y de acumulación, tanto de bienes como de poder, que les sirve de motor principal.
- El carácter profesional de los autores que delinquen y esto de manera cada vez más intensa debido a que recurren a medios tecnológicos e informáticos más modernos, así como a los más refinados instrumentos financieros y de especulación, y difíciles de controlar. La especulación aumenta constantemente, fuera de todo control público. La economía virtual se impone a la economía real.
- La dimensión planetaria debido a la cooperación que se prestan grupos de delincuentes de diversos países, por encima de las fronteras nacionales y sin respetar tanto las soberanías estatales como los ordenamientos jurídicos locales. Por la magnitud e intensidad alcanzadas, bien puede hablarse de macrocriminalidad.

A pesar de estas características comunes y su desarrollo compenetrado, no se superponen plenamente y, por tanto, deben ser distinguidas.

La criminalidad organizada se caracteriza por:

- Ser un asunto de verdaderos "carteles" del crimen.
- Que han surgido y se han desarrollado en una dinámica constante de conflicto (oposición, dominación y aplastamiento).
- Las actividades criminales que practican son el medio esencial de su funcionamiento y de supervivencia, siendo más amplias y numerosas que la criminalidad económica.
- Estas organizaciones reinan, primero, por el terror y ejercen una violencia homicida implacable.
- La peligrosidad potencial de la criminalidad organizada es claramente superior a la de la criminalidad económica. Las interacciones entre la criminalidad organizada y la sociedad y la economía formales, oficiales, así como las relaciones de reciprocidad que las vinculan son en efecto muy importantes. (Wyss 1999, habla de relación dialéctica).

Por el contrario, la criminalidad económica "tradicional" se distingue:

- Porque se origina más bien en el ámbito de una empresa (cualquiera sea su talla), cuyo capital inicial ha sido habido de manera legítima para permitirle participar en los procesos económicos legales.

- Según las circunstancias, contextos, coyunturas (ciclos económicos) u oportunidades, sus actores recurren a actividades astuciosas o fraudulentas, sea para aumentar sus beneficios y su dominio sobre el mercado, sea para tratar de superar dificultades económicas (endeudamiento o crisis de liquidez, por ejemplo), pero (al revés de las empresas mafiosas) sin la voluntad de recurrir a actos de violencia física (intimidación, hasta eliminación).

Las actividades de **ambas formas de criminalidad se entrecruzan**, sobre todo,

- En ocasión de los delitos económicos o financieros realizados por las organizaciones criminales (fraudes, corrupción, reciclaje de los productos obtenidos mediante diversos tráficos ilegales y reinversión en la economía legal);
- Asimismo, cuando una empresa multinacional, como un fabricante de cigarrillos, promueve el contrabando de esta mercadería en ciertas regiones para infiltrar nuevos mercados e implantarse. Tal empresa no solo comete delitos económicos (por ejemplo, violaciones a los reglamentos aduaneros y fiscales o por la corrupción), sino que también participa a actividades de la criminalidad organizada. Sin constituirse en una organización criminal, esta empresa actúa en complicidad utilitaria, respecto de cada caso particular, con organizaciones criminales.

8. Actitud suiza frente a la globalización y el derecho penal

La reacción de Suiza ante la evolución de la criminalidad debida a la internacionalización y condicionada por la modernización progresiva de las relaciones sociales, comerciales, financieras, así como por los progresos técnicos, el refinamiento de procedimientos delictivos y la acentuación de la violencia, se ha producido paulatinamente en todos los niveles del control social y, en particular, del control penal en sentido amplio.

Hay que tomar también en consideración las características del Estado suizo, constituido en una confederación en la que si bien el Estado Federal tiene el poder de dictar leyes penales, los cantones que la constituyen conservan parte de este poder y además el de regular el proceso penal, la administración de justicia y la organización policial.

Esta dispersión y complejidad del ejercicio del control penal han obligado a las autoridades suizas a profundizar, en primer lugar, la coordinación y la uni-

ficación de los recursos cantonales. De esta manera, se ha buscado hacer más efectiva la lucha contra la criminalidad dentro de las mismas fronteras suizas. Luego, a establecer acuerdos bilaterales, tanto económicos como judiciales, con la Comunidad Europea a la cual ha decidido no integrarse. Esto tiene como consecuencia que si bien la Suiza no participa con pleno derecho a la toma de decisiones de los órganos de la comunidad, debe adoptarlas al discutir las cláusulas de los convenios bilaterales que suscriba.

Asimismo, no hay que olvidar, por un lado, la lentitud de los procedimientos legislativos, debido, por ejemplo, a que todo proyecto de ley es sometido a un proceso de consulta de todos los organismos particulares o públicos concernidos por el objeto de la futura ley (por ejemplo, partidos políticos, sindicatos de obreros o funcionarios, profesores universitarios, iglesias, organismos no gubernamentales, etc.). Por otro lado, la posibilidad de que, una vez aprobado el proyecto por el Parlamento, haya lugar a un referéndum popular.

Un actor esencial en el contexto señalado es el Tribunal Federal, órgano de casación y que tiene como función primordial la de uniformizar la interpretación y la aplicación de las leyes estableciendo criterios orientadores para los diversos jueces y tribunales cantonales. La actividad de los magistrados de dicho tribunal se caracteriza por su creatividad y amplitud, lo que les permite innovar criterios de modo a hacer innecesaria la modificación de la ley o a indicar pautas para los cambios que resulten necesarios.

9. Aspectos particulares

a. Primer periodo

Siguiendo aunque sea parcialmente la perspectiva en que hemos descrito el fenómeno de la globalización, creo oportuno presentarles algunos casos que revelan el particular proceder helvético.

El Código Penal suizo data de 1942, fecha en que culminó un largo proceso de unificación comenzado en 1889 y que significó la abrogación de los 25 códigos penales cantonales. Código bastante moderno y que inspiró a varios legisladores de diversas latitudes. Para los efectos de esta exposición, destaquemos tres casos puntuales considerando el nivel de la criminalidad a inicios del siglo XX: primero, que la comisión se reputaba cometida tanto en lugar del acto como en del resultado; segundo, la tentativa era definida como el comienzo de la ejecución de la infracción; y tercero que la apropiación ilícita y el hurto tenían como objeto de la acción delictuosa una cosa mueble ajena.

El primero se refiere al criterio de la **ubicuidad**, previsto en el artículo 7. Este inicialmente fue interpretado en sentido restrictivo y luego en sentido amplio, en la medida en que se consideraba como resultado cualquier efecto de la infracción cometida en el extranjero que se produjera en territorio suizo. De modo que se llegó a considerar aplicable la ley suiza a quien, habitando en Francia, no cumpliera con pagar la pensión alimenticia, según el derecho civil, en beneficio de su hijo menor residente en Suiza. Asimismo, al delincuente que hubiera estafado, en Italia, a un hombre de negocios suizo, hecho que perjudicaba a la empresa establecida en Suiza. Este criterio fue posteriormente abandonado por excesivo, al conducir a la aplicación desmesurada del principio de la territorialidad y, sobre todo de la cuasi territorialidad en búsqueda de una sobreprotección de los intereses del Estado, así como a que se consideren superfluos los principios de la personalidad activa o de la personalidad pasiva.

El segundo se refiere a la represión de la **tentativa** que fue ampliada de manera importante con la adopción, como criterio predominante, el subjetivo que permitió considerar comenzada la ejecución de la infracción cuando el autor hubiera realizado un acto que, según su proyecto delictivo, constituya el paso decisivo y, por tanto, el punto de no retorno (vuelta atrás). Con lo que no solo se logró acentuar la represión del aborto, sino reprimir comportamientos que atacaban la estabilidad económica y política. Esta interpretación que hacía además difusos los límites en que habían sido incriminados ciertos delitos políticos. Como por ejemplo, la traición a la patria. Según el artículo 265, realiza este crimen quien comete un acto "tendiente a modificar por la violencia la Constitución [...] a deponer por la violencia las autoridades políticas, instituidas por la Constitución o colocarlas por la violencia en la imposibilidad de ejercer su poder [...]". Verdadero delito de peligro abstracto, puesto que basta que un grupo de personas se reúna con la decisión de rebelarse para que sea considerado como un acto dirigido, tendiente a atacar la estabilidad política de la Confederación o de uno de los cantones. Tendencia que se confirmaría posteriormente, ante el peligro de la criminalidad violenta y especialmente del terrorismo, con la represión de los actos preparatorios.

El tercer caso concierne la tipificación del hurto y de la apropiación indebida, los problemas surgen con la comprensión del término cosa. Ya durante el proceso de unificación se planteó la cuestión de si la energía (con el desarrollo del consumo de electricidad) era cosa o no. Una respuesta afirmativa conducía a admitir que su sustracción constituía un hurto, en caso contrario era un comportamiento atípico y por tanto no punible. Se impuso entonces este criterio, lo que llevó al legislador a introducir en el Código unificado una disposición particular para reprimir la sustracción de energía. A pesar que según la interpre-

tación histórica, la cosa mueble es todo objeto material, delimitado físicamente y pudiendo ser transportado, se dejó de lado esta interpretación restrictiva con la finalidad de reprimir a quien dispone del dinero que ha sido acreditado, debido a un error del empleado del banco, en su cuenta corriente. El problema reside en que, debido al progreso del sistema bancario, no hay depósito o desplazamiento real de una suma de dinero, sino la simple inscripción de crédito en favor del titular de la cuenta y en perjuicio de quien había ordenado la operación bancaria. En dos oportunidades, el Tribunal Federal consideró que, en el original artículo 141 CP, el término cosa debía ser interpretado de modo que se debía comprender también el crédito, en buena cuenta un derecho. El argumento decisivo de los jueces federales fue de orden de política criminal, a firmar que si no se reprimía este tipo de comportamientos, el sistema bancario era expuesto a un gran peligro. Como en el caso del hurto de energía, el legislador ha considerado necesario prever expresamente el delito de "utilización sin derecho de valores patrimoniales ajenos" (artículo 141bis).

b. Segundo periodo

En cuanto al periodo más reciente y contemporáneo a la última etapa de la globalización, Suiza ha debido tomar una serie de medidas para actualizar la legislación penal, modernizar el procedimiento penal y perfeccionar el sistema policial. Para sistematizar los ejemplos que creemos conveniente presentar, vamos a considerar tres perspectivas que no tienen ninguna pretensión científica o doctrinal determinada. Las denominamos: anticipar la intervención del derecho penal, extender el catálogo de crímenes y delitos, reforzar los medios de investigación y persecución de los delincuentes.

Como señalaba anteriormente, para hacer frente a la criminalidad violenta se ha introducido un tipo legal para reprimir los **actos preparatorios**, definiéndoles en el artículo 260bis, como el hecho de haber tomado, conforme a un plan, disposiciones concretas de orden técnico o de organización, cuya índole y amplitud indiquen que el agente se alistaba a pasar a la ejecución de homicidio, asesinato, lesiones graves, rapiña, secuestro, toma de rehenes, incendio, genocidio. Aquí también cabe señalar las nuevas disposiciones por las que se reprime la organización criminal y el poner en peligro la seguridad pública con armas. Según el artículo 260ter, es punible quien hubiera participado a una organización que mantiene secretos su estructura y sus efectivos, y cuya finalidad es el de cometer actos criminales violentos o de procurarse ganancias recurriendo a medios delictuosos. De acuerdo con el artículo 260quater, es punible quien hubiera vendido, alquilado, regalado o puesto a disposición de tercero un arma de fuego,

accesorios de armas, un arma prohibida por la ley, un elemento esencial de un arma, accesorios de armas, municiones o elementos de municiones, o hubiera practicado el corretaje, sabiendo o debiendo presumir que servirán para cometer un crimen o un delito.

Las nuevas infracciones incorporadas progresivamente en el Código Penal son el eco de las nuevas formas de criminalidad y las disposiciones que las prevén constituyen al mismo tiempo muestras de tipos legales abiertos o de formas de delitos de peligro abstracto. De modo que no solo implican una ampliación de la reacción penal por prever nuevos delitos sino también porque conllevan un adelanto de la intervención de los órganos represivos.

Las repercusiones de la informática en las relaciones personales, comerciales, financieras se revelan directamente en la represión de diversos **delitos llamados informáticos**; por ejemplo, la sustracción de datos registrados o transmitidos electrónicamente o medio similar (artículo 143); el acceso indebido, sin intención de enriquecerse, mediante un dispositivo de transmisión de datos, en un sistema informático perteneciente a un tercero y especialmente protegido contra todo acceso de parte del agente (artículo 143bis); el hecho de, indebidamente, dañar, destruir o hacer inutilizable datos registrados o transmitidos electrónicamente o técnica semejante (artículo 144); el abuso de cartas de crédito (artículo 148); la utilización fraudulenta de una computadora, con el afán de enriquecerse o enriquecer a un tercero (artículo 147). Esta última disposición es un claro ejemplo de reacción contra los ataques al sistema financiero tecnificado, en la medida que busca evitar la transferencia de activos en perjuicio de un tercero.

La reputación, estabilidad y transparencia de la plaza bursátil es protegida, en particular, mediante dos disposiciones. En el artículo 161, se prevé el **delito de iniciados**, cometido por quien, en su condición de miembro del consejo de administración, de la dirección, del órgano de revisión, o en calidad de mandatario de una sociedad anónima, de miembro de una autoridad, de funcionario o de auxiliar de una de estas personas, hubiera obtenido para sí o para un tercero ventajas económicas, explotando el conocimiento que tenía de un hecho confidencial, cuya divulgación, previsiblemente, ejercería una influencia notable sobre el curso de las acciones, de otros títulos o efectos contables de la sociedad o sobre el curso de opciones sobre títulos negociables en bolsa o prebolsa suiza (se comprenden los valores de sociedades extranjeras). Esta disposición es complementada por el artículo 161bis, que reprime a quien, para **influenciar notablemente el curso** de los valores patrimoniales tratados en bolsa suiza y con afán de enriquecerse, difunde de mala fe informaciones engañosas o compra y vende tales valores mobiliarios imputados directa o indirectamente a la misma persona o a personas vinculadas con este mismo objetivo.

En relación con este aspecto, cabe señalar las importantes modificaciones legislativas practicadas para reprimir el **lavado de dinero**. Esta denominación corresponde muy bien al proceso mismo que se busca designar y que consiste en someter una cantidad de dinero ilegal o de valores ("sucios") a un ciclo de transacciones ("hecho de lavar") con la finalidad de transformarlo en legal ("limpios"). Dicho de otra manera, ocultar el origen de los bienes y valores obtenidos ilícitamente mediante operaciones financieras sucesivas, hasta lograr hacerlos aparecer como beneficios legítimos.

Generalmente, se distinguen tres etapas en el proceso de lavado de dinero:

- Primero, invertir para introducir valores o bienes ilícitos en el sistema económico y financiero legal.
- Segundo, realizar una serie de operaciones diversas para ocultar el origen ilícito de los fondos.
- Tercero, hacer reaparecer los fondos lavados para utilizarlos, luego de haberles dado la apariencia de tener un origen lícito.

Esta descripción simple y clara no revela completamente, sin embargo, la índole de la actividad delictuosa, en la medida en que no permite percibir la complejidad del fenómeno y porque permanece dentro de un esquema tradicional de consumo y reinversión. Las ingentes sumas de dinero lavadas no pueden y no son siempre reintroducidas al circuito legal, sino que también son utilizadas para desarrollar otras actividades delictuosas.

Según el artículo 305bis CP, el lavado de dinero consiste en cometer un acto apropiado para dificultar la identificación el origen, el descubrimiento o la confiscación de valores patrimoniales, que el agente sabe o debe presumir que proceden de un crimen. Son circunstancias agravantes el hecho que el autor obre como miembro de una organización criminal, de una banda formada para lavar dinero sistemáticamente o si el monto del negocio o de la ganancia en caso de actuación profesional. El lavado de dinero es reprimido en Suiza aun cuando haya sido cometido en el extranjero.

Condicionado por la evolución a nivel internacional, a fines de setiembre 2006, el Consejo federal ha establecido las bases para la puesta en marcha de las 49 recomendaciones del Grupo de Acción Financiera sobre el lavado de dinero (GAFI). El objetivo es la adaptación de la legislación suiza sobre la materia a los desafíos de la criminalidad financiera internacional. Así, el tráfico en banda, la falsificación de mercaderías, los delitos de iniciados, la manipulación de los cursos de acciones serán agregadas a la lista de infracciones preliminares al lavado de dinero. Además, el Consejo federal proyecta ampliar las disposiciones

sobre lavado de dinero al financiamiento del terrorismo. Desafortunadamente, no considera el pago en efectivo en ciertas actividades como el comercio de arte, de piedras preciosas al estado bruto, de metales preciosos y piedras preciosas transformadas, así como al comercio inmobiliario.

En resumen, las disposiciones del Código Penal dirigidas a combatir el lavado de dinero, además del específico que sanciona este comportamiento (artículo 305bis), son:

1. Artículo 305ter: falta de vigilancia en materia de operaciones financieras y derecho de comunicación
2. Artículo 260ter: organización criminal;
3. Artículo 260quinquies: financiamiento del terrorismo;
4. Artículos 69-72: confiscación;
5. Artículo 102: responsabilidad penal de la empresa[1].

El Consejo federal busca también a reforzar la ayuda internacional en materia penal, así como la asistencia administrativa, por considerarlas instrumentos fundamentales para combatir el lavado de dinero.

Una de las medidas esenciales para la efectividad de la lucha contra las diversas formas de criminalidad internacional es el reconocimiento de la **responsabilidad penal de las empresas**. El influyente papel que estas tienen en todos los niveles de las actividades económicas, financieras, políticas, determina que las empresas sean el motor o el ámbito propicio para la ejecución de diversos delitos. Ellas sirven también como velo de la actividad delictiva de bandas o mafias nacionales o internacionales.

Según el artículo 102 CP, se reconoce, primero, una responsabilidad subsidiaria de la empresa que por su falta de organización impide que se identifique al autor del delito cometido, con ocasión del desarrollo de sus actividades por uno de sus dirigentes o empleados. Segundo, una responsabilidad directa, sin considerar que se haya o no identificado al autor individual, debido a que por su defectuosa organización no ha evitado la realización de una de las infracciones expresamente mencionadas.

No se trata, en este caso, de una responsabilidad penal por la comisión de la infracción. Su culpa solo está en relación con la falta de organización, la cual

1 Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (Etat le 1er janvier 2015). Versión en línea: https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19370083/index.html#a100 quater.

constituye la base de una forma de irresponsabilidad organizada. No se trata de considerar culpable a la empresa por la infracción cometida, sino más bien de determinar cuál es el sistema de gestión de riesgos que ella ha establecido para detectar las carencias que se presentan en el seno de su organización y que podrían dar lugar a la comisión de delitos. Esas carencias deben precisamente condicionar la no identificación de la persona física autora del delito.

Es evidente que la empresa solo es responsable si las deficiencias de organización son evitables, pues nadie está obligado a lo imposible. Poco importa además que sea identificado el órgano o el miembro de la empresa responsable de esas deficiencias.

La responsabilidad subsidiaria o residual de la empresa es considerada insatisfactoria en la medida en que permite que la empresa pueda evitar toda persecución penal fabricando un culpable o creando confusión en la organización y el mecanismo de decidir.

Las causas de las deficiencias de organización de empresa pueden ser diversas. El caso más frecuente es el resultado de una política empresarial deficiente o de una administración incompleta. Entonces, es indispensable verificar si la actividad corporativa es el origen de las deficiencias que han condicionado la actividad delictuosa y hecho imposible la identificación del responsable individual, disolviendo la responsabilidad personal en una "falta de responsabilidad organizada". El caso extremo sería aquel en el que el defecto de organización es provocado y mantenido por los órganos de la misma empresa.

Se pueden emplear los términos tradicionales de dolo y culpa para describir los actos de la empresa relacionados con la falta de organización. Sin embargo, hay que tener en cuenta que esos vocablos no pueden ser comprendidos en el mismo sentido que cuando son utilizados respecto del comportamiento de una persona natural. Basta admitir el sentido ordinario dado a dichas palabras cuando se atribuye a alguien metas o inadvertencias. En el presente caso, se trata de una cuestión relacionada con la falta de organización.

En el caso de la responsabilidad directa (inciso 2 del artículo 102), empresa es, por el contrario, directamente responsabilizada cuando una de las infracciones, expresamente mencionadas en la misma disposición, haya sido cometida en la realización de sus actividades económicas, sin importar si el autor material haya o no haya sido identificado. Pero, la responsabilidad tampoco está relacionada con la infracción misma sino porque la empresa no ha tomado "todas las medidas de organización razonables y necesarias para impedir se cometa tal infracción".

En esta perspectiva la empresa es percibida, por un lado, como titular del deber garantizar la vigilancia, cuyo fin es evitar que una de las infracciones sea realizada. La vigilancia o control depende de los riesgos propios al tipo de actividad comercial desarrollada por la empresa. Estos riesgos aumentan con la técnica de organización y de gestión irregulares. Por otro lado, la calidad de autor de la empresa se comprende por el dominio de organización funcional sistemática y no por el dominio de hecho del derecho penal individual.

Por tanto, es indispensable constatar concretamente cuál es el defecto de organización que es el origen de la infracción particular. Al respecto, es necesario determinar qué directivas de organización no han sido respetadas para fijar el contenido del deber de garante, considerando, en primer lugar, las reglas de orden público.

10. Corrupción

Uno de los factores que explota el crimen organizado es la corrupción institucionalizada. Corrupción que no solo consiste en el aprovechamiento indebido de los recursos del Estado, sino también en la intervención en la red delictiva debido a la ampliación de clientelas y complicidades, la misma que facilita el lavado de los beneficios pecuniarios ilícitos en el sistema financiero, en el mercado inmobiliario, el comercio, la actividad industrial y de servicios. De este modo, el crimen organizado busca someter a las instituciones oficiales y privadas al servicio de los intereses delictivos, creando así un peligro importante para la estabilidad, la soberanía y los intereses del país.

La corrosión que produce en el aparato estatal se ha acentuado en la medida en que la organización de dicho aparato y su poder se debilitan. En su interior, se llegan a instalar redes mafiosas que desnaturalizan las finalidades propias de todo el sistema. El mismo fenómeno se produce en el ámbito privado y, sobre todo, económico. La complejidad de las sociedades modernas impulsa a la criminalidad organizada a desarrollar sus actividades tanto en la economía subterránea (por su índole ilícita) como en la economía legal. En esta última, aprovecha la evolución del nuevo tipo y sistema de empresas; para ocultar y financiar sus actividades criminales infiltra a las empresas existentes o crea otras nuevas. De esta manera, comete o promueve una serie de delitos económicos como los delitos societarios o el delito de iniciados o de explotación de información privilegiada (*insider trading*) y, asimismo, los crímenes de lavado de dinero, financiamiento de terrorismo, tráfico de drogas, de armas o de personas.

En el marco de la puesta en marcha de la Convención penal sobre la corrupción del Consejo de Europa, la corrupción privada pasiva en las relaciones

comerciales ha devenido, a partir de julio de 2006, una infracción perseguida por querella (Ley federal contra la competencia desleal, artículo 4, inciso 1, lit. b). Se ha previsto también la punibilidad de la corrupción pasiva de agentes extranjeros e internacionales (artículos 322septies, frases 2 y 3).

Al ser parte de la Convención penal del Consejo de Europa, la Suiza devino automáticamente miembro del Grupo de Estados contra la corrupción. Este comité verifica que las disposiciones de la convención, comprendiendo la corrupción de los particulares, la corrupción pasiva de los funcionarios extranjeros y la responsabilidad penal de la empresa, sean adoptadas y respetadas.

La Convención de las NU contra la corrupción constituye un instrumento internacional de lucha contra la corrupción. Uno de sus principales capítulos está dedicado a la recuperación de haberes ilícitamente adquiridos. En el 2007, esta convención será ratificada por el Parlamento. La legislación suiza ya es compatible con las disposiciones de esta Convención (Rapport 2006).

11. Dificultades de la justicia

En contradicción con este enorme esfuerzo legislativo, hay que reconocer que en Suiza, las instancias judiciales y policiales no están aún suficientemente dotadas de los medios necesarios para reaccionar eficazmente contra la criminalidad económica y la criminalidad organizada. Al respecto se puede afirmar que, como ha sido sostenido en otros países, que "el crimen de dinero es el núcleo central del mundo actual[...] El estrépito de las investigaciones financieras no debe ilusionar. Se trata solo de un efecto óptico. Más del 95 % de estos delitos no son reprimidos efectivamente.

Los obstáculos más importantes a los que se enfrenta la justicia son diversos:

Los actores y los sectores de las actividades concernidas por la criminalidad económica son en especial discretos y conservan el secreto: la invisibilidad de los casos es una de las causas más importantes. Hay que señalar el hermetismo de los medios económicos privados y su falta de voluntad para colaborar con la justicia, aún su hostilidad declarada contra ella.

En cuanto a la criminalidad económica, por ejemplo, no existen o hay pocas víctimas visibles, por tanto pocas denuncias. En realidad ellas son numerosas (particulares, empresas, colectividades), pero no reclaman la defensa de sus derechos y esto debido a diversos motivos:

- que no saben que han sido engañadas o explotadas,

- que lo saben, pero no quieren denunciar por miedo a la mala publicidad y al perjuicio que su imagen sufriría (por esto prefieren arreglos negociados o amigables)
- que lo saben, pero prefieren no denunciar para no arruinar sus posibilidades futuras de obtener contratos, mercados o adjudicaciones públicas;
- que lo saben, pero ellas mismas no están a salvo de reproches por haber procedido con negligencia o cometido infracciones de criminalidad económica;
- que las víctimas y los perjudicados constituyen con frecuencia un conjunto impreciso, como toda una colectividad, por ejemplo, en la que cada miembro no es consciente de los daños padecidos o no dispone generalmente la calidad para actuar, ni eventualmente los medios necesarios para cubrir los gastos de un proceso.

Los asuntos descubiertos y los expedientes tratados son generalmente tan complejos, difíciles de tratar y remontan tanto en el tiempo, que un buen número de cargos deben ser abandonados por prescripción.

Las pruebas son muy difíciles de recolectar y las autoridades de vigilancia, como también las judiciales, se enfrentan al grave problema de distinguir entre actividades económicas legales y prácticas ilegales.

Los medios (humanos, materiales y temporales) de la justicia son muy insuficientes y sus competencias (profesionales, especialización), muy frecuentemente incompletas. Además, demasiados magistrados carecen de independencia en relación con los poderes y los partidos políticos y no están dispuestos a enfrentarse a la "criminalidad de los poderosos". Hay jueces que por incompetencia, sobre carga laboral o simplemente por falta de voluntad, no hacen su trabajo.

Si esta es la situación en un país como Suiza, nos toca a nosotros establecer lo que acaece en nuestros países, mucho menos ricos y muy inestables política y económicamente. La actitud suiza se distingue por la búsqueda de soluciones apropiadas y conforme a las condiciones e intereses suizos. Este ejemplo es útil para nosotros, en la medida en que sin obsesionarse por modas dogmáticas (como finalismo, funcionalismo, posmodernismo) concentran sus esfuerzos en formular propuestas concretas y eficaces para combatir mejor la criminalidad.

El problema es que hay que invertir tiempo y dispensar muchas energías. Asimismo, la voluntad individual desempeña un papel determinante (Bertossa 1996, 109)

Frente a las ramificaciones internacionales de la criminalidad económica, se plantean importantes problemas de persecución y de ayuda judicial internacional, a los que se agregan lagunas jurídicas notables, como por ejemplo, la no incriminación penal del contrabando.

Por fin, estos últimos años, el funcionamiento de la justicia ha sido cuestionado en diversos cantones y comisiones de investigación han sido instituidas.

VI
Reflexiones sobre la reforma del Código Penal*

Sumario: 1. Introducción. 2. Ejemplos de reformas penales. a. Reforma alemana. b. Reforma francesa. c. Reforma suiza. d. Reformas en América Latina. a) Anteproyecto ecuatoriano. b) Anteproyecto boliviano. c) Proyecto peruano. d) Apreciación del proyecto peruano. 3. Conclusión.

1. Introducción

Un Código Penal puede convertirse en un obstáculo para el eficaz funcionamiento del sistema de control penal. En particular, si sus disposiciones resultan anacrónicas o incompletas y los órganos oficiales encargados de aplicarlos son incapaces de interpretarlas y aplicarlas con gran iniciativa de interpretación creativa. Estas deficiencias son generalmente el resultado de los cambios sociales sustanciales que condicionan igualmente el desarrollo de la delincuencia. Así, se produce el "envejecimiento" de las soluciones dadas, tanto en la regulación de las condiciones de punición y de las sanciones penales como en la falta de incriminación de nuevas formas de delincuencia.

Estas deficiencias son apreciadas y valoradas de conformidad con la perspectiva de política criminal que se adopte. Esta perspectiva es adecuada en la medida en que se conozca la realidad delictiva. En nuestro medio, generalmente, se carece de la información indispensable para determinar la necesidad y la

---

* Publicado en *Anuario de Derecho Penal 2009*, monográfico sobre *La reforma del Derecho Penal y del Derecho Procesal en el Perú*, Lima, 2009, pp. 255-274.

orientación que debe darse a la reforma penal[1]. A pesar de los loables esfuerzos en llevar adelante la reforma impostergable no se llega a establecer una estrategia adecuada. Al menos, se debería lograr establecer los aspectos respecto de los cuales las disposiciones del código son consideradas incompletas o insuficientes. Estas insuficiencias explican, por un lado, que se promuevan una serie de iniciativas tanto para modificar sendas disposiciones del código como para introducir nuevas disposiciones incriminadoras y, de otro, que no se logre concebir una estrategia eficaz para efectuar una reforma global e innovadora del código.

Los trabajos de reforma que se llevan actualmente acabo están orientados, sobre todo, por los resultados de los estudios dogmáticos y de la experiencia práctica de los órganos responsables del sistema de control penal directo. Mediante los primeros, los juristas ponen de manifiesto, de acuerdo a sus concepciones teóricas y valoraciones político-sociales, los vacíos, las contradicciones y las deficiencias de las disposiciones legales. Por lo que proponen que sean corregidas y completadas. Los jueces, fiscales y abogados constatan, en su quehacer diario, la dificultad con la que funciona el sistema debido a las carencias materiales y personales, pero también por las deficiencias de la ley. Respecto de estas últimas, se esfuerzan en superarlas mediante la interpretación o, ante la incapacidad de superarlas o imposibilidad de hacerlo, a plantear que la ley sea reformada.

Desde una perspectiva diferente, la misma exigencia de reforma se percibe por la frecuencia con la que políticos, sobre todo, parlamentarios presentan proyectos de ley para modificar alguna o algunas de las disposiciones del código penal. Propuestas que debidamente analizadas permiten detectar la verdadera motivación de sus promotores, que puede ser el oportunismo político o electorero y rara vez una verdadera necesidad de mejorar la ley.

A manera de ejemplo, señalemos que, en el periodo legislativo de octubre de 2008 hasta diciembre 2009[2], fueron presentados en el Congreso 57 proyectos de ley en materia penal. De los cuales, 10 concernían cuestiones procesales penales o de ejecución penal. Entre los 47 proyectos penales, dos trataban de la

1 Hasta donde estamos informados no se han efectuado investigaciones de campo sobre el sistema de control social, ni en particular sobre la delincuencia. Las informaciones estadísticas tampoco existen. Las publicaciones sobre criminología son muy pocas y de índole informativa, por ejemplo, Solís Espinoza, Alejandro, *Criminología*, 2.ª ed., Editorial Imprenta Desa, Perú, 1988; Villavicencio, Felipe, *Introducción a la Criminología*, Grijley, Lima, 1997. Sobre política criminal, ver Prado Saldarriaga, Víctor, *Política criminal peruana*, Cultural Cuzco, Lima, 1985.

2 Apreciaciones realizadas teniendo en cuenta la información difundida en el portal del Congreso de la República del Perú, actividad legislativa. Proyectos de ley. Versión en línea: http://bit.ly/1FBTQbW.

reincidencia y de la incorporación de la pena de muerte, respectivamente, los 45 restantes proponían insertar nuevas figuras penales, modificar las ya existentes o variar las penas. Iniciativas presentadas a pesar que una comisión designada por el mismo Congreso está en tren de redactar un proyecto completo de Código Penal. El apresuramiento de los parlamentarios proponentes puede significar, por un lado, que existe urgencia de reprimir nuevos delitos o de sancionar más severamente algunos que se cometen con frecuencia. Por otro, significa que no se estima necesario modificar las disposiciones de la parte general. La tercera posibilidad sería la de que carecen de los conocimientos especializados, no están debidamente asesorados o que obran motivados por razones puramente políticas y electorales.

2. Ejemplos de reformas penales

Toda comparación dicen que es una ofensa. Sin embargo, esto no es del todo exacto respecto del derecho comparado en la medida en que la experiencia ajena brinda enseñanzas interesantes[3]. Esto es particularmente cierto en el ámbito de las reformas penales. Sin embargo, esta comparación solo da resultados positivos en la medida en que se tengan en cuenta los diferentes contextos en que cada proceso de reforma tiene lugar. En el fondo, no se trata de otra cosa que de decepcionar modelos legales foráneos adecuándolos convenientemente a la realidad nacional.

a. Reforma alemana

Debido a la gran influencia que tienen entre nosotros las concepciones dogmáticas penales, no está de más recordar, aun brevemente, el gran proceso de reforma alemana que culminó con el reemplazo del viejo Código de 1870 con el actual Código de 1975[4]. La necesidad de llevarlo a cabo resultaba del desfase marcado de ese cuerpo legal tanto con la realidad social y política en que era aplicado como con los avances doctrinarios realizados. Esta situación dio lugar a la confrontación, indicada *groso modo*, entre una corriente preocupada más en los problemas técnico-jurídicos y basada en una concepción que puede ser califi-

3 Como ejemplo de este esfuerzo indispensable, cabe recordar la *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts*, 16 vols, 1902-1909.

4 La bibliografía sobre esta reforma es enorme; para los efectos informativos del presente trabajo basta referirse a Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general I*, Civitas, Madrid, 1997, § 4, N.º 15 y ss., N.º 27 y ss., y a las obras allí citadas.

cada de conservadora[5] y otra promotora de nuevos criterios de política criminal, la misma que concretizó sus planteamientos en el Proyecto Alternativo de 1966[6] elaborado en particular por un conjunto de profesores alemanes y suizos[7].

En razón al contexto social y político reinante en Alemania, se impuso la segunda corriente. Lo que significó un cambio sustancial de la orientación de la reforma. Así, sin abandonarlo del todo, se pusieron en segundo plano las preocupaciones técnico-jurídicas, a tal punto que se llegó a afirmar que lo único que se recogió de la gran discusión entre causalismo y finalismo, fueron los criterios de esta última referentes al error. Las innovaciones fundamentales se hicieron sobre todo en el ámbito del sistema de sanciones penales, el mismo que fue renovado con la incorporación de una serie de proposiciones para evitar la imposición de penas privativas de libertad y, en especial, las de corta duración. Para lo cual, primero, se suprimió la pena de prisión inferior a seis meses y, segundo, se atribuyó un papel importante a la pena pecuniaria renovada, convirtiéndola casi en el pilar central del sistema de sanciones; se amplió el ámbito de aplicación de la condena condicional, se previó la dispensa de pena de prisión de hasta un año. Innovación significativa para la época fue la abolición de la pena de presidio (penitenciaría) por el carácter infamante que tenía.

En la parte especial, aplicando criterios dirigidos a descartar la influencia de factores moralizantes en la incriminación de ciertos comportamientos, se hicieron cambios sustanciales, por ejemplo, en el ámbito de las infracciones sexuales que dejaron de ser violaciones de las buenas costumbres para ser consideradas como atentados contra la integridad y la libertad sexuales. Pero también, frente al desarrollo de nuevas formas de comportamientos graves en relación con intereses sociales importantes, se planteó la previsión de nuevas incriminaciones, en particular en el dominio del derecho penal económico. Innovación que no fue inmediatamente admitida, pero que llegó a tener una gran influencia en las décadas posteriores con la dación de algunas leyes especiales.

b. Reforma francesa

Por las peculiaridades del sistema francés y su poco conocimiento entre nosotros, debido al prejuicio generado por la orientación unilateral hacía los criterios alemanes, es interesante observar la evolución de la legislación penal

5 *Entwurf eines Strafgesetzbuches, Bundesvorlage*, Bonn, 1962.

6 *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil*, 1966.

7 BAUMANN, Jürgen (ed.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, 1968.

gala. El código, vigente desde 1810[8] y varias veces modificado, para actualizarlo, requería ser reformulada de acuerdo a los nuevos criterios legislativos y a las exigencias impuestas por la evolución y el desarrollo de las conductas delictuosas[9]. Las críticas a la vieja legislación fueron también inspiradas por concepciones de política criminal, en especial las promovidas por la nueva defensa social. Una de las principales observaciones era la necesidad de "desjuridizar" la reacción penal, lo que implicaba el alejamiento del tradicional tecnicismo jurídico en favor de respuestas pragmáticas y adecuadas a la realidad[10].

El nuevo CP de 1994, pero al que se le sigue designando como CP de 1810, se caracteriza por una mejor y moderna sistemática. Los criterios renovados siguen el desarrollo de la doctrina y, en particular, de la jurisprudencia. Lo interesante es que, sin ignorar (promulgado por diferentes leyes en 1992) las concepciones alemanas, los redactores del nuevo código continuaron y acentuaron los planteamientos desarrollados en el contexto cultural francés. Con bastante sentido práctico, se innovaron ciertas nociones relativas a la infracción y se retocaron de manera sustancial el sistema de sanciones penales, así como algunos capítulos de la parte especial. Se previeron nuevas infracciones como el crimen contra la humanidad, las violencias sexuales contra menores y se abolieron otras como la vagancia, la mendicidad. Estas modificaciones eran indispensables para concordar la reacción penal con las circunstancias sociales y las nuevas formas de criminalidad. Renovación importante ha sido reconocer, de manera amplia y pragmática, la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

c. Reforma suiza

El tercer caso de reforma que vale la pena tomar en cuenta es la realizada en Suiza, tanto por la manera cómo ha sido llevada a cabo y la orientación que ha seguido. Además, para nosotros resulta interesante por la influencia que ejerció en nuestro país la legislación y la doctrina suizas al elaborarse nuestro CP de 1924 y durante su aplicación.

En cuanto a la manera, hay que señalar la paciencia y la prudencia con que se planeó y llevó adelante la reforma. Debido al plazo largo que requiere la

8 PRADEL, Jean, *Droit pénal général*, 12.ª ed., Cujas, París, 1999, pp. 113 y ss.

9 PRADEL, Jean, *Droit pénal général*, cit., pp. 114 y ss.; ÍDEM, *L'avant-projet de révision du Code Pénal (Partie générale)*, París, 1995; MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Le nouveau Code Pénal, Enjeux et perspectives*, Colloque, 32 rapports et un rapport général, Dalloz, París, 1994.

10 ANCEL, Marc, *La défense sociale nouvelle*, París, 1981, p. 211.

elaboración de un proyecto completo de Código Penal y ante la necesidad de renovar con urgencia el catálogo de infracciones penales, se optó por reformar progresivamente el código. Con la finalidad de proceder coherentemente, se decidió revisar separadamente la parte general y la parte especial. De esta manera, se trató a la primera globalmente para garantizar su unidad y sistemática[11]. Respecto de la segunda, se procedió por grupos de infracciones. En esto último, influyó también la necesidad de armonizar la legislación nacional con los convenios internacionales que habían sido suscritos, por ejemplo, las convenciones internacionales contra el terrorismo, el lavado de capitales, la corrupción.

Las directrices básicas establecidas en la versión original del código han sido respetadas. Esto se explica por ser consideradas eficaces debido a su índole ecléctica: prevención general y prevención especial, penas y medidas de seguridad, legalidad y flexibilidad de las disposiciones.

Las reglas relativas a la aplicación de la ley penal en el espacio han sido renovadas. Se mantiene el principio de la territorialidad como pilar central, pero se atenúa el rol de los principios de la personalidad activa y pasiva. Por el contrario, se relevan los casos de aplicación de la ley nacional para mejor proteger los menores y las mujeres o reprimir ciertas formas de delincuencia internacional (delitos contra la humanidad).

De manera coherente, las reglas sobre las condiciones de punición son previstas, contrariamente a la versión original, antes de las referentes a las sanciones penales. Sus contenidos han sido revisados en el sentido de los criterios establecidos por la jurisprudencia, a partir de la interpretación de las disposiciones reformadas, y admitidos por la doctrina mayoritaria. El afán no ha sido de recoger los criterios más novedosos de la doctrina, sino de reforzar y completar las nociones ya establecidas: por ejemplo, se mantiene la definición del dolo como conciencia y voluntad, precisándola con la inserción de la noción de dolo eventual; se regulan separadamente los casos de defensa y de estado de necesidad, distinguiendo en sendas disposiciones los casos que excluyen la ilicitud de los que eliminan o atenúan la culpabilidad; se precisan los criterios concerniendo la tentativa y la

11 Conseil fédéral, "Message concernant la modification du Code Pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du Code Pénal) et du Code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs du 21 septembre 1998", en *FF* 1999 II, pp. 1787 y ss (cité: Message 1998); Schultz, Hans, *Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches "Einführung und Anwendung des Gesetzes" des Schweizerischen Strafgesetzbuches*, Bern 1987; Roth, Robert y Peter Pirkl, "Chronique, Dix ans de réforme pénale en Suisse", en *RDPC*, N.º 12, 1993, pp. 1099 y ss.; Hurtado Pozo, José, *Droit Pénal, partie générale*, Nouvelle édition refondue et augmentée, Schulthess, Zurich, 2008, pp. 79 y ss.

participación; se suprime la reincidencia como circunstancia agravante, se prevé la responsabilidad penal de la empresa.

Se ha cambiado de modo notable el sistema de sanciones penales. La convicción de que es indispensable evitar la aplicación de las penas privativas de libertad en el caso de la pequeña y mediana delincuencia, ha sido materializada previendo, primero, la pena pecuniaria (conforme al sistema días-multa) como el eje central del sistema de penas y, segundo, sanciones alternativas a dichas penas de detención (suspensión del fallo condenatorio, trabajo comunitario, suspensión condicional de la ejecución de la multa o de la pena privativa de libertad). También es de señalar la tendencia a abandonar las penas privativas de libertad de larga duración, así por ejemplo, la pena de reclusión a vida, no ha sido derogada, pero su única aplicación al caso del asesinato ha sido restringida previéndose, como pena alternativa, la de prisión de veinte años.

Las medidas de seguridad han sido completadas y actualizadas. Por las críticas muy fuertes formuladas contra la medida del internamiento, esta fue fuertemente restringida. Esta decisión ha sido cuestionada y ha servido de ocasión para que se critique la reforma del sistema de sanciones. Este es considerado como extremadamente suave porque, en razón de las reglas dirigidas a evitar la pena privativa de libertad, la primera infracción cometida por una persona es solo sancionada con una pena pecuniaria o la suspensión de la ejecución de la pena, lo que lleva a las víctimas o al público en general a pensar que se consagra la impunidad de los infractores primarios. Esto ha generado un movimiento de contrarreforma para rectificar algunos de los criterios del nuevo código en materia de sanciones penales.

La previsión originaria de las disposiciones referentes al tratamiento penal de los menores en la última sección de la parte general ha sido abandonada con la finalidad de separar formal y materialmente los menores de los adultos. Con esta finalidad, se ha dictado una ley especial, denominada Derecho penal de menores, en la que se regulan las condiciones de represión y las sanciones o medidas que se le deben aplicar. El carácter tuitivo de este derecho no ha sido dejado de lado, pero ha sido morigerado con la vuelta en cierta medida a criterios punitivos. De esta manera, se piensa que se tiene mejor en cuenta las características propias de los infractores menores y que se logra responsabilizar a estos, atenuándose así la orientación demasiado paternalista de la manera de reaccionar ante los menores.

La renovación de la parte especial se distingue, por ejemplo, por la previsión de circunstancias agravantes en consideración a la condición de menor, de mujer, de casado, de pareja en unión libre heterosexual u homosexual, en relación con infracciones de violencia; la inserción de nuevos tipos legales para sancionar,

por ejemplo, los delitos informáticos, explotación de hechos confidenciales, manipulación del mercado bursátil, lavado de dinero, corrupción, financiamiento de terrorismo.

La previsión de ciertas nuevas infracciones, como el delito de explotación de hechos confidenciales, la corrupción de agentes extranjeros, era indispensable para responder eficazmente a los pedidos de ayuda internacional en materia penal, que supone la doble incriminación del comportamiento tanto en Suiza como en el país solicitante. Este mismo factor ha determinado cambios recientes en el tratamiento de las infracciones fiscales, en particular el tratamiento de la evasión fiscal como delito, la misma que era calificada hasta entonces solo de contravención, lo que permite ahora el levantamiento del secreto bancario en caso de persecución penal, la misma que es improcedente en caso de contravenciones.

En los tres casos de reforma penal descritos, la necesidad de proceder a reformar el Código Penal era evidente debido, en particular, a que los cambios sociales y económicos, en especial la globalización e internacionalización de las redes económicas, financieras, de comunicación, de transporte, han generado formas de criminalidad que no podían ser combatidas eficazmente con las reglas y medios regulados en los viejos códigos. Un paso fundamental en esta dirección, en Francia y en Suiza, ha consistido en la atribución de responsabilidad penal a la empresa. Decisión tomada en la convicción que la empresa constituye, con frecuencia, la fuente o el marco en el que se cometen delitos económicos. En Alemania, debido al peso de la reflexión dogmática, la discusión continúa, pero se fortalece constantemente la corriente en favor de la represión penal de la empresa.

d. Reformas en América Latina

En el plano latinoamericano, se nota que en algunos procesos de reforma la preocupación se centra, *groso modo*, en aspectos que son, sobre todo, propios a las realidades de nuestros países. En los trabajos prelegislativos llevados a cabo en Bolivia y Ecuador destacan dos cuestiones: por un lado, garantizar de manera estricta el respeto de los derechos humanos, del Estado de Derecho y de los principios propios al derecho penal; por otro, tomar en consideración las diferencias culturales de los diversos sectores de la sociedad.

a) Anteproyecto ecuatoriano

Para ilustrar el primer caso, veamos brevemente las disposiciones iniciales del Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales para el

Ecuador[12]. En su artículo 2, se ha considerado necesario establecer de manera detallada, primero, que "en materia penal se aplicarán todos los principios que emanan de la Constitución y de los instrumentos internacionales de derechos humanos". Es, en realidad de una disposición de reenvío a los criterios establecidos en esos textos legales; un llamado de atención a quienes aplican las leyes, los mismos que, se supone, ya están debidamente informados sobre la fuerza y prioridad de las normas constitucionales e internacionales referidas al respeto de los derechos humanos.

En seguida, se detallan las consecuencias de esa regla general en el ámbito estrictamente penal. Así, se declara que el fundamento del derecho penal es la dignidad y, del mismo, deduce la regla de que los participantes procesales, la policía y todos quienes intervengan en el sistema penal tratarán a todas las personas con igual consideración y no deberán discriminarlas por motivo alguno.

Directivas que son reforzadas y particularizadas, en el inciso 4 de la misma disposición, indicándose sucesivamente que no hay ley penal sin necesidad, no hay necesidad sin lesividad, no hay lesividad sin acción u omisión punible, no hay acción u omisión punible sin culpabilidad, no hay culpabilidad sin un debido proceso, no hay debido proceso sin conocimiento del hecho punible, instrucción ni acusación, que corresponde exclusivamente al fiscal o acusador.

Esta enumeración no es considerada suficiente, por lo que se ha estimado indispensable fijar reglas de interpretación para evitar que se violen determinadas garantías por parte de quien aplica la ley. Con esta finalidad, se establecen reglas estrictas en el artículo 3. Según esta disposición, el intérprete debe interpretar restrictivamente la descripción del tipo penal y, en general, la comprensión de cualquier circunstancia que pueda agravar la responsabilidad penal.

Esta exigencia es reforzada por la prohibición expresa de crear, mediante la analogía y la interpretación extensiva, infracciones penales, ampliar los límites de las condiciones legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar, de la remisión a otras normas o disposiciones legales para completar la definición de la infracción penal.

Como aun la aplicación estricta de estas directivas puede producir conflictos sobre la comprensión, la aplicación o los efectos de una ley penal, se dispone en el anteproyecto que la ley se aplicará en el sentido más favorable a la situación de la persona infractora o presuntamente infractora. Se permite la aplicación de

12 Borrador de discusión, 19 de noviembre de 2009, s/f.

este principio incluso cuando la infracción se haya cometido en el extranjero y la ley que rige en dicho territorio fuere más favorable que la ecuatoriana.

Además, se prevén reglas para tener en cuenta ciertas circunstancias particulares. Así, primero, respecto de adolescentes infractores, se ordena que las normas penales y sus efectos se interpretaran de conformidad con el principio del interés superior del niño y niña y el de prioridad absoluta, atendiendo a su grado de madurez. Segundo, en consideración con la cultura de las personas, se dispone que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta la cosmovisión y los valores culturales de los partícipes en el conflicto penal.

b) Anteproyecto boliviano

El Anteproyecto de Reforma del Código Penal de Bolivia[13], también se distingue por prever reglas destinadas a reforzar la legalidad del sistema y mejorar su aspecto humano, tomando en cuenta la persona y sus derechos fundamentales. En el nivel de las condiciones de punibilidad, vale la pena citar, como ejemplo, que estatuye la legalidad de las omisiones disponiendo que las "infracciones penales pueden cometerse por omisión solo en los casos especialmente señalados por la ley". Regla que recuerda a la tradicional regulación de la culpa, por lo que cabe plantearse si podría recurrirse a la noción de comisión por omisión, en la medida en que esta figura no está expresamente regulada. Con la misma orientación, se excluye la represión de los delitos de peligro abstracto, pues en el artículo 7, se estatuye que "no hay delito sin una lesión significativa para algún bien jurídico o sin ponerlo en peligro efectivo".

Sin embargo, la cuestión que preferimos destacar de este anteproyecto es la propuesta de regulación de los efectos de la pluralidad cultural en el sistema punitivo del código. La diversidad cultural es, en primer lugar, destacada en relación con los límites de la competencia de la jurisdicción indígena originaria campesina respecto de la jurisdicción oficial. En caso de duda, se estatuye que se resolverá en favor "de la jurisdicción que mejor resuelva el conflicto, respete el pluralismo y pluralidad cultural y conserve o restablezca la paz social". De esta manera, se trata de prever los conflictos de jurisdicción que puedan presentarse, sin embargo es de considerar que los criterios no son suficientemente precisos y tampoco se señala quien terciará en la confrontación.

13 Comisión de Reforma Integral del Código Penal de Bolivia (Luis Arroyo Zapatero, Matías Bailone, Elías Carranza, Adán Nieto Martín, Moisés Moreno Hernández, José Sáez Capel, Jan Simón, Eugenio Raúl Zaffaroni), Anteproyecto de Reforma al Código Penal de Bolivia, Parte General, 2009. Versión en línea: http://www.cienciaspenales.net/.

En seguida, la multiculturalidad es tomada en cuenta con respecto a la competencia. En el artículo 11, inciso 1, se dispone que la ley penal no se aplicará: "A hechos cometidos por personas que vivan en una comunidad perteneciente a una cultura originaria conforme a la cual no constituyan delito, salvo que se trate de hechos contra la vida, la integridad física o la libertad sexual cuya impunidad importe una grave lesión a la dignidad humana".

De la manera cómo está redactada esta norma, hay que deducir que concierne a toda persona perteneciente a dicha comunidad de cultura originaria, que se comporte conforme a las pautas de esa cultura y según las cuales su comportamiento no debe ser considerado como infracción por más que se adecue a un tipo legal del derecho penal oficial. Consecuentemente con la defensa estricta de los derechos fundamentales, se restringe esta regla a los casos que no sean uno de los delitos graves expresamente mencionados: homicidio, lesiones, delitos sexuales.

En el inciso 2 de la misma disposición, se excluye la aplicación de la ley penal a "hechos cometidos por una persona perteneciente a una cultura originaria, considerados como infracción y sancionados por su comunidad, siempre que esta lo juzgue y sancione".

En este caso, se explica la no intervención de la justicia oficial debido a que, por un lado, la calificación de infracción depende de las pautas de la cultura originaria y, por otro, la comunidad ya los ha juzgado y sancionado.

Por último, indiquemos que se incorpora en el anteproyecto (artículo 19, pf. 5) la regla relativa al error de comprensión, casi en el mismo sentido que figura en nuestro código (artículo 15). Conforme con esa disposición, se excluye "la culpabilidad cuando el agente, por su cultura o costumbres, no comprenda la criminalidad de su obrar o no se le pueda exigir que adecue su conducta a dicha comprensión". La pena será, por el contrario, disminuida, cuando "por las mismas causas no se excluya totalmente la posibilidad de comprensión o de adecuación de la conducta, el tribunal podrá establecer la pena conforme con el grado de exigencia que podría formulársele". De esta manera, se sigue la forma en la que se prevé, generalmente, el error sobre la ilicitud y no aquella referente a la incapacidad de culpabilidad.

c) *Proyecto peruano*

La orientación de la parte general del anteproyecto peruano[14], en proceso de elaboración, se aprecia cuando se determinan los cambios propuestos en rela-

14 Comisión especial revisora, 2009.

ción con el texto legal vigente. Siendo imposible revisar cada una de sus disposiciones, cada una de las cuales puede ser materia de una conferencia, me limitaré a comentar algunas de ellas.

Por ejemplo, en el artículo II del Título Preliminar, se establece que "nadie será sancionado por acto u omisión que no esté previsto de modo expreso e inequívoco como delito o falta por la ley vigente al momento de su realización, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentre establecida en ella". De esta manera, se ha creído conveniente, primero, hablar de "acto u omisión" y no solo de acto y, segundo, precisar que debe ser "de modo expreso e inequívoco". Así, se trata de precisar el principio de legalidad.

En este mismo sentido, la prohibición de la analogía, estatuida en el artículo III es completada con la declaración de que la "analogía procede a favor del reo".

A diferencia de los proyectos extranjeros antes mencionados y en contradicción, en cierta manera con los criterios de estricta legalidad que estos buscan favorecer, se propone la modificación del artículo IV, admitiendo expresamente que el ataque al bien jurídico puede consistir también en una puesta en peligro abstracto, en lugar de limitarse a decir, como la disposición vigente, que exista un "peligro".

Se propone, en el artículo VI, reforzar la legalidad de la ejecución de las sanciones mediante la indicación que esta se refiere tanto a penas y medidas de seguridad y que será no solo intervenida sino también controlada judicialmente.

Relacionada ya con las condiciones de la punibilidad pero afirmada como principio general, se prevé, en el artículo VII, que se requiere la culpabilidad, con lo que se deja de mencionar la "responsabilidad" a la que se alude en el texto vigente. Esta vuelta a la terminología empleada en los códigos y por la mayoría de los autores para fijar la base y el límite de la sanción penal, es sin embargo, aparentemente revisada, en el artículo VIII, al señalarse que la pena "no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho". Con lo que se podría pensar que los autores distinguen entre culpabilidad base de la pena y responsabilidad límite de la misma.

Las referencias al dolo y la culpa, sin definirlos como lo hacía el Código de 1924, son cambiadas, pero sin lograr establecer la fórmula adecuada. Se deja de tomar como factor al agente que comete la infracción, lo que indica que la pena le será siempre aplicada cuando cometa una infracción dolosa y que si lo hace culposamente solo procederá en los casos expresamente establecidos por la ley. En el texto del artículo 12 del proyecto, se dice, en cambio, que la ley penal siempre describe la infracción dolosa y que la culposa debe estar expresamente

establecida en la ley. El problema es que la infracción dolosa o culposa siempre debe ser descrita en la ley, cuando de lo que se trata es de decir que se sancionan los delitos cuando son cometidas intencionalmente y, excepcionalmente, cuando lo son culposamente y si la ley lo prevé de manera expresa.

La definición de la comisión por omisión es también ocasión para que se busque precisar la legitimidad de la represión en la medida en que se reconoce como fuente del deber de garante el ordenamiento jurídico y se excluye la moral, la misma que es considerada en el código vigente (artículo 13).

No resulta claro, por el contrario, la precisión propuesta respecto de las condiciones de la legítima defensa. Al reiterarse que la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, se excluye "para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa". La incongruencia se da debido a que para apreciar la intensidad y peligrosidad de la agresión debe también estimarse la proporcionalidad de los medios; lo que se admite implícitamente al hablarse de los "medios de que disponga la defensa". Por lo que resulta contraproducente que no deba tenerse en cuenta los medios utilizados por el agresor.

No se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Uno de los aspectos de la delincuencia relacionada con la actividad empresarial es tratado en el artículo 27, referente al caso de la represión por actuar en lugar de otro. Pero la regulación es más amplia que la vigente porque se comprende también al representante de una persona natural. Dicha disposición establece que el "representante legal o de hecho de una persona jurídica, regular o irregular, o de una persona natural que realiza un hecho previsto como delito o falta responderá como autor, aun cuando los elementos que fundamentan o agravan la pena no concurran en él pero sí en la persona a quien representa, a pesar de que el hecho requiera la actuación en provecho propio y el agente no haya actuado con tal fin".

Sin embargo, como en el código vigente inspirado en el modelo hispano, se establecen medidas para las personas jurídicas. Así, en el artículo 108, se propone, en caso de que un "hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo", se imponga a esta una de las medidas siguientes:

1. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años.

2. Disolución y liquidación de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.
3. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años.
4. Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será mayor de cinco años.

Además, se establece que si una de "medidas fuera aplicada, el juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores de la persona jurídica por un periodo de dos años".

Para contrarrestar el fraude a la ley, se prevé que "el cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria, no impedirá la aplicación de estas medidas".

d) Apreciación del proyecto peruano

La índole de las modificaciones propuestas no implica un cambio innovador substancial. Una buena parte de las disposiciones restan inalteradas. Los retoques que se hacen son a veces solo de redacción. Otros, por el contrario, comportan un cambio en la medida en que precisan los alcances de la disposición concernida.

De ser correcta nuestra apreciación, se plantea la cuestión sobre la necesidad de proceder a tal reforma. La respuesta debe ser negativa si solo debía limitarse a realizar esos cambios. Sobre todo, si se considera que mediante la interpretación pueden ser enmendadas o completadas las deficiencias detectadas en el código vigente.

Los casos en que esto no fuera posible justificarían, sin embargo, una revisión parcial del código; principalmente, en las propuestas referentes al sistema de sanciones.

En todo caso, aun cuando fuera oportuna la reforma del código, la nueva versión de la parte general contenida en el anteproyecto no busca un cambio de orientación importante de la parte general vigente. Esto es claramente perceptible en comparación con los proyectos boliviano y ecuatoriano. Tanto porque

no prevé grandes cambios dirigidos a reforzar las garantías fundamentales de la ley penal, a la manera del proyecto ecuatoriano, como porque no prevé nuevas disposiciones para regular los problemas de aplicación de la ley penal generados por la diversidad cultural, del modo efectuado en el proyecto boliviano. Con esto no se quiere aconsejar que estos proyectos foráneos sean tomados como modelos para reformar nuestro código.

En este dominio, cabe preguntarse porque no se han tomado en cuenta las reflexiones que han conducido a las Salas Penales de la Corte Suprema a dictar una serie de directivas[15] sobre los conflictos que se dan, con cierta frecuencia, en ocasión de las actividades de las rondas campesinas, entre estas y los órganos judiciales[16]. Lo que muestra la necesidad de que se mejore la regulación prevista en el Código Penal.

En esta perspectiva, resulta interesante analizar esta importante decisión. Pero antes de hacerlo, resulta oportuno indicar que sorprende que, los jueces supremos hablen, en decisiones de esa índole, de una "doctrina legal" para designar la argumentación desarrollada. Lo que da lugar a graves malentendidos en la medida que se puede comprender, por un lado, que toda otra doctrina no es legal y, por otro, que se trata de una forma de "doctrina auténtica" y, por tanto, única y obligatoria. Ninguna de las dos posibilidades es correcta, si se recuerda que la interpretación (no otra cosa es la doctrina) es un proceso lógico y axiológico por el que se atribuye al texto uno de sus posibles sentidos. Así, tampoco es correcto exigir que las directivas establecidas sean seguidas literalmente, pues ellas mismas deben ser interpretadas y, por tanto, no siempre serán comprendidas en un mismo y único sentido.

15 Acuerdo Plenario N.º 1-2009/CJ-116, sobre "Rondas campesinas y derecho penal". Sobre las decisiones vinculantes de la Corte Suprema: Castillo Alva, José Luis, *Comentarios de los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*, Grijley, Lima, 2008.

16 La bibliografía sobre el tema es variada y generalmente se centra en el artículo 15 CP: Cfr. Hurtado Pozo, José, "Derecho penal y diferencias culturales: perspectiva general sobre la situación en el Perú", en *Anuario de Derecho Penal* 2006, número monográfico "Derecho penal y pluralidad cultural", Lima, 2006; Hurtado Pozo, José, *Manual de Derecho penal. Parte general* I, Grijley, Lima, 2005, N.º 1663 y ss.; Irigoyen Fajardo, Raquel, "Rondas campesinas y pluralismo legal: necesidad de reconocimiento constitucional y desarrollo legislativo", en Defensoría del Pueblo, *Hacia una ley de rondas campesinas*, Defensoría del Pueblo, Lima, 2002, pp. 81y 122 ; Francia, Luis, "Pluralidad cultural y derecho penal", en *Derecho*, N.º 47, Lima, 1993, pp. 493 y ss.; Peña Jumpa, Antonio, "Límites a la concepción universal de los derechos humanos en sociedades pluriculturales: el caso de los aymaras del sur andino", en Calvo, Manuel (ed.), *Identidades culturales y derechos humanos*, Dykinson, Madrid, 2002.

En dicho acuerdo, se decide, primero, establecer "como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 7 al 17" y, segundo, precisar "que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales". Al respecto, hay que destacar que si bien la materia indicada como objeto del acuerdo es resolver las dificultades que se presentan por la acción de los órganos de persecución penal contra los miembros de las rondas campesinas, las directivas sobrepasan esta meta y abordan globalmente, en buena cuenta, la problemática.

Respecto de las prerrogativas relacionadas con la regulación constitucional, se establece:

1. Las rondas campesinas, mencionadas como auxiliares de las autoridades de las comunidades andinas y nativas en el artículo 149 Const., son también autoridades por la real actividad que asumen, sin considerar si están o no vinculadas a una de esas comunidades.
2. La pertenencia de las rondas al mundo cultural andino o nativo, expresada en su identidad cultural y su conformidad con el derecho consuetudinario, debe ser comprobada por el juez con ayuda de peritos.
3. Las rondas tienen funciones jurisdiccionales como autoridades comunales en el territorio de la comunidad y aplican el derecho consuetudinario.
4. El fuero comunal ronderil se caracteriza por corresponder a un grupo étnico con una identidad cultural determinada, que cuenta con una organización reconocida por la comunidad y con capacidad de control social; con un derecho consuetudinario, un territorio determinado. El límite de este fuero es el respeto de los derechos fundamentales.

Los jueces supremos, en consideración de una simple constatación de hecho (las funciones reales efectivamente ejercidas por los ronderos), han ampliado los alcances del artículo 149 Const., declarando, primero, que los ronderos no son solo auxiliares de las autoridades comunales y nativas sino asimismo autoridades y, segundo, que también deben ser consideradas las rondas que no forman parte de ninguna campesina o nativa.

Asimismo, estatuyendo que las rondas son caracterizadas por la identidad étnica y cultural, la capacidad de un control social y un dominio territorial, las directivas prevén que las rondas deben ser reconocidas como una organización por la comunidad. Lo que está en desacuerdo con la afirmación de que deben o no estar vinculadas a una comunidad determinada.

Un aspecto importante, no siempre considerado hasta ahora, es que la base cultural de las rondas y la existencia de un derecho consuetudinario deben ser apreciadas por el juez con el apoyo de expertos y controlar así la pertenencia de las rondas al mundo andino o nativo.

En cuanto a los elementos del delito y manera de establecerlos, en las directivas se señala que:

a. el autor debe ser un rondero.
b. el hecho debe ser cometido en el territorio donde ejerce la ronda su fuero.
c. el sujeto pasivo o la cosa (interés) debe pertenecer a la misma comunidad.
d. el hecho debe ser conforme al comportamiento sancionado en una norma concreta del derecho consuetudinario.
e. el hecho no debe violar ninguno de los derechos fundamentales.

Aun cuando no se dice expresamente, debe entenderse que estas mismas condiciones, *mutatis mutandis*, son igualmente aplicables cuando las rondas no forman parte de una comunidad.

El límite establecido respecto a los derechos fundamentales, previsto en el artículo 149 Const., no es establecido debidamente porque se alude solo al acto cometido por el rondero, sin considerar que la contradicción puede ya darse a nivel de la norma de derecho consuetudinario, en la medida en que esta puede ser ya inconstitucional.

Reunidas estas condiciones (conflicto interno a la comunidad), se considera que la represión no tiene lugar porque el acto cometido es lícito conforme al artículo 149 Const.

Se trata de un caso intercultural cuando:

a. el sujeto activo no es rondero.
b. el hecho no es cometido en territorio comunal.
c. el sujeto pasivo o la cosa (interés) es comunal.
d. el hecho es un injusto conforme al derecho consuetudinario.
e. el sujeto activo debe darse cuenta que lesiona o pone en peligro un miembro o los interese de la comunidad.
f. el sujeto activo debe haber actuado por egoísmo para afectar a la institución comunal o faltando a sabiendas los valores y bienes jurídicos tradicionales.

Los cuatro primeros factores son el contrario de las circunstancias personales, legales y materiales indicadas respecto de los casos internos a la comunidad. Los restantes son de carácter subjetivo: el autor debe ser consciente que daña o pone en peligro un miembro o los intereses de la comunidad y, además, obrar con egoísmo. Estos factores no son elementos del delito, sino más bien condiciones para fijar cuál es el órgano competente para investigar y juzgar, así como para fijar qué derecho debe ser aplicado (el oficial o el consuetudinario de la comunidad). Sin embargo, las reglas procesales no son fijadas.

Coherentemente con los límites fijados en la Constitución y con respeto a los derechos fundamentales, se dispone en las directivas que el derecho fundamental a la identidad étnica y cultural y el derecho colectivo al fuero jurisdiccional comunal no son absolutos, sino que deben concordarse con otros derechos individuales y colectivos.

Así, se indica que los derechos fundamentales que deben ser respetados plenamente son:

- la vida,
- la dignidad humana,
- la prohibición de torturas, de penas y de tratos inhumanos, humillantes o degradantes,
- la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre,
- la legalidad del proceso, de los delitos y de las penas (bajo la noción básica de 'previsibilidad' para evitar vulnerar el derecho a la autonomía cultural).

Estos derechos deben ser interpretados "de forma tal que permitan comprender, en su significado, las concepciones culturales propias de las rondas campesinas en donde operan y tienen vigencia".

Los jueces supremos destacan que son conductas que atentan contra el "contenido esencial de los derechos fundamentales" y, por tanto, "antijurídicas y al margen de la aceptabilidad del derecho consuetudinario":

- las privaciones de libertad sin causa y motivo razonable, plenamente arbitrarias y al margen del control típicamente ronderil;
- las agresiones irrazonables o injustificadas a las personas cuando son intervenidas o detenidas por los ronderos;
- la violencia, amenazas o humillaciones para que declaren en uno u otro sentido;

- los juzgamientos sin un mínimo de posibilidades para ejercer la defensa, lo que equivale, prácticamente, a un linchamiento;
- la aplicación de sanciones no conminadas por el derecho consuetudinario;
- las penas de violencia física extrema –tales como lesiones graves, mutilaciones, entre otras.

Respecto a decidir si, por los menos, uno de los derechos fundamentales ha sido violado (por el contenido mismo del derecho consuetudinario o por los actos imputados a los ronderos), los jueces supremos indican que se trata de un control externo en manos de la justicia penal ordinaria, la misma que impondrá la sanción correspondiente.

En cuanto a la determinación particular de los elementos del delito, las directivas contienen criterios detallados. Así, se indica que la tipicidad del acto conforme a la norma de derecho consuetudinario puede ser excluida por la interpretación de sus elementos normativos de acuerdo a criterios constitucionales. Así, no puede darse usurpación de autoridad porque las rondas son autoridades comunales que ejercen el fuero jurisdiccional y de secuestro porque las rondas están autorizadas a detener personas en el ejercicio de ese fuero.

De manera *a priori*, se afirma que las rondas campesinas no actúan con fines de lucro o para obtener beneficios ilegales; asimismo que no pueden constituirse en grupo delictuoso. Esta generalización es incorrecta, ya que si bien la constitución de las rondas, en principio, es legal, estas pueden caer en la ilegalidad. Mediante esta declaración, de manera indebida, se excluye la aplicación a las rondas campesinas de las "circunstancias agravantes o de integración criminal (artículos 186, pf. 2, inciso 1, y 317 CP)".

La licitud de los actos de las rondas es determinada, según los jueces supremos, conforme al criterio del ejercicio de un derecho. Para comprobar la proporcionalidad deben compararse los derechos a la identidad cultural con los otros derechos. En el caso concreto, prevalecen siempre los intereses de más alta jerarquía y supone la no vulneración del núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Para determinar la presencia de otros eximentes de pena, debe considerarse el conjunto de factores culturales en la escala individual del sujeto procesado.

En relación con el elemento subjetivo del acto, se afirma que este puede ser afectado por los patrones o elementos culturales del rondero ("vale decir, la configuración del injusto penal y/o su atribución o culpabilidad"). Lo que puede determinar, según los casos,

- la impunidad del rondero,
- la atenuación de la pena, o
- ser irrelevante.

Debido a su patrón cultural, el agente (rondero) puede actuar

- sin dolo –error de tipo– al no serle exigible el conocimiento sobre el riesgo para el bien jurídico;
- por error de prohibición porque desconoce la ilicitud de su comportamiento, esto es, la existencia o el alcance de la norma permisiva o prohibitiva; o
- sin comprender la ilicitud del comportamiento ejecutado o sin tener la capacidad de comportarse de acuerdo a aquella comprensión.

Los alcances de estas últimas indicaciones son restringidos mediante dos atingencias. Primera, que es "de rigor, sin embargo, prevenir que en el caso de ronderos es de muy difícil concurrencia –aunque no imposible ni inusitado– los casos de error de tipo y, en muchos supuestos, las prescripciones del artículo 15 CP". Segunda, que los ronderos, "como regla ordinaria, son individuos integrados al Estado total o parcialmente en cuya virtud al tener contacto con la sociedad 'oficial' como parte de su modo de vida, aunque sea parcialmente, se les puede exigir algún tipo de conducta acorde a las normas del Estado, por lo que puede intentar motivar su conducta y, por ende, desaprobarla cuando sea contraria a los intereses predominantes de la sociedad con la cual se relaciona". De esta manera y de nuevo con afirmaciones apriorísticas, se establecen reglas generales, cuya aplicación rígida puede, sea restringir sea ampliar excesivamente la aplicación del artículo 15 CP.

El papel de los factores culturales es destacado, igualmente, en la medida en que los jueces declaran que deben tenerse necesariamente en cuenta para individualizar la sanción penal.

Todas estas indicaciones relativas a la determinación de los elementos del delito son el resultado de meritorios esfuerzos, pero de eficacia relativa por la índole peculiar de la denominada "doctrina legal". Por el contexto en el que son presentados los criterios adoptados (una decisión judicial) no llega a tener el desarrollo propio de una exposición doctrinal. Más recuerdan a breves explicaciones dadas en un Código Penal comentado. Al mismo tiempo, tampoco tienen la forma de mandatos relativamente precisos que deben servir de guías en la aplicación concreta de la ley penal en los casos de conflicto de índole cultural. Por esto hubiera sido mejor que luego de establecer los diversos argumentos teóricos, se

establecieran de manera más clara y sucinta las directivas correspondientes. De esta manera, se hubiera facilitado su incorporación en la ley a la ocasión de un proceso de reforma.

3. Conclusión

Los procesos de reforma de la legislación penal deben ser el resultado de un largo proceso de reflexión que comprenda el establecimiento de un diagnóstico del real funcionamiento del sistema penal y de una estrategia adecuada para la elaboración de un primer proyecto de propuestas, El mismo que debe ser sometido a la discusión pública, en particular de especialistas.

Todo proceso de reforma supone la voluntad política de llevarlo a cabo, la misma que se manifiesta en la inversión de medios suficientes para, al menos, constituir equipo de expertos, que cuenten con el necesario apoyo de asesores y colaboradores. Solo así, los trabajos prelegislativos tendrán la seriedad y se desarrollaran de manera eficaz.

No es inútil repetir que el proceso de reforma no tiene por objeto conseguir que en el nuevo texto legal se consagre una determinada concepción dogmática. Sin descuidar el aspecto doctrinal, la preocupación debe estar centrada en la búsqueda de los planteamientos de política criminal más eficaces, con la finalidad de lograr establecer disposiciones que sean realmente aplicadas. La finalidad no es elaborar una ley modelo, equiparable a cualquier otra establecida en una realidad diferente.

Mediante la reforma penal no se logra un cambio concreto de la realidad social y de la delincuencia, para esto es indispensable que sea acompañada con las medidas sociales y administrativas que hagan posible su real materialización. Así, por ejemplo, el perfeccionamiento de la regulación del sistema de sanciones penales en el Código no dará los resultados esperados si es que no se mejoran los establecimientos de encarcelamiento, tanto a nivel material como del personal.

Finalmente, esperamos que esta repetición de apreciaciones, evidentes y formuladas por otros de mejor manera y con mayor autoridad, sirvan de alguna manera para incitar a mejorar o completar los trabajos de reforma legislativa que se proyecten.

TERCERA PARTE

TEORÍA DEL DELITO

§ 8
EL DELITO

I
La teoría del delito. Apuntes para su elaboración de acuerdo a las disposiciones del Código Penal de 1924

Sumario: 1. Introducción. 2. La acción. 3. Tipicidad. 4. La antijuricidad. 5. La imputabilidad. 6. Culpabilidad.

Se trata de estudiar los problemas más importantes de la teoría del delito, partiendo de las disposiciones del Código Penal peruano. Con este objeto, se recurre a las modernas concepciones doctrinales, se analizan las resoluciones de la Corte Suprema y se hace referencia a la legislación extranjera. El objetivo propuesto es establecer las bases necesarias para la elaboración de un trabajo de mayores pretensiones. La más seria dificultad para lograr este fin lo constituye la escasez de tratados y de monografías nacionales en que se estudien los temas que se analizan.

Trabajo preparado con ocasión del cincuentenario del Código Penal peruano de 1924, cuyo raro destino es "envejecer sin haber sido aplicado" ni suficientemente estudiado.

1. Introducción

1. *Definición.* De acuerdo al principio de la legalidad, nadie puede ser penado si no ha cometido un acto delictuoso descrito previamente en la ley. Se designa a tal acto con el nombre de delito (*lato sensu*) y a la parte de la disciplina

jurídica que lo estudia se le llama "teoría del delito". Tradicionalmente, el delito ha sido definido como "la acción u omisión penada por la ley". Esta definición puramente formal figura frecuentemente en los antiguos códigos penales[1].

La nueva técnica legislativa permite omitir este tipo de definición en un Código Penal. La moderna doctrina penal ha elaborado una noción compleja del delito. Sus defensores parten, con este objeto, del criterio que el derecho penal hace, como las demás ramas jurídicas, posible una ordenada vida en común de los hombres en sociedad. La tarea fundamental del derecho penal es, precisamente, la protección de esta vida en común, mediante la defensa de determinados intereses comunes o individuales estimados vitales para el ordenamiento social y para lo cual exige a todos una manera determinada de comportarse. Esta exigencia del Derecho penal implica la imposición de deberes. La incorporación de un bien dentro de la esfera de protección penal lo transforma en un bien jurídico.

El delito es, en consecuencia, toda lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, prevista en una norma jurídico-penal, no justificada por alguna circunstancia particular e imputable, como acto culpable, al autor, quien se hace merecedor de una pena.

Por esta razón, hoy en día, se describe al delito como el acto típico, antijurídico y culpable, imputable a una persona y sancionado con una pena. Esta concepción del delito se halla en la base de nuestro Código Penal. Así, en los artículos 1, 2 y 3 se exige la realización de un acto (*acción*), la adecuación de este acto a la descripción hecha por la ley (*tipicidad*), y la existencia de una amenaza penal (punibilidad); los incisos 2, 3, 4 y 5 del artículo 85 prevén que la pena será aplicada solo cuando el acto es contrario al Derecho (*antijuricidad*); los artículos 10, 11 y el inciso 19 del artículo 85 precisan las condiciones psicobiológicas que impiden, total o parcialmente, imputar un acto a una persona (inimputabilidad), por último, los artículos 81 y 82 precisan las condiciones de la *culpabilidad.*

Este concepto normativo del delito sirve a la Criminología solo como un punto de partida para sus investigaciones, pero no es su objeto exclusivo o el fin de sus actividades. Como fenómeno social, el delito puede ser observado desde diferentes perspectivas. Puede ser considerado como un hecho puramente jurí-

1 Por ejemplo, el artículo primero 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 artículo primero de nuestro Código de 1863 expresaba: las acciones o las omisiones voluntarias y maliciosas penadas por la ley, constituyen los delitos y las contravenciones.

dico u observado en sus relaciones con la cultura, la religión y la moral. Por esto, no se puede obtener unanimidad en la manera de definir el delito, El concepto normativo debe, sin embargo, ser el punto de partida para las investigaciones criminológicas.

2. *Actos que dan lugar a la intervención de la justicia.* La simple lectura de las disposiciones de la parte general de nuestro código, nos permite constatar que esta definición del delito[2] no comprende todos los actos que dan lugar a la intervención de la justicia penal. Esto se explica por el hecho de que el legislador peruano ha incorporado, en el Código Penal, las medidas de seguridad y de educación contra los delincuentes socialmente peligrosos, y las medidas disciplinarias y de tratamiento en lo que concierne a los menores. Las condiciones necesarias para la aplicación de una medida y la imposición de una pena son diferentes. Cuando el legislador peruano trata de las medidas de seguridad prefiere las expresiones: "hecho punible" (artículo 85, inciso 1) o "hecho reprimido como delito o contravención" (artículos 137, 142, 143 y 145). Esto ha permitido a algunos juristas hablar de "delitos completos" y de "delitos incompletos". En los primeros, es necesaria la presencia de todos los elementos constitutivos señalados en la definición dogmática[3], mientras que en los segundos, es suficiente que una acción antijurídica pueda ser imputada al autor. Solo los primeros darán lugar a una pena, los otros solo motivarían la aplicación de medidas de seguridad.

En Derecho peruano esto es exacto en relación a los irresponsables peligrosos, los niños y los adolescentes, pero no en lo que concierne a los delincuentes responsables peligrosos. A estos es posible imponerles, además de la pena, una medida de seguridad cuando su estado personal peligroso lo exige.

3. *Clases de infracciones.* Ciertos juristas y legisladores han tratado siempre de clasificar las infracciones según la naturaleza del bien jurídico atacado. Así se ha llamado "crimen" al acto que daña los "derechos naturales" (vida, libertad, honor, etc.); "delito" a la lesión de los derechos consagrados por el "contrato social"; y "contravención", la violación de una disposición de policía o reglamentaria.

Sin embargo, la mayor parte de los legisladores han clasificado las infracciones en función de su gravedad; así el Código Penal francés de 1810, en su artículo 19 estatuye: "la infracción que las leyes castigan con pena de policía es una contravención. La infracción que las leyes castigan con penas correccionales es

2 El delito (*lato sensu*) es, generalmente, designado por la ley con el nombre de infracción (artículos 2, 6, 81, 83 Código Penal).

3 Ver *supra* 1.

un delito. La infracción que las leyes castigan con una pena aflictiva e infamante es un crimen". Esta fórmula ha sido tomada por el Código de Baviera de 1813 y el Código prusiano de 1851. Por el contrario, el Código Penal toscano adoptó una clasificación bipartita: "*delitti e transgressioni*" (delitos y contravenciones), como el Código Penal italiano de 1889 y el proyecto de Código Penal suizo de 1918. El legislador peruano ha adoptado la división bipartita: delitos y faltas.

Los libros primero y segundo del Código Penal tratan de los delitos y el libro tercero de las faltas. En la parte general del libro tercero, relativo a las faltas (contravenciones), las disposiciones generales del libro primero son declaradas aplicables a las faltas, salvo disposición contraria. El artículo 383, inciso 1, de nuestro Código Penal estatuye: "Las faltas solo se reprimirán en el caso de estar consumadas, sin atender más que al hecho mismo sin consideración a si hubo intención o negligencia".

El legislador hace, pues, de las faltas infracciones formales cuyos autores son castigados por el solo hecho de haberlas cometido. El principio de la culpabilidad es abandonado. Sigue este mismo criterio, por ejemplo, al regular en el Código Tributario los delitos e infracciones (contravenciones o faltas) tributarias. Estas son concebidas como incumplimientos a las formalidades impuestas por las leyes fiscales en interés de la recaudación de impuestos, y sus autores son castigados por el simple hecho de cometerlas; es decir, sin determinar su culpabilidad. Es de suponer que el legislador ha instituido estas infracciones, punibles independientemente de toda intención, porque las acciones que él prohíbe y las omisiones que sanciona, constituyen en ellas mismas obstáculos a la recaudación de los impuestos, tal como los ha organizado. Así, la obligación de presentar una declaración en los plazos fijados es solo protegida penalmente en la perspectiva de la organización de la recaudación de impuestos sobre la base de la declaración suscrita del contribuyente.

De esta manera, el legislador se aleja de la concepción admitida en el derogado Código Penal de 1863, que de acuerdo al modelo español -Código Penal de 1848-50- hacía de la culpabilidad un elemento constitutivo de todas las infracciones (comprendidas las faltas). Este criterio era admitido por la mayor parte de los juristas de la época, quienes criticaron acerbamente el Código Penal italiano de 1889 que en su artículo 45 declaraba responsable al autor de una falta por el solo hecho de su acción u omisión[4].

4 Viterbo Arias, José, *Exposición comentada y comparada del Código Penal del Perú de 1863*, Lima, 1906, pp. 554 y ss.

La exposición de motivos del Código Penal peruano[5] no explica las razones que han determinado al legislador a tratar de esta manera el problema de las faltas. La doctrina no se ha pronunciado aún al respecto. En nuestra opinión, el carácter dudoso (en el plano científico) e injusto de este artículo 383, inciso 1 de nuestro Código se plantea claramente en relación con algunas faltas; por ejemplo: las vías de hecho, la ratería y la obtención fraudulenta de una prestación, previstas en los artículos 384, 386 y 387 (inciso 3), respectivamente, y que tienen como fuente directa de inspiración los artículos 295, 298 y 303 del proyecto de 1918 del Código Penal suizo. ¿Cómo castigar, sin contradecir el sano sentimiento de justicia, por ejemplo, al autor de vías de hecho quien, a causa de un error, se cree víctima de una agresión ilegítima; o a aquel que de buena fe sustrae cosas ajenas de poco valor, convencido de que son suyas? Esto es aún más chocante si se tiene en cuenta la naturaleza de estas infracciones y la manera cómo ellas han sido concebidas por el legislador[6].

Este ejemplo muestra una peculiar técnica legislativa, utilizada por el legislador peruano: reproducir en el Código Penal (artículo 383, inciso 1) una disposición general extranjera —en el caso analizado, del Código Penal uruguayo—, luego incorporar, algunas disposiciones contenidas en otras legislaciones —proyecto suizo de 1918—, sin tener en consideración que son incompatibles con la disposición general.

Las penas previstas, generalmente, para los autores de faltas son: prisión no menor de dos días ni mayor de 30 y multa de dos a cincuenta soles. La inhabilitación no es aplicable sino en los casos expresamente indicados por la ley (podrá ser impuesta la suspensión de la patria potestad a quien fuere encontrado en la vía pública en estado evidente de embriaguez: artículo 390, inciso 3). En caso de falta contra el patrimonio, denominada ratería y regulada en el artículo 386, se someterá al autor a trabajo obligatorio durante el día en una obra del Estado o se le colocará en una casa de trabajo por un tiempo no mayor de tres meses.

Cabe destacar que el legislador abandona el sistema días-multa consagrado en el artículo 20 en relación con los delitos.

---

5 Espino Pérez, Julio D. (editor), *Código Penal*, Lima, 1968, pp. 8 y 28.

6 Esta observación es pertinente si se analiza la manera cómo han sido elaborados los tipos legales de dichas faltas. Tipos elaborados por un legislador que admitía, también, la culpabilidad como un elemento de las faltas o contravenciones. En nuestro caso es una prueba más de que el legislador ha mantenido algunos casos de responsabilidad por el simple resultado. Esto se revela ya en el artículo 87. De acuerdo a esta disposición, el agente que actúe por error de hecho o de derecho no culpable (que hace desaparecer el dolo) será también sancionado. Solo permite al juez disminuir la pena bajo el *minimun* legal (ver *infra* 53).

La complicidad, en virtud del artículo 383, inciso 2, no es punible en materia de faltas; el inciso 5 de la misma disposición establece reglas especiales sobre la responsabilidad de las personas que ejerzan potestad, dirección o vigilancia sobre el autor de una falta.

En caso de condena condicional, el plazo de prueba es disminuido de cinco años (artículo 45) a un año (artículo 387, inciso 4). El inciso 7 del artículo 383 establece que la acción penal prescribe a los seis meses; la pena al año (estas disposiciones tienen como fuente legal los artículos 291 y 294 del proyecto suizo de 1918).

4. *Delitos y faltas.* Conforme a la opinión dominante, los delitos y las contravenciones (faltas) no pueden ser ontológicamente diferentes[7]. Carl Stooss ya había afirmado que "no hay diferencia esencial absoluta entre las faltas y los delitos" y que "generalmente, las disposiciones generales establecidas para los delitos deben igualmente aplicarse a las faltas"[8]. Esta opinión ha sido defendida por Zürcher en su remarcable exposición de motivos del anteproyecto suizo de 1908. "Es cierto —dice él— que una frontera precisa, una diferencia esencial, no puede ser establecida entre esas dos categorías de infracciones. Ni la diferencia en sus efectos (en el sentido que las infracciones que implican un resultado o una puesta en peligro serían ubicadas en la primera clase, mientras que las infracciones de simple insumisión formarían la segunda); ni en su relación con la moral, en el sentido de qué los actos moralmente indiferentes serían faltas, mientras que los actos que comportasen una reprobación moral serían delitos); ni, por último, la condición de culpabilidad (en el sentido de que no habría delito sin culpabilidad, mientras que esta condición no sería exigida en materia de faltas); ninguno de estos criterios permite establecer una distinción fundada sobre los caracteres esenciales[9]. Zürcher estimaba, sin embargo, necesario tratar diferentemente estos dos tipos de infracciones, teniendo en cuenta que hay entre ellas una simple diferencia cuantitativa[10]. Sin embargo, ciertos juristas estiman necesario hacer una distinción de principio entre delitos y contravenciones, distinción que reside en el valor moral ligado a la pena, que es la consecuencia:

7 Cfr. Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, 3.ª ed., Buenos Aires, 1963, t. I, p. 241.

8 Stooss, Carl, *Avant-projet de code penal et motifs a l'appui*, traducción de Gautier, Berna, 1894, p. 353.

9 Zürcher, Emil, *Exposé des motifs de l'avant-projet de 1908*, traducción de Gautier, Berna, 1914, p. 425.

10 Zürcher, *Exposé des motifs de bavant-projet de 1908*, cit., p. 426.

mientras que la pena criminal implica una desaprobación ético-social, la pena de la falta no comporta juzgamiento reprobatorio"[11].

Toda distinción que se pretenda hacer solo será posible desde un punto de vista cuantitativo o simplemente legal. La importancia práctica de esta distinción obliga al legislador a emplear en la ley fórmulas claras y precisas[12].

2. La acción

5. *Definición.* Según la doctrina penal moderna, la acción es un comportamiento humano socialmente relevante[13]. Está acción puede consistir en la ejecución de una actividad "final" (orientada hacia un fin determinado); en la no realización (inactividad) de un acto ordenado (no necesariamente por la ley); o, en ciertos límites, en la producción de un resultado en principio controlable (causalidad)[14].

Solo el comportamiento portador de una manifestación de voluntad puede ser base para la valorización penal, y para considerársele acción debe merecer una determinada valoración social. En la referencia a las relaciones del acto humano con el medio social se encuentra el criterio superior para unificar bajo un mismo concepto las diversas formas en que se presenta (ontológicamente considerado) el comportamiento del hombre[15].

Oponiéndose a esta concepción, la "teoría finalista de la acción "afirma que la acción es un comportamiento humano sometido a la voluntad orientada hacia un resultado determinado[16]. La finalidad de la acción resulta del hecho que el hombre, consciente de su poder causal, puede prever en cierta medida, los efectos posibles de su actividad; tratar de alcanzar fines diferentes y dirigir, según

11 GERMANN, Oskar, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, Zürich, 1942, p. 101.

12 Cfr. SOLER, *Derecho penal*, cit., t. I, p. 242; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito*, 3.ª ed., México-Buenos Aires, 1959, p. 213.

13 JESCHECK, Hans H., *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlín, 1959, p. 152. Consultar: MAURACH, Reinhart, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., Karlsruhe, 1971, p. 180; JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, cit., pp. 210 y ss.; SOLER, *Derecho penal*, cit., t. I, pp. 260 y ss.

14 JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 153; MEZGER, Edmund y Hermann BLEI, *Strafrecht I. Studienbuch*, 14.ª ed., München, 1970, pp. 56 y ss.

15 JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., pp. 152-153; SCHONKE-SCHRODER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 15.ª ed., München, 1970, p. 17.

16 WELZEL, Hans, *Das Deutsches Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 10.ª ed., Berlín, 1970, pp. 31 y ss; MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 182 y ss.

un plan, su actividad hacia un objetivo determinado. Según Welzel, la dirección final de una acción se cumple en dos fases. La primera, que se desarrolla en la esfera del pensamiento, comprende el escogimiento, por parte del autor, del fin que quiere alcanzar; la elección (en base a su saber causal) de los medios de acción necesarios para realizar dicho objetivo y el cálculo de los efectos concomitantes, que están vinculados a los factores causales considerados junto al logro del fin. La segunda etapa, que se desarrolla en el mundo exterior, consiste en que el agente, después de haber cumplido con las operaciones antes señaladas, pone en movimiento, de acuerdo a un plan, los medios de acción (factores causales) elegidos con anterioridad, cuyo resultado es el fin y los efectos concomitantes (incluidos en el complejo total a realizar). Esta segunda etapa es, en realidad, un proceso causal sobre determinado por la elección del fin y de los medios en el dominio del pensamiento[17]. Últimamente, el profesor Welzel considera que mejor sería de hablar de acción "cibernética" en lugar de finalista, por cuanto este término se conforma más a la peculiaridad determinante de la acción, esto es, su dirección y encauzamiento[18].

Para comprender mejor la concepción finalista, consideramos oportuno transcribir el siguiente ejemplo dado por Welzel: A y B quieren robar a X, después de reducirle previamente a la impotencia. Como medio para ello consideran, en primer lugar, un cinturón que pretenden enrollar en el cuello de la víctima. Como, sin, embargo, con tal proceder cuentan con que la víctima muera asfixiada, y quieren evitarlo, descartan este medio y eligen un pequeño saco de arena, con el cual aturdirán a X. Al principio ejecutan de este modo el hecho; su realización está dirigida tanto a la consecución del fin (el botín), como a evitar los efectos concomitantes (la muerte de X). Sin embargo, como el saco de arena no aturde a X, los autores recurren al primer medio. Estrangulan a X con el cinturón hasta que pierde el conocimiento, y lo dejan, abrochado con la hebilla, en torno al cuello de X, mientras recogen el botín. Cuando, posteriormente, aflojan el cinturón, X ha muerto asfixiado. Dado que ellos, como muestra su plan originario, contaban con el desenlace mortal al utilizar ese medio, se extiende su voluntad de realización, para la configuración de ese hecho, también al efectivo conocimiento que lleva consigo. Los autores han modificado aquí la primitiva dirección de la acción, que llevaba a la obtención del fin evitando la muerte de X, de modo que han incluido en su voluntad de

17 Maurach, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 30 y 32.

18 Welzel, Hans, "La dogmática en el derecho penal", en *Cuadernos de los Institutos*, N.º 116, Universidad Nacional de Córdoba - Instituto de Derecho Penal, Córdoba 1972, p. 35.

realización los efectos concomitantes posibles como parte del resultado total a efectuar para el logro del fin[19].

Las críticas hechas a la teoría de la acción finalista son bastante numerosas. Se le critica, en primer lugar, el hecho de que su concepto de acción no puede comprender el acto negativo (omisión) ni el acto que produce un resultado ilícito por negligencia (delitos culposos). En el primer caso, falta la impulsión. Voluntaria necesaria al nacimiento de toda acción "finalista", en el segundo, el resultado a evitar es extraño a la relación final y la voluntad es considerada en su función causal[20]. Se ha criticado, igualmente, a esta teoría su concepción natural del dolo (solo como fenómeno psicológico: intención) y que la naturaleza misma de la "finalidad" no permite comprender la noción del dolo eventual, en esta nueva concepción del dolo[21]. La discusión entre los representantes de ambas concepciones, que ocupó tanto a la doctrina penal alemana, ha perdido en intensidad e interés. Ambos bandos han abandonado sus posiciones irreductibles. La concepción denominada causalista y combatida por los finalistas, que consideraba agotada la acción en la causación del resultado típico (en este sentido estrecho) no tiene defensores. Los partidarios de la acción finalista, asimismo, han admitido, flexibilizando sus puntos de vista y reconociendo la corrección de algunas críticas que se le hacían, que el concepto de la acción es el mismo tanto en relación con los delitos dolosos como culposos.

En nuestra opinión, la concepción admitida en el párrafo inicial de este acápite, dominante en la doctrina, es más conforme a la realidad; ella corresponde a la legislación y da los fundamentos necesarios a la teoría del delito. La noción de acción así concebida juega un rol práctico importante, puesto que permite comprender positivamente los actos que interesan al Derecho penal. Sirve, además, de vínculo de unión para los demás elementos del delito y de límite para descartar los actos penalmente irrelevantes.

19 MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 183.

20 SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., p. 19. Ver: JESCHEK, *Lehrbuch des Strafrechts, cit.*, pp. 156 y ss., p. 488; Cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, cit., p. 19; MEZGER, Edmund y Hermann BLEI, *Strafrecht I. Studienbuch*, cit., p. 57; BAUMAN, Jürgens, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Tubingen, 1968, pp. 156 y ss.

21 GRAVEN, "Les príncipes de la légalité, de l'analogie et de l'interprétation et leur application en droit pénal suisse", en *Revue Pénale suisse* 66, 1951. Cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., p. 19, MEZGER, Edmund y Hermann BLEI, *Strafrecht I. Studienbuch*, cit., p. 57; BAUMAN, Jürgens, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 156 y ss.

Aún hoy en día, no se acepta con unanimidad la posibilidad de elaborar un concepto general que comprenda todos los tipos de actividad humana. Schönke-Schröder afirma que la comisión y la omisión son ontológicamente diferentes y, por tanto, es imposible comprenderlas en un concepto superior[22]. Este criterio deja de lado el carácter normativo del concepto de acción que le permite, justamente, comprender dichas clases de comportamiento.

El legislador mismo ha estado obligado a buscar un término general para designar las diversas clases de acción.

La terminología empleada por nuestro legislador en el Código Penal no es uniforme: el artículo 3 del Código, que consagra el principio de la legalidad, señala expresamente las dos clases de acción empleando las expresiones "acto" y "omisión".

En apariencia, no sería, pues, necesario elaborar dogmáticamente una noción general de acción, pero la lectura de las otras disposiciones del Código nos muestra con claridad que el legislador ha estado obligado, igualmente, a usar un término general. Él ha recurrido a las expresiones: "hecho" (artículo 9), "hecho punible" (artículos 7, 70, 85 inciso 1 y 100) y "acto" (artículos 81, 82, 85 inciso 1). La expresión "acción" es utilizada una sola vez para designar todas las clases de actividad: según el artículo 51, el juez, al momento de individualizar la pena, tendrá en cuenta la "naturaleza de la acción".

6. *Clases de acción: comisión, omisión, y comisión por omisión.* La mayor parte de las disposiciones de la parte especial de todo Código Penal describen actos positivos (comisión). El autor debe "hacer algo". El viola una norma prohibitiva; por ejemplo, "no matar" (artículo 150). Excepcionalmente, el legislador ha previsto actos negativos (omisión). El autor debe "no hacer algo" para cumplir con las exigencias de la disposición especial. El viola una norma preceptiva que lo obliga a ejecutar un acto, por ejemplo, "socorrer a alguien en peligro" (artículo 183). Nuestro legislador ha creído necesario declarar expresamente que el autor de un delito de omisión es aquel que no hace lo que ordena la ley penal (artículo 101)[23].

A estas formas puras o simples de acción, es necesario agregar una tercera, que implica la realización por omisión de una infracción descrita positivamente por el legislador. El autor viola una norma preceptiva y produce por este hecho un resultado prohibido. Es el caso del padre que observa cómo su hijo por jugar

22 SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit.

23 Esta disposición figuraba ya en nuestro anterior Código Penal (1863), artículo 14.

cae en un estanque lleno de agua y sabiendo que corre el peligro de ahogarse no le presta auxilio. Si el niño muere, el padre puede ser considerado como el autor de un homicidio intencional o culposo (conforme a las circunstancias). Se da, igualmente, como ejemplo de este tipo de acción el caso de la madre que deja morir de hambre a su hijo recién nacido. En buena cuenta, casi todos los delitos pueden ser ejecutados por comisión como por omisión[24].

La doctrina llama a estos actos "delitos de omisión impropia" o "delitos de comisión por omisión". Grandes dificultades prácticas y teóricas surgen al respecto, ya que se trata de atribuir la responsabilidad de un resultado a una persona que no ha actuado positivamente. La solución correcta se encuentra, como en el caso de los actos de pura omisión, en la aceptación de la teoría de la "acción esperada", que deduce la responsabilidad del autor por el hecho de haber, omitido la realización de un acto exigido por la ley, por un contrato, por una regla de derecho consuetudinario o por la situación de hecho creada por la acción precedente del autor, poniendo de esta manera en peligro o lesionando un bien jurídicamente protegido. Tres condiciones son, pues, necesarias para la existencia de los delitos de comisión por omisión: a) obligación jurídica del autor de ejecutar la "acción esperada" y de impedir así la producción del resultado delictuoso; esta obligación debe ser establecida por la ley, por un contrato, por una regla de derecho consuetudinario o por una situación de hecho creada por el comportamiento anterior del autor. Una obligación moral es insuficiente; b) la posibilidad por parte del autor de realizar la acción esperada; "*ultra possenemo tenetur*"; c) la existencia de una relación de causalidad entre la omisión y el resultado prohibido[25].

Si en el ejemplo del padre que deja ahogarse a su hijo, reemplazamos al padre por un tercero, que pasa ocasionalmente por donde juega el niño, este no podría ser castigado sino como autor del delito de abandono de personas en peligro (artículo 183). No puede ser responsabilizado por la muerte del niño debido, precisamente, a que no existe entre ellos relaciones familiares, contractuales o por una situación de hecho creada por comportamiento anterior. Di-

24 MEZGER, Edmund, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., Berlín-München, 1949, p. 92; cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, Losada, Buenos Aires, 1951-1956, t. III, p. 341.

25 SCHWANDER, Vital, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, 2.ª ed., Zürich, 1966, p. 77; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, cit., t. III, p. 339; MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 580; SCHULTZ, Hans, *Das Unterlassungsdelikt*, Cuadernos del Kriminalistisches Instituí des Kantons Zürich, Wintersemester 1964 y 1965, pp. 27 y ss. (especialmente p. 37); GERMAN, Oskar, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, cit., p. 163; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., pp. 413 y 415.

ferente sería la situación si quien no auxilia al niño es, por ejemplo, un policía o alguien que ha creado, justamente, la situación de peligro. Jiménez de Asúa estima, siguiendo a parte de la doctrina y jurisprudencia alemanas, que basta el quebrantamiento de un deber moralmente exigido por la convivencia social[26].

7. *Relación de causalidad.* Según las disposiciones de la parte especial la imposición de una sanción puede fundarse en la simple realización de una acción o sobre el resultado externo e independiente a la acción misma. La violación de domicilio, por ejemplo, es una infracción que se consuma con la penetración o la permanencia ilícita en un lugar contra la voluntad del titular (artículo 230). Acción y resultado coinciden en el espacio y en el tiempo. Por el contrario, en el caso de homicidio o de lesiones corporales, es necesario que se produzca el resultado (muerte o lesión). En todos los casos, la existencia de una relación de causalidad es indispensable, cuya comprobación no ofrece dificultades sino en los delitos materiales (con resultado externo e independiente de la acción).

La teoría de la causalidad trata, actualmente, de fijar en qué condiciones un resultado penalmente relevante puede ser considerado el producto del comportamiento externo del agente.

La noción de causa en Derecho penal no puede ser la misma que la aceptada en filosofía o en las ciencias naturales. Ella debe ser conforme a las necesidades prácticas del Derecho penal. Los penalistas están obligados a aislar la acción del autor de los otros hechos que provocan el resultado delictuoso. Ellos estiman que solo la acción del autor puede ser considerada como "causa" del resultado delictuoso, cuando ella reúne las condiciones enumeradas en la definición legal del delito. El punto de partida de toda investigación sobre la causalidad es "la teoría de la equivalencia de las condiciones", conforme a la cual solo es decisiva la "causa *sine qua non*". La condición debida al autor es causal cuando ella no puede ser eliminada sin que desaparezca al mismo tiempo el resultado[27].

El Derecho penal no puede aceptar pura y simplemente esta teoría, que extiende demasiado la noción de causalidad, dando así lugar a injusticias en la aplicación de la ley penal. La Corte Suprema se aleja de esta concepción cuando declara que no puede imputarse a los acusados X e Y la muerte de A, acaecida de la siguiente manera: debido a que había herido a M.G., los acusados salieron en persecución de A, este en su huida cae a un río y perece ahogado. Si el Tribunal

26 Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, cit., p. 218.

27 Schwander, Vital, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, cit., pp. 69 y 70; Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*, cit., t. III, p. 221; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 188.

Correccional que condenó en primera instancia a X e Y, hubiera sido consecuente con su manera de considerar la relación de causalidad, debió también comprender a M.Q., quien fue el que dio lugar a la persecución[28]. Ya Binding había afirmado, con mucha ironía, que siguiendo a la teoría de la equivalencia de las condiciones debería, igualmente, condenarse por adulterio al carpintero que hizo el lecho donde se cometió el delito; más recientemente Helmunt Mayer afirma que deberían hacerse responsables, siguiendo este criterio, a Adán y Eva de todos los delitos que actualmente se cometen. Sin embargo, se puede reconocer con Maurach que "los principios de la teoría de la equivalencia de las condiciones bastan sobradamente para explicar, en el marco de un actuar típico, la causación de un resultado conforme al tipo legal[29]". Pero, el Derecho penal no puede aceptar pura y simplemente esta teoría, que extiende demasiado la noción de causalidad, dando así lugar a injusticias en la aplicación de la ley penal. El correctivo necesario ha sido proporcionado por la teoría de la causalidad adecuada que –conservando el proceso hipotético propio a la teoría de la *conditio sine qua non*– no acepta como causa toda condición necesaria a la producción del resultado, sino únicamente a aquella que, conforme a la experiencia, es decir, al "curso ordinario de las cosas", es adecuada para producir el resultado prohibido. Con justa razón, por ejemplo, la Corte Suprema considera "causa verdadera y única del accidente" al hecho de que el chofer del carro X invadió (antirreglamentariamente) el lado derecho de la vía, obligando al chofer del auto Y, que venía en sentido contrario, a desviarse hacia el lado izquierdo. La colisión se produjo cuando el primer chofer maniobró con el fin de retomar el derrotero debido[30].

En los delitos de omisión o comisión por omisión, la causalidad material existe igualmente. La omisión es "causa" de un resultado determinado cuando la realización de la acción esperada habría podido, según el curso ordinario de las cosas, impedir la producción del resultado. La Corte Suprema para declarar fundada la sentencia del Tribunal Correccional que condena a M. Ch., a título de autor de lesiones culposas en agravio de D.L., por haber dejado en la vía pública a una yegua chúcara, la cual se encabritó ante la presencia del camión en que viajaba la víctima y levantándose sobre las patas trasera golpeó a D.L., en el cráneo, ha debido admitir previamente, que la omisión del cuidado necesario por parte de M.Ch., fue "causa del resultado dañino y que este, conforme al desarrollo normal de las cosas, muy bien podía suceder"[31].

28 Ejecutoria del 2 de abril de 1964, en *Revista de Jurisprudencia Peruana,* 1964, p. 1194.

29 MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil,* cit., p. 241.

30 Ejecutoria del 9 de octubre de 1935, en *Anales Judiciales,* 1935, p. 264.

31 Ejecutoria del 17 de agosto de 1936, en *Revista de los Tribunales,* 1936, p. 283.

8. *Ausencia de acción.* El elemento subjetivo de la acción es la manifestación de voluntad del autor. Ella debe ser espontánea y motivada. Sin embargo los motivos no serán tomados en consideración sino para la apreciación de la responsabilidad y de la culpabilidad del autor[32].

No pueden ser calificados de acción los movimientos reflejos, que se presentan como reacción inmediata, involuntaria a un estímulo interno o externo[33], por ejemplo, convulsiones, vómitos y en ciertas circunstancias los movimientos instintivos de defensa.

Tampoco puede considerarse acción el acto realizado bajo la influencia de una fuerza física irresistible (vis absoluta), la "vis compulsiva no es suficiente" (artículo 85, inciso 3). "En la violencia, vis absoluta, el violentado no quiere nada; la acción no le pertenece y el resultado o cambio que ocurre en el mundo exterior no es producto de la actividad suya. Si Cayo, a empellones, hace que Ticio con su cuerpo rompa una vidriera, quien produce el daño es Cayo y tanto da que se sirva de ese cuerpo o de una piedra. En la coacción (vis compulsiva) las cosas ocurren de muy distinto modo y la diferencia fundamental consiste en que mientras en la violencia no intervenía para nada la voluntad, en la coacción si interviene, aun cuando ella padezca una deformación que la afecta profundamente. Hay coacción cuando alguien es obligado a hacer o dejar, de hacer algo por medio de torturas, padecimientos o amenazan"[34]. De la misma manera, no son acción los movimientos llevados a cabo en estado inconsciente; por ejemplo, sueño profundo, delirio de fiebre, sueño profundo producido por narcóticos, la embriaguez extrema debida al alcohol. Estos últimos casos deben ser analizados de acuerdo a las circunstancias de cada caso particular. Si son estados en que la falta de conciencia no es total, sino que el agente solo sufre una "grave alteración de la conciencia", no puede decirse que no haya acción. Este estado produce solo la inimputabilidad del agente, quien es capaz de accionar (artículo 85, inciso 1). En relación con los actos realizados en estado hipnótico se discute mucho. Algunos autores consideran que no existe acción y que el hipnotizado se convierte en un instrumento sin voluntad en poder del hipnotizador. Este se

32 Hafter, Ernest, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil,* 2.ª ed., Berna, 1946, p. 71; cfr. Jiménez de Asúa, *La ley y el delito,* cit., p. 210.

33 Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho penal,* cit., t. III, p. 605. Ver bibliografía citada por este autor.

34 Soler, *Derecho penal,* cit., t. I, p. 288.

hace responsable, a título de autor mediato, de los actos delictivos cometidos por el hipnotizado[35].

3. Tipicidad

9. *Tipo legal.* Todo Código Penal enumera, en su parte especial, actos de cierta gravedad y cuyos autores merecen una sanción. El legislador escoge pues entre la infinidad de comportamientos humanos factibles solo aquellos de que ha de ocuparse el Derecho penal. Esta labor la cumple el legislador mediante la elaboración de los llamados tipos legales.

En Derecho penal se designó, en primer lugar, con el término "tipo" al conjunto de todos los presupuestos, cuya existencia es necesaria para aplicar, de modo concreto, una sanción penal. Es decir, todas las circunstancias (antijuricidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad, etc.) que fundamentan la consecuencia jurídica (sanción). No es en este sentido en el que nosotros hablaremos del tipo legal; nos referimos más bien a la descripción concreta del acto prohibido realizada por el legislador en el precepto de la norma jurídico-penal[36].

Una propia teoría del tipo se fundó, por primera vez, por Beling[37]. Este autor consideró al tipo como la mera descripción objetiva de una conducta determinada, totalmente extraña a todo juicio de valor jurídico (antijuricidad y culpabilidad). Todo elemento subjetivo, al que recurre el legislador para realizar tal descripción, pertenece –según Beling– a la culpabilidad. Oponiendo de esta manera, al tipo objetivo un tipo subjetivo (culpabilidad).

Esta concepción de Beling fue criticada por pretender separar, radicalmente, los aspectos objetivos y subjetivos del delito. Los trabajos de Nagler, Graf zu Dohna, Max E. Mayer, Sauer y Mezger, demostraron la existencia de elementos normativos y subjetivos del tipo y de la antijuricidad. La separación entre tipo objetivo y subjetivo deviene difusa y se hace imposible equiparar el tipo objetivo a la antijuricidad.

---

35 Cfr. Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, cit., t. III, pp. 706 y ss.; Peters-Preisendaz, *Praktische. Strafrechtsfalle mit Losung*, 13.ª ed., Berlín, 1968, p. 11; Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., N.º 29, p. 176.

36 Welzel, Das *Deutsches Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, cit., p. 76; Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., p. 10.

37 Ernest Beling fue el que lo concibió, por primera vez, de esta manera: *Lehre von Verbrechen* (1906); *Esquema del Derecho penal. La doctrina del tipo*, traducción de Sebastián Soler, Buenos Aires, 1944.

Un criterio totalmente opuesto al sostenido por Beling y a la concepción dominante en la doctrina actual, es defendido por los representantes de la teoría finalista de la acción. Partiendo de la afirmación que la acción se caracteriza, fundamentalmente, por estar orientada hacia un fin determinado[38], ellos consideran a la intención como un elemento de la acción y por tanto del tipo legal. Por esta razón, los finalistas distinguen de un lado una parte objetiva del tipo (referida a la acción, resultado, sujeto activo y pasivo, etc.) y, del otro, una parte subjetiva (referida, al dolo, tendencias, etc.)[39].

10. *Tipicidad y antijuricidad.* La adecuación de un acto a la descripción legal comporta la violación de la norma prohibitiva o preceptiva que presupone la disposición penal. Pero esto no significa todavía que dicho acto sea antijurídico. Estando conformado el ordenamiento jurídico no solo de prohibiciones y mandatos, sino también de "preceptos permisivos", es posible que un acto típico no sea antijurídico. Por ejemplo, la muerte intencional de un hombre causada en legítima defensa, se conforma al tipo legal del artículo 150; pero no es ilícita porque la norma del artículo 85 inciso 2 la justifica. La antijuricidad de un acto típico se deducirá de la combinación de normas prohibitivas y permisivas. Teniendo en cuenta que la conducta típica es "antinormativa"[40] y que, ordinariamente, comporta la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico importante, se debe afirmar que el tipo legal constituye una valoración penal independiente, la cual representa una señal que indica dónde comienza el límite de una norma prohibitiva sancionada penalmente[41]. El legislador indica en el tipo legal todos los elementos de los cuales se deduce, en todo caso, de manera provisional, la específica naturaleza prohibida del comportamiento delictuoso determinado. El tipo legal proporciona de esta manera un indicio, una presunción *juris tantum* de la antijuricidad.

Edmundo Mezger sostiene un criterio opuesto. Él afirma que el tipo legal es "fundamento real y de validez ("*ratio essendi*") de la antijuricidad[42] y define el

38 Ver *supra* 5.

39 WELZEL, *Das Deutsches Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, cit., pp. 59 y ss.; MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 245 y ss.; STRATENWERTH, Günter, *Strafrecht. Allgemeiner Teil (Die Straftat)*, 1971, pp. 77 y ss. Ver: BAUMANN, Jürgens, *Strafrech. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 129 y ss.

40 WELZEL, *Das Deutsches Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, cit., pp. 59 y ss.; MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 245 y ss.; STRATENWERTH, Günter, *Strafrecht. Allgemeiner Teil (Die Straftat)*, cit., pp. 77 y ss. Ver: BAUMANN, Jürgens, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 129 y ss.

41 JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 217.

42 MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal*, Madrid, 1855, t. I, p. 376.

delito como un acto" típicamente antijurídico, pero siempre hace la reserva de que el acto no esté justificado. "Si tal ocurre –dice el mismo Mezger– la acción no es antijurídica, a pesar de su tipicidad"[43]. Esto ha permitido afirmar a Welzel que tal concepción es solo aparentemente distinta a la que considera la tipicidad como un indicio de la antijuricidad[44]. Además, se ha objetado a Mezger que si la teoría lleva "inevitablemente a crear una antijuricidad penal"[45].

La adecuación de un comportamiento humano a un tipo legal ha sido reconocida por la doctrina como una característica primordial del delito. La doctrina denomina a esta característica con el término tipicidad.

11. *El bien jurídico.* Para comprender la naturaleza y esencia del tipo legal es necesario analizar, aunque brevemente, las nociones de bien jurídico y de norma.

El rol que tiene el Derecho penal en la protección del orden social tiene como objetivo la conservación de ciertos bienes jurídicos vitales para la comunidad. El reconocimiento y jerarquía de los bienes depende no solo de la estructura social, sino de las variables tendencias de la época[46].

Los bienes jurídicos se encuentran al centro de todo tipo legal, y son directamente puestos en peligro o lesionados por los actos delictuosos. Los bienes jurídicos no deben, sin embargo, confundirse con los objetos sobre los cuales recae la acción delictuosa; por ejemplo, en el tipo legal de robo, el bien jurídico es la propiedad, y el "objeto" la cosa mueble ajena. Algunas veces el bien jurídico y el objeto de la acción se confunden; por ejemplo: en el homicidio.

Encontrándose el bien jurídico en el centro de la disposición penal, esta no podrá ser interpretada correctamente sin determinar y analizar el bien jurídico.

12. *La norma.* El Derecho penal, sin embargo, no reprime toda lesión producida a un bien jurídico, sino tan solo algunas de entre ellas; tal sucede en nuestro Código Penal que no impone penas al autor de cualquier lesión contra el patrimonio ajeno; lo hace solo en caso de "robo", "hurto", "rapiña", "apropiación ilícita", "estafa", etc. Aquí el legislador realiza una graduación tomando

43 Mezger, Edmund y Hermann Blei, *Strafrecht I. Studienbuch*, cit., p. 107

44 Welzel, *Das Deutsches Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, cit., pp. 49 y 50.

45 Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, cit., p. 239; Novoa Monreal, Eduardo, *Curso de Derecho penal*, Santiago de Chile, 1960, t. I, p. 317.

46 Mäurach, Reinhart, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 213 y 214.

en consideración la gravedad y modalidad de los ataques contra el bien jurídico patrimonio. Esta graduación es solo posible gracias a las normas.

Las normas constituyen un sistema de mandatos destinados al mantenimiento del bien jurídico. Tales mandatos pueden prohibir ciertos comportamientos o exigir de los sujetos acciones positivas (no matar, socorrer a persona en peligro, por ejemplo).

Estos mandatos reciben a partir de Binding y de Max E. Mayer[47] el nombre de "normas" o "normas de cultura".

Estas normas son el material del que el legislador parte para elaborar la disposición jurídico-penal. El legislador enlaza el incumplimiento del mandato de la norma a una sanción penal.

Dando de esta manera a la norma una fuerza real que no tenía[48]. Es a través del tipo legal que el legislador cumple esta labor.

Esta breve exposición nos permite deducir las funciones fundamentales del tipo legal: ser expresión y garantía del principio de la legalidad[49] y separar claramente el injusto punible del no punible.

13. *Elementos del tipo legal.* En la elaboración de los tipos legales, el legislador emplea elementos descriptivos y normativos; que sirven para individualizar tanto circunstancias externas (objetivas) como aquellas pertenecientes al mundo interno de las personas (subjetivas)[50].

Los elementos descriptivos son conceptos tomados del lenguaje común o jurídico, que se refieren a "determinados estados y procesos, corporales y anímicos", y que han de ser "comprobados caso por caso por el juez cognitivamente"[51]. Por ejemplo, "matar" (artículo 150), "persona" (artículo 156), "cosa mueble"

47 Binding, Karl, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Leipzig, 1872; Mayer, Max B. *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2.ª ed., 1923.

48 Maurach, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 251

49 Novoa Monreal, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno*, cit., t. I, p. 309.

50 Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 183; Baumann, Jürgens, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 113; Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, 1966, este último autor afirma: "A los acontecimientos individuales, estado o demás 'datos' que —cada vez determinados de modo general— constituyen en suma —y lo constituyen en una conexión especialmente configurada— un supuesto de hecho, los llamados elementos del supuesto de hecho", p. 191.

51 Mezger, Edmund, *Tratado de Derecho penal*, cit., t. I, p. 388.

(artículo 237), "sustancias nocivas" (artículo 274), "para ponerla en circulación" (artículo 369).

Los elementos normativos "se refieren, por el contrario, a aquellos datos que no pueden ser, generalmente, representados e imaginados sin presuponer lógicamente a una norma"[52]. Según Mezger "se trata de presupuestos del injusto típico que solo pueden, ser determinados mediante una especial "valoración" de la situación de hecho"[53].

La apreciación del juez puede limitarse a una situación de hecho; por ejemplo, "falsa deposición sobre los hechos de la causa" (artículo 334), "puesto en peligro la vida o la salud de las personas" (artículo 261, 262, 263).

Ella puede también consistir en una estimación: por ejemplo, la "conducta contraria al honor" (artículo 187).

Esta apreciación del juez puede tener un fundamento jurídico: así, la noción de "cosa mueble ajena (artículo 237), o el "funcionario" (artículo 434). En ciertos casos ella reposa sobre la experiencia y sobre criterios morales y culturales, como el concepto de "objetos obscenos" (artículos 209, 210), de "actos contrario al pudor" (artículo 200), de "maltratar o descuidar" (artículo 184).

En otros casos, ciertos tipos legales contienen elementos estrechamente ligados a la noción de antijuricidad. Para apreciarlos, el juez formula un verdadero juicio normativo. Jiménez de Asúa estima que se trata de "impaciencias del legislador" y que estos elementos normativos deben ser comprendidos restrictivamente. En su opinión, estos elementos dan al juez un poder muy grande, haciendo demasiada elástica la definición legal[54]. Estos elementos están indicados en las disposiciones legales por los términos siguientes: "ilegítimo" (artículo 237), "indebidamente" (artículo 297), "sin derecho" o "demanda ilícita" (artículos 223, 230, 249, 216).

La distinción entre elementos descriptivos y normativos es bastante vaga. En buena cuenta debe, más bien, hablarse de elementos preponderantemente

52 Engisch, Karl, "Die Normativen Tatbestansmerkmale im Strafrecht", en *Festschrift für Edmund Mezger*, 1954, p. 147; citado por Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 184.

53 Mezger, Edmund, *Tratado de derecho penal*, cit., t. I, p. 38

54 Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, cit., t. III, p. 181; ver del mismo autor: *La ley y el delito*, p. 257; cfr. Baumann, Jürgens, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 271: "Es evidente que los elementos descriptivos del tipo legal consolidan la igualdad y seguridad jurídicas; los elementos normativos, por el contrario, las ponen en peligro".

descriptivos o normativos. El elemento "cosa" del artículo 237, no es puramente descriptivo, ya que el intérprete debe desarrollar una actividad valorativa para fijar su amplitud. Al respecto, Karl Larenz manifiesta: "No considero que esta diferencia sea feliz. Si por elementos 'descriptivos' se entiende solo los hechos accesibles a la percepción, y por 'normativos' los predicados de valor, entonces, quedan excluidos tanto el sentido inteligible de las acciones humanas y de las declaraciones, como las relaciones jurídicas. Si se incluyen también en los elementos 'normativos', entonces no se distingue con la suficiente claridad su diferencia de los predicados de valor. En definitiva, todos los elementos del supuesto de hecho son, en un sentido amplio, 'normativos': precisamente como elementos del supuesto de hecho están referidos al sentido de la norma jurídica[55] . Este último criterio fue sostenido por Erik Wolf y Mezger reconoció expresamente, que era exacto; al mismo tiempo que subraya la conveniencia, por 'razones de Derecho público (político) - (de) destacar dentro de lo posible y del modo más claro los elementos 'descriptivos' de los tipos penales, para con ello rechazar en tales casos el 'juicio valorativo' con su secuela de indeterminación y subjetivismo, a menudo peligroso"[56].

La distinción entre elementos subjetivos y objetivos del tipo se hace en relación al autor. Así, se consideran objetivos todos aquellos estados y procesos que se hallan fuera del dominio interno del autor; por ejemplo, la acción descrita por los verbos típicos (matar, sustraer, apropiarse, no prestar ayuda, falsificar, etc.); sus modalidades (ser ejecutada sobre territorio nacional –artículo 298 y 301– o en el extranjero –artículo 397); los medios utilizados (violencia o intimidación –artículo 249–, astucia o engaño –artículo 244– explosivos –artículo 264); el objeto del delito (cosa mueble –artículo 240 y 243).

Mención aparte merecen las referencias al sujeto activo del delito. La mayor parte de las disposiciones de la parte especial del Código comienzan por la expresión: "quien [...]" o "el que [...]" para indicar el autor del delito (sujeto activo). Algunas designan un autor determinado: en este caso, se trata de los llamados delitos especiales; por ejemplo, violación de deberes de función o de profesión, que no puede ser cometida sino por los miembros de una autoridad, los funcionarios, los oficiales públicos, los eclesiásticos, abogados, etc. En general, las disposiciones que no prevén condiciones particulares en relación al sujeto pasivo del delito, por ejemplo, "matar a otro" en el homicidio (artículo 150), "mujer" en el rapto (artículo 228). Existen sin embargo disposiciones que

55 Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., p. 191, n. 66.

56 Mezger, Edmund, *Tratado de derecho penal*, cit., t. I, p. 389.

indican un sujeto pasivo determinado; por ejemplo, "a una autoridad o a un funcionario" (artículo 321), "un menor de dieciséis años" (artículo 200), "acreedores" (artículo 252).

Se consideran elementos subjetivos, por el contrario, a las referencias que el tipo contiene al mundo interno o anímico del autor. Las condiciones subjetivas pueden orientarse hacia la culpabilidad o la antijuricidad del acto. En este último caso, ellas son designadas como "elementos subjetivos de la antijuricidad". Estos elementos forman parte del tipo legal cuando son mencionados en él expresamente[57]. Los juristas han discutido mucho en torno a la naturaleza y a la función de estos elementos, y los partidarios de la teoría finalista de la acción, les atribuyen una importancia excesiva[58]. Nosotros estimamos que no es necesario sobreestimar su rol.

Hay elementos subjetivos de la antijuricidad en los casos siguientes: "se procure o procure a otro un provecho ilícito" (artículo 244), "ilícito propósito" (artículo 230), "propósito de provocar una guerra" (artículo 291).

La separación entre elementos subjetivos y objetivos, no es tan precisa. Diversos elementos colocados en el grupo objetivo se hallan impregnados de un fuerte subjetivismo. El comprender, por ejemplo, el verbo típico "apropiar" (artículo 240) en el sentido de establecer relaciones equivalentes o análogas a las del propietario, significa aceptar tardíamente un elemento subjetivo del tipo. De esta manera, deviene casi imposible separar tajantemente los elementos del tipo en objetivos y subjetivos[59].

14. *Clases de tipos legales.* Según cómo el legislador ha elaborado, en la parte especial del Código Penal, los tipos legales, se distinguen diferentes clases de tipos, las cuales tienen una gran importancia para la interpretación de las disposiciones legales y para la clasificación de las infracciones.

1. De acuerdo a las relaciones entre la acción y el "objeto" sobre el que recae esa acción, se distinguen: a) delito material: el tipo legal presupone la producción de un resultado externo distinto a la acción; ejemplo: el homicidio por negligencia (artículo 156); b) delito formal–,

57 JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, cit., t. III, p. 729.

58 Cfr. MEZGER, Edmund y Hermann BLEI, *Strafrecht I. Studienbuch*, cit., pp. 100 y ss.; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., pp. 212 y ss., BAUMANN, Jürgens, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 271 y ss. Ver WELZEL, *Das Deutsches Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, cit., pp. 74 y ss.

59 JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 185; BAUMANN, Jürgens, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 115.

el tipo describe únicamente la acción del autor, sin que un resultado externo, independiente física y temporalmente de la acción, tenga lugar; ejemplo: la violación de domicilio (artículo 230).

2. En relación con la intensidad del daño causado al "objeto" de la acción, se diferenciará entre: a) delito de lesión, el tipo legal prevé un daño real al objeto sobre el que recae la acción; ejemplo, el homicidio (artículo 150); b) delito de peligro: el tipo legal exige la creación de un peligro (posibilidad de dañar) como resultado de la acción; ejemplo, exposición y abandono de persona en peligro (artículo 179).
3. Si se consideran las formas fundamentales de conducta humana, se distinguirá entre delitos de comisión, de omisión y de comisión por omisión[60].
4. De acuerdo al número de bienes jurídicos protegidos con el tipo legal, hay delitos simples (un solo bien jurídico es lesionado; ejemplo, lesiones (artículo 165): integridad corporal) y delitos complejos (varios bienes jurídicos son afectados; por ejemplo, rapiña (artículo 239): patrimonio, libertad, la vida o la salud).
5. En relación al número de acciones descritas en el tipo legal, se habla de tipos simples (en ellos se describe una sola acción, como sucede por ejemplo con el robo (artículo 239) y la bigamia (artículo 214); de tipos alternativos (en cada uno de ellos se describen acciones. La sanción es impuesta al autor de cualquiera de esas acciones. "Gramaticalmente esos tipos quedan caracterizados casi siempre por el empleo de la conjunción" o "que aparece entre los verbos rectores o las diferentes conductas")[61]; ejemplos, el delito de calumnia (artículo 186), de encubrimiento (artículo 234); de tipos acumulativos (en ellos se describen varias conductas que deben ser cometidas para que la sanción se imponga).
6. Según la calidad del sujeto activo, hay que considerar los delitos especiales (*delictum propium*) y los delitos de propia mano. En los delitos especiales la autoría está limitada a un determinado grupo de personas (militares, funcionarios, eclesiásticos, etc.); por ejemplo, el delito de abuso de autoridad (artículo 337). Los delitos de propia mano solo pueden ser cometidos por el autor del delito en persona, y no, por

60 Ver *supra* 6.

61 Novoa Monreal, Eduardo, *Curso de Derecho Penal*, cit., t. I, p. 323.

tanto, sirviéndose de la intervención de otro sujeto[62]; por ejemplo, el delito de seducción (artículo 201), de prevaricato (artículo 354).

15. *La sistemática de los tipos legales en la ley.* Las disposiciones penales de la parte especial del Código no son independientes unas de otras; ellas tienen entre sí, por el contrario, determinadas relaciones internas.

Existe la relación entre tipos básicos, calificados y privilegiados. Los primeros contienen una descripción, que sirve de base a otros tipos derivados, como sucede con el homicidio simple (artículo 150) y la injuria (artículo 188). Los tipos calificados agregan al tipo básico otros elementos que conducen a la agravación de la pena; por ejemplo, el parricidio (artículo 151), la calumnia (artículo 186) y los tipos privilegiados agregan al tipo básico otros elementos que conducen a una disminución de la gravedad de la pena; por ejemplo, el homicidio por emoción violenta (artículo 153), las injurias recíprocas (artículo 189).

16. *Jurisprudencia.* La comprobación de que un acto se adecúa o no a un tipo legal debe ser realizada con mucho cuidado. Un error puede conducir a reprimir como delito un acto que no ha sido previsto como tal en una ley o no perseguir penalmente al autor de un acto, en realidad típico. Tipificar, aunque sea de manera provisional, es lo que hace el juez instructor al momento de decidir si procede abrir instrucción[63]. Al dictar sentencia, el juzgador debe cuidar mucho de no desfigurar los tipos legales. De suceder esto, estaríamos frente a un atentado contra el "principio de la legalidad".

No es correcta, por ejemplo, absolver a los acusados de haber tenido relaciones sexuales con una menor de trece años, alegando que "el delito contra el honor sexual solo es justiciable con todo el rigor de la ley, cuando se practica en agravio de una menor de 16 años cuya edad no ofrece ninguna duda y que ha observado antes una conducta moral[64]. Esta última condición no es un elemento del tipo legal del artículo 199 y su presencia no es necesaria para reprimir al agente. Si los autores se equivocaron en cuanto a la edad, como se admitió en el proceso, hubiese sido de aplicar el artículo 87. Pero, esta disposición solo permite disminuir la pena por debajo del mínimum legal. La absolución parece que fue pronunciada teniendo en cuenta que la menor era inmoral.

62 Ver: MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil,* cit., p. 218.

63 El artículo 77 del Código de procedimientos penales estatuye que "el juez solo abrirá la instrucción si cree que el hecho denunciado constituye un delito y que la acción penal no ha prescrito.

64 *Anales Judiciales* 1939

Tampoco es acertado, reprimir al padre o al hermano mayor que practica, sin emplear "violencia o grave amenaza", el acto sexual con la hija o la hermana (mayores de 16 años, ahora de 14); pero lo hace abusando de la autoridad que tienen sobre las víctimas y que se deriva de las estrechas relaciones familiares que los unen. La Corte Suprema ha admitido que en estos casos es de aplicación el artículo 196, porque la manera de proceder antes descrita constituye una especie de "violencia". Este razonamiento no es una mera interpretación (ni extensiva), pues sobrepasa el posible sentido literal del texto legal. Además, si el término "violencia" abarca estos casos no se entendería por qué el legislador mencionó la "amenaza grave", que con mucha mayor razón debería considerarse ya comprendida. En realidad, la Corte Suprema recurre a la analogía y lo hace por razones extra legales: "[E]s no solo contrario a la moral, sino que es un acto, manifiestamente punible, porque va contra las bases sustanciales de nuestra organización social, jurídicamente organizada", el no reprimir este acto "importaría hacer ambiente para que los delitos incestuosos queden también impunes; y esto no puede ser[65]". Lo cierto es que nuestro Código Penal no contiene disposición alguna que contenga el denominado "delito de incesto", como si sucede en otras legislaciones[66]. Por más inmoral o antisocial que sea un acto no puede ser reprimido, sino cuando haya sido previsto de manera expresa e inequívoca en una ley previa (artículo 3).

4. La antijuricidad

17. *Definición.* Es un acto ilícito cuando comporta la violación de una norma establecida o admitida por el Estado. Estas normas implican prohibiciones o mandatos, cuyo rol esencial es proteger los bienes jurídicos. La antijuricidad debe ser concebida tanto desde un punto de vista formal como material[67], ya

65 *Anales Judiciales* 1964, p. 272. Ejecutoria del 6 abril de 1964.

66 Por ejemplo, el Código Penal suizo en su artículo 213 dice "L'acte sexuel, entre ascendants et descendants, ou entre frère et soeur germains, consanguins ou utérins, sera puni de la réclusion pour trois ans au plus ou de l'emprisonnement pour un mois au moins" - "Celui qui aura commis l'acte sexuel avec un descendant mineur âgé de plus de seize ans sera puni de la réclusion pour dix ans au plus". - "Les mineurs n'encourront aucune peine s'ils ont été séduits par une personne majeure". - "L'action pénale se prescrit par deux ans". Este delito ya había sido previsto en el anteproyecto de 1908 (artículo 137) y en los proyectos posteriores. El legislador peruano que utilizó como modelos a estos trabajos legislativos y que conoció, por tanto, estas disposiciones, no la incorporó en nuestro Código.

67 Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, cit., t. III, pp. 869 y ss.; la diferencia entre antijuricidad formal y material fue defendida por von Liszt, Franz, *Tratado de derecho penal*, traducción de Jiménez de Asúa, Madrid, 1916, t. II, p. 324; Jescheck, *Lehrbuch*

que la violación de la norma (aspecto formal) implica siempre la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (aspecto material).

La antijuricidad es una noción propia de todo el orden jurídico[68]. No es posible concebir una antijuricidad específica para cada dominio del derecho; esto no significa, de ninguna manera, que los efectos sean los mismos: en derecho civil, ella da lugar a la reparación, del daño; en derecho penal, al contrario, ella es una condición indispensable para imponer una sanción.

Cuando el legislador elabora los tipos legales en la parte especial del Código, configura actos "que forman parte del bloque injusto del cual se talla una parte, delimitándola, con el fin de que quede perfectamente encerrado en fronteras lo que por ser injusto se castiga[69]. Esta técnica legislativa permite no formular una definición positiva de la antijuricidad en la parte general del Código. El legislador se limita a señalar las circunstancias que hacen lícitos los actos que reúnen los requisitos fijados en la definición legal de la infracción (tipo legal). En la práctica, la teoría de la antijuricidad se reduce a la constatación de la existencia o ausencia de una causa de justificación en el caso particular.

18. *La antijuricidad y el tipo legal.* La descripción y selección de actos ilícitos mediante los tipos legales no son realizados por el legislador en términos absolutos. Por el contrario, él sòlo "proporciona una tosca imagen del suceso[70]", Esto da lugar a que numerosos actos de la vida diaria, conformes al orden jurídico, estén "en sí" sujetos al efecto del tipo legal, debiendo recurrirse a las causas de justificación "para aportar una prueba de derecho positivo de la juricidad de estas acciones[71]".Todo acto típico (conforme a un tipo legal) no es ilícito; por ejemplo), la muerte causada por el autor en legítima defensa. De esta manera la adecuación de un acto a un tipo legal, constituye solo un indicio del carácter antijurídico del acto[72].

---

des Strafrechts, cit., p. 159; DARBELLAY, Jean, *Théorie générale de l'illicéité* en *droit civil et en droit pénal,* Fribourg, 1955, pp. 110 y ss.

68 MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil,* cit., pp. 297 y 298; contra: HAFTER, Ernest, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil,* cit., t. I, p. 95; DARBELLAY, Jean, *Théorie générale,* cit., pp. 88 y ss. (especialmente pp. 101 y 102).

69 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal,* cit., t. III, p. 773.

70 MAURACH, Reinhart, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil,* cit., p. 286.

71 MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil,* cit., p. 286; cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal,* cit., III, p. 772.

72 Ver *supra* 10.

19. *Carácter objetivo de la antijuricidad.* El juicio de valor que afirma el carácter antijurídico del acto no es formulado en relación con la personalidad del autor, sino que se refiere al acto mismo. Por esta razón se habla, en doctrina, del carácter objetivo de la antijuricidad. Este criterio, predominante en la doctrina penal moderna, permite distinguir, claramente, la antijuricidad de la culpabilidad. Como lo veremos más adelante, la culpabilidad es un juicio de valor (de reproche) referente al autor; sin embargo, no es de olvidar que el legislador se refiere, con frecuencia, en los tipos legales, a la voluntad del autor; voluntad que hace aparecer el acto como conforme o contrario al Derecho. Se trata de los discutidos "elementos subjetivos de la antijuricidad", y a los que nos hemos referido al tratar de los elementos del tipo legal[73]. Por ejemplo, en el artículo 369 "Será reprimido con [...], el que indebidamente fabricare moneda de curso legal en la República para ponerla en circulación como auténtica. Constatamos que la afirmación del carácter antijurídico depende de que la voluntad del autor se oriente hacia poner en circulación, como auténtica, la moneda indebidamente fabricada. Otro ejemplo de elemento subjetivo del injusto nos lo proporciona el artículo 206, cuando estatuye: "El que, con propósito de lucro, favoreciere la prostitución o corrupción de un menor" y el artículo 320: "El que con ilícito propósito usurpare una función pública sin título o nombramiento".

El reconocimiento de estos elementos subjetivos no es óbice para que se niegue el carácter objetivo de la antijuricidad ni para rechazar la distinción entre culpabilidad y antijuricidad.

Los elementos subjetivos tienen un rol importante en la teoría de la tentativa y en las diferentes causas de justificación.

20. *Causas de justificación.* Las causas de justificación, que permiten declarar conforme al derecho actos que se adecúan a la descripción contenida en los tipos legales, son casos excepcionales, en los cuales la norma no puede ser respetada[74]. El orden jurídico permite entonces su violación. El admite, en consecuencia, la lesión del bien jurídico protegido.

Habiendo admitido el carácter unitario de la antijuricidad[75], nosotros consideramos que las causas de justificación tienen como fuente todo el orden jurídico, y no tan solo la ley penal[76]. Esta concepción ha sido profundizada por los

73 Ver *supra* 13.

74 MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil,* cit., p. 295.

75 Ver *supra* 17.

76 GERMANN, Oskar, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht,* cit., p. 211; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts,* cit., p. 220; MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil,* cit., p. 297.

juristas alemanes debido a que su Código Penal enumeraba de una manera incompleta las causas de justificación. La jurisprudencia alemana ha admitido, por ejemplo, que el artículo 20 del proyecto del Código Penal de 1925 debe ser considerado corno derecho vigente[77]. En nuestro Código Penal está expresamente previsto que la ley en generar es el fundamento de las causas de justificación (artículo 85 N.º 5), sin embargo, la ley no es todo el ordenamiento jurídico, de manera que la justificación de un acto ilícito puede ser buscada fuera de la ley. La doctrina lo admite, ella emplea la expresión "causas de justificación sufra legales. Su necesidad se desprende del hecho que la enumeración que hace la ley de las causas de justificación no es exhaustiva"[78]. Su admisión no significa una violación o un abandono del principio de la legalidad, puesto que ellas limitan el poder represivo[79].

En los Códigos penales modernos, sus autores han tenido cuidado de normar separadamente las causas de justificación, de irresponsabilidad, de inculpabilidad y de falta de acción. El legislador peruano no ha adoptado la misma técnica. Él ha preferido seguir la del antiguo Código Penal peruano de 1863, inspirada en el Código Penal español de 1848-50. El agrupa bajo un mismo título: "Causas que eliminan o atenúan la represión", las causas de irresponsabilidad y de responsabilidad limitada (artículo 85 N.º 1 y artículo 90), las causas de justificación (la legítima defensa: artículo 85 N.º 2, el estado de necesidad: artículo 85 N.º 3 *in fine*, el acto permitido por la ley y el cumplimiento de los deberes de función o de profesión: artículo 85 N.º 4, el acto ordenado por la ley o por una orden obligatoria emanada de una autoridad competente: artículo 85 N.º 5), las causas que eliminan la acción (fuerza física irresistible: artículo 85 N.º 3, *ab initio*) y las causas de inculpabilidad (artículo 85 N.º 3, segunda fase). Es evidente que esta manera de legislar sobre los aspectos negativos de los elementos de la infracción no es conforme a los principios de la ciencia penal y de la técnica legislativa.

21. *La legítima defensa.* Ella constituye la causa de justificación por excelencia, y es admitida por todas las legislaciones; El derecho positivo y la doctrina no discrepan, en principio, sobre las principales condiciones de su realización:

77 REICHSGERICHT 61, p. 247, citado por MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 298. El mencionado artículo disponía: "no se da una acción punible cuando la antijuricidad del hecho está excluida por el Derecho público o por el derecho civil".

78 GERMANN, Oskar, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, cit., p. 211.

79 JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., pp. 220 y 221; cfr. GERMANN, Oskar, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, cit., p. 211.

El legislador peruano, ha previsto la legítima defensa en el artículo 85 N.º 3, del Código Penal. Él se ha inspirado fundamentalmente de los números 4 y 5 del artículo 8 del Código Penal derogado. Las modificaciones que él realiza son, en nuestra opinión de inspiración suiza.

22. *Requisitos de la legítima defensa: agresión ilegítima.* Según nuestro Código, la legítima defensa supone una agresión que implica una lesión o la puesta en peligro de un bien (*lato sensu*) legalmente protegido. Ella debe ser la obra de una persona física que actúa positiva o negativamente (comisión u omisión). No se trata de cualquier agresión. Es necesario que ella sea ilícita, es decir, contraria al derecho, aún si ella no constituye una de las infracciones enumeradas en la parte especial del Código[80].

El autor de la agresión puede ser un irresponsable o una persona no culpable[81]. Alberto Sommaruga considera, por el contrario y siguiendo a Manzini, que "es indispensable que provenga (la agresión) de un sujeto capaz, dotado del discernimiento suficiente como para comprender el carácter antijurídico de su comportamiento" [82]. La Corte Suprema ha admitido la legítima defensa en favor de la madre que reaccionó contra un sujeto "sordomudo" e "imbécil-agresivo" que trató de abusar de su menor hija; sosteniendo de esta manera el criterio, generalmente, aceptado en doctrina[83].

No actúa en legítima defensa quien "a los pocos momentos" de ser herido arroja una pedrada en la cabeza de quien lo lesionó. La Corte Suprema ha resuelto, correctamente, que no es de admitir la existencia de esta causa de justificación "si se tiene en cuenta que la agresión (reacción) [...] se produjo, no en acto simultáneo sino cuando había transcurrido algún tiempo, y cuando ya había quedado concluido el ataque[84]. Tampoco se puede hablar de agresión ilegítima,

80 THORMANN, Philipp y Alfred VON OVERBECK, *Das schweizerische Strafgesetzbuch-Kommentar. Allgemeine Bestimungen*, Zürich, 1940, p. 140; HAFTER, Ernest, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., p. 145.

81 LOGOZ, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse*, Neuchâtel-Paris, *partie générale*, cit., p. 133; Bouzat et Pinatel estiman que frente a un irresponsable, la defensa pierde su carácter de justificante y que no es sino un caso de estado de necesidad, en *Traite de Droit pénal et criminologie, (Droit pénal générale)*, 2.ª ed., París, 1970, t. I, p. 362.

82 "La legítima defensa en la doctrina y en el Código Penal peruano", en *Revista de Derecho y Ciencias Política*, Lima, 1951, p. 541. Ver: ANTOLISEI, Francesco, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 1960, pp. 218 y 219.

83 Ejecutoria del 10 de setiembre de 1959, en *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1960, p. 89.

84 Ejecutoria del 12 de mayo de 1938; en *Revista de los Tribunales*, 1938, p. 295.

cuando se da un acometimiento recíproco; por ejemplo, pendencia[85]. Si la lesión del bien jurídico no necesita ser simultánea, tampoco debe ser consumada[86]. El Código Penal nuestro expresa solo implícitamente esta condición cuando dice: "impedir o rechazar el ataque" esta expresión supone, evidentemente, una lesión presente o inminente. Una persona amenazada por un tercero de un peligro futuro y lejano no puede reaccionar invocando la legítima defensa. No se puede tampoco considerar como un acto de legítima defensa el ataque dirigido contra el delincuente que fuga después de cometer su fechoría.

Por el contrario, está permitido tomar las medidas necesarias para garantizar cierta seguridad (defensas mecánicas). La instalación de estos medios de defensa debe ser hecha de manera que funcionen solo en el momento en que se produzca el ataque. Además, no deben representar un peligro para la colectividad o los terceros respetuosos del derecho y deben ser proporcionados a las circunstancias[87]. Algunos juristas prefieren considerar que en estos casos se da el "ejercicio de un derecho" y de que no debe admitirse la legítima defensa (ejemplo, ejercicio del derecho de propiedad)[88].

El bien que el agresor trata de lesionar puede ser bien jurídicamente protegido. Nuestro Código no comprende en la noción de legítima defensa a los ataques contra los bienes del Estado[89].

---

85 Ejecutoria del 4 de noviembre de 1957, en *Revista de Jurisprudencia Peruana,* 1958, p. 338; ver: *Revista de los Tribunales,* 1939, p. 60.

86 Cfr. SCHWANDER, Vital, *Das schweizerische Strafgesetzbuch,* cit., p. 83; GERMANN, Oskar, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht,* cit., p. 215; WAIBLINGER, "Les faits justificatifs", en *Feulles juridiques suisses,* N.º 1205, p. 6; THORMANN, Philipp y Alfred VON OVERBECK, *Das schweizerische Strafgesetzbuch-Kommentar, Allgemeine Bestimungen,* cit., p. 140; MEZGER, Edmund y Hermann BLEI, *Strafrecht I. Studienbuch,* cit., p. 130; BAUMANN, Jürgens, *Strafrecht. Allgemeiner Teil,* cit., p. 289; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito,* cit., p. 294; BRAMONT ARIAS, *Código Penal anotado,* Lima, 1966, p. 74; SOLER, *Derecho penal,* cit., t. I, p. 364.

87 Cfr. LOGOZ, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse,* cit., p. 134; HAFTER, Ernest, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil,* cit., p. 144: "Nur dürfen sie nicht eine Gefährdung der Allgemeinheit darstellen". Ver: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal,* cit., t. V, pp. 228 y ss.

88 Cfr. SOLER, *Derecho penal,* cit., t. I, p. 339.

89 GERMANN, Oskar, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht,* cit., p. 216; SCHWANDER, Vital, *Das schweizerische Strafgesetzbuch,* cit., p. 83. Los juristas alemanes aceptan, por el contrario, la legítima defensa para repeler ataques contra los bienes del Estado, salvo cuando se trata de, nociones muy amplias como: "orden público", "bien público", cfr., JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts,* cit., p. 288; MEZGER, Edmund y Hermann BLEI, *Strafrecht I. Studienbuch,* cit., p. 131.

La legítima defensa es la obra del titular del bien jurídico atacado o de un tercero. Nuestro Código estatuye textualmente: "El que obra en defensa de su persona o derechos, o de la persona o derechos de otro".

Quien está en legítima defensa no está obligado a inhibirse a repeler la agresión ilícita; por ejemplo, mediante la fuga o pidiendo la intervención de la policía. Quien actúa en legítima defensa debe tener la voluntad de defender el bien atacado. Él debe, pues, conocer la situación excepcional en la cual se encuentra. Se trata, evidentemente, de un elemento subjetivo de la legítima defensa[90]. Por el contrario, si las condiciones objetivas y subjetivas de la legítima defensa son realizadas, no hay lugar a considerar los otros móviles del autor al momento del acto. Por último, el acto de defensa debe ser necesario para rechazar la agresión ilícita.

El autor puede desconocer la existencia del peligro que lo amenaza (agresión o haber querido emplear la legítima defensa como pretexto para obrar impunemente). Será castigado a título de homicidio por negligencia quien –ignorando que se halla fácticamente en estado de legítima defensa– mata a su agresor por descuido por ejemplo, se le dispara el arma de fuego que limpiaba; aun cuando, objetivamente, solo este accidente podía impedir el ataque inminente de parte de la víctima[91]. Si no hay ánimo de defensa nos hallamos ante el denominado "pretexto de legítima defensa"[92].

23. *La necesidad racional del medio empleado para impedir el peligro.* Este es el segundo requisito exigido por nuestro legislador para que se dé la legítima defensa. Quien rechaza un ataque ilícito no está facultado para recurrir a cualquier medio y causar cualquier daño a quien lo agrede de esa manera. Por ejemplo, eliminar físicamente al agresor para proteger un bien de poco valor. Esta concepción, propia a las legislaciones latinas, es desconocida en Alemania donde el legislador no ha establecido la necesidad de comparar los bienes en conflicto. Se ha contentado con consagrar el dicho: "el derecho no retrocede ante lo injusto". La doctrina y la jurisprudencia tratan de corregir este defecto, de la legislación mediante la prohibición del "abuso de derecho"[93].

---

90 Germann, Oskar, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, cit., p. 216; Waiblingen, *Feuilles Juridiques suisses*, N.º 1205, p. 7; Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito*, cit., p. 295; Baumann, Jürgens, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 291.

91 Waiblinger, "Les faits justificatifs", en *Feuilles Juridiques suisses*, cit., p. 7.

92 Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito*, cit., p. 295.

93 Mezger, Edmund y Hermann Blei, *Strafrecht I. Studienbuch*, cit., p. 132.

Este requisito implica, de la manera cómo está previsto en el Código Penal, que el acto de defensa sea necesario. Debe existir proporcionalidad entre los bienes en conflicto, y cierta equivalencia entre los medios que se emplean para rechazar el ataque y los utilizados por el agresor. Sin embargo, la correspondencia no debe ser absoluta, o determinada en forma matemática. Correspondencia que será examinada en la concreta situación en que se realiza la defensa, evitando todo formalismo. Se tomarán en consideración la intensidad de la agresión, la peligrosidad del agresor y la disponibilidad de medios que pueden ser utilizados. No es necesaria ni proporcional, por ejemplo, la acción del campesino que tira contra niños para defender sus cultivos de todo daño. Quien no tiene a su disposición los medios apropiados para protegerse o preservar sus bienes de poco valor, debe renunciar a rechazar el ataque. La necesidad –como dice Jiménez de Asúa– "no se refiere a la mera proporción sino a la existencia misma de la legítima defensa y, si falta, la invalida"[94].

En la literatura penal moderna, se sostiene que el criterio a emplearse para determinar la necesidad de la legitima defensa y la proporcionalidad de los medios debe ser de *naturaleza objetiva* y a establecerse *ex ante.* Por estas razones, Jiménez de Asúa sostuvo –modificando su anterior opinión– que "para que se dé la legítima defensa perfecta ha de existir proporcionalidad entre la repulsa y el peligro causado por el ataque, medida individualmente, en cada caso, pero no subjetivamente, sino conforme al criterio objetivado del hombre razonable que en ese instante y circunstancias se ve agredido"[95]. Si por culpa, temor u ofuscación, el agredido daña un bien jurídico del agresor netamente superior, no podrá alegar la legítima defensa para justificar su acción. Él habrá obrado ilícitamente y sancionado en proporción a su culpabilidad; de acuerdo al artículo 90[96]. Si se excedió en *circunstancias inculpables,* no será sancionado; pero, no por haber actuado lícitamente, sino sin culpabilidad[97].

La Corte Suprema no exige una proporcionalidad matemática entre los medios de defensa y ataque. Además, tiene muy en cuenta la proporcionalidad de los bienes en conflicto para aceptar la legítima defensa. De esta manera ha decidido que "no puede haber proporción (entre) la ofensa, recibir en la cara una copa de aguardiente, y el agravio, fractura de los huesos en la nariz"[98]. Para la

94 Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal,* cit., t. IV, p. 213.

95 Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal,* cit., t. IV, p. 219.

96 Ver *infra* 25.

97 Cfr. Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho penal,* cit., t. IV, p. 219.

98 Ejecutoria del 17 de noviembre de 1952, en *Revista de Jurisprudencia Peruana* 1952, p. 3121.

determinación de la "necesidad racional del medio empleado", nuestro máximo tribunal considera la naturaleza del ataque ("brusco y continuado" y su alcance en ese momento desesperado. Sin embargo, su criterio de apreciación no es *objetivo* y *ex ante,* ya que admite al agresor no se le pueda exigir "que reflexione sobre las consecuencias del acto que va a practicar, y mida la proporción que deba existir entre la forma en que se le ataca y la forma en se defiende"[99]. Por esta vía, se puede llegar a considerar como justificados casos de "exceso de legítima defensa" o de "defensa legítima putativa".

24. *Falta de provocación suficiente.* Nuestro Código una tercera condición, la "falta de provocación suficiente de parte del que hace la defensa". No se trata de una característica de la agresión ilegítima, esta interpretación concluiría afirmando lo superfluo de esta tercera condición legal. Creemos que el legislador ha querido indicar que quien está en legítima defensa no debe haber provocado la agresión mediante una amenaza de cierta gravedad.

Examinamos, con relación a este problema, los casos siguientes: primero, el autor provoca intencionalmente la agresión, con el objeto de obrar en beneficio de la legítima defensa. Esta será excluida en razón a la inexistencia de una situación de peligro no culpable; en consecuencia, el seudo atacado será perseguido como autor de un delito intencional. En segundo lugar, el autor provoca, intencionalmente o por negligencia, una agresión, pero sin la determinación previa de lesionar los bienes jurídicos del agresor. Comentando una disposición del Código Penal argentino parecido a la de nuestro Código, Sebastián Soler habla al respecto de "exceso en la causa", sin dejar de señalar que "la gran mayoría de los autores se pronuncian en este caso por la total impunidad, porque juzgan que una agresión no pierde el carácter de tal por el hecho de que sea provocada"[100].

25. *Artículo 90 del Código Penal.* Este numeral estatuye: "en los casos del artículo 85, cuando no concurren los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el juez puede disminuir la pena prudencialmente hasta los límites inferiores al mínimum legal".

Esta disposición de origen español es deficiente; por cuanto, coloca a un mismo nivel a todos los elementos que son necesarios para que se dé, por ejemplo, la legítima defensa. Así, no será de aplicación este artículo 90 si no existe una "agresión ilegítima". La existencia misma de la legítima defensa depende de la presencia de este requisito. En la práctica, se aplica a los casos en que hay

99 Ejecutorias del 31 de julio de 1939 y del 15 de junio de 1940, en *Revista de los Tribunales,* 1939, p. 229 y *Anales Judiciales* 1940, p. 82, respectivamente.

100 Soler, *Derecho penal,* cit., t. I, pp. 367 y ss.

exceso en el ejercicio de una justificante. En una ejecutoria del 26 de abril de 1952, la Corte Suprema establece que "la pena prevista para el homicidio simple se atenúa si el autor ha cometido el delito tratando de defenderse, o rechazar una agresión, pero excediéndose en la defensa al emplear un arma que no guardaba relación con el instrumento usado por su contendor"[101]. Pero aún en estos casos, la Corte Suprema ha considerado necesario establecer algún límite. Considera que solo "si el medio de defensa es excesivo, no procede la aplicación del artículo 90 del Código Penal"[102]. La atenuación de la pena se funda, sobre todo, en el "estado de ánimo en el cual el agredido ha podido actuar". Esta circunstancia disminuye su culpabilidad, el reproche que se le formula disminuye en intensidad. Si el estado de excitación o de sobrecogimiento provoca una grave alteración de la consciencia, estaríamos frente a un caso de inimputabilidad (artículo 85, inciso 1).

Los errores que sobre las condiciones objetivas, los límites o la existencia misma de la legítima defensa en que incurra el sujeto activo deben ser examinados de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 87 del Código Penal.

26. *El estado, de necesidad.* Puede ser concebido teóricamente como una situación de peligro (presente o inminente), en la que la lesión de un bien jurídicamente protegido aparece como el único medio para salvar un bien del agente[103].

Así concebido, el estado de necesidad comprende la legítima defensa. Esta no es sino un caso especial del estado de necesidad. Sin embargo, en el estado de necesidad propiamente dicho, el bien lesionado y el bien preservado son igualmente protegidos por la ley. El titular del bien jurídico que ha sido lesionado no merece este daño. En la legítima defensa, por el contrario, el bien jurídico lesionado pertenece al autor de la agresión ilícita quien merece tal lesión[104].

El bien jurídico dañado pertenece a un tercero inocente. Se equivoca, por tanto, la Corte Suprema cuando afirma que quien acepta un desafío para batirse en duelo actúa en estado de necesidad incompleto al verse amenazado por su

101 En *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1952, p. 2318.

102 Ejecutoria del 30 de abril de 1951, en *Revista del Foro*, 1951, p. 139.

103 Spillmann, Walter, *Die Strafausschliessungsgründe im schweizerischen Strafgesetzbuch*, tesis doctoral, Zúrich, 1960, p. 21; Hafter, Ernest, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., p. 151; Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito*, cit., p. 302; Maurach, *Strafgesetzbuch*, cit., p. 320.

104 Cfr. Logoz, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse*, cit., p. 138; Soler, *Derecho penal*, cit., t. I, pp. 359 y 374.

contrincante, quien rastrilló su arma dos veces antes de iniciarse el singular combate[105]. Estamos ante un caso de estado de necesidad, por el contrario, cuando X amenaza de muerte, esgrimiendo un cuchillo a su esposa Y. Esta huye de la cocina, donde tenía lugar la disputa, y desciende rápidamente la estrecha y empinada escalera que conduce al primer piso, por la cual su suegra comenzaba precisamente a subir, agarrándose de los pasamanos. Con el objeto de abrirse paso, Y tira de un brazo a su suegra, la empuja a un lado y continúa su carrera. La anciana señora (madre de X) pierde el equilibrio y cae; y muere horas después, a causa de las lesiones que le ocasionara la caída[106].

Según el artículo 85 inciso 3 *in fine* de nuestro Código (artículo 60 inciso del proyecto de 1916), está exento de pena quien actúa en la necesidad de preservarse de un peligro inminente e imposible de evitar de otra manera, si de acuerdo a las circunstancias en que el acto ha sido cometido, el sacrificio del bien amenazado no podía, razonablemente, ser exigido al autor del acto.

Esta disposición es de inspiración suiza. El legislador peruano no ha seguido, desgraciadamente, en todos los puntos la fórmula suiza.

27. *Requisitos del estado de necesidad: peligro inminente imposible de evitar de otra manera.* El estado de necesidad supone la existencia de un peligro inminente, ocasionado por un fenómeno natural o por una actividad humana.

Algunos autores han pretendido fundamentar la diferencia entre la legítima defensa y el estado de necesidad considerando que mientras en la primera el peligro proviene del obrar humano, en el segundo tendría su origen en un suceso natural, o en todo caso, ajeno a la acción de una persona culpable. Nosotros rechazamos por falsa esta concepción. El agente que lesiona un tercero inocente para huir de un criminal que lo persigue, actúa en estado de necesidad que justifica su acto[107].

El peligro debe ser imposible de evitar de otra manera. Es decir, que el acto del autor debe ser necesario; debe constituir el único medio para alejar el peligro. Quien obra por necesidad está obligado, antes de lesionar el bien jurídico de un tercero a determinar si él no puede preservar de otra manera su bien en peligro.

---

105 Ejecutoria del 17 de noviembre de 1957, en *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1958, p. 98.

106 Bundesgerichtsentscheid 1949, IV, p. 49, este caso, conocido en Suiza como el "caso Humberset", ha sido magníficamente analizado por Peter Noll en *Die Rechtsfertigungsgründe des Strafgesetzbuch*, Zurich 1963-4, p. 27.

107 Ver *supra* 26.

Si es factible, él debe huir del peligro. El estado de necesidad tiene evidentemente un carácter subsidiario[108].

Respecto de la inminencia del peligro y a la subsidiaridad del estado de necesidad, la Corte Suprema recurre, a veces, a criterios bastante amplios. Por ejemplo, en su ejecutoria del 23 de octubre de 1939[109] admite que no merece ser reprimido penalmente el acusado –enfermo de tuberculosis a la laringe– que se apropia del dinero producto de las ventas, que se le había encargado; debido a que actúa en estado de necesidad.

El propietario del bien amenazado no debe tener el deber, jurídico de hacer frente al peligro (guía de montaña, soldado, bombero, etc.)[110].

28. *Bienes en conflicto.* El Código Penal derogado permitía la protección de todo bien, pero no autorizaba sino la lesión de bienes de menos valor; su artículo 8 inciso 7 declara exentos de responsabilidad criminal al agente "que en la propiedad ajena causa un mal para evitar otro mayor, siempre que este sea efectivo y no pueda emplear otro medio menos perjudicial".

El Código vigente faculta a quien se encuentra en estado de necesidad a proteger cualquiera de sus bienes que estén en peligro y a lesionar un bien ajeno[111] para salvar el suyo. No admite la protección de bienes pertenecientes a una tercera persona. Esta restricción se debe a que el legislador no ha podido desligarse de la influencia española. La fórmula suiza, más conforme a las exigencias de la realidad, es por el contrario, bastante amplia como para permitir la protección de los intereses públicos[112].

29. *Proporcionalidad de los bienes.* El campo de aplicación del estado de necesidad debe ser limitado para evitar abusos. Con este objeto se recurre al

108 Cfr. THORMANN, Philipp y Alfred VON OVERBECK, *Das schweizerische Strafgesetzbuch-Kommentar, Allgemeine Bestimungen,* cit., p. 145; GERMANN, Oskar, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht,* cit., p. 219; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito,* cit., p. 311; SOLER, *Derecho penal,* cit., t. I, p. 379. Ver *supra* 22.

109 En *Revista de los Tribunales* 1939, p. 372.

110 Cfr. LOGOZ, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse,* cit., p. 138; SPILLMANN, Walter, *Die Strafausschliessungsgrunde,* cit., p. 21; GERMANN, Oskar, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht,* cit., p. 219; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito,* cit., p. 311; SOLER, *Derecho penal,* cit., t. I, p. 379.

111 Ver *supra* 26.

112 GERMANN, Oskar, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht,* cit., p. 219: "Die notstandsfähigen Güter sind in Gesetz nicht limitativ aufgezahlt. Denkbar ist aber auch der Schutz öffentlicher Interessen".

"principio de la proporcionalidad de los bienes que se encuentran en conflicto". El valor del bien jurídico lesionado por el autor del acto no debe ser en ningún caso más valioso que el bien preservado.

Nuestro Código no establece expresamente esta condición, pero ella puede considerarse implícitamente contenida en la frase: "si en las circunstancias en que ha cometido el acto no podía razonablemente exigirse del autor el sacrificio del bien amenazado".

La proporcionalidad de los bienes debe ser apreciada, como en el caso de la legítima defensa[113] desde el punto de vista objetivo. Es decir, considerando lo que en esa situación difícil haría un hombre razonable. Sin que este comporte no tener en cuenta lo que pasa en el ánimo del que actúa en dicha situación[114]. Esto se desprende de la frase utilizada por el legislador: "no podía razonablemente exigirse del autor".

Por el exceso en la reacción, puede ser responsabilizado el agente de acuerdo a su culpabilidad.

30. *Naturaleza jurídica del estado de necesidad.* Si todos los juristas están de acuerdo en establecer esta limitación, ellos difieren en cuanto a la naturaleza jurídica del estado de necesidad. Este problema depende, justamente, del valor de los bienes en conflicto. Algunos conciben el estado de necesidad como una causa de justificación, y afirman que el bien preservado debe ser más importante o, al menos, igual al bien lesionado[115]. Otros autores estiman que si los bienes son de igual valor, ya no se trata de una causa de justificación, sino de una causa de inculpabilidad[116].

Fieles a las ideas de Jiménez de Asúa, los juristas peruanos admiten esta distinción entre estado de necesidad –causa de justificación y estado de necesi-

113 Ver *supra* 23.

114 Ver: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal,* cit., t. IV, p. 405.

115 SCHWANDER, Vital, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, cit., p. 82; GERMANN, Oskar, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, cit., pp. 53, 218 y 219; HAFTER, Ernest, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil,* cit., p. 156; LOGOZ, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse*, cit., p. 141.

116 NOLL, Peter, *Die Rechtfertigungsgründe des Strafgesetzbuch*, cit., p. 27; BRAGER, Ernest, *Der Notstand im schweizerischen Strafrecht*, tesis doctoral, Berna, 1937. THORMANN, Philipp y Alfred VON OVERBECK, *Das schweizerische Strafgesetzbuch-Kommentar, Allgemeine Bestimungen,* cit., pp. 145 y 146, sostienen que el estado de necesidad excluye únicamente la pena, cuando los bienes en conflicto son de igual valor. Ver SCHRODER, "Die Not als Rechtsfertigungs- und Entschuldigungsgründ bei deutsch. und schweiz. Strafrecht", en *Revue Pénale Suisse*, 1960, pp. 12 y ss.

dad– causa de inculpabilidad[117]. Esta discusión reviste una particular importancia práctica; por ejemplo, en el dominio de la participación.

La proporcionalidad de los bienes es generalmente apreciada desde un plano subjetivo; es decir, tratando de colocarse en la situación del autor. Este criterio es aceptado por la doctrina y la jurisprudencia peruana[118].

31. *Aspecto subjetivo.* El legislador peruano exige, igualmente, que el autor obre con la voluntad de salvar uno de sus bienes en peligro; él debe pues tener conciencia del peligro en que se encuentra ese bien.

La disposición que comentamos, expresa esta condición al afirmar: "el que obra por la necesidad de preservar de un peligro [...]". Se trata sin duda alguna de un elemento subjetivo.

32. *Exceso en la legítima defensa.* Si las condiciones del estado de necesidad no se dan en el caso particular es de aplicación el artículo 90; se tratará generalmente de los casos de; "excesos"[119].

Los errores del autor sobre las condiciones objetivas del estado de necesidad, sobre sus límites, su existencia, serán apreciados de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 87.

33. *Causas de justificación comprendidas en el inciso 4 del artículo 85.* El legislador ha previsto en dicho inciso que no puede ser castigado quien practica un acto permitido por la ley o el que procede en cumplimiento de sus deberes de función o de profesión. Es una disposición de clara influencia suiza. Las modificaciones del modelo suizo realizadas por nuestro legislador son debidas a que, de acuerdo al Código italiano de 1889 (artículo 49 N.º 1), el artículo 85 inciso 5 de nuestro Código declara impune a quien actué por disposición de la ley o en cumplimiento de una orden obligatoria de la autoridad competente[120]. De esta manera, el legislador ha querido mejorar y completar las disposiciones contenidas en el antiguo Código Penal, en los incisos 9, 10 y 11 del artículo 8. Nuestro proyecto de 1916 estaba aún ligado a estas disposiciones y muy influenciado por la legislación española (artículo 60 incisos 79, 89 y 99). La influencia suiza ha

117 Bramont, *Código Penal*, cit., p. 179. Ver: Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito*, p. 309 y *Tratado de derecho penal*, t. IV, pp. 331 y 340.

118 Bramont, *Código Penal*, cit., p. 180; ejecutoria del 23 de octubre de 1939, en *Revista de los Tribunales* 1939, p. 372.

119 Ver *supra* 25.

120 Esta disposición hace recordar el artículo 53 del Código ginebrino de 1874: "No hay infracción cuando el acto fuere ordenado por la ley y por la autoridad competente".

determinado, sin duda alguna, un sensible progreso de la actual legislación en relación con la anterior.

Los juristas suizos frecuentemente han criticado el artículo 32 de su Código Penal (semejante al artículo 31 del proyecto suizo de 1918 que es fuente legal del nuestro), ellos estiman que esta disposición constituye una simple declaración general y una referencia a todas las demás reglas del orden jurídico. Stooss ha estimado que esta disposición sirve para recordar a los jueces suizos, quienes no tienen necesariamente, una formación jurídica, la existencia de otras causas de justificación, además de las mencionadas expresamente por el Código mismo[121]. A pesar de su texto bastante amplio, esta disposición es incompleta, porque ella no dice nada del consentimiento de la víctima, por ejemplo.

34. *Acto permitido por la ley (artículo 85 inciso 5 ab initio).* Cuando la ley ordena un acto, ella crea un deber. Si el autor se limita a cumplir con este deber, y comete un acto que reúne las condiciones señaladas por una disposición de la parte especial del Código, su acto no puede serle reprochado. Su acto es lícito. Sería ilógico que el orden jurídico impusiese a una persona la obligación de actuar y hacerla, al mismo tiempo, penalmente responsable de su comportamiento[122].

El conflicto entre el deber de testimoniar y la prohibición de difamar, o la obligación de respetar el secreto profesional, tienen una gran importancia práctica. Lo mismo sucede entre el deber de informar o de denunciar y la obligación de guardar el secreto profesional. Destaquemos que se trata frecuentemente de un conflicto de deberes. En este caso, la solución es la que enseña Binding: "si hay conflicto de deberes, actúa lícitamente quien cumple el deber más importante o uno de ellos, si se trata de deberes de la misma importancia"[123].

35. *Acto permitido por la ley (artículo 85 inciso 4 ab initio).* Cuando la ley declara un acto permitido, ella reconoce a los individuos el derecho de actuar de esta manera. Es evidente que si este acto constituye un comportamiento calificado de delito por la ley, el autor no puede ser penado, puesto que el actúa ejerciendo un derecho. Este principio responde a una exigencia lógica. Sería absurdo reconocer, de un lado a una persona la libertad de actuar en nombre

121 Stooss, Carl, "Rechtswiedrigkeit und Verbrechen", en *Revue Pénale Suisse,* 1897, p. 223; Thormann, Philipp y Alfred von Overbeck, *Das schweizerische Strafgesetzbuch-Kommentar, Allgemeine Bestimungen,* cit., p. 137.

122 Bettiol, *Diritto Penale,* p. 290.

123 Noll, Peter, *Die Rechtfertigungsgründe des Strafgesetzbuch,* cit., p. 37; Hafter, Ernest, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil,* cit., p. 166.

de un interés determinado y, de otra parte, de calificar tal actividad de ilícita[124]. Por ejemplo, el derecho de propiedad consagrado en el artículo 850 del Código Civil, autoriza a su titular a cumplir ciertos actos para gozar de su bien y para defenderlo. Este derecho no es sin embargo absoluto.

El derecho de corrección surge de las relaciones familiares y de tutela. Cuando el derecho de corrección es ejercido por un maestro, en el cuadro de su actividad pedagógica y en la medida que la ley lo autoriza, se trata más bien de un deber de profesión[125]. El titular de este derecho puede, con un fin educativo, emplear medios coactivos que lesionan la integridad física, la libertad o el honor del menor[126]. En todo caso, el ejercicio de este derecho debe siempre adecuarse a los fines perseguidos. Los malos tratamientos de cierta gravedad no serán jamás justificados por la existencia de un pretendido derecho de corrección[127]. El Código civil en su artículo 398 inciso 3 prevé que el titular de la patria potestad tiene el derecho de corregir moderadamente al menor. Si él se excede, su acto es ilícito[128].

36. *Cumplimiento de un deber de función o de profesión (artículo 85 inciso 4 in fine).* Tampoco un acto realizado en el cumplimiento de un deber de función o de profesión es ilícito.

La mención expresa de estos deberes, al lado de los actos ordenados o permitidos por la ley, se justifica, puesto que ellos pueden provenir de una norma jurídica no escrita. Si el legislador hubiese estimado que ellos solo podían ser establecidos por la ley, no habría tenido necesidad de enumerarlos expresamente[129]: nos encontramos pues frente a una referencia a las normas legales y consuetudinarias.

No basta para justificar un acto, la existencia de un deber de función. Es indispensable que el autor permanezca dentro de los límites de su derecho. Si el funcionario abusa de sus poderes, su acto no es lícito. Como el deber de fun-

---

124 BETTIOL, *Diritto Penale*, p. 285.

125 NOLL, Peter, *Die Rechtfertigungsgründe des Strafgesetzbuch*, cit., p. 38.

126 GERMANN, Oskar, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, cit., p. 316; KAUFMANN, J., *Das Züchtigungsrecht der Eltern und Erzicher*, tesis doctoral. Zürich, 1909, p. 15.

127 WAIBLINGER, "Les faits justificatifs", en *Feuilles Juridiques Suisses*, cit., N.º 1204, p. 7; HAFTER, Ernest, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., p. 163; LOGOZ, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse*, cit., p. 127.

128 BRAMONT, *Código Penal*, cit., p. 183.

129 NOLL,, Peter, *Die Rechtfertigungsgründe des Strafgesetzbuch*, cit., p. 38; LOGOZ, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse*, cit., p. 138.

ción, el deber de profesión no puede ser aislado de toda norma jurídica (legal o consuetudinaria). Esta referencia a los deberes de profesión es igualmente una referencia a las órdenes o a los permisos contenidos en todo el orden jurídico, en general[130].

Vivas discusiones se han producido en torno a la actividad profesional de los médicos y, especialmente, a sus intervenciones quirúrgicas. Se ha admitido, tradicionalmente, que una operación quirúrgica, es una acción que cumple con las condiciones de un tipo legal, y que es necesario recurrir a una causa de justificación.

Se consideró como la causa de justificación aplicable a estos casos "el reconocimiento y la promoción por parte del Estado de ciertas profesiones"[131].

Hoy en día, por el contrario, tales actos no son considerados como ajustados a la definición de la infracción, tal como el legislador ha formulado en la parte especial del Código. No es pues necesario invocar una causa de justificación para sustraer al autor de la justicia penal. Desde este punto de vista, el problema pertenece más a la teoría del tipo legal que a la teoría de la antijuricidad.

37. *Orden obligatoria de autoridad competente expedida en el ejercicio de sus junciones (artículo 85 inciso 5 in fine).* Quien obra en cumplimiento de una orden obligatoria, expedida, en ejercicio de sus funciones, por autoridad competente, no es punible. Es necesario distinguir si la orden de la autoridad competente es conforme o no a derecho. En el primer caso, su cumplimiento constituye una causa de justificación, ya que el acto ordenado tiende a realizar la voluntad del sistema jurídico mismo[132]. Por el contrario, si la orden es ilícita, el subordinado que la ejecuta comete un acto ilícito del mismo modo que el superior que la dicta. Pero, el subordinado no incurrirá en reproche alguno si está obligado a obedecer.

No se trata de calificar el acto, sino al autor; es decir, determinar su culpabilidad. El superior (autor mediato) será castigado en razón de la infracción cometida por el subordinado al cumplir la orden obligatoria ilícita. La doctrina dominante estima que esta concepción "diferenciadora" permite comprender mejor las disposiciones del Código. Además, ella está implícitamente enunciada en el artículo 86 que dispone: "En el último caso del artículo anterior, la re-

130 Hafter, Ernest, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil,* cit., p. 160.

131 Logoz, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse,* cit., p. 129; cfr. Hafter, Ernest, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil,* cit., p. 165.

132 Maurach, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil,* cit., p. 352.

presión del delito podrá ser aplicada al que por su orden hubiera determinado a otro a obrar", es decir que el juez no podrá penar al superior si su orden es conforme al derecho, aun cuando su ejecución implique la comisión objetiva de una infracción por el subordinado[133].

5. La imputabilidad

38. *Generalidades.* Un acto antijurídico y típico por sí solo no es suficiente para castigar a su autor. Es necesario que pueda ser considerado como proveniente del autor. Esto es, que pueda ser imputado tanto objetiva como subjetivamente[134]. La realización de un resultado delictuoso –muerte, lesión o daño a la propiedad– no basta; solo la relación personal íntima entre el agente y el comportamiento delictuoso podría fundar la imposición de la pena. Jiménez de Asúa dice correctamente que "la imputabilidad afirma la existencia de una relación de causalidad psíquica entre el delito y la persona"[135].

La mayor parte de los juristas renuncian, actualmente, a fundar la noción de responsabilidad exclusivamente sobre el determinismo o el indeterminismo. Si se parte de una concepción puramente indeterminista, se concluye afirmando que los actos son debidos al libre albedrío del hombre, cuya personalidad no es influenciada ni por sus propias predisposiciones, ni por el medio ambiente. La amenaza penal no tendría en consecuencia ningún efecto sobre él. Sería imposible considerar responsable al autor y de castigarlo.

A igual conclusión se llega, si se parte de una concepción determinista. Desde este punto de vista, el hombre estaría sometido a las fuerzas naturales y su voluntad sería solo un reflejo de estas fuerzas. El hombre estaría obligado a actuar de cierta manera, sin poder hacerlo de otro modo. Estas dos concepciones deben ser rechazadas. Todo comportamiento humano está condicionado por factores externos. Pero el autor es capaz, en cierta medida, de conocer la signi-

133 Contra BETTIOL, *Diritto penale*, pp. 291 a 295. Ver: SOLER, *Derecho penal*, cit., t. I. pp. 270 y 278, quien considera la obediencia obligatoria, de la parte del subordinado que no tiene el derecho de rechazar su ejecución, como una circunstancia quien hace desaparecer la acción.

134 MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal*, cit., p. 280; cfr. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 266; CLERC, Francois, *Introduction a l'*étude du Code Pénal suisse, p. 69.

135 JIMÉNEZ, *La ley y el delito*, p. 326. Cfr. HAFTER, Hernest, *Strafrecht und Schud, Rektoratsrede*, Zürich, 1923, p. 11.

ficación de su acto y de orientar su voluntad según juicios de apreciación[136]. La Psicología moderna ha desarrollado la teoría de la personalidad estratificada, que complementa la solución intermedia que es necesario seguir para mejor explicar los actos humanos[137]. Su capacidad de autodeterminación le permite al hombre controlar, conforme a las circunstancias sociales, su impulso a realizar ciertos actos. Es este elemento el que justifica el reproche que se hace al autor por su comportamiento y la pena que se le impone.

39. *Técnica legislativa.* El legislador, consciente de las innumerables dificultades que comporta la elaboración en la ley, de una definición positiva de la imputabilidad, se limita a establecer las condiciones necesarias para considerar al autor como inimputable[138]. Siguiendo, una vez más, al codificador suizo, nuestro legislador ha declarado exento de pena a quien "comete el hecho punible en estado de enfermedad mental, de idiotez o de una grave alteración de la conciencia, y no posee en el momento de obrar la facultad de apreciar el carácter delictuoso de su acto o de determinarse según esta apreciación" (artículo 85). Esta disposición consagra la fórmula "biopsicológica": para declarar inimputable a una persona, no basta constatar la existencia de un estado anormal (enfermedad mental o grave alteración de la conciencia), sino que es necesario comprobar que ha determinado su incapacidad para comprender el carácter ilícito del acto o para orientar correctamente su comportamiento. De esta manera, se dejó de lado la fórmula puramente biológica del Código anterior, que en su artículo 89, inciso 1 declaraba exento de "responsabilidad criminal" al que obraba en "estado de demencia o locura"[139].

Hoy en día, se tiende a denominar esta fórmula: "psiconormativa"; debido a que sus elementos tienen una particularidad netamente valorativa[140]. Mezger-Blei llegan a sostener que dichos elementos serían mejor designados con los términos "descriptivos y normativos", por lo que la fórmula debería denominarse "descriptivo-normativa"[141].

136 Maurach, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil,* cit., p. 427; Germann, Oskar, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht,* cit., p. 120, n. 158.

137 Cfr. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts,* cit., pp. 272 y 273; Maurach, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil,* cit., pp. 427 y 428.

138 Raramente se encuentra en los Códigos Penales una definición positiva de la imputabilidad. El artículo 85, inciso 2, del Código Penal italiano estatuye: "Es imputable quien tiene la capacidad de entender y de querer".

139 En relación con los menores se descartó el criterio: del discernimiento.

140 Cfr. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts,* cit., p. 288, n.° 17.

141 Mezger, Edmund y Hermann Blei, *Strafrecht I. Studienbuch,* cit., p. 169.

40. *Noción de imputabilidad.* Se deduce de la concepción negativa de la imputabilidad admitida por el legislador, la siguiente noción positiva: una persona es imputable cuando posee la facultad de apreciar el carácter delictuoso de su acto[142] y la facultad de determinarse conforme a esta apreciación.

Destaquemos, en primer lugar, que el legislador emplea los términos "facultad de apreciar el carácter delictuoso" y no los de "apreciación del carácter delictuoso". Se trata de la capacidad intelectual del individuo para conocer sus deberes, para darse cuenta de la inserción de su propia persona en el orden jurídico y para comprender las exigencias de la sociedad frente a los individuos que la forman (consideraciones mutuas, necesidad de la represión eventual de la violación de las normas sociales)[143]. Sin embargo, esta capacidad no se confunde con la conciencia de la antijuricidad del acto[144] o de su carácter punible. Ella consiste más bien en un desarrollo de la razón, en la existencia de una cierta conciencia propia, en el conocimiento del deber, no solo ético sino también legal[145].

Cuando el legislador alude a la facultad de determinarse, él se refiere a la voluntad. No se trata de aceptar el libre albedrío sino de reconocer al hombre consciente de sus deberes la capacidad de obrar según sus móviles[146]. Esta facultad no es considerada ni como una entidad abstracta, ni como una simple función puramente psicológica. Se trata del "potencial voluntario mínimo que permite al individuo controlar, en concreto y efectivamente, su comportamiento según las normas de conducta admitidas, de manera general, por la sociedad en la que vive"[147]. La ley considera que la inteligencia le basta al hombre normal para darse cuenta de que su acto es contrario al orden jurídico, y que su voluntad le permite conformar su acto a ese orden. Ella impone, pues, una pena solo a quien es capaz de conocer las exigencias del orden jurídico (factor intelectual) y de conformar a estas su actividad (factor volitivo).

142 Jiménez de Asúa, Luis, *La unificación del derecho penal en suiza*, Madrid, 1916, p. 136.

143 Jolidon, Pierre, *L'appréciation de la responsabilité selon le Code Pénal Suisse*, tesis doctoral, Berna 1956, pp. 35 y 36; Welzel, *Das Deutsches Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, cit., p. 148; Kohlrausch-Lange, *Strafgestzbuch*, 42.ª ed., Berlín 1959, p. 21.

144 Jiménez de Asúa, Luis, *La unificación del derecho penal en suiza*, cit., p. 136.

145 Thormann, Philipp y Alfred von Overbeck, *Das schweizerische Strafgesetzbuch-Kommentar. Allgemeine Bestimungen,* cit., p. 70.

146 Cfr. Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito*, cit., p. 333; Thormann, Philipp y Alfred von Overbeck, *Das schweizerische Strafgesetzbuch-Kommentar. Allgemeine Bestimungen,* cit., p. 70.

147 Jolidon, Pierre, *L'appréciation de la responsabilité selon le Code Pénal Suisse,* cit., pp. 41 y 42.

Según la fórmula, empleada por el legislador, el examen de la facultad del autor para apreciar el carácter delictuoso del acto precede al examen de la facultad de determinarse conforme a esta apreciación. La ausencia o existencia de esta última facultad se determinará solo después de haber comprobado la existencia de la facultad de apreciar el carácter ilícito del acto.

41. *Inimputabilidad.* Nuestro legislador considera que un individuo es inimputable, cuando es enfermo mental, idiota o sufre una grave alteración de la consciencia, que le impide comprender el carácter delictuoso de su acto o de determinarse según esta apreciación. Basta que una de estas dos facultades falte para que el agente sea considerado inimputable.

Se debe tener cuidado de no dar a los términos empleados en la ley el sentido exacto que tienen en medicina. Además, la psiquiatría moderna no emplea tales expresiones o ha modificado su significación. La idiotez, por ejemplo, es el grado más grave de la oligofrenia (atraso mental) que está comprendida en la noción de enfermedad mental[148] de manera que hubiese bastado mencionar esta en la ley. El sentido de esos términos es el que les da el profano en medicina –el jurista y el legislador– en el habla corriente. El punto de vista del legislador está determinado por las condiciones sociales. En esta perspectiva, él aplica el término "enfermedad mental" a los fenómenos síquicos que le parecen cualitativamente aberrantes, cuyo carácter reviste proporciones groseramente chocantes y que permanecen absolutamente ajenos y como impermeables a sus esfuerzos de comprensión y de asimilación vital. El profano no diferencia tampoco entre perturbaciones de naturaleza intelectual y de naturaleza afectiva[149]. Este parece ser, igualmente, el criterio utilizado por la Corte Suprema para admitir la inimputabilidad. En una conocida ejecutoria sostiene que si bien los peritajes médico-legales "no llegan a definir como anormal a la acusada, calificándola solo de extravagante, queda no obstante sumido el espíritu en las mayores perplejidades para decidirse a tratarla como persona responsable del doble filicidio[150].

El profano califica la idiotez como una perturbación psíquica, que logra un grado tal que el sujeto es casi completamente inapto para obrar como un individuo dotado de capacidades intelectuales, pudiendo las otras funciones psíquicas permanecer intactas[151]. El concepto legal de enfermedad mental es,

148 SCHWANDER, Vital, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, cit., p, 103.

149 JOLIDON, Pierre, *L'appréciation de la responsabilité selon le Code Pénal Suisse,* cit., p. 21, siguiendo a la obra de BINDER, *Die Geisteskrankheit im Recht.*

150 *Anales Judiciales* 1943, p. 445.

151 JOLIDON, Pierre, *L'appréciation de la responsabilité selon le Code Pénal Suisse,* cit., p. 22.

pues, más amplio que el adoptado por la ciencia médica[152]. En relación con la grave alteración de la conciencia, el profano, si bien no puede dar una definición de la conciencia, parte de la idea que el ser humano está dotado de cierto poder de reflexión; este poder significa que el hombre obra sabiendo lo que hace. Si circunstancias particulares perturban esta reflexión, que no le permite darse cuenta de lo que hace en el momento que actúa, existirá una perturbación de su conciencia[153]; es decir, de su propia conciencia o de la conciencia de los hechos exteriores[154]. Esta perturbación de la conciencia no tiene un origen patológico; por ejemplo: los estados intermedios de ebriedad, la profunda fatiga, la hipnosis. El legislador emplea con justeza el término de grave alteración de la conciencia y no de ausencia, total de conciencia; si esta falta no hay acción, pues, la voluntad no existe[155].

En los primeros años, siguientes a la fecha en que fue puesto en vigencia el actual Código Penal, es posible afirmar que la Corte Suprema sostuvo un criterio equivocado sobre la grave alteración de la conciencia. En una ejecutoria del 8 de julio de 1929 expresó que no debía confundirse la emoción violenta a que hace referencia el artículo 153, "con la grave alteración de la consciencia propia de los estados patológicos que anulan el discernimiento y la libre determinación, por lo que la ley los considera en el mismo plano que los estados de enajenación o enfermedad mental eximentes de pena"[156]. Este criterio restringido fue luego abandonado. La Corte Suprema hizo suyos los siguientes argumentos del señor fiscal: "si bien el concepto de grave alteración de la consciencia no puede tomarse en sentido restrictivo, ya que son muchos los factores que la producen. Los impulsos patológicos de los dementes, de los alcohólicos, los epilépticos. Pero hay también estados psíquicos que producen una reacción inmediata instintiva e involuntaria y este estado de consciencia constituye la emoción[...] es pues evidente que dadas las condiciones personales y las circunstancias que rodearon la perpetración del evento, L. V. (el acusado) no se encontraba en situación

152 Cfr. MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 432; MEZGER, Edmund y Hermann BLEI, *Strafrecht I. Studienbuch*, cit., p. 172; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 289.

153 LOGOZ, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse*, cit., p. 40.

154 Cfr. MEZGER, Edmund y Hermann BLEI, *Strafrecht I. Studienbuch*, cit., p. 171; MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 433; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 289.

155 Un inimputable puede actuar, luego la imputabilidad no se identifica con la capacidad de acción; cfr. LOGOZ, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse*, cit., p. 40; contra BINDING, Karl, *Die Normen*, t. II, p. 117.

156 En Anales Judiciales, 1959, p. 81.

de apreciar el carácter delictuoso de su acto[...]"[157]. Es interesante, igualmente, revisar el fallo en que se absuelve a una madre soltera que –rechazada por sus familiares y amigos– abandona a su hijo recién nacido. Se sostiene en el Dictamen fiscal, conforme al cual se pronuncia la Corte Suprema, que "es lógico suponer que tales repudios afectasen profundamente el ánimo de la acusada" y que "así no resulta aventurado sostener que la acusada obró bajo el imperio de una grave alteración de la consciencia [...]"[158]. Sin embargo, es de destacar que no en todos los casos era correcto recurrir a la "grave alteración de la consciencia" para no penar al acusado. Los dictámenes emitidos por los fiscales supremos son confusos y frecuentemente inexactos. Esto se nota, por ejemplo, en el siguiente párrafo: "La acusada es indígena, de mentalidad retrasada y carece de antecedentes. No tuvo intención de causar ningún daño; los hechos ocurrieron de manera casual y originados por la actitud del agraviado (no pasarle alimentos a su hijo). La encausada por su misma ignorancia y su estado mental (no padecía de enfermedad mental) sufrió grave alteración de su consciencia"[159].

42. *La actio libera in causa.* La imputabilidad del autor se determina en el momento del acto. Esta regla se aplica sin excepción en el Derecho Penal moderno. La *actio libera in causa* no constituye sino una excepción aparente.

Hay *actio libera in causa*, cuando el autor se ha puesto, culpablemente, en un estado de inimputabilidad o de imputabilidad restringida, con la intención de cometer una infracción, concebida y decidida por él en sangre fría (*actio libera in causa* intencional), o que él se pone en ese estado, pudiendo y debiendo saber que se hacía incapaz de usar de la prudencia y previsión exigibles en la vida ordinaria, y esto sabiendo que tendrá que afrontar un deber y para cuyo cumplimiento necesita de todas sus facultades (*actio libera in causa* culposa)[160].

Se encuentra en el primer caso, por ejemplo, el autor que se droga para darse el coraje de cometer una infracción; por el contrario, en el segundo caso,

157 Ejecutoria del 13 de noviembre de 1952, en *Revista del Foro*, Lima 1953, p. 266.

158 Ejecutoria del 28 de octubre de 1949, en *Revista de Jurisprudencia,* 1949, p. 939; ver, igualmente, ejecutoria del 3 de octubre de 1958, en *Revista del Foro,* 1958, p. 671.

159 En *Revista del Foro*, 1958, p. 672.

160 Ver: ZÜRCHER, *Exposé des motifs de l'avant-projet de 1908*, cit., p. 45; STOOSS, Carl, "Der Allgemeinen Teil des schweiz. Strafgesetzentwurfs... den Beschleusen des Nationalrats", en *Revue Pénale Suisse*, 1929, p. 130, n. 1; GRAVEN, Jean, *Le problème de la responsabilité pénale*, publicado por la Association internationale de droit comparé, N.º 158, p. 10; HAFTER, Ernest, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil,* cit., pp. 112 y 113; CLERC, Francois, *Introduction a l'*étude du Code Pénal suisse, cit., p. 76.

el autor persiste en conducir, su auto a pesar de las notorias manifestaciones de cansancio y atropella a un tercero. El autor ha actuado entonces culpablemente, antes de encontrarse en un estado de inimputabilidad.

Nuestro Código no contiene disposición alguna sobre la *actio libera in causa*. Sin embargo el conjunto de sus artículos permite resolver el problema en el sentido que venimos explicando[161].

43. *Duda sobre el estado mental del agente.* El artículo 93 de nuestro Código estatuye que en el caso de duda sobre el estado mental del autor del delito, el juez instructor o el tribunal ordenará su examen por peritos. Este examen es obligatorio cuando se trate de epilépticos o sordo mudos. Los peritos informarán sobre el estado mental y expresarán si procede el internamiento en un hospicio o en un hospital, o si hay peligro para la seguridad o el orden público. Esta disposición reproduce con fidelidad el artículo 17 del anteproyecto suizo de 1916.

La fórmula adoptada por el legislador para la determinación de la inimputabilidad, reconoce a la labor de los expertos una singular importancia. Ellos son sus auxiliares indispensables para determinar la imputabilidad del inculpado y la medida de seguridad aplicable. Pero en definitiva, es el juez quien decide sobre la imputabilidad del agente. Evidentemente, él no puede rechazar o ignorar, arbitrariamente, el informe del experto.

El artículo 83 del Código Penal peruano, que no figuraba en el proyecto Maúrtua de 1916, estatuye que "el agente de, infracción no intencional ni culposa será también reprimible, en los casos de peligro social, cuando la ley lo prescribe expresamente, substituyendo a la pena la medida de seguridad o educativa más adecuada determinada por la ley".

Si la influencia positivista es patente en esta disposición, ella, no contiene, sin embargo, el principio de la responsabilidad social preconizada por el artículo 18 del proyecto italiano de 1918[162]. Se trata, en realidad, de una especie de responsabilidad sin culpa de los inimputables peligrosos[163]. El legislador peruano ha querido –así como ha fundado, expresamente, la aplicación de la pena sobre la imputabilidad y la culpabilidad en los artículos 51, 81, 82 y 85 inciso 1– simplemente precisar en el artículo 83 que el estado peligroso constituye la

161 Jiménez de Asúa, Luis, *El Derecho penal en la República del Perú*, Lima, 1926, p. 17.

162 "Los autores y copartícipes son siempre legalmente responsables, salvo los casos en que el acto sea justificado".

163 Abastos, Manuel G., "El delincuente en el Código de Maurtúa", en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Lima, 1937-8, p. 11; Bramont, *Código Penal*, cit., p. 162.

base para la aplicación de toda medida de seguridad y de prevención. Desde un punto de vista científico, esta disposición es inexacta, puesto que hace depender la aplicación de tales medidas de la no culpabilidad del autor del acto delictuoso; de otra parte, no se debe olvidar que nuestro legislador hace depender el internamiento y la hospitalización de delincuentes mentalmente anormales de la noción de responsabilidad. Esto prueba que el legislador peruano no ha comprendido la significación y los alcances de las instituciones tomadas del proyecto italiano y de los proyectos suizos[164].

44. *La llamada "imputabilidad disminuida".* La distinción entre individuos psicológicamente normales y anormales no es nítida[165]. La siquiatría reconoce, desde hace algún tiempo, que hay zonas intermedias entre la normalidad y la anormalidad; zona en la que se encuentran los individuos claramente disminuidos en sus capacidades psíquicas.

Frente a este gran problema, la doctrina clásica adopta una fórmula, que es a la vez lógica en sus principios y práctica por su simplicidad. Ella preconiza atenuar la pena de los delincuentes en razón de la disminución de su estado mental comprobado por los expertos. Claro está, que esta disminución de su estado mental no alcanza las proporciones de los estados que acarrean la imputabilidad (enfermedad mental, idiotez o grave alteración de la conciencia)[166].

Esta solución era conforme a los principios de la doctrina clásica que consideraba la pena como una pura retribución, y fundaba su aplicación en el libre albedrío. Si este era limitado la lógica exigía que la pena sea reducida. En la práctica, estas ideas dejaban a la sociedad sin protección frente a individuos que constituyen, precisamente, a causa de su anormalidad, un peligro social más grave que los individuos normales. La solución clásica era inaceptable desde un punto de vista de política criminal.

45. *Técnica legislativa.* El legislador español había previsto, desde 1848 un sistema original de circunstancias que eximen o atenúan la pena. Él consideraba las circunstancias eximentes que no reúnen todas las condiciones exigidas por la ley como circunstancias de atenuación (eximentes imperfectas). Nuestro Código Penal de 1863 aceptó esta concepción.

---

164 Hurtado Pozo, José, "La reforma parcial del Código Penal suizo (ley federal del 18 de marzo de 1971)", en *Derecho*, N.º 30, Lima, 1972.

165 Hafter, Hernest, *Strafrecht und Schud, Rektoratsrede,* p. 11.

166 Quíntano Ripollés, Antonio, *Compendio de derecho penal,* Madrid, 1958, t. I, pp. 277 y ss.

El Código actual adopta la misma técnica. Destaquemos que el Código derogado, de inspiración netamente española, reconocía la existencia de estados intermedios entre la enfermedad y la salud mentales, atribuyéndoles la calidad de circunstancias de atenuación.

Otros legisladores, por el contrario, comprendieron muy bien que era necesario distinguir expresamente la categoría de delincuentes que, al momento de cometer la infracción, no eran plenamente imputables. De esta manera surge la noción de la "imputabilidad disminuida". Por ser fuente de nuestro Código Penal, nos referimos nuevamente al anteproyecto suizo de 1915 para señalar que su artículo 14 estatuía que "si, a causa de una perturbación en su salud mental o de su conciencia, o a causa de un desarrollo mental incompleto, el delincuente, en el momento de obrar no poseía plenamente la facultad de apreciar el carácter delictuoso de su acto o de determinarse conforme a esta apreciación, el juez atenuará libremente la pena". Para evitar los inconvenientes de la concepción puramente clásica, el legislador suizo incorporó a su ley las medidas de seguridad para estos delincuentes.

Nuestro legislador ha aceptado implícitamente esta concepción, cuando dispone en el artículo 90 del Código que "En los casos del artículo 85, cuando no concurren los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el juez podrá disminuir la pena prudencialmente hasta límites inferiores al mínimum legal".

"La imputabilidad disminuida" no es una categoría intermedia entre la imputabilidad y la inimputabilidad. Por el contrario, los delincuentes limitados en su imputabilidad son capaces de obrar culpablemente y pueden pues, ser castigados como los autores considerados imputables. Pero, el juez debe tener en consideración que su capacidad de resistir a los impulsos criminales es más débil que la de los individuos normales.

El juez constatará, primero, la existencia o no de la imputabilidad. Después de constatar que el autor es imputable, él indagará sobre la posible existencia de una disminución en la imputabilidad. Si la respuesta es afirmativa, el juez atenuará la pena. Pero si el delincuente de imputabilidad disminuida ofrece peligro para la seguridad o el orden, público, y se hace necesario internarlo en un hospital o en un hospicio el juez –conforme al artículo 91– suspenderá la ejecución de la pena y ordenará el tratamiento o la hospitalización del condenado.

La disminución de la capacidad penal del agente se deberá, generalmente, a la concurrencia de perturbaciones en la salud mental o en la consciencia,

o también a un desarrollo mental incompleto. Estos estados que no llegan a hacer desaparecer las facultades de comprender el carácter ilícito del acto o de determinarse de acuerdo a esta apreciación, condicionan su debilitamiento. Pero no toda disminución de tales facultades es suficiente para admitir la existencia de la imputabilidad restringida. Ella debe ser relativamente importante[167], pues la noción de hombre normal es concebida de manera amplia. Las pequeñas anomalías no hacen salir, según la ley, al hombre normal de los límites de la normalidad[168].

En nuestro medio se reconoce, con frecuencia, la presencia de una imputabilidad restringida en los casos de "relativa embriaguez"; por considerar que el agente actúa "sin perder totalmente el control de sus actos"[169]. También, ha habido casos en que esta disminución en la imputabilidad se ha hecho depender de "deficiencias mentales"[170]. Es interesante analizar la ejecutoria del 5 de enero de 1966, en la que "se condena a la pena de internamiento al autor de doble homicidio perpetrado en agravio de su medio hermano y su cuñada [...] Siendo el sujeto de personalidad psicopática, imputable, que goza de lucidez completa mostrando rasgos de agresividad, teniendo como atenuante su condición de primario, su relativo estado de embriaguez y escasa cultura"[171].

Algunos juristas consideran que la atenuación de la pena reconocida para los casos de imputabilidad disminuida, es debida a que este estado implica una disminución de la culpabilidad y por esta razón la disposición que la regula debería figurar entre las que norman la "aplicación judicial de las penas"[172].

---

167 El Código Penal alemán establecía, expresamente, esta, condición: "War die Fähigkeit, das Unerlaubte der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln zur Zeit der Tat aus einem dieser Gründe erheblich vermindert...". Cfr. SCHONKE-SCHRODER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., p. 450.

168 Cfr. SCHWANDER, Vital, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, cit. p. 107; LOGOZ, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse*, cit., p. 44.

169 Ejecutoria del 28 de mayo de 1951, en *Revista de Jurisprudencia Peruana,* 1951, pp. 414 y 540.

170 Ejecutoria del 12 de enero de 1949, en *Anales Judiciales*, 1949, p. 225.

171 En *Revista de Jurisprudencia Peruana,* 1966, p. 396; respecto a psicópatas e inimputable ver SPOLANSKY, Norberto, "Imputabilidad y comprensión de la criminalidad", comentario a fallo, en *Revista de Derecho Penal y Criminología,* 1968, pp. 83 y ss.

172 BAUMANN, Jürgens, *Strafrecht. Allgemeiner Teil,* cit., pp. 372 y 373; MEZGER Edmund y Hermann BLEI, *Strafrecht I. Studienbuch*, cit., p. 183, MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil,* cit., p. 445. Ver: LOGOZ, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse*, cit., p. 43.

6. Culpabilidad

46. *No hay pena sin culpabilidad.* Un acto típico, antijurídico e imputable a una persona no basta para castigar al autor. Es necesario que el agente haya actuado culpablemente. No hay pena sin culpabilidad[173]. Este principio fundamental no implica ni una confusión entre el derecho y la moral, ni una sobreestimación de la culpa en detrimento de la lesión, del bien jurídico.

La culpabilidad supone la atribución del acto a su autor y la constatación del carácter antijurídico del acto. Afirmar la culpabilidad del autor, es reprochar su comportamiento antijurídico[174]. Teniendo en cuenta que todo acto antijurídico punible es considerado en sí mismo, la culpabilidad penal se determinará en relación con cada uno de los actos tomados aisladamente. Las nociones de "culpabilidad del carácter" o de "culpabilidad potencial" son extrañas al derecho penal moderno. Para determinar la culpabilidad, es necesario tener en cuenta los móviles, el carácter, los sentimientos y otras relaciones personales del autor[175].

A pesar de reconocer la primacía del principio "no hay pena sin culpabilidad", algunas legislaciones penales contemporáneas conservan ciertos rezagos de la responsabilidad sin culpabilidad. En el Código Penal peruano encontramos varios ejemplos, así los artículos 87 (error de hecho y de derecho), 383 (faltas), 169 y 170 (delito de riña) y 229 inciso 4 (secuestro calificado). Merece, según nosotros, una observación especial el artículo 167, que estatuye "Cuando el delincuente hubiere causado un resultado grave que no quiso causar ni pudo prever, la pena podrá ser disminuida prudencialmente hasta la que corresponda a la lesión que quiso inferir". El legislador se ha inspirado en el artículo 115 del anteproyecto suizo de 1916 y que figura actualmente en el Código Penal (artículo 124). En derecho suizo, las consecuencias fortuitas de la lesión corpo-

173 HAFTER, Ernest, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil,* cit., p. 101; MEZGER, Edmund, *La culpa en el moderno derecho penal,* Valladolid, 1956, p. 2; MEZGER Edmund y Hermann BLEI, *Strafrecht I. Studienbuch,* cit., p. 158; BETTIOL, *Diritto Penale,* cit., p. 329.

174 MEZGER Edmund y Hermann BLEI, *Strafrecht I. Studienbuch,* cit., p. 160: "Mit dem Sehuldurteil erheben wir gegen den Täter aus seinem rechtswidrigen Verhalten einen personlichen Vorwurf"; cfr. WELZEL, *Das Deutsches Strafrecht. Eine systematische Darstellung,* cit., p. 133; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts,* cit., p. 281; BETTIOL, *Diritto Penale,* cit., p. 334.

175 GERMANN, Oskar, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht,* cit., p. 174; cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal,* cit., t. V, pp. 232 y 233; BINDING, Karl, *Die Normen,* t. II, p. 283; BAUMANN, Jürgens, *Strafrecht. Allgemeiner Teil,* cit., p. 347; KAUFMANN, Armin, *Das Schuldprinzip,* Karlsruhe, 1961, p. 187; WELZEL, *Das Deutsches Strafrecht. Eine systematische Darstellung,* cit., p. 137

ral no serán tomadas en cuenta para fijar la pena, puesto que ellas no han sido queridas ni previstas por el agente. Este deber del juez no se infiere claramente de la lectura de la disposición peruana; ya que, de una parte, nuestro legislador no ha concedido al juez sino la facultad de disminuir la pena y, de otra parte, la redacción ambigua hace pensar en una simple circunstancia atenuante de la pena. Si el legislador hubiese, con fidelidad, seguido el modelo suizo, nosotros estaríamos obligados a afirmar que el artículo 167 no es sino la confirmación expresa del principio "no hay pena sin culpabilidad" y que esta afirmación ha parecido útil a causa de las costumbres de los tribunales que aplicaban el Código derogado[176]. Sin embargo, esta disposición, en concordancia con el artículo 84 (cuyo texto se orienta hacia la admisión de la responsabilidad objetiva), permitiría al juez agravar la pena en razón del daño más grave no querido ni previsible.

La jurisprudencia de la Corte Suprema es contradictoria, ya que no aplica en todos los casos el principio de la culpabilidad. Considera, equivocadamente, que se trata de imponer una pena "prudencial" o de "disminuir prudencialmente la pena"[177]. Pero, en realidad, no se trata de esto, por cuanto el autor –por no actuar culpablemente– no merece ser castigado por el resultado más grave. En otras palabras, el agente debe ser castigado solo por el daño que quiso causar (leve o grave) y, en caso de que se dé un resultado más grave, sí se le puede imputar título de culpa (formas preterintencionales). Se equivoca, igualmente la Corte Suprema cuando estima que el artículo 167 regula el "delito preterintencional"[178]. Como hemos dicho anteriormente, este artículo no es sino una ratificación del principio de culpabilidad. Su presencia limita la declaración general contenida en el artículo 84, *ab initio*.

47. *Teorías sobre la culpabilidad.* Si la unanimidad existe en torno a la prioridad del principio "no hay pena sin culpabilidad", divergencias subsisten en cuanto a la naturaleza de la culpabilidad. Según la teoría psicológica, la culpabilidad es un vínculo de carácter subjetivo que une el acto delictuoso a su autor[179]. Este vínculo psicológico toma la forma de dolo o de culpa. Una

176 Logoz, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse*, cit., p. 53.

177 Ejecutorias del 12 de mayo de 1938, en *Anales Judiciales*, 1938, p. 210; del 12 de febrero de 1942, en *Anales Judiciales*, 1942, p. 97; del 16 de febrero de 1950, en *Revista del Foro*, 1959, p. 371; del 18 de octubre de 1951, en *Revista del Foro*, 1952, p. 1729.

178 En *Anales Judiciales*, 1948, p. 271.

179 Núñez, Ricardo, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, 1965, 2.ª ed., t. II, p. 247; Radbruch, Gustav, *Ueber den Schuldbegriff, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1904, pp. 338 y 348; Rittler, Theodor, *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Stuttgart, 1967, pp. 101 y ss.; Schwander, Vital, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, cit., p. 88.

de las críticas que se hace a esta concepción se basa sobre la imposibilidad de admitir la noción de culpa inconsciente, en la cual precisamente el vínculo psicológico no existe[180].

La teoría normativa de la culpabilidad niega, por el contrario, que la culpabilidad sea solo una relación de naturaleza psicológica entre el autor y su acto. De acuerdo a los defensores de esta concepción, la culpabilidad es un juicio de reproche formulado contra el autor por su comportamiento antijurídico. Se trata de un juicio de valor jurídico y no solo moral[181]. Es evidente que este juicio de valor reposa sobre el estado psicológico (no relación psicológica), puesto que un simple juicio de valor *in abstracto* no puede jamás justificar la imposición de una pena. Es pues inexacto afirmar que, según la concepción normativa, la culpabilidad del delincuente "se encuentra en la cabeza de los otros"[182]. La culpabilidad, jurídicamente hablando, es ante todo un estado psicológico sobre el que reposa un juicio de reproche. Ella se encuentra en la cabeza del propio delincuente y no en la de quien formula el juicio de reproche[183]. Esta concepción ha sido duramente atacada por los partidarios de la teoría finalista de la acción, quienes lo reprochan, en primer lugar, de querer elaborar la noción de culpabilidad con elementos de naturaleza diferente. En su opinión, la culpabilidad no puede comprender al mismo tiempo el objeto del juicio de valor (estado psicológico) y el juicio de valor mismo. Ellos consideran que es necesario desembarazar la culpabilidad de este aspecto psicológico. La culpabilidad sería entonces exclusivamente un juicio de valor sobre el proceso de motivación del autor[184].

48. *Formas de culpabilidad: el dolo.* El Código Penal admite la existencia de dos formas autónomas de culpabilidad: el dolo y la culpa. La preterintención no

180 Cfr. KAUFMANN, Armin, *Das Schuldprinzip*, pp. 21, 31 y ss.; BAUMANN, Jürgens, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 356, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 276; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, cit., t. V, p. 155.

181 MEZGER, Edmund, *La culpa en el moderno derecho penal*, cit., pp. 14 y ss.; MEZGER Edmund y Hermann BLEI, *Strafrecht I. Studienbuch*, cit., pp. 156 y 158.

182 ROSENFELD, SCHULD und VORSATZ, en von *Lisztischen Lehrbuch, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1911, p. 466.

183 MEZGER, Edmund, *Tratado de derecho penal*, t. I, pp. 248 y 250; MEZGER Edmund y Hermann BLEI, *Strafrecht I. Studienbuch*, cit., p. 157.

184 MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 368 y 369; WELZEL, *Das Deutsches Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, cit., p. 135; del mismo autor: *Das Neue Bild des Strafrechtssystems*, 4.ª ed., 1961, pp. 41 y ss.; STRATENWERTH, Günter, *Strafrecht. Allgemeiner Teil (Die Straftat)*, cit., pp. 148 y 150.

constituye en ella misma una forma de culpabilidad, sino una mixtura de dolo y de culpa[185].

El dolo es la forma más grave de la culpabilidad. El estudio de la evolución de su concepto significa, en cierta medida, regresar al estudio de la culpabilidad en general.

Se ha tratado de determinar la naturaleza del dolo de dos maneras diferentes: la *teoría de la voluntad* afirma que el dolo consiste en querer el resultado delictuoso; la teoría de la representación, por el contrario, se aleja de esta concepción demasiado estrecha, y admite que el delincuente obra con dolo, cuando él se representa, el resultado delictuoso.

Las divergencias doctrinales han sido, sin duda alguna, exageradas. Se han destacado oposiciones que no correspondían a la realidad y que son una deformación del pensamiento de los autores. Nadie ha afirmado que el dolo sería la sola voluntad de producir un resultado delictuoso o que él sería únicamente una representación de este resultado. Las doctrinas son más relativas. El dolo está constituido en realidad por dos elementos, uno intelectual (consciencia) y el otro volitivo (voluntad).

49. *Artículo 81 del Código Penal.* El legislador peruano ha definido, expresamente, el dolo. El artículo 81, párrafo segundo, estatuye que la infracción es intencional, cuando ella ha sido cometida por acción u omisión consciente y voluntaria. El origen suizo de esta disposición es admitido por el legislador mismo en la exposición de motivos[186] sin precisar, sin embargo, expresamente la fuente.

Es necesario recordar que el artículo 18 del proyecto de 1918 del Código Penal suizo estatuía: "*Celui-la commet intentionnellement un crime ou un délit, qui le commet avec conscience et volonté*". Esta definición figuraba, igualmente, en los anteproyectos de 1908 y de 1916, aunque no en términos idénticos. El artículo 19, inciso 2, del anteproyecto de 1908 disponía: "*Celui-la commet un délit avec intention, qui agit le sachant et le voulant*". Esta diferencia es debida a los esfuerzos desplegados para traducir correctamente el texto alemán: "*Vorsätzlich verübt ein Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt*". Al respecto, Gautier afirmó: "es de observar que el segundo párrafo del artículo 19 está mal traducido. El texto francés no es fiel al texto alemán. Podría traducirse esta regla

185 El legislador italiano ha definido la preterintención en el artículo 43 in. 2: "es preterintencional, más allá de la intención, si de la acción u omisión deriva un daño o un peligro más grave que el querido por el agente".

186 En *Código Penal*, editado por Espino Pérez, p. 25.

de la siguiente manera: '*Celui-là commet un délit avec intention, qui en réalise les éléments le sachant et le voulant*'[187]. En efecto, el autor obra dolosamente cuando es consciente y quiere el acto y el resultado (*lato sensu*)".

El proyecto peruano de 1916 no contenía disposición alguna en la que se establecía lo que es el dolo. La definición dada en el artículo 81, párrafo 2 de nuestro Código no concuerda, plenamente, con el numeral del proyecto suizo de 1918, parece más inspirarse en el texto del anteproyecto de 1908 (ver párrafo anterior). También es posible que el legislador haya comprendido mal el texto de los proyectos posteriores, equivocándose en la traducción.

50. *Elementos del dolo.* Según nuestro Código, los elementos del dolo son la consciencia y la voluntad. La doctrina los califica de elementos intelectual y volitivo.

La consciencia significa el conocimiento, por parte del agente, de todas las condiciones contenidas en el tipo legal[188]. El autor debe ser consciente de realizar el acto delictuoso, de producir el resultado, de crear una relación de causalidad entre ambos, y de conocer todos los otros elementos esenciales al tipo (por ejemplo, la calidad de la víctima, la naturaleza del objeto sobre el que se ejecuta la acción o los medios a emplear, las circunstancias del acto). No es necesario, por el contrario, que el agente conozca su propia responsabilidad, el grado de realización de su acto, las condiciones objetivas de la represión y el carácter punible de su acto.

En nuestra opinión, la consciencia del carácter ilícito del acto se impone igualmente[189]. Esto no implica el conocimiento de la disposición penal o del carácter punible del acto, pero el actor debe saber que su acto infringe la norma que sirve de base a la disposición penal, en otros términos que su acto contradice las exigencias sociales y que por esto es jurídicamente prohibido[190]. Que el autor estime su acto contrario a la moral, tampoco es necesario.

187 GAUTIER, *Procès Verbal de la 2éme Commission d'experts*, Zürich, 1913, p. 146.

188 Ver *supra* 13.

189 LERCH, Emil, "Tatirrtum und Rechtsirrtum in Schweiz Strafrecht", en *Revue Pénale Suisse*, 1951, pp. 168 y ss. MEZGER, Edmund y Hermann BLEI, *Strafrecht I. Studienbuch*, cit., pp. 204 y ss; contra: STOOSS, Carl, "Vorsatz und Bewusstsein der Rechtswidrigkeit", en *Revue Pénale Suisse*, 1899, pp. 168 y ss.; MEZGER, Edmund y Hermann BLEI, *Strafrecht I. Studienbuch*, cit., p. 194.

190 MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 474, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., pp. 297 y 298.

La doctrina penal moderna rechaza pues, de una manera absoluta, la aplicación del principio "error *juris nocet*". Las divergencias subsisten en relación con el lugar que debe ser atribuido a la "consciencia de la antijuricidad" dentro de la estructura del delito. Algunos juristas afirman que ella es un elemento de la culpabilidad distinta e independiente del dolo (Teoría de la culpabilidad). Sus defensores, los más decididos, son los partidarios de la teoría finalista (Welzel, Maurach, Niese) y algunos defensores de la teoría normativa (Bockelmann, Graf zu Dohna, Kohlarusch-Lange). Otros, los defensores de las teorías normativa y psicológica, estiman que este elemento es parte del dolo (Teoría del dolo). Esta concepción es admitida por los autores peruanos. La Corte Suprema, en su jurisprudencia, tiende a no considerar la consciencia de la antijuricidad como un elemento del dolo, en razón a que el Código no reconoce el error de derecho no culpable como una causa de inculpabilidad (artículo 87).

El otro elemento del dolo es la voluntad, que comprende precisamente el conocimiento de los elementos del acto y de su carácter ilícito. Es imposible querer lo que no se conoce. Este elemento del dolo no debe ser comprendido de una manera restringida.

La doctrina distingue dos clases de dolo: el dolo directo y el dolo eventual. Hay dolo directo, cuando el autor dirige inmediatamente su voluntad sobre el resultado que él representa como cierto. Él actúa queriendo realmente causar el resultado; por ejemplo: Juan quiere matar a Andrés y dispara contra él. La voluntad homicida de Juan es evidente, a pesar de la posible inhabilidad del agente que impediría la producción del resultado. Tampoco es necesario que el resultado ilícito sea el objetivo final del comportamiento del autor[191].

El agente quiere también el resultado ilícito, cuando él lo considera seguro y lo ha aceptado conscientemente como consecuencia necesaria de su acto. Sobre la base de estas consideraciones, algunos juristas han distinguido el dolo directo de primer grado del dolo directo de segundo grado[192]. La mayor parte de juristas se rebelan contra esta distinción y estiman que se trata de una sola clase de dolo[193].

---

191 MEZGER, Edmund y Hermann BLEI, *Strafrecht I. Studienbuch*, cit., p. 188: "Auch was nur Durchgang zu weiteren Zielen ist, ist unmittelbar gewollt".

192 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, cit., t. V, p. 566; KOHLRAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch*, cit., p. 221; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 198.

193 SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., p. 494; cfr. STRATENWERTH, Günter, *Strafrecht. Allgemeiner Teil (Die Straftat)*, cit., pp. 102 y ss.; BAUMANN, Jürgens, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 390.

En algunos casos, la voluntad no está tan claramente expresada: el autor prevé (se representa) la posible producción del resultado ilícito; pero, se decide, a pesar de todo, a continuar la ejecución de su acto. De esta manera, él se acomoda, se conforma al resultado, puesto que no quiere poner fin a su comportamiento peligroso. Este criterio está en oposición a la opinión de los sostenedores de la "teoría del consentimiento".

51. *Caso fortuito.* El límite de la culpabilidad es señalado por el caso fortuito, que "es el confín donde comienza lo imprevisible"[194]. Caso fortuito no significa ausencia de causa, ni se debe pensar únicamente en un suceso de la naturaleza. El caso fortuito siempre está en relación con un hacer u omitir humano. Lo que caracteriza el caso fortuito es la "imprevisibilidad del acontecimiento, que se produce en relación causal con la actividad de un hombre o con su omisión[195]. Solo puede hablarse de culpabilidad en caso de un suceso previsible. Esta previsibilidad está en relación con las condiciones del sujeto que actúa. Es posible imaginar, entonces, que un hecho puede "ser fortuito respecto de un individuo, pero culposo –luego culpable– respecto de otro: todo depende de la posibilidad concreta de representación[196]. En este sentido se pronuncia la Corte Suprema, en su ejecutoria del 17 de noviembre de 1972. Dice textualmente: "que como aparece de autos, el hecho materia de juzgamiento fue enteramente casual y no atribuible a imprevisión culpable del acusado; que, en efecto, la víctima, luego de satisfacer una necesidad en el corral de su casa, sin hacer indicación o advertencia alguna al acusado, a quien había visto que estaba preparado con un arma de fuego para disparar sobre un gato negro tomó una ruta distinta a aquella por la que debía salir, la que no era visible, por el acusado, por encontrarse detrás de un cerco de madera, no era previsible por el acusado"[197]. Sin embargo, se equivoca cuando para terminar afirma que "el hecho resulta fortuito, ya que tampoco se advierte vinculación de causa efecto entre el comportamiento de agente y el resultado producido"[198]. No es de que falte la relación de causalidad, sino que es imposible –debido a las circunstancias– exigir al agente un comportamiento distinto: falta la culpabilidad.

194 Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal,* cit., t. VI, p. 232.

195 Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal,* cit., t. VI, p. 218.

196 Bettiol, *Diritto Penale*, cit., p. 438.

197 *Boletín Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la República*, N.º 5-7, Lima, 1972, p. 287.

198 *Boletín Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la República*, N.º 5-7, Lima, 1972, p. 288.

52. *El error.* Se trata de una falsa representación de la realidad o de su ignorancia[199]. Tradicionalmente, en la doctrina y en la legislación se consideran dos clases de error: error de hecho y error de derecho. Actualmente, se prefiere hablar de error de tipo y de error de prohibición. Nosotros consideramos correcto este último criterio; sin embargo, utilizamos la anterior terminología debido a que la emplea nuestro Código Penal.

El error de hecho se presenta cuando el agente tiene una equivocada representación de una circunstancia de hecho a que se hace referencia en el tipo legal, a través de los denominados "elementos subjetivos y normativos"[200]. El error puede ser cometido en relación con la calidad de la víctima (por ejemplo, edad de un menor que sufre un atentado contra el honor sexual), con la naturaleza del objeto sobre el que recae la acción delictuosa (el carácter ajeno de la cosa mueble en el delito de hurto), con las circunstancias agravantes o atenuantes específicas.

El error sobre las condiciones de inimputabilidad o sobre las condiciones objetivas de punibilidad no será tomado en consideración[201].

El autor que desconoce el carácter ilícito de su acto, obra bajo la influencia de un error de derecho. Él es consciente de todos los elementos objetivos de su acto ilícito, pero le considera permitido. El error de derecho es, pues, una falsa apreciación jurídica de la realidad conocida. El error de derecho reposa en la ignorancia, en el conocimiento deficiente de la norma o sobre el hecho de que el autor crea en la existencia de una causa justificante. En cuanto a esto último, se distinguen tres casos: el autor cree, por error, en la existencia de una circunstancia de justificación que el ordenamiento jurídico no considera; él desconoce los límites de una justificante reconocida por el ordenamiento jurídico y, por último, considera por error que se presentan las circunstancias materiales de una justificante. Para algunos autores, este último caso es, en realidad, un error de hecho. Para otros, debe ser considerado como un error de derecho. En nuestra opinión, esta es la posición correcta[202].

---

199 Psicológica y filosóficamente, se distingue la ignorancia del error. La primera es una ausencia total de representación de la realidad; el segundo es su falso conocimiento. En derecho, se les atribuye el mismo significado. No existe ninguna razón práctica para distinguirlos.

200 Ver *supra* 23.

201 HAFTER, Ernest, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil,* cit., p. 122, n. 1.

202 MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil,* cit., pp. 472 y 473; ver JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts,* cit., pp. 303 y 304.

Cuando el error (de hecho o de derecho) no es debido a la culpa del agente, se puede decir que desaparece el dolo. Si por el contrario, el autor podía evitar el error tomando las medidas de precaución necesarias; él puede ser perseguido a título „ de culpa, siempre y cuando la ley reprima –expresamente– su acto en tales condiciones[203].

53. *El artículo 87.* El párrafo primero de esta, disposición (innovación sin precedentes en nuestra legislación), estatuye que si la infracción ha sido cometida "por una errónea apreciación de los hechos no proveniente de negligencia, o por ignorancia o error no culpables sobre el carácter delictuoso de un acto que el agente hubiera considerado lícito, el juez podrá disminuir la pena hasta límites inferiores al *mínimum legal*". El legislador peruano ha atribuido a esta clase de error solo el carácter de atenuante de la pena. Se trata de un caso de responsabilidad objetiva, ya que la pena es impuesta en razón de la simple producción de un resultado ilícito. Si el error se debe a la negligencia del agente, no es de aplicación el artículo 87. En estas circunstancias, el autor podría ser castigado aún cuando la ley no reprime su acto a título de culpa. Sin embargo, el juez deberá tener en cuenta este hecho al momento de individualizar la pena, la que deberá ser inferior a la que corresponda a la forma intencional. No puede sostenerse la impunidad, porque una forma menos grave (no culpable) es reprimida. Por ejemplo, quien atente contra el honor sexual de un menor, consciente de la edad del menor, podrá ser reprimido con una pena superior a dos años de reclusión o de prisión (artículo 199); si este conocimiento le falta en razón de un error sobre los hechos no culpable, el juez deberá castigarlo imponiéndole una pena por debajo de dicho mínimum legal. Esta disminución de la pena no funciona si el autor incurre, por culpa, en el error. No se puede pensar que el legislador quiso dejar impune a este agente (que actúa culposamente) y reprimir a quien procedió sin culpabilidad. El artículo 87 no permite eximir la pena al agente, sino solo disminuir el castigo, siempre y cuando no sea culpable, solo se puede dejar de castigar al que obra bajo la influencia de un error debido a su culpa, si es que se aplica rigurosamente el párrafo primero del artículo 82: "el agente de infracción no intencional, es punible en los casos taxativamente establecidos por la ley, cuando el daño o el peligro es ocasionado por negligencia". No conocemos ejecutoria en la que la Corte Suprema se pronuncie sobre este problema.

En su segundo párrafo, el artículo 87 estatuye que "La ignorancia de la ley penal no modificará en ningún caso la represión de los delitos que tengan señalada pena mayor que la de prisión". El legislador peruano consagra de esta

203 LERCH, Emil, "Tatirrtum und Rechtsirrtum in Schweiz Strafrecht", en *Revue Pénale suisse*, 1951, p. 165; SCHWANDER, Vital, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, cit., p. 91.

manera, aunque parcialmente, el adagio "ninguno puede alegar ignorancia de la ley". Al mismo tiempo adopta otra ficción consistente en suponer que los autores de delitos reprimidos con pena de penitenciaría conocen siempre el carácter ilícito de su acto. El origen de esta disposición es el artículo 6 del viejo Código Penal de 1863, en el que se establecía que la ignorancia de la ley no eximía de responsabilidad.

En la exposición de motivos, el legislador ha tratado de justificar esta disposición diciendo que "la ignorancia de la ley penal no modifica en ningún caso la represión de delitos que tengan señalada pena mayor que la de prisión, porque esos delitos pueden llamarse naturales y estar en todas las conciencias. Es excusable la ignorancia solamente en aquellos casos, continúa diciendo, que no implican violación fundamental de los principios de moral universal y que pueden estimarse como creaciones de la ley"[204]. Este criterio es incorrecto en cuanto hace depender los efectos de la ignorancia de la ley penal (error de derecho) de la gravedad de la pena; gravedad que no es determinada, sobre todo hoy en día, teniendo en cuenta que si el hecho delictuoso es "natural" o una "creación de la ley". De otro lado, esta distinción de abolengo positivista (recuerda a la definición del delito natural de Garofalo) no es exacta.

De esta manera, nuestro legislador consagra –luego de desconocer la verdadera naturaleza del error de derecho– un principio arcaico y abandona el moderno principio de la individualización de la pena.

54. *Jurisprudencia.* La Corte Suprema no ha tenido en cuenta, siempre, la clara distinción que señala el artículo 87 entre la "errónea apreciación de los hechos" (*error facti*) y el "error o ignorancia no culpable sobre el carácter delictuoso del acto" (*error juris*). En su ejecutoria del 24 de mayo de 1948, se pronuncia de conformidad con la opinión del señor fiscal, quien sostenía que "el error de apreciación a que se refiere el Código es sobre el carácter delictuoso de un acto. Si el violador repara en la edad de su víctima, para graduar su responsabilidad, esta sería mayor porque a sabiendas y bajo cálculos fríos realiza el hecho punible"[205]. El Tribunal Correccional había estimado que la menor agraviada (14 años y seis meses de edad) tenía un desarrollo físico que no corresponde a su edad y que el acusado sufrió una errónea apreciación de los hechos, por lo que le impuso –aplicando el artículo 87– una pena por debajo del mínimum legal.

204 En Espino Pérez, Julio D. (editor), *Código Penal*, Lima, 1968, p. 25.

205 En *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1948, p. 348.

En el mismo sentido, se pronuncia en su ejecutoria del 16 de agosto de 1972: "el error en la apreciación de los hechos, a que alude el artículo 87 del Código Penal, se refiere al carácter delictuoso del acto que el agente considera como lícito, pero no a sus circunstancias calificativas ni menos a las condiciones personales de la víctima, tales como su desarrollo físico, edad, etc., que el fallo recurrido a merituado"[206].

La Corte Suprema ha tenido ocasión de opinar sobre el error de derecho al pronunciarse sobre delitos cometidos por salvajes (artículo 44) y en caso de delitos de violación cometidos por indígenas al seguir la costumbre del *servinacuy*. Respecto de los primeros, afirmó en su Ejecutoria del 26 de abril de 1939 que "debe tenerse en cuenta las normas de los artículos 44 y 87 del Código Penal, ya que se trata de sujetos a los que la ley considera en una condición especial, por estar al margen de la civilización"[207]. Aquí es patente lo injusto de la disposición que obliga castigar a personas que, con certeza, desconocen completamente el carácter ilícito de su acto. En relación con lo segundo, ha sostenido criterios opuestos. En algunas ejecutorias, sostuvo que habiendo sido entregada la menor (menos de 16 años) por los padres al acusado mediante el *servinacuy* (matrimonio de prueba), "cuya ceremonia tuvo lugar de acuerdo con la costumbre tradicional generalizada entre el campesinado indio" y que consiste en el consentimiento de los padres para que la hija cohabite con el novio; es de aplicar el artículo 87, ya que se trata de una infracción cometida por "ignorancia o error no culpable sobre el carácter delictuoso del acto que el agente consideró como lícito"[208]. En otras ejecutorias, sostiene que "si bien el *servinacuy* es una costumbre ancestral que todavía perdura en algunos pueblos del país, sin embargo, no se le puede considerar como una circunstancia eximente de responsabilidad por no estar considerado como tal dentro de nuestra legislación penal, el que tan solo puede ser apreciado dentro de las circunstancias que establece el artículo 51 del Código Penal" (circunstancias objetivas y subjetivas de peligrosidad)[209]. La Corte Suprema hace uso de un criterio estrictamente formalista y deja de lado

206 *Boletín Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la República*, N.º 3, p. 159.

207 En *Revista del Foro*, 1939, p. 587.

208 Ejecutoria del 12 de mayo de 1943, en *Anales Judiciales*, 1943, p. 17. Es interesante leer la ejecutoria del 10 de enero de 1940, en la que la Corte Suprema admite que "para salvar el inconveniente legal (los menores de 15 años no se podían casar sin permiso judicial), los padres acordaron que el acusado llevara a la menor a su casa [...] en tales circunstancias la infracción cometida cae dentro de lo dispuesto en el artículo 879, en *Anales Judiciales* 1943, p. 441.

209 *Boletín Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la República*, N.º 4, p. 211.

el análisis de la existencia del error de derecho (artículo 87)). De modo que esta ejecutoria se alinea junto a las citadas al inicio de este acápite[210].

55. *Técnica legislativa.* En caso de revisión del Código Penal, se debe modificar el artículo 87, en el sentido de que el error de hecho o de derecho no culpable hace desaparecer el dolo y, por ende, no se puede penar al agente. Este criterio no ha sido admitido por la comisión revisora que concluyó sus trabajos en 1972. Incurre en el error, además, de referirse a la "ignorancia sobre el carácter delictuoso de un acto" y no al "error" y, por último, sigue teniendo en cuenta que "la errónea apreciación de los hechos" no provenga de culpa. Por otro lado, ha eliminado –correctamente– el segundo párrafo del texto original y ha incorporado un nuevo artículo, en el que regula el caso de que el error de hecho ha sido provocado por un tercero. Esta última disposición, que reproduce casi textualmente el artículo 48 del Código italiano vigente, se revela incompleto. Esto es debido a que no se ha considerado que el artículo 47 del mencionado Código no es igual al artículo 87 del texto revisado de nuestro Código. El último párrafo del artículo 47 del Código italiano trata del error que recae sobre una ley no penal y que determina un error sobre el hecho que constituye la infracción. Tampoco se ha tenido en cuenta, al momento de hacer la transcripción del artículo italiano, que el artículo 59 del mismo Código prohíbe invocar como excusa la ignorancia de la ley (error de derecho)[211]. Una correcta regulación de este problema ha sido realizada, por ejemplo, por el legislador alemán al reformar su Código Penal[212].

Para terminar, recordemos que de acuerdo a la correcta doctrina, si el autor actuó bajo la influencia de una errónea apreciación de las circunstancias de hecho o sobre el carácter delictuoso del acto, no puede estimarse que obró dolosamente. En relación con los tipos agravados, el error sobre la circunstancia agravante hace desaparecer la agravación, pero deja subsistente el dolo en relación al tipo básico. En caso de que el error sea debido a la culpa del agente –siempre doctrinalmente–, este podrá ser reprimido si es que la ley reprime la forma culposa de su comportamiento delictuoso. Al respecto, es interesante recordar que este no es el caso del delito de violación de menores en nuestro Código (artículo 199), razón por la que no debería ser sancionado quien por error (debido a culpa) tiene acceso carnal con un menor creyéndolo mayor[213]. En las legislaciones en que predomina plenamente el principio "no hay pena sin culpabilidad", se ha

210 Ver *supra* 53.

211 Ver: Bettiol, *Diritto Penale*, cit., p. 447 y ss.

212 Artículos 16 (Irrtum über Tatumstande) y 17 (Verbotsirrtum), en *Bundesgesetzblatt*, N.º 56, Bonn, 10 julio 1969.

213 Ver *supra* 54.

establecido una disposición particular. Así, el párrafo tercero del artículo 191 del Código Penal suizo estatuye: "La pena será prisión si el delincuente ha obrado admitiendo por error que su víctima tenía 16 años por lo menos, a pesar de que hubiera podido evitarlo usando la atención debida"[214].

56. *El error sobre los hechos no esenciales.* Esta clase de error no tiene ninguna influencia sobre la culpabilidad del autor.

El autor puede confundir el objeto que quiere lesionar o poner en peligro con otro (error *in objecto*). El error *in personam* es un caso particular de "error *in objeto*". En doctrina, se admite generalmente que esta clase de error es irrelevante cuando el bien amenazado y el bien realmente lesionado son igualmente protegidos por el ordenamiento jurídico[215]; por ejemplo, cuando B cree matar a A, pero en realidad causa la muerte de C. B comete un homicidio intencional.

La *aberratio ictus* no constituye, en realidad, un error[216]. El ejemplo clásico es el del autor que quiere matar a X, tira contra él, pero alcanza a Y, quien se encontraba a su lado. El cambio en el resultado es debido a una alteración inesperada de los hechos, de la relación de causalidad entre el acto y el resultado. Por esto, algunos autores hablan de "desviación del golpe". En este caso, desde que el agente tenía la voluntad de matar a una persona y la posibilidad de variación de los hechos estaba dentro del marco de causalidad adecuada[217], el delito doloso esta consumado. El artículo 150 de nuestro Código Penal no califica de homicidio el hecho de matar a un individuo determinado, sino a cualquier persona[218]. Si por el contrario, el resultado buscado y el producido realmente no son equivalentes, se dará un concurso ideal entre tentativa de un delito doloso y un delito culposo[219].

57. *El artículo 87.* Según el párrafo primero de este dispositivo "el delito es punible, aunque varíe el mal que el delincuente quiso causar, o sea distinta la persona a quien se propuso ofender". Esta disposición tiene como fuente legal el artículo 7 de nuestro Código derogado, de origen español.

---

214 Ver: Cooper, H. H., "El *error facti* y el artículo 199 del Código Penal", en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, 1971.

215 Germann, Oskar, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, cit., p. 46; Hafter, Ernest, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 185 y 186.

216 Logoz, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse*, cit., p. 76.

217 Ver *infra* 57.

218 Bramont, *Código Penal*, p. 164; Clerc, Francois, *Introduction a l'*étude du Code Pénal suisse, cit., p. 64.

219 Schwander, Vital, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, cit., p. 92.

José Viterbo Arias sostiene, al comentar el artículo 7 de nuestro anterior Código, que radicando la legitimidad de la pena en el mero hecho de una alteración en el orden de derecho, "causada con intención reprobable en sí misma y no solo por el fin a que iba encaminada; es forzoso convenir en que se debe imponer castigo aun cuando varíe el mal que el delincuente se propuso causar" [220]. Esta opinión se refiere, como se desprende de los ejemplos dados por el autor, al error *in personam*[221] y, dentro de este marco, es correcta. En cuanto a los casos en que "los delitos varíen de gravedad o de naturaleza por culpa de su agente: el que mata cuando se propuso herir; el que por incendiar una casa ocasiona la muerte de los que moraban en ella", sostiene J. Viterbo Arias que "son responsables de las vidas que quitaron"[222]. Pero, esta responsabilidad es reconocida por el simple hecho de que el agente produjo el resultado más grave al actuar ilícitamente. Estamos frente a un caso de responsabilidad por el mero resultado. El mismo autor señala con justeza que "no es, sin embargo, nuestro Código (1863) tan explícito como debiera en este punto de tanta gravedad, pues no establece un precepto general que permita graduar la responsabilidad del delincuente y precisarse el daño que haya de imputarse"[223].

En nuestro Código Penal vigente, sí existen normas de carácter general sobre la culpabilidad: artículos 81 (dolo), 82 (culpa), 51 (culpabilidad y peligrosidad) y de carácter particular, por ejemplo, artículos 164 (aborto preterintencional), 165 *in fine* (lesiones seguidas de muerte), 166 párrafo 2 (lesiones leves seguidas de lesiones graves), 166 párrafo final (lesiones leves seguidas de muerte), 167 (lesiones seguidas de resultado fortuito), 185 (maltrato de menores seguidos de lesiones graves o de muerte), 203 (delito contra la libertad y el honor sexuales seguido de muerte o lesiones graves), etc. Dentro de este contexto, se debe afirmar que el artículo 84, párrafo 1, que repite el texto del artículo 7 del Código derogado, debe ser interpretado de manera diferente; ya que el legislador tiende a restringir la amplitud de la fórmula, exigiendo que el autor sea responsabilizado por el daño más grave cuando "pudo preverlo"; es decir, cuando sea preterintencional (dolo en el inicio, culpa en el resultado)[224]. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema es, sobre este punto, confusa. En su ejecutoria del

220 Viterbo Arias, José, *Exposición comentada y comparada del Código Penal del Perú de 1863*, cit., t. I, p. 54.

221 Ver *supra* 56.

222 Viterbo Arias, José, *Exposición comentada y comparada del Código Penal del Perú de 1863*, cit., t. I, p. 55.

223 Viterbo Arias, José, *Exposición comentada y comparada del Código Penal del Perú de 1863*, cit., t. I, p. 55.

224 Ver N.º 48.

4 de enero de 1944, afirma que "se comprende que sobrevino la muerte como consecuencia de actos encaminados a la posesión sexual de la joven por el agente culpable; que al variar en sus resultados la intención criminosa no deja de ser punible el delito perpetrado, conforme al principio contenido en el artículo 84 del Código Penal, por lo que la responsabilidad (del acusado) cae bajo la sanción del artículo 150, debiendo tenerse en cuenta esa especial circunstancia para la exacta adecuación de la pena[225]. Esta sentencia demuestra que nuestra Corte Suprema, en este caso, siguió el criterio imperante durante la vigencia de nuestro Código derogado. No tuvo en cuenta el nuevo contexto en que estaba incorporada esta disposición. Su raciocinio es muy semejante al de José Viterbo Arias[226]. En esa ocasión, un Vocal emitió un voto singular, en el que sostuvo "que el móvil de los actos de violencia ejecutados por el acusado no ha podido ser el homicidio, sino que es la sensualidad agresiva la que produjo la muerte pero que estando al propósito del actor y al resultado de los hechos es indudable que ellos están sancionados por el artículo 203 del Código Penal"[227]. Este criterio parece ser el que, finalmente, se ha impuesto; ya que en la Ejecutoria del 11 de octubre de 1972, se dice: "la muerte de la menor agraviada, se produjo como consecuencia de la asfixia que le causó aquel al taparle la boca y nariz para evitar que la agraviada gritara cuando era víctima del sedimento carnal a que la sometió en forma brutal se concluye que no se han cometido los delitos de homicidio y contra el honor sexual en forma independiente, sino que se trata del caso a que se refiere el artículo 203 del Código Penal"[228].

También la Corte Suprema ha invocado (aunque sin la debida corrección) el artículo 84 al juzgar los casos en que el resultado producido es de una especie diferente al querido. Así, estima que ha de aplicarse cuando se "arroja un globo lleno de agua a una persona que no jugaba carnaval y que en su propio domicilio está dedicada a su trabajo" y va "hacer blanco en el vaso de Kola que tenía en las manos una menor, el que al romperse le causó una herida en la nariz". Ya que, "es evidente que constituye una ofensa" arrojar un globo en esas condiciones y "el acto que practicó (el acusado) aunque haya dado resultado distinto del que él se propuso constituye delito". Pero, en lugar de afirmar que se trata de un acto

225 En *Anales Judiciales,* 1943, p. 407.

226 Analizado en este mismo numeral.

227 Esta disposición señala que "En los casos de los artículos 196 a 202, la pena será penitenciaría no menor de cinco años, si los actos cometidos causaren la muerte de la víctima y si el delincuente pudo prever este resultado; y penitenciaría no menor de tres años si los actos cometidos causaren un grave daño a la salud de la víctima y si el delincuente pudo prever este resultado, o se entregó a actos de crueldad".

228 *Boletín Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la República,* N.º 5-7, p. 289.

doloso (como lo hizo en otros casos), sostiene que se trata de un delito culposo[229]. De esta manera, se aproxima a la solución correcta, consistente en admitir un concurso ideal entre la tentativa de la infracción querida y la comisión culposa del resultado producido[230].

En su segunda parte, el artículo 84 estatuye que "no se tomarán en cuenta las circunstancias agravantes que derivan de la cualidad del ofendido y se considerarán, al contrario, para los efectos de la represión, las circunstancias subjetivas en las cuales ha deliberado y ejecutado el delito y las cualidades inherentes a la persona contra la cual su acción estaba dirigida". Esto significa que el delito es también realizado cuando el autor, precisamente a causa de un error sobre los hechos o de una modificación de la relación de causalidad, ha lesionado a una persona distinta. El juez fijará la pena sin tener en cuenta las circunstancias agravantes que derivan de la persona lesionada; por ejemplo, si un hijo mata a su padre creyendo que es un tercero, será castigado por homicidio, mas no por parricidio (artículo 151); si él mata a un tercero, por el contrario, en circunstancias que quería la muerte de su padre, el autor será condenado como parricida, pues el artículo 84 dispone que el juez tomará en consideración para fijar la pena, los elementos subjetivos que han determinado al autor a ejecutar su acto y las circunstancias personales del sujeto al que se quiso lesionar realmente. La fuente legal de esta disposición es el artículo 14 del proyecto italiano de 1918[231]. El legislador peruano ha preferido la solución positivista. La Corte Suprema, en nuestra opinión, no ha interpretado correctamente esta disposición. Así, opina que "funciona el artículo 84 Código Penal, que autoriza a considerar las circunstancias atenuantes y hace desaparecer las agravantes. Como lo sostiene el Tribunal sentenciador, el delito investigado y juzgado, es el de lesiones que causaron la muerte de la ofendida (esposa del agente) y cuyo resultado, en forma relativa, pudo prever el acusado", quien arrojó "no una sino muchas piedras a su suegro"[232].

229 En *Anales Judiciales* 1940, p. 180.

230 Ver: ejecutoria del 31 de julio de 1939, en *Revista de los Tribunales,* 1939, p. 465.

231 "Quando alcuno per errore o per altro accidente commette un delito in pregiudizio dì persone diversa de quella contro la quale aveva diretta la propria azione, non sono poste a carico di lui le circostanze aggravanti che derivano della qualiàt dell' offesso o dannegiato e gli sono valutate, agli effetti della sanzione, le circostanze soggettive nelle quali ha deliberato ed eseguito il delitto e in qualità inerenti alla persona contra la quale l'azione era diretta". Ver: Ferri, Enrico, *Relazione sul Progetto preliminare di codice penale,* Roma, 1921, p. 33.

232 Ejecutoria del 25 de noviembre de 1940, en *Anales Judiciales,* 1940 p. 180.

58. *Artículo 85, inciso tercero.* Según esta norma está exento de pena el que obra "impulsado por amenaza de sufrir, un mal inminente y grave". En este caso la voluntad con la que actúa el autor se haya viciada. No hace desaparecer la voluntad, sino que limita, restringe su libertad. La fuerza física irresistible, por el contrario, la elimina totalmente; por esto, se afirma que el sometido a la *vis absoluta* no actúa. Él es en realidad un instrumento de quien ejerce la fuerza física irresistible[233]. Tampoco, debe ser confundida esta circunstancia con el estado de necesidad[234]. La persona coaccionada obra bajo la presión anímica producida por la amenaza que se le formula. En realidad, a ella no se le puede exigir –en tales circunstancias– un comportamiento distinto. Por esto, es totalmente correcto considerar a la coacción como una de las "causas de inculpabilidad que se originan en la *no exigibilidad de otra conducta*"[235]. El Derecho no exige comportamientos heroicos; no puede pretender que el común de las gentes se sacrifique a uno de los suyos para evitar la producción de un daño a un tercero. Amenaza "es la condicional promesa de un mal pendiente de la voluntad del sujeto amenazante"[236]. La condición es que el mal se ejecutará en caso de que el coactado no cumpla con la exigencia del agente amenazante. El mal con que se amenaza debe ser grave e inminente. La gravedad puede depender de la naturaleza del bien jurídico o de la magnitud del daño. La producción del mal no debe ser remoto y no debe depender de causas extrañas a la voluntad del coaccionados Ricardo Núñez dice que "el mal es inminente cuando es efectivo y de realización inmediata"[237].

La producción del mal no solo puede ser orientada hacia la persona o bienes del amenazado; también puede consistir en un peligro para la persona o bienes de un tercero. Es de tener en cuenta que el amenazado no esté obligado a afrontar el mal[238].

La inculpabilidad y no punibilidad del coaccionado no implican la impunidad de quien lo coaccionó. Todo lo contrario, este responde por el acto delictuoso que obligó a ejecutar.

---

233 Ver *supra* 8.

234 Ver Bettiol, *Diritto Penale*, cit., p. 311.

235 Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, cit., VI, p. 883.

236 Maurach, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 467.

237 *Derecho penal*, t. II, p. 126.

238 Ver: Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, cit., t. VI, p. 882; consultar bibliografía citada por este autor,

59. *La culpa.* Ha sido tradicionalmente considerada con el dolo como una especie de la culpabilidad. Esta concepción ha sido muy discutida en la doctrina moderna, y los defensores de la teoría de la acción finalista la rechazan categóricamente. Ellos afirman que la distinción entre actos delictuosos dolosos y los delitos culposos es ajena a la determinación de la culpabilidad. De esta manera, los finalistas modifican completamente las nociones de dolo y de culpa[239]. Esta concepción ha influido bastante la jurisprudencia alemana, y sus adversarios han debido tenerla en cuenta. Por ejemplo, el profesor Jescheck sostiene que la culpa no es una forma de la culpabilidad, sino también un tipo particular de acto punible con estructura propia tanto en el dominio de la culpabilidad como en el de la antijuricidad[240]. El autor de una infracción cometida culposamente es castigado solo cuando la ley lo establece expresamente (artículo 81 inciso 1). Junto a la infracción dolosa, el legislador regulará pues de manera expresa el delito culposo[241].

60. *Artículo 82.* El párrafo segundo de este artículo estatuye: "Comete delito por negligencia, el que, por una imprevisión culpable, obra sin darse cuenta o sin tener en cuenta las consecuencias de su acto. La imprevisión es culpable, cuando el autor del acto no ha hecho uso de las precauciones impuestas por las circunstancias y por su situación personal". Nuestro legislador ha empleado, en la parte especial del Código, para describir los delitos culposos, el llamado "simple tipo causal". Por ejemplo, en el artículo 156 al prever el homicidio por negligencia, establece: "El que, por negligencia, causare la muerte de una persona, será reprimido".

Sin embargo, el legislador no solo ha prohibido un resultado dañino; él ha proscrito, sobretodo, la realización de un comportamiento peligroso que pue-

239 Ver: WELZEL, Das *Deutsches Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, cit., pp. 122 y ss.; del mismo autor: *Fahrlässigkeit und Verbrechendelikte*, 1961; MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 468 y ss.; NIESE, W., *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Tubingen*, 1951, p. 60.

240 Es la concepción actualmente dominante en Alemania, cfr, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 374, n. 6; MEZGER, Edmund y Hermann BLEI, *Strafrecht I. Studienbuch*, cit., p. 214.

241 La fuente legal de la disposición peruana es el artículo 19, inciso 1, del anteproyecto suizo de 1916. El Código Penal alemán no contenía una disposición parecida. Los juristas alemanes admiten la represión de los delitos cometidos por negligencia si la interpretación de la ley lo permite sin ninguna duda: SCHÖNCKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., p. 519; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 377; BAUMANN, Jürgens, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 436 y 437. El nuevo texto del artículo 15 del Código Penal alemán dice: "Strafbar ist nur vorsätzliches Handeln, wenn nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrucklich mit Strafe bedroht".

de producir la lesión de un bien jurídico. Como en el caso de las infracciones dolosas, este comportamiento es un acto consciente y voluntario y constituye la causa adecuada del resultado dañino.

No se puede deducir la existencia de una culpa punible de la sola producción del resultado. En otros términos, el resultado no es una condición objetiva de la represión, ya que se encuentra en una relación directa de causalidad con el acto del agente[242].

61. *En todas las disposiciones* de la parte especial, que describen delitos culposos, el orden jurídico impone tácitamente a los miembros de la comunidad la "atención necesaria" para evitar ciertos resultados dañinos. El autor debe tener cuidado del peligro y adecuar correctamente su comportamiento, considerando las condiciones de la acción, sus causas y consecuencias y las circunstancias de hecho que la acompañan.

Este deber es, sin duda alguna, directamente proporcionado a la importancia del bien jurídico protegido y al grado de peligro[243]. Una vez que ha tomado consciencia del peligro[244], el autor debe, normalmente, abstenerse de actuar, si no puede evitar que el resultado no se produzca. Si este acto, es, sin embargo, permitido en razón de su utilidad social, el autor deberá tomar las medidas de precaución, de control y de vigilancia que exigen las circunstancias; es el caso, por ejemplo, de recurrir a medios de transporte muy rápidos. Si la realización del acto exige una preparación o conocimientos particulares, el agente debe, previamente, informarse o adquirir la capacidad y la experiencia necesaria para cumplir el acto sin que el resultado delictuoso se produzca[245].

La observación objetiva (*ex ante*) del comportamiento del autor –abstracción hecha de su situación personal o de su capacidad– permite determinar si él ha respetado el deber general de atención, que es excluido por el orden jurídico. La violación de este deber permite establecer el carácter ilícito del acto, no la culpabilidad del autor. Partiendo de esta afirmación, es justo ver en la fórmula

242 DUBS, Hand, "Die fahrlässigen Delikte im modernen Strafrecht", en *Revue Pénale Suisse,* 1962, p. 35; SCHWANDER, Vital, *Das schweizerische Strafgesetzbuch,* cit., pp. 69 y 94; GRAVEN, Jean, "Comment le droit suisse réprime-t-il les infractions par négligence?", en *Revue international de criminologie et de pólice technique,* 1966, p. 183.

243 JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts,* cit., p. 383.

244 Es necesario, en principio, que el autor pueda reconocer el peligro.

245 MAYER, Walter, "Les problèmes posés dans le droit pénal moderne par le développement des infractions non intentionnelles", en *Revue internationale de droit pénal,* 1961, p. 1114; GRAVEN, "Comment le droit suisse réprime-t-il les infractions par négligence?", cit., p. 184.

de nuestro Código ("La imprevisión es culpable cuando el autor no ha usado las precauciones exigidas por las circunstancias") una indicación relativa a la antijuricidad[246].

62. *La apreciación de la culpabilidad.* Esta apreciación depende, por el contrario, de la facultad del autor de reconocer y de cumplir el deber de atención consistente en prever, luego evitar el resultado ilícito. Esta capacidad depende esencialmente del agente, de su formación, su instrucción, sus facultades intelectuales, su memoria, su capacidad profesional y su estado psíquico en el momento del acto[247].

Si el resultado era imprevisible o inevitable no será imputado al autor, ya que aun cuando él hubiese tomado las precauciones, el resultado dañino se habría producido. La inobservancia de las medidas de precaución es generalmente debida a un error sobre los hechos o sobre el carácter ilícito del acto. Considerar el error como la esencia misma de la culpa sería sin embargo inexacto. El juicio sobre la culpabilidad no descansa sobre el error; sino, por el contrario, sobre la voluntad del deber de atención que da lugar al error, y por consecuencia, al resultado. Además, no hay culpa en todos los casos en que el autor ha actuado por error[248].

63. *Caso de culpa.* Considerando que la falta de atención del agente afecta a la previsión del resultado o a la posibilidad de evitarlo, la doctrina distingue dos clases de culpa: la culpa consciente y la culpa inconsciente. Esta terminología es discutible, pues ella sugiere como posible una "culpabilidad inconsciente". Sería más exacto hablar de "culpa con representación" y de "culpa sin representación"[249].

246 SCHWANDER, Vital, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, cit., pp. 71 y 94; cfr. GERMANN, "Vorsatz Probleme dargestellt auf Grund kritischer Analyse der neueien Judikatur des Schweiz. Bundesgerichts", en *Revue Pénale Suisse*, 1961, p. 388, n. 7 *in fine*; BAUMANN, Jürgens, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 441 y 442; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 375; MEZGER, Edmund y Hermann BLEI, *Strafrecht I. Studienbuch*, cit., pp. 215 y 217; KOHLRAUSCH-LANGE, *Strafgestzbuch*, cit., p. 225.

247 JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 394; GERMANN, Oskar, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, cit., p. 182; DUBS, Hand, "Die fahrlässigen Delikte im modernen Strafrecht", cit., pp. 36 y 38; THORMANN, Philipp y Alfred VON OVERBECK, *Das schweizerische Strafgesetzbuch-Kommentar. Allgemeine Bestimungen*, p. 101; LOGOZ, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse*, cit., p. 69.

248 QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Derecho penal de la culpa*, cit., pp. 256 y 257.

249 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito*, cit., p. 378.

En la culpa consciente, el autor se representa el peligro, pero lo subestima y piensa poder evitarlo; ella comporta en realidad un vacío en la voluntad del autor, quien a sabiendas no tiene en cuenta la eventualidad del resultado. Es de distinguir entre esta clase de culpa y el dolo eventual. En ambos casos el autor se representa como posible el resultado dañoso; pero, mientras que en el dolo eventual el autor se conforma, se adecúa al resultado; en la culpa consciente, el agente aleja de su espíritu tal representación, espera que no tendrá lugar el resultado[250].

Por el contrario, hay culpa inconsciente cuando el autor ignora la eventualidad del resultado. El autor ha faltado a su deber de atención. Esta clase de culpa revela una falta de perspicacia y de voluntad de parte del autor o su mal uso. El legislador peruano ha consagrado esta distinción en el artículo 82 párrafo segundo ("Comete delito por negligencia, el que obra sin darse cuenta o sin tener en cuenta las consecuencias de su acto"). Estas dos clases de culpa no constituyen grados diferentes de culpabilidad. Es imposible afirmar, *a priori*, que la culpa consciente sea más grave que la negligencia inconsciente[251].

La jurisprudencia de la Corte Suprema referente a los delitos culposos no es del todo coherente. Pero, en muchas de sus resoluciones nuestro máximo tribunal señala, correctamente, las condiciones necesarias para considerar que ha existido culpa. Estima, por ejemplo, que es indispensable que el autor haya realizado una acción directamente vinculada con el resultado y que, en las circunstancias en que actuó, haya podido preverlo. De esta manera, sostiene que el delito culposo "siempre supone la acción directa del responsable, sea por omisión, descuido o negligencia" y considera que el agente "sin cultura, no podía haber previsto la gravedad del hecho para buscar una atención médica inmediata"[252]. En reiteradas ejecutorias afirma, adecuadamente, que la imprevisión causante del resultado sea "culpable". Los criterios aplicados son –con bastante frecuencia– correctos mereciendo destacarse que no hace depender el reproche de culpabilidad de la simple violación de disposiciones reglamentarias. Por el contrario, el respeto a tales disposiciones, le permite afirmar la inculpabilidad del agente. Así, por ejemplo, absuelve a un acusado, afirmando que "no incurrió en ninguna infracción del Reglamento de Tránsito y que el lamentable accidente procede de

250 Ver *supra* 50.

251 Logoz, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse*, cit., p. 71; Schwander, Vital, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, cit., p. 96; Baumann, Jürgens, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 445.

252 Ejecutoria del 28 de setiembre de 1950, en *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1950, p. 1407.

caso fortuito"[253]. Existen casos, sin embargo, en que la Corte Suprema se aleja de esta opinión y tiene en cuenta, sobre todo, la relación de causalidad existente entre el acto y el resultado[254].

64. *Los reglamentos y ordenanzas de la policía.* Estos preceptos tienen por objetivo prevenir los comportamientos peligrosos. Su inobservancia no significa, necesariamente, un daño o una falta de atención. Sin embargo, esta violación de las medidas de seguridad constituye un indicio de la falta, de parte del autor, de atención necesaria para impedir el resultado[255]. Considerar responsable a una persona de la lesión de un bien jurídico, por el hecho que fue causada mediante un acto contrario a una disposición reglamentaria, es consagrar el viejo principio del *versari in re illicita*, contrario a los principios modernos de la culpabilidad y de la individualización de la pena.

253 Ejecutoria del 27 de abril de 1950, en *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1950, p. 624.

254 Ejecutoria del 22 de agosto de 1958, en *Revista del Foro*, 1958, p. 669.

255 Logoz, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse*, cit., p. 69; Thormann, Philippy Alfred von Overbeck, *Das schweizerische Strafgesetzbuch-Kommentar. Allgemeine Bestimungen*, cit., p. 100.

II
Legalidad, causalidad y culpabilidad: dogmática*

Sumario: 1. Introducción. 2. Dogmática tradicional. 3. La teoría de la infracción. 4. Culpabilidad. a. Cuestionamiento. b. Responsabilidad y culpabilidad. c. Fuente legal del artículo 45 CP. 5. Reflexiones sobre la dogmática penal.

1. Introducción

Bajo la influencia de las ideas alemanas, transmitidas sobre todo por los juristas españoles, se habla entre nosotros de "dogmática penal" o de "ciencia penal". Esto constituye una clara manifestación que nuestros juristas[1], especial-

* En gran parte, el presente trabajo constituye una versión abreviada y modificada de nuestro artículo "El principio de legalidad, la relación de causalidad y la culpabilidad: reflexiones sobre la dogmática penal", publicado en la revista colombiana *Nuevo Foro Penal*, N.º 39, 1988, p. 11. Esta primera versión constituye, a su vez, la traducción del texto que preparamos para dictar nuestra lección inaugural, al ocupar la cátedra de Derecho penal y de procedimientos penales en la Universidad de Fribourg (Suiza). La versión original ha sido publicada en la *Revue pénale suisse* 1987, pp. 23-56. La justificación de la presente versión es, en parte, poner al alcance del lector peruano las ideas fundamentales que expusimos entonces.

1 Entre los no penalistas, citemos a ALZAMORA VALDEZ, Mario, *Introducción a la ciencia del derecho*, 7.ª ed., Lima 1980. Según este autor, p. 49, "La denominación 'Ciencia del Derecho' se emplea en tres sentidos: para designar a todas las disciplinas jurídicas; para referirse, solo a los estudios científicos sobre el derecho, excluyendo aquellos que tienen carácter filosófico, o únicamente a la 'dogmática jurídica'". En esta última acepción, abarcaría "el estudio del derecho vigente". RUBIO CORREA, Marcial, en su obra *El sistema jurídico. Introducción al derecho*, Lima 1991, se limita a hablar de doctrina (p. 229)

mente los penalistas, están generalmente convencidos de realizar una actividad de carácter científico: estudiar el derecho para hacer más fácil su aplicación. Bramont Arias[2], bajo el subtítulo de "El derecho penal científico", escribe: "La ciencia del derecho tiene por misión reducir a sistema los preceptos positivos, investigando los principios a que obedecen y obteniendo las consecuencias. En esta labor la ciencia del Derecho desenvuelve e integra las normas del Derecho positivo. Pero su eficacia es solamente a través de este y no puede tampoco considerarse como fuente del Derecho penal". Con menos rigor, pero en el mismo sentido, Villavicencio[3] dice, refiriéndose a la "dogmática jurídico-penal", "está encargada de formular reglas para la decisión jurídico penal de un caso a un nivel de abstracción medio. Es, pues, el estudio normativo o jurídico del delito; con ella trabajan la ciencia del derecho penal y la jurisprudencia penal [...]". Interesante resulta observar cómo Roy Freyre[4] distingue entre una "etapa pre-científica del Derecho Penal" y otra posterior en que se realizan "investigaciones decisivas para la edificación científica de la dogmática penal" (mitad del siglo XVIII a fines del siglo XIX). Proceso que culminará en una tercera etapa dominada por el carácter científico de la parte general ("[...] todo lo cual se reintegra para conformar una armoniosa y subyugante construcción teórica que tiene sólidos cimientos en la legislación penal contemporánea")[5]. Por su parte, Villavicencio[6] manifiesta que la "teoría del delito nace de la ley y se desarrolla como un sistema de conceptos a través de un proceso de abstracción científica".

Al término dogmática, sin embargo, se le da igualmente una connotación peyorativa[7]. A partir de criterios inspirados de una concepción positivista de la ciencia y, asimismo de los aportes hechos por las ciencias sociales, se ha negado el carácter científico al estudio del derecho por parte de los juristas. Se les re-

---

y, al tratar de la interpretación, actividad propia de la dogmática jurídica, dice "la teoría de la interpretación no constituye, propiamente hablando, una ciencia o parte de una ciencia" (p. 267).

2 *Derecho Penal, Parte General*, t. I, Lima 1972, p. 133.

3 *Lecciones de derecho penal. Parte General.* Lima, 1990, p. 29. La impresión del texto citado radica en el hecho que el autor, sin dar alguna razón, parece distinguir entre la dogmática penal y la ciencia del derecho penal.

4 *Derecho Penal, Parte Especial*, t. I, pp. 31 a 33.

5 En opinión de Alzamora, *Introducción*, p. 50: "Los orígenes del estudio científico del derecho positivo, esto es, de la Dogmática Jurídica, se remontan al Derecho Romano".

6 *Lecciones*, p. 99.

7 Según Hassemer, Winfried, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München 1981, p. 84. "A los juristas se les reprocha haber perdido contacto con la sociedad y con la realidad, así que el término dogmática deviene un insulto".

procha su "dogmatismo", su incapacidad para elaborar un sistema susceptible de tener en cuenta los factores sociales e, igualmente, su ineptitud para evitar el formalismo tautológico[8]. Su actividad se distinguiría por la elaboración de análisis extremadamente teóricos[9] con pretensión de formular verdades absolutas. Calificar, en consecuencia, a un jurista o al resultado de su trabajo de dogmático constituye un juicio de valor negativo.

Entre nosotros, los penalistas peruanos[10], no se ha reflexionado suficientemente sobre los métodos y fines de nuestra actividad intelectual. Se da por supuesta la existencia de una ciencia penal nacional y se le invoca con frecuencia para fundamentar o explicar algunas afirmaciones. Por ejemplo, consecuente con sus ideas, Roy Freyre[11] afirma "no creemos que sea un criterio científico de diferenciación, entre las lesiones dolosas que son delictivas, recurrir a los días de asistencia facultativa o días de descanso que señalen los certificados médicos". Y para rechazar la responsabilidad objetiva, en relación con el artículo 167 del Código derogado, sostiene "a estas alturas del siglo XX podemos afirmar que el Derecho Penal, cualquiera que fuese la ideología política legiferante, es una **ciencia de la culpabilidad**, no así del resultado"[12] .

El cuestionar la ciencia del derecho (dogmática jurídica) no es sin embargo de naturaleza puramente lingüística. Por esta vía, se llega a discutir los fundamentos mismos de la actividad de los juristas y la importancia de su función social. Esto permite comprender más fácilmente el aferramiento de los juristas en defender el carácter científico de sus trabajos[13].

---

8 Cf. CERRONI, Umberto, *Introduzione alla scienza soziale*, Roma 1976, p. 159 (citado: *Introduzione*).

9 ANCEL, Marc, *La défense sociale nouvelle*, 3.ª ed., París 1981, p. 211, 215/16 (citado: *Défense sociale*). Traducción española: *La nueva Defensa social (un movimiento humanista de política criminal humanista)*. Buenos Aires, La Ley. 1961.

10 Esta observación ha sido también formulada en Alemania, ver: ZWEIGERT, Konrad, "Rechtsvergleichung. System und Dogmatik", en *Festschrift Bötticher*, 1969, p. 444 (citado: *Rechtsvergleichung*), afirma correctamente que "Dogmática es una palabra tanto de un uso muy frecuente como objeto de poca reflexión".

11 *PE.* I, p. 324 s.

12 *PE.* I, p. 331, subrayado del mismo autor. No se trata de un caso aislado; así, VILLAVICENCIO, citando a uno o dos autores, a la "ciencia penal peruana" (*Lecciones*, p. 50, 233).

13 Cf. NINO, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, México 1974 (citado: *Consideraciones*), p. 15. Lo que no debe hacernos olvidar la lucidez con la que LEVY-STRAUSS, *Antropologie structurelle*, París 1973, reimpresión 1985, p. 361, confiesa, al final de una vida consagrada enteramente a las ciencias sociales y humanas, "no sentir embarazo alguno en reconocer

2. Dogmática tradicional

Si se consideran las críticas formuladas, con más frecuencia, contra la dogmática, se observa que están dirigidas contra ciertos aspectos de la llamada dogmática tradicional. Esperando no caricaturizarla, señalemos resumidamente las notas que se le atribuyen[14]:

- *Primero*, concebir el derecho como un sistema perfecto que proporciona soluciones o respuestas a todos los casos jurídicos imaginables.
- *Segundo*, admitir que la ley adquiere –una vez dictada– vida autónoma y que su significado evoluciona de acuerdo a los cambios sociales.
- *Tercero*, considerar como función de los juristas –científicos del derecho– la de describir y fijar esta evolución.
- *Cuarto*, reconocer que la misión del juez o del comentarista se limita a descubrir la regla general que será aplicada al caso concreto.

Según esta concepción, los juristas realizan, mediante los métodos propios a su actividad científica, una abstracción de primer nivel; es decir, a partir del material de base –constituido por las normas legales– formulan conceptos jurídicos claros y ciertos. Luego, utilizan estos conceptos para elaborar abstracciones de un nivel superior. El resultado final es un conjunto sistemático y coherente de proposiciones, formado exclusivamente sobre la base de normas jurídicas positivas. Además y debido a la complejidad de la aplicación de la regla al caso concreto, deben proceder a la integración sistemática, coherente y dinámica de los conceptos jurídicos que forman parte de todo el orden jurídico. Dicho de otra manera, el juez o el intérprete debe ser capaz de sintetizar los elementos ofrecidos por el orden jurídico.

El método dogmático es concebido como un proceso de tres etapas: en primer lugar, determinación de las premisas o de los "dogmas", punto de partida del razonamiento dogmático; en segundo lugar, deducción, con la ayuda del

---

que entre dichas ciencias y las ciencias exactas o naturales, no se puede simular una verdadera paridad; que estas son ciencias y las otras no lo son; y que si se les designa no obstante de la misma manera, es en virtud de una ficción esquemática y de una esperanza filosófica que no es aún confirmada; en consecuencia de esto, el paralelismo implicado [...] revela una representación quimérica de la realidad".

14 Nino, *Consideraciones*, p. 30 y s.; Alessandro Baratta, op. cit., p. 6 y s.; Ross, Alf, *Towards a realistic Jurisprudence (A criticism of the dualism in Law)*, 1946, p. 46-48, 62-63; A. Casamiglia, "Sobre la dogmática jurídica: presupuestos y funciones del saber jurídico", en *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, n. 22 (*Metodología y derecho privado,*), Granada 1982, p. 237.

razonamiento "lógico-deductivo", de los conceptos y principios implícitos en los "dogmas" y, por último, formulación de un sistema completo y coherente.

Una elaboración dogmático-penal, muy apreciada por los juristas, es la teoría de la infracción (*Verbrechenslehre*). Su evolución constituye un buen ejemplo de la manera como los penalistas consideran que desarrollan una labor de carácter científico. Por esto creemos necesario presentar sucintamente los principales pasos dados por los penalistas en este dominio.

3. La teoría de la infracción

Este aspecto de la labor intelectual de los juristas se percibe mejor al analizar la manera como los juristas recurren a la elaboración de "teorías"[15]. Primero es de señalar la ligereza con que este término es utilizado. A veces, se tiene la impresión que los juristas presentan sus opiniones bajo la designación de teorías con la idea que explican un aspecto de la realidad, el funcionamiento o la naturaleza de una institución o de un concepto jurídico. En la medida que la explicación concuerde con la realidad, la teoría sería científica.

La llamada teoría del delito aparece, por ejemplo, como la descripción de la infracción penal. La dogmática trata así de ofrecer una definición general válida y necesariamente aplicable a todo derecho positivo. Esta teoría, luego de haber sido elaborada sobre la base de una ley penal, sería aplicable a todas las demás. Esto no podría ser de otra manera puesto que toda ley, para ser eficaz y justa, debe tener en cuenta la descripción objetiva establecida por la teoría. Esta aparente paradoja es incita a la dogmática penal.

Al interior de la teoría del delito[16] se han elaborado otras teorías o subteorías. Por ejemplo, la teoría de la culpabilidad. De esta manera se habría logrado

15 Nino, *Consideraciones*, p. 55, 77 s.; Carrió, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires 1976, p. 74.

16 La ley es así considerada como la base sobre la cual la teoría de la infracción debe ser elaborada por ejemplo, Jescheck, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts*, A.T., 3.ª ed., Berlín, 1978, p. 157, dice: "La teoría general del delito debe deducirse de la ley". Traducción y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, *Tratado de derecho penal. Parte general.* vol. 2 Cf. Germann, Oskar A., *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, Zürich, 1942, p. 21. En Francia el análisis de la noción de infracción ha sido hecho según el mismo procedimiento. Así Vidal/Magnol (*Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 9.ª ed., 1947, tomo I, p. 76) definen la infracción como "la violación de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, producto de un acto externo del hombre, positivo o negativo, socialmente imputable, no justificándose por el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho y sancionado con una pena por la ley".

perfeccionar este instrumento conceptual, así como reforzar la idea que no hay pena sin culpabilidad.

Pero, si es cierto que toda ley penal moderna consagra, más o menos claramente, el principio de la culpabilidad, es también evidente que no todas las leyes han sido formuladas de acuerdo a la misma teoría. El Código Penal derogado, de inspiración suiza, por ejemplo, fue redactado en una época en la que la concepción causalista predominaba. Esto no impide, sin embargo, que se interpreten sus disposiciones a la luz de la concepción normativa o de la teoría finalista.

En la perspectiva de los juristas, estas dos últimas teorías constituirían una explicación más completa del elemento culpabilidad; y, al mismo tiempo, permitirían inferir los criterios que se hallan implícitos en la ley.

Estas ideas son las que han sido progresivamente recepcionadas en nuestro medio. Esta transferencia de concepciones doctrinales no ha tenido lugar a través de la recepción de las concepciones suizas (fundamentalmente de origen alemán) consagradas en los proyectos de Código Penal que sirvieron de modelos a nuestro legislador. Se importó el texto de la disposición, ignorando el contenido (sentido de la norma) que buscaban darle sus redactores y que se hallaba expuesto en las actas de las comisiones revisoras y en los diversos trabajos teóricos que habían sido elaborados para explicar o justificar los criterios consagrados[17]. Esto queda evidenciado por dos hechos: el primero, la ausencia de esfuerzos eficaces para llegar a conocer las fuentes originales (bibliografía y decisiones judiciales) redactadas, principalmente, en alemán y, accesoriamente, en francés o italiano (las tres lenguas oficiales de Suiza) y, el segundo, la incapacidad, debido a las mismas circunstancias, para conocer la evolución de las ideas y de los procesos de reforma suizos. Nada extraño, en consecuencia, que el Código de 1924 no haya sido aplicado teniendo en cuenta las ideas que inspiraron a sus autores, aplicadores y exégetas, adecuándolas a nuestra realidad, ni que los redactores de los proyectos y del nuevo Código hayan abandonado el modelo helvético para seguir, sobre todo, modelos más accesibles; por ejemplo, los proyectos y el Código español, los Códigos de Colombia, Brasil o Portugal.

La recepción de las ideas alemanas ha tenido lugar mediante los libros o artículos traducidos al español. Uno de los pioneros de esta labor de difusión, como ya lo hemos señalado, fue Jiménez de Asúa. Tradujo, por ejemplo, el *Tratado de derecho penal* de Franz von Liszt y escribió su libro la *Ley y el delito* que

17 Es de recordar que Stooss y los demás juristas suizos encargados de la elaboración del Código Penal crearon y propulsaron la *Revue Pénale Suisse* en el contexto del movimiento de reforma en el que participaban.

se convirtió en libro de estudio entre nosotros[18]. Es interesante destacar que esta obra no fue elaborada sobre la base de una sola ley penal; por lo que las ideas penales eran expuestas haciendo referencia a diversas leyes extranjeras. Junto a Jiménez de Asúa, es de mencionar a Sebastián Soler como introductor de las ideas penales en nuestro medio.

Un seguidor fiel de las ideas de Jiménez de Asúa ha sido Bramont Arias quien, en su primer libro *La Ley penal*, acoge y aplica a nuestro Código Penal las nuevas concepciones de origen germánico. El *Derecho Penal Argentino*[19] fue muy consultado por amplios sectores de abogados y juristas[20]. Entre las obras alemanas traducidas al español que fueron difundidas en nuestro medio, destacan las de Edmund Mezger[21], Reinhart Maurach[22] y Welzel[23].

A pesar que en las obras de estos dos últimos autores se exponían las ideas de la concepción finalista y que diversos otros trabajos alemanes de la misma orientación fueron difundidos entre nosotros, los penalistas nacionales[24] no se afiliaron a las nuevas ideas muy en boga en otros países latinoamericanos; por ejemplo en Argentina. Es nuevamente de este país que procederá el impulso que va hacer ganar terreno a las nuevas ideas germánicas. Influencia debida sobre

18 Era el texto recomendado, durante muchos años, por BRAMONT ARIAS en la Universidad de San Marcos y continúa difundiéndose, en América Latina, mediante sucesivas reimpresiones hasta la actualidad.

19 Comprende cinco tomos y fue publicada en Buenos Aires, 1956.

20 Un ejemplo de autores que se reclamaron seguidores del jurista argentino es Peña Cabrera, cuyo *Derecho Penal Peruano, Parte Especial*, 1.ª ed., Lima, 1964, denota una clara influencia de la obra de Soler.

21 *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, dos tomos. Traducción de José Rodríguez, Madrid, 1946.

22 *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, dos tomos. Traducción de Juan Córdova Roda, Barcelona, 1962.

23 *La teoría de la acción finalista*, Buenos Aires, 1951; *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Traducción de José Cerezo Mir, Barcelona, 1964.

24 A pesar de habernos familiarizado con estas ideas, primero, leyendo las obras de Welzel y Maurach traducidas al español y, luego, mientras elaborábamos nuestra tesis doctoral en Neuchâtel (Suiza), preferimos seguir explicando la teoría del delito dentro de una corriente cercana a la prevaleciente en nuestro medio. Con este objeto optamos por la concepción social de la acción que pretendía, en el fondo, conciliar los criterios extremos. Sin embargo, el lector honesto y advertido podrá advertir, ya en las dos ediciones de nuestro *Manual*, la utilización frecuente que hacemos de las ideas finalistas. A partir de inicios de la década del ochenta, hemos privilegiado la orientación finalista. La moda ha pasado, los espíritus se han calmado y nuestro medio está quizás mejor preparado para recibir estas ideas que deben ser repensadas de acuerdo a nuestras necesidades.

todo a las obras del jurista argentino Zaffaroni[25]. Esta influencia es notoria, en especial, en la obra de Felipe Villavicencio[26], quien con entusiasmo se ha afiliado, plenamente, a la concepción finalista.

4. Culpabilidad

a. Cuestionamiento

La culpabilidad es considerada como piedra angular del derecho penal liberal. Sin embargo constituye una de las nociones más discutidas. Aun cuando se hable de culpabilidad, no se le atribuye el mismo contenido. Los criterios sostenidos van desde la defensa rígida de la culpabilidad como noción indispensable para la elaboración de un derecho penal liberal hasta su negación calibrándola de noción metafísica. Si esta última posición no es nueva, en los últimos años alcanzó cierta difusión. En la doctrina hispánica, esto se debió sobre todo al interesante trabajo de Gimbernat: ¿Tiene un futuro la dogmática penal? La discusión impulsada por este jurista español ha influenciado bastante los intentos de reelaborar la noción de culpabilidad.

Sin que haya habido entre nosotros una discusión seria sobre la culpabilidad y sin tener en cuenta tanto las enseñanzas del derecho comparado como los análisis más serios que se han publicado últimamente, se ha eliminado, al menos formalmente, toda referencia a la culpabilidad en el nuevo Código Penal. Se le ha reemplazado por la noción de responsabilidad. De esta manera y siguiendo las "últimas novedades de la ciencia", se ha creído tomar la vanguardia de los movimientos de reforma. Sin pensar que, en un país como el nuestro, tales cambios terminológicos crean confusión e inseguridad.

El debate en torno a la culpabilidad implica, en realidad, el análisis de los criterios utilizados para considerar a una persona responsable de un acto delictuoso. Este es el objetivo actual de la confrontación entre la vocación retributiva y la misión preventiva del derecho penal. La evolución de las ideas de política criminal y la importancia que han adquirido hoy en día, permiten comprender el significado y la amplitud de la impugnación de que es objeto el principio de culpabilidad.

---

25 Basta citar su *Manual de Derecho Penal. Parte General*, dos tomos. Lima 1986.

26 *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Lima, 1990. Lamentablemente, su desconocimiento del alemán le impide consultar las fuentes directas.

b. Responsabilidad y culpabilidad

Siguiendo la sistemática del Código derogado (Título IX del Libro Primero), en el Proyecto de setiembre de 1984, se preveía un Título VIII bajo la denominación "Condiciones de culpabilidad" (artículos 16 y ss.), no existía un título denominado "Del hecho punible"; por el contrario, se regulaban las penas. No, en el Proyecto de octubre de 1984, se prevé un Título II: "El delito", subdividido en ocho capítulos. Los cuatro primeros tratan de la "forma del hecho", las "causas de justificación", la "imputabilidad" y la "culpabilidad". Esta sistemática es seguida también en los Proyectos de 1985 (Título II) y 1986 (Título II). La denominación del Título es cambiada: "El hecho punible"; así como la de algunos capítulos: se utilizan la expresión "inimputabilidad" y se suprime la referencia a la "peligrosidad". En los Proyectos de 1990 (Título II, Del hecho punible) y 1991 (Título II, Del hecho punible), se vuelve a una sistemática más parecida a la empleada en el Código derogado. Los capítulos son organizados diferentemente y sus denominaciones son parcialmente modificadas: "Hecho punible" (Proyecto de 1990) o "Bases de la punibilidad" (Proyecto de 1991), "Causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal" (en ambos proyectos). El Proyecto de 1991 devendría el nuevo Código. De esta manera, se remplaza en la terminología del Código el vocablo "culpabilidad" por el de "responsabilidad".

En la exposición de motivos del Proyecto de 1990[27], retomada sin modificación alguna como exposición del Código, se dice lo siguiente: "El Proyecto consagra el importante principio de la coculpabilidad de la sociedad en la comisión del delito cuando prescribe que el juzgador deberá tener en cuenta, al momento de fundamentar el fallo y determinar la pena, las carencias sociales que hubieren afectado al agente (artículo 51, inciso1). En esta forma nuestra colectividad estaría reconociendo que no brinda iguales posibilidades a todos los individuos para comportarse con adecuación a los intereses generales, aceptando una responsabilidad parcial en la conducta delictiva, mea culpa que tiene el efecto de enervar el derecho de castigar que el Estado ejerce en nombre de la sociedad. La Comisión Revisora conceptúa que la culpabilidad compartida a la que se alude, disminuye o desaparece en la misma medida en que el delincuente haya tenido las oportunidades de comportarse según las normas de convivencia social".

Esta explicación se comprende como una justificación al cambio de concepción que se acepta en relación a la culpabilidad, elemento de la infracción.

27 Separata especial del diario oficial *El Peruano* del 17 de julio de 1990, p. 12. Ver: *Código penal*, promulgado por Decreto Legislativo n. 635. Diario oficial *El Peruano*, edición especial, abril de 1991, p. 9.

Cambio que se refleja en la nueva terminología empleada desde el inicio del Código para determinar el fundamento y el límite de la pena (artículos VII y VIII del Título preliminar). Sin embargo, en el artículos 52 del Proyecto de 1990, como en el artículo 46 del Código vigente, se establece que "para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el juez atenderá la responsabilidad y la gravedad del hecho punible [...]". Modificando de esta manera las fórmulas que se habían utilizado anteriormente: "los jueces apreciarán la culpabilidad y la peligrosidad del agente[...]" (Código derogado, artículo 51; Proyecto de 1984, artículo 39); "toma en cuenta la gravedad del hecho cometido y la personalidad del autor[...]" (Proyecto de octubre de 1984, artículo 60); "toma en cuenta la gravedad del hecho punible y la personalidad del autor [...]" (Proyecto de 1985, artículo 71; Proyecto de 1986, artículo 70).

Ahora bien, si se considera además que entre las causas que "eximen o atenúan la responsabilidad penal" (artículo 20 y ss., del Código vigente), se considera, por ejemplo, la legítima defensa (causa de justificación) debe concluirse que el término responsabilidad no es empleado en el mismo sentido que en el artículo 46 o en el párrafo citado de la exposición de motivos. En estos dos últimos casos, el sentido es más restringido que en el primero. En este, se trataría de la declaración de responsabilidad del agente que ha realizado todos los elementos del delito. El sentido restringido abarcaría solo a uno de los presupuestos de esta responsabilidad: presupuesto que, hasta ahora, ha sido denominado "culpabilidad".

La "coculpabilidad" o "culpabilidad parcial", a que se alude en la exposición de motivos, se comprende quizás mejor si se tiene en cuenta la explicación, dada en el mismo párrafo citado, de que la sociedad aceptaría así "una responsabilidad parcial en la conducta delictiva"; es decir, responsabilidad de que el autor haya cometido una acción típica, antijurídica y culpable. De esta manera, de un lado, la reacción penal seguiría, en parte, explicándose y justificándose en relación a la autodeterminación del agente en tanto persona y, de otro lado, la imposición de una pena determinada y la manera de ser ejecutada estarían condicionadas por el contexto social (sociedad económica y políticamente organizada por el Estado).

En consecuencia, para la aplicación de la pena el juez debería, primero, individualizar la pena dentro de los límites legales teniendo en cuenta la responsabilidad (culpabilidad) y gravedad del hecho. Para lo que debe de considerar lo que se denominaba "circunstancias objetivas y subjetivas", previstas en el Código derogado, artículo 51. En seguida, determinar y fundamentar la necesidad de la pena considerando: las carencias sociales que hubiere sufrido el agente;

su cultura y sus costumbres; y los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen (artículo 46, Código derogado). La culpabilidad o responsabilidad (*stricto sensu*) del agente no puede depender, por ejemplo, de los intereses de la víctima. Además, se distingue difícilmente la referencia a la cultura y las costumbres del agente (artículo 45, N.º 2) de la que se formula (artículo 46, N.º 8) en relación a la "educación, situación económica y medio social" del agente.

La imprecisión de la ley resulta tanto de la falta de ideas claras de lo que se trata de regular, como de un desconocimiento del modelo legislativo considerado y de una deficiente técnica legislativa.

c. Fuente legal del artículo 45 CP

Tratemos de analizar la fuente consultada para esclarecer, al menos en parte, lo que venimos de afirmar.

Se trata del Proyecto de reformas a la parte general del Código Penal de la nación Argentina, presentado por los señores diputados nacionales Nestor Perí y Oscar L. Fappiano, de la bancada del Partido Justicialista[28].

En este interesante proyecto, artículo 19, se establece la garantía de la judicialidad: "la cuantificación de la punición, la primera individualización de las penas y las ulteriores individualizaciones o modificaciones, la determinación del régimen de la pena de prisión y cualquier otra decisión judicial acerca de las consecuencias jurídicas del hecho o de su ejecución [...] se resolverá por el juez [...]". De esta manera, se consideran *grosso modo* dos etapas: la de la fijación de la pena ("cuantificación") y la de la "individualización" susceptible de modificación mientras dure la ejecución de la pena.

La cuantía de la punición, según el artículo 21, se fijará en cada caso dentro de los márgenes legales, "conforme a la extensión del daño o peligro provocados por el hecho y a la necesidad de prevenir hechos análogos por parte del autor". En su segundo párrafo se indica como límite de la punición "la medida del reproche que por el hecho pueda formulársele al autor". De esta manera, se señala la culpabilidad como límite de la punición y, en forma parcialmente semejante a la técnica empleada entre nosotros, se indican las circunstancias que se tendrán especialmente en cuenta:

28 *Revista de Derecho*, N.º 1, Lima, 1989, p. 245 y ss. El texto ha sido tomado de *Trámite Parlamentario*, N.º 121, del 13 de noviembre de 1987. Buenos Aires.

"1. La calidad de los motivos que determinaron al hecho.
2. La mayor o menor dificultad para comprender la criminalidad del hecho.
3. La mayor o menor dificultad para adecuar su conducta al derecho en razón de todas las circunstancias que rodearon al hecho y, en especial, de las sociales y económicas del autor".

A pesar la diferencia de terminología, más teórica la del proyecto argentino, las circunstancias indicadas son similares a las mencionadas en los textos peruanos. En todo caso, la perspectiva en la que se les considera es la de la culpabilidad ("reproche" formulado al autor; "responsabilidad" en sentido restringido).

Los criterios para practicar la "individualización de las penas según el grado de punición" (Título VIII), se establecen, en el capítulo I (Reglas generales), artículo 46. El juez en uso del prudente arbitrio que se le otorga procederá a "individualizar las penas y determinar las condiciones de su cumplimiento", teniendo en cuenta el objetivo principal, y lo que en cada caso resulte más idóneo para:

"1. Tutelar los intereses de la víctima, su familia o de las personas que de ella dependan.
2. Resolver satisfactoriamente los conflictos generados por el hecho.
3. Resolver satisfactoriamente los conflictos en cuyo marco hubiese tenido lugar el hecho.
4. Suplir las carencias sociales que hubiese sufrido el condenado.
5. Conservar o mejorar la salud psíquica y física del condenado.
6. Alcanzar el objetivo de la punición con el mejor empleo posible de la pena de prisión.
7. Motivar conforme a derecho la conducta futura del condenado".

En la perspectiva de esta disposición, la enumeración de estas circunstancias resulta coherente con los fines de las sanciones ("consecuencias jurídicas del hecho", conforme al lenguaje del Proyecto-Título IV). Según el artículo 15, el objetivo común de dichas consecuencias es "el mejor restablecimiento posible de la paz social" y, de acuerdo al artículo 17, el principal objetivo específico de la punición es "la prevención de hechos análogos por parte del sujeto".

Esta coherencia no está presente en los proyectos nacionales ni en el Código vigente. Sin tener en cuenta cabalmente la sistemática del proyecto argentino y la concepción en la que se funda, se han considerado, igualmente, dos momen-

tos que no han sido convenientemente precisados. En el artículo 45, se trata del "momento de fundamentar y determinar la pena" y, en el artículo 46, del momento de "determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley". Y es respecto al primero, recurriendo a la terminología del proyecto argentino, que se ordena al juez de tener en cuenta "las carencias sociales que hubiere sufrido el agente" y "los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que ellas dependen". Pero, ¿Cómo fundamentar la pena en las carencias sociales que haya padecido el agente o en los intereses de las personas que dependen de la víctima? Por el contrario, se comprende, en la perspectiva del proyecto argentino, que se trate, por ser factible a nivel de la ejecución de la pena, de "tutelar los intereses de la víctima [...]" (artículo 46, N.º 1, Proyecto argentino) o "suplir las carencias sociales que hubiese sufrido el condenado" (artículo 46, N.º 4, Proyecto argentino).

Estos defectos de técnica legislativa van obligar a realizar una serie de piruetas de interpretación para dar un sentido y hacer posible su aplicación. Explicar, por ejemplo, la relación entre el hecho de "fundamentar" la pena según las causas establecidas en el artículo 45 y las declaraciones formuladas en los artículos VII y VIII del Título preliminar: "la pena requiere de la responsabilidad penal del autor" y "la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho". Declaraciones que conciernen el fundamento y el límite de la pena. Conforme a la exposición de motivos[29], se diría "la responsabilidad penal como fundamento de la aplicación de la pena" y "la proporcionalidad de la pena a la responsabilidad por el hecho". Podría pensarse que la fundamentación indicada en el artículo 45 no se refiere a la cuantificación de la pena (regulada en el artículo 46), sino más bien a su selección a otro nivel: preferir la pena de prestación de servicios a la comunidad o la de multa a la privativa de la libertad; o la de decidir si conviene suspender la ejecución de la pena o convertirla en otra. Si este fuere el objetivo del artículo 45, resultaría superfluo porque el legislador ha previsto las condiciones que el juez debe constatar para optar por una de estas alternativas.

La situación se complica debido a que, en la elaboración del nuevo Código, se han seguido diversos modelos y, varias veces, se han efectuado modificaciones sin la debida reflexión. En el dominio que hemos venido tratando, citemos el caso de la recepción del artículo 17 del Código Penal. Esta norma declara que obra sin culpabilidad (*Schuld*) quien actúa bajo la influencia de un error de prohibición evitable. En el artículo 14, primer párrafo, del nuevo Código, se ha remplazado el término culpabilidad por el de responsabilidad.

29 Edición oficial, p. 6.

Los apreciaciones que venimos de expresar esquemáticamente son, sin duda alguna discutibles; pero nuestro objetivo no es el de plantear una interpretación única y verdadera. Pretendemos más, bien mediante el ejemplo analizado, responder a una cuestión básica: cómo nosotros, los penalistas peruanos, abordamos la actividad dogmática, legislativa y de política criminal. Tres niveles estrechamente relacionados entre sí y con la realidad sociopolítica.

5. Reflexiones sobre la dogmática penal

Para terminar, veamos aunque brevemente algunos puntos referidos a la dogmática penal con la finalidad de comprender mejor la problemática que estudiamos.

Sin pretender presentar la solución ideal, se puede clarificar el debate tomando consciencia del factor que permite cuestionar la dogmática[30]. Este debe ser buscado en la ambigüedad de propósitos de los penalistas que dicen describirse, de manera objetiva y axiológicamente imparcial, el derecho positivo (función oficial, confesada); pero que reconstruyen el sistema legal eliminando sus imprevisiones (función oficiosa, simulada). Este conflicto no puede ser superado, reconociendo la prominencia de una de las dos "funciones" en detrimento de la otra. Se trata, por el contrario, de tomar conciencia de esta ambivalencia, lo que permitirá eliminar malentendidos y hacer transparente la actividad del jurista.

Así una mayor fidelidad al derecho positivo se lograría si se presentaran los diversos resultados obtenidos mediante la interpretación de la ley, en lugar de hacer pasar uno de estos como la única interpretación correcta o posible. De esta manera, se evitaría hablar de principios, conceptos y teorías como si fueran partes del sistema positivo; cuando no son, en realidad, sino elaboraciones de la misma dogmática.

La reconstrucción del sistema legal daría mayores satisfacciones si, de un lado, no fuera concebida como una explicación del contenido implícito de las reglas jurídicas y si, de otro lado, se reconociera que supone el análisis explícito de los criterios de valor en que se fundan las soluciones dogmáticas.

En nuestra opinión, se evitarían tres críticas a la dogmática:

30 Estas reflexiones han sido muy influenciadas por los trabajos de NINO y en particular por su *Introducción*, p. 338 y s.

- *Primero*, el abuso de "formalismo jurídico" (*juridisme*)[31]. Es decir, de recurrir "a ficciones que son, enseguida, consideradas como realidades y que, por el contrario y debido a un abuso del razonamiento abstracto, ocultan la realidad de la situación criminal".
- *Segundo*, la disimulación, al momento de reformular el derecho positivo, de los criterios axiológicos aplicados. Actitud que impide sistematizar coherentemente los valores que se encuentran implícitos en las proposiciones dogmáticas, destinadas a reestructurar el sistema jurídico positivo.
- *Tercero*, el ocultamiento frecuente, mediante la afirmación que la dogmática facilita la aplicación de la ley, de las ambigüedades e imprevisiones de las teorías y nociones, las mismas que dan lugar a soluciones concretas muy diferentes.

Esta manera de percibir la labor de los juristas exige de los penalistas una percepción más modesta y más realista de los resultados de sus trabajos. Las soluciones y las concepciones defendidas por nosotros, los penalistas, no tienen el valor de verdades absolutas. Se trata más bien de proposiciones destinadas a auxiliar a los legisladores, jueces e intérpretes para que encuentren la solución a los diversos problemas jurídicos que se les presenten. Así, haríamos la aplicación del derecho más fácil, justa e igualitaria; lograríamos igualmente, con el objeto de crear un sistema jurídico racional y respetuoso de las personas que las relaciones entre las ciencias humanas y sociales[32] fueran más eficaces. El análisis de estas relaciones –que hemos evitado y que merecerían un estudio aparte– debe atenuar y compensar la inclinación de los juristas por las sutilezas doctrinarias.

No se trata de abandonar la "dogmática penal" en favor de la política criminal, de la criminología o de cualquier otra disciplina. Se seguirá haciendo "dogmática penal" o "ciencia jurídico penal" (poco importa la denominación). Es cuestión más bien de abordar distintamente el estudio del derecho penal, no de hacer algo diferente. Esto ya no sería "dogmática penal". En buena cuenta, es de concebir, sin mitos ni ficciones, nuestra labor de juristas.

31 Ancel, *Défense sociale*, p. 211.

32 Cf. Tiedemann, Klaus, "Stand und Tendenzen von Strafrechtswissenschaft und Kriminologie in der Bundesrespublik Deutschland", en *Juristenzeintung*, 1980, pp. 489-495.

III
Impunidad de personas con patrones culturales distintos*

Sumario: 1. Presentación. 2. Comentario. 3. Interpretación del artículo 15 C.P. 4. Comentario. 5. A manera de conclusión. 6. Bibliografía sucinta.

De manera interesante, Luis Francia[1] aborda el complejo problema que representa la diversidad cultural de nuestra sociedad para el derecho penal. El esfuerzo hecho por el autor merece bien un comentario, un poco más extenso de lo acostumbrado, de parte de un viejo aficionado al derecho penal. El propósito es alentar el diálogo crítico y serio que falta entre nosotros con frecuencia.

Procederemos presentando, primero y de manera fraccionada, el artículo de Francia. Segundo, comentando cada una de ellas de manera a conservar cierta coherencia en la exposición. Esperamos así contribuir en algo al debate sobre un tema tan interesante.

1. Presentación

El título del presente comentario es una afirmación hecha por Francia de manera absoluta y reiterativa. Así, sostiene que "en ningún caso el derecho penal oficial penará a personas que hayan cometido un hecho delictivo en razón de un patrón general de valores culturales distintos a los del derecho penal oficial" (pp.

---

* Publicado en *Derecho*, N.º 49, Lima, 1995, pp. 157-167.

1 FRANCIA, Luis, "Pluralidad cultural y derecho penal", en *Derecho*, N.º 47, PUCP, Lima, 1993, pp. 493 y ss.

511 s.)[2] y, más brevemente, "el derecho penal oficial no tiene razón para penar a individuos con patrones culturales distintos" (p. 512).

Para llegar a esta conclusión, Francia parte, primero, de una serie de afirmaciones esquemáticas sobre el sistema penal oficial. Siguiendo los postulados de la criminología crítica, señala que el derecho penal legitima el sistema global, que en la práctica el derecho penal criminaliza de manera selectiva a los miembros de los sectores populares, que el derecho penal, en lugar de resolver conflictos, origina conflictos y problemas mayores y, por último, que no brinda seguridad a la población en contra de lo afirmado oficialmente.

Después de ubicar en este contexto el problema de la pluralidad cultural, Francia presenta y crítica la manera como legislativamente se ha afrontado este problema. Así, crítica el etnocentrismo con que se clasificó a los peruanos, en el Código Penal de 1924, en civilizados, indígenas semicivilizados y salvajes. Lo mismo hace con el tratamiento que se da a los dos últimos grupos, como incapaces o inmaduros. A todos ellos los considera normales y, en consecuencia, rechaza que su diversidad cultural sea regulada como si fuera un problema de incapacidad penal. Haciendo lo contrario, los redactores del Código de 1924 proclamaron falsamente, según Francia, la "superioridad de la sociedad occidental sobre las demás, y también falsamente la superioridad del hombre occidental". De esta manera, llega a afirmar, primero, que el Código derogado escondía "una política etnocida y violatoria del derecho a la autonomía cultural, a la diferencia e identidad cultural" y, segundo, que "era una manera de legitimar un modelo autoritario y antidemocrático" (p. 500).

Respecto del Código de 1991, Francia admite que lo dispuesto en el artículo 15 constituye un avance en la medida que reconoce la heterogeneidad cultural de nuestra sociedad y regula esta situación como un aspecto de culpabilidad. En su opinión, la solución es incompleta: no basta que se reconozcan los "diversos mecanismos de regulación social y resolución de conflictos no oficiales", ya que es indispensable que se admita el reconocimiento del pluralismo jurídico "es la meta hacia la que se aspira" (p. 509).

Inspirándose de ideas expuestas por Raúl Zaffaroni, Francia afirma que, en el artículo 15 del Código Penal, se ha previsto el "error culturalmente condicionado". Error que imposibilita la comprensión de la norma y la antijuricidad de la conducta, originado por el acondicionamiento cultural del individuo. En su opinión, es un "error invencible que excluye la culpabilidad y toda sanción

2 Las cifras así indicadas corresponden a las páginas del artículo de Luis Francia, objeto de este comentario.

penal". Esta interpretación sería la preferible porque, de un lado, es conforme con la concepción expuesta en el artículo comentado y, de otro lado, "rechaza la asimilación del resto de culturas a la cultura occidental como propuesta política" (p. 511). El autor agrega de manera reiterativa que esta concepción "corresponde con una línea que opta por una sociedad democrática, respetuosa del derecho a la diferencia; es una forma de disminuir el actuar violento del sistema penal y sus efectos negativos" (p. 512).

Hasta aquí lo que dice el autor o, al menos, lo que nosotros creemos honestamente que dice y afirma.

2. Comentario

Siguiendo el mismo esquema escogido por Francia, el primer comentario que se impone concierne el marco ideológico en que ubica el problema tratado. Si la llamada "criminología crítica" ha mostrado, muchas veces y de modo bastante correcto, las deficiencias y paradojas del sistema penal predominante, no ha logrado elaborar un proyecto realista para substituir al sistema criticado. Esto se ha debido a que sus promotores no han estudiado suficientemente la realidad. En nuestro país, hasta donde conocemos, no existe simplemente este tipo de investigaciones. Lo que se hace es repetir los planteamientos teóricos y aplicarlos automáticamente con miras a explicar y enjuiciar el sistema de control penal. Así, se vuele a cometer el error de siempre: aceptar teorías sin un análisis serio de nuestra realidad.

Francia no ignora este problema. Por lo que se satisface, desde el inicio, a fijar como pautas de su trabajo la afirmación de la "deslegitimación del sistema penal" y de la "necesidad de una alternativa al derecho penal", así como la de "aminorar los efectos negativos del sistema penal" (p. 494). Una discusión objetiva de los problemas relevados resulta imposible porque el autor no explica suficientemente qué quiere decir "deslegitimación del sistema", ¿cuál es el criterio de referencia para determinar lo que es o no legítimo? ¿Este criterio es la concepción que él atribuye a la criminología crítica o los intereses de los marginados social y culturalmente (urbanos o rurales)? Tampoco explica cuál es la alternativa al derecho penal: ¿un nuevo derecho penal u otro derecho que no recurra a la pena? ¿Nuevos derechos penales propios a cada grupo cultural o un derecho penal crítico, democrático para todos? Lo mismo sucede con sus afirmaciones respecto de lo que él llama "colonialismo jurídico", "discurso oficial irreal", "dogmática crítica", "política etnocida", "autonomía cultural".

Este lenguaje genérico puede ser persuasivo por su connotación emotiva, pero no por su fuerza descriptiva de una realidad suficientemente investigada.

Esto se pone, particularmente, en evidencia cuando sugiere que la solución se encuentra en el reconocimiento, primero, del pluralismo jurídico, sin precisar su índole y sus alcances (p. 517); segundo, de los "mecanismos de regulación social y resolución de conflictos no oficiales", sin decir que "hoy cohabitan con nosotros 72 etnias campesinas y nativas" (Jorge Paredes Laos, El Dominical de *El Comercio*, 6-8-95). Pero afirmando, al mismo tiempo, que esos mecanismos van "convirtiéndose poco a poco en una forma de reproducción de una nueva cultura y de un poder alternativo y paralelo al oficial" (p. 518) y que tal solución "es la muestra de vitalidad de una cultura que luego de 500 años de sometimiento se creía en vías de desaparición" (p. 518). Conviene preguntarse ¿de qué cultura se trata: la andina, la quechua, la aymara, la campa, la aguaruna y por qué no la negra, la china, la japonesa o la árabe? O en palabras de especialistas, "¿qué puede significar la 'revitalización de la cultura indígena', si ya esta cultura no existe como tal, sino profundamente moldeada en torno a nuevos polos de significados, sociabilidad e intercambio?" (Thierry Saignes, "¿Es posible una historia 'chola' del Perú", en *Allpanchis*, 35/36, vol. II, p. 650).

Mediante este razonamiento, no hacemos sino llevar hasta sus últimas consecuencias las afirmaciones perentoriamente hechas por Francia, quien sin darse cuenta (pero honestamente) abre la puerta a soluciones peligrosas o poco viables. Por ejemplo, el pluralismo jurídico (reconocimiento de derechos y medios de control a cada grupo cultural) significa el establecimiento de un Estado federativo o la vuelta al sistema de estatutos personales; comportaría un problema de repartición territorial con los riesgos de una balcanización y grandes dificultades prácticas para identificar a los miembros de los grupos culturales debido al mestizaje y a las inmigraciones internas.

A un nivel más concreto, se debería aceptar, por ejemplo, que los árabes musulmanes, residentes en nuestro país, practiquen la oblación del clítoris de las niñas por constituir una de sus pautas culturales; que el marido o amancebado, por la misma razón y en ciertos sectores de la sociedad, maltrate a su mujer; que algunas comunidades apliquen castigos corporales a sus miembros cuando así lo establezcan sus costumbres.

Esta no es, sin duda, la idea de Francia. Así, se desprende de su reconocimiento de las deficiencias que tienen los "mecanismos no oficiales [...] ya sea a nivel de derechos humanos o de democratización de su interior". Dos criterios propios a la cultura occidental que parecen ser también utilizados por el autor para determinar, en su lenguaje, la "deslegitimación" del sistema penal oficial y la legitimidad del sistema alternativo (no revelado).

3. Interpretación del artículo 15 del Código Penal

Esta manera de analizar, consistente en partir de una concepción determinada (la criminología crítica) para describir una realidad (el sistema penal) sin investigar mayormente los hechos y sin explicar suficientemente las apreciaciones de valor expresadas, es igualmente utilizada por Francia para estudiar el artículo 15 del Código Penal.

En un primer momento, basado en una escasa bibliografía y sobre todo foránea, expone lo que él denomina la "teoría general del error". Así, pasa revista sucintamente a las nociones de error de tipo y de error de prohibición, comprendiendo en este el llamado "error de comprensión". Introducido, en su opinión, por Raúl Zaffaroni teniendo en cuenta la "realidad latinoamericana" (p. 503). Siempre según Francia (p. 504), este error afecta la comprensión de la norma penal y la antijuricidad de la conducta. Error que se presenta en dos formas: la conciencia disidente ("dificultad en la comprensión por un patrón general de valores distinto al derecho penal oficial, lo que lleva a un deber de conciencia de desobediencia a la ley penal") y el error de comprensión culturalmente condicionado ("la comprensión es imposibilitada por el condicionamiento cultural"). En el primer caso, la culpabilidad es atenuada y, en el segundo, excluida porque, según el autor, siempre es un error inevitable (pp. 508, 520).

Sobre esta base teórica, Francia plantea dos posibles interpretaciones del artículo 15. La primera se desprendería de lo afirmado en la Exposición de motivos del Código y admitiría que en el artículo 15 solo estaría prevista la "figura del error de comprensión culturalmente condicionado. Su efecto dependería de la "posibilidad de comprensión": si se halla "imposibilitada se eximirá de pena y cuando solamente se encuentre disminuida se atenuará la pena".

El autor rechaza esta primera interpretación. Primero, porque de admitirla "iríamos en contra de la doctrina que hemos venido siguiendo, la cual unánimemente señala que ante un error de comprensión culturalmente condicionado la pena se excluye al no haber culpabilidad por ser este error siempre un supuesto de error invencible". Se trata de un "argumento de autoridad" porque, de un lado, puede ser resumido diciéndose "esta interpretación es inaceptable por lo ya dicho por Zaffaroni". De otro lado, la interpretación que descalifica a la primera no ha sido deducida de la disposición legal (artículo 15). Su origen está más bien en la afirmación, expresada como dogma, "el habitante de otra cultura no tiene cómo evitar el error y el derecho no puede exigirle dicha comprensión".

La segunda interpretación consiste en comprender que el artículo 15 prevé dos casos: primero, el de la conciencia disidente cuando se refiere a la costum-

bre; que determina, según Francia, la atenuación de la pena porque el agente del hecho delictuoso obra "sin poder comprender totalmente que dicho acto es un delito". Segundo, el caso en que el autor "por su cultura no puede comprender [absolutamente, agregamos nosotros] el carácter delictuoso de su acto" (p. 512). Lo determinante sería entonces la diferencia existente entre cultura y costumbre. El término *cultura* indicaría que "el individuo se ha desarrollado con patrones culturales distintos a los del derecho penal oficial y por ello está imposibilitado para la comprensión de la norma penal". El vocablo *costumbre* señalaría "un conjunto de patrones y valores que tiene el "individuo, los que originan una exigencia de no obediencia a la norma penal" (artículo 512).

El argumento decisivo, sin embargo, para tener esta segunda interpretación como la correcta es el mismo argumento invocado para rechazar la primera. Francia vuelve a repetir (p. 512): por considerarla "acorde con la doctrina seguida y por corresponder con una línea que opta por una sociedad democrática, respetuosa del derecho a la diferencia". Su objetivo ideológico lo manifiesta al final de este párrafo, diciendo que la segunda interpretación "es una forma de disminuir el ámbito de aplicación y ejercicio del sistema penal, así como de disminuir el actuar violento del sistema penal y sus efectos negativos".

4. Comentario

Esta sucinta presentación del análisis que hace Francia del artículo 15 CP muestra su peculiar manera de proceder. Con una finalidad ideológica hace decir a esta disposición legal lo que él considera justo de acuerdo con una concepción del sistema penal escogida, previamente, como la única democrática, culturalmente diversa e idónea para eliminar los efectos negativos del sistema penal oficial.

En el procedimiento, este razonamiento es muy similar al practicado por los dogmáticos jurídicos tradicionales tan cuestionados por la criminología crítica: un conjunto de principios, teorías o dogmas son considerados como absolutamente verdaderos y, con su ayuda, se debe explicar, completar o no aplicar disposiciones legales que los contradigan.

Si por interpretación entendemos que es dar un sentido a una disposición legal, el punto de referencia primario e indispensable es el texto legal. El autor del artículo comentado no utiliza, debidamente, el método literal. Los términos "cultura" y "costumbres" no le merecen sino dos breves apreciaciones dogmáticas. Lo mismo hace con las fórmulas "sin poder comprender" o "determinarse de acuerdo a esa comprensión". De haberlo hecho con atención, seguro que se

hubiera preocupado por la similitud del artículo 15 con el inciso 1 del artículo 20 CP. Según este último, el artículo 15, se exime de responsabilidad a quien "por anomalía síquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, *no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión*". En el artículo 15, se establece la misma consecuencia en relación a quien "por su cultura o costumbres comete un hecho punible *sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión*". De modo que hubiese podido preguntarse si, a pesar de la diferencia lingüística, las dos primeras fórmulas no significan lo mismo. Es decir, si "no poder comprender" no es lo mismo que "no poseer la facultad de comprender". En la misma perspectiva, reflexionar si "poder" y "facultad" no se refieren a la capacidad de poder hacer algo; en el caso concreto de comprender el carácter delictuoso del acto. Tener en cuenta lo que dicen las demás disposiciones legales para mejor comprender el sentido de la norma que se interpreta constituye el método sistemático. Su aplicación relacionando el artículo 15 con el inciso 1 del artículo 20, le hubiera permitido percibir una similitud mayor: ambas disposiciones tienen la misma estructura. La no comprensión del carácter delictuoso del acto o la incapacidad de determinarse son los efectos, en caso del artículo 15, de la "cultura" o de las "costumbres" del agente y, en relación con el artículo 20, inciso 1, de una "anomalía síquica", "grave alteración de la conciencia" o "alteración de la percepción". Todas estas circunstancias pueden provocar la incapacidad total de comprender o de determinarse; pero también solo de su disminución parcial (artículo 15 *in fine*, artículo 21).

De modo que Francia desnaturaliza totalmente el texto legal cuando establece dos hipótesis diferentes: según la primera, las costumbres determinarían una disminución del poder de comprender y, de acuerdo con la segunda, la cultura impediría comprender totalmente el carácter delictuoso del acto. Y esto porque de acuerdo con el dogma del que parte: el artículo 15 debe regular el error de comprensión culturalmente condicionado. Así, olvida completamente que el artículo 15 se refiere igualmente al hecho de que el agente no pueda determinarse, total o parcialmente, según la comprensión que tiene del hecho. No ve, de esta manera, que el artículo 15 supone también la posibilidad que el agente comprenda el carácter prohibido de su acto pero que no sea capaz de determinarse de acuerdo con esta apreciación y esto debido a su "cultura" o a sus "costumbres".

Francia hubiera evitado esta especie de ceguera, debida a la ideología que le esconde la realidad (la disposición legal en vigencia), si hubiera recurrido al método histórico. Es decir, si hubiera indagado sobre los antecedentes legislativos

del artículo 15. Se contenta con recordar la propuesta de Zaffaroni, sin tener la curiosidad de buscar si este autor argentino no había, alguna vez, concretado su idea en algún proyecto o fórmula legislativa. Ahora bien, Zaffaroni ha inspirado claramente la recomendación siguiente: "que se elaboren conceptos doctrinarios que permitan concluir en la inculpabilidad de cualquier persona que, debido a las pautas de su propio grupo cultural, no pueda ajustar su conducta a las pautas jurídicas o culturales dominantes" (Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*, p. 58).

Pero como toda propuesta es, generalmente, la conclusión de una evolución de ideas, cabe plantearse si la propuesta de Zaffaroni no modificaba y corregía algunas propuestas anteriores. Señalemos, por ejemplo, el Proyecto boliviano de 1964, en la medida que disponía: "el error esencial será también excluyente de culpabilidad, así como el error o la ignorancia de derecho, con particular referencia al indígena" y el Proyecto venezolano de 1948, artículo 13, que estatuye: "el juez podrá declarar inimputable al indígena que cometa un [...] delito, teniendo en cuenta su incapacidad para comprender o querer, derivada de su inadaptación cultural".

A pesar de la intención de los redactores del artículo 15, expuesta en la Exposición de motivos del proyecto, esta disposición parece afiliarse más al proyecto venezolano que prevé una causa de inimputabilidad que al boliviano o a la propuesta de Zaffaroni que tratan de una circunstancia de inculpabilidad. Esta diferencia posible entre lo que los proyectistas peruanos quisieron prever y el texto que redactaron permite aceptar que la voluntad del legislador tampoco justifica la interpretación considerada como la verdadera por Francia.

El objetivo que tiene en cuenta Francia para interpretar el artículo 15 puede ser considerado como el mismo que tuvieron los redactores del proyecto: tener en cuenta la pluralidad cultural de nuestra sociedad y así lograr que la reacción punitiva sea practicada atendiendo la especificidad de las pautas de conducta admitidos por el autor del delito. También es aceptable la idea que el derecho penal debe ser conforme a los principios de democracia, pluralismo cultural y respeto de los derechos humanos.

5. A manera de conclusión

Uno de los factores que provoca la ambigüedad del discurso de Francia cuando se refiere al "sistema penal oficial", al "discurso oficial", al "sistema oficial", a la "regulación social y resolución de conflictos oficiales", es el hecho que no precisa el sentido de estas expresiones. No se sabe con certeza si se refiere al

discurso demagógico de los representantes del poder, al sistema real resultante de las constantes violaciones de los principios y disposiciones constitucionales o al sistema formal estatuido mediante la Constitución. Por esto solo resulta posible confrontar su propuesta de interpretación del artículo 15 con el marco constitucional oficial. El mismo que casi siempre resulta siendo, sobre todo en países como el nuestro, más un proyecto político a realizarse que la regulación de una situación existente.

Otro factor, relacionado con el que viene de ser mencionado, es el esquema maniqueista en el que encierra su análisis: la alternativa fatal entre "mundo indígena" y "mundo occidental u oficial". Francia mismo trata de salir de esta dicotomía, pero sin llegar a considerar suficientemente los cambios que se han producido y se producen actualmente debidos a la cohabitación e influencias recíprocas (aunque no igualitarias) iniciadas brutalmente con la conquista. Su defensa de los indígenas, que comprendemos y compartimos, no debe hacer olvidar la complejidad y riqueza del proceso histórico y social que ha dado lugar al Perú actual. Por ejemplo, el pedido de ciudadanía por los caciques y ayllus consistió en exigir tanto sus plenos derechos de fieles "vasallos" del rey de España como su *status* de plena humanidad. Lo que tenía como consecuencia evitar que un sector de los grupos dominantes encerrase el mundo indígena en su "indianidad" para continuar discriminando y explotando a sus miembros.

Para evitar estos inconvenientes, hubiera sido necesario que Francia planteara mejor el problema del pluralismo cultural y evitara los argumentos demasiado dogmáticos, tanto sobre el sistema de control penal como sobre las nociones de derecho penal que analiza. Esto lo hubiera llevado a discutir la manera como la Constitución regula el multiculturalismo y las jurisdicciones no oficiales. En particular, el artículo 149 que dispone: "las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona".

Si hubiera reflexionado sobre este aspecto, seguro que habría cuestionado que se exija, en general, a toda autoridad campesina o nativa que, al ejercer su jurisdicción conforme al derecho consuetudinario de su comunidad, se plantee la conformidad de este con los "derechos fundamentales". El conocimiento de estos supone una relativa integración al sistema oficial. Se habría interrogado si el factor cultural o las costumbres que determinan la incapacidad de comprender o de determinarse, según el artículo 15, deben ser pautas culturales que no contradigan los derechos fundamentales o si debe considerarse, como lo sugie-

ren los partidarios del relativismo de los derechos humanos, la concepción que cada grupo cultural tiene de los derechos fundamentales.

Las respuestas o explicaciones dadas a estos problemas generales condicionan la solución de los problemas de orden penal y, en especial, la manera de comprender y aplicar los artículos 15 y 20, inciso 1, del Código Penal. Dada la naturaleza de esta nota, no nos es posible de ir más allá de las explicaciones y sugerencias que hemos hecho al momento de comentar las afirmaciones de Francia. Además, debe tenerse en cuenta que el objetivo principal de esta nota es analizar sobre todo la manera como Francia, a pesar de sus conocimientos y seriedad, aborda la interpretación de la ley; mejor dicho como hace dogmática penal.

6. Bibliografía sucinta

ALBO, Xavier (compilador), *Raíces de América. El mundo aymara*, Madrid, 1988.

ARDITO VEGA, Wilfredo, "Son ¿los derechos humanos un concepto universal?" en *Desfaciendo Entuertos*, N.º 3-4, octubre, 1994.

BALLÓN AGUIRRE, Francisco, *Etnia y represión*, Lima, 1980.

BENÍTEZ NARANJO, Hernán Darío, *Tratamiento jurídico penal del indígena colombiano ¿inimputabilidad o inculpabilidad?*, Bogotá, 1988.

CORNEJO POLAR, Jorge, *El Estado peruano y la cuestión del pluralismo cultural.* Cuadernos de Historia XIII, Universidad de Lima. Facultad de Ciencias Humanas, Lima, 1991.

GARCÍA SÁNCHEZ, Joaquín, "Amazonía en el Proceso de Pacificación", en *Culturas Amazónicas y Política Nacional: un nuevo diálogo*, CAAAP, Lima, 1995.

HURTADO POZO, José, *La ley importada. La recepción del derecho penal en el Perú.* Lima, 1979.

KAPSOLI, Wilfredo, *El pensamiento de la Asociación Pro-indígena. Debates Rurales 3.*, Cuzco, 1980.

LLANQUE CHANA, Domingo, *La cultura aymara. Destrucción o afirmación de identidad,* Lima, 1990.

MARTÍNEZ, Ana Teresa, "Pluralismo jurídico y diversidad cultural", en *Filosofía y Sociedad. En busca de un pensamiento crítico*, Lima, 1995.

MARTINON, Jean-Pierre, "Cuture (Sociologie de la)", en *Ecyclopaedia Universalis*, vol. 5, París, 1987.

MÉNDEZ, Cecilia, "Los indios, la independencia y la herencia colonial; algunas reflexiones", en *Allpanchis*, N.os 35 y 36, vol. I, Lima, 1990.

PEASE G. Y., Franklin, *Perú hombre e historia. Entre el siglo XVI y el XVIII*, vol. II, Lima, 1992.

PEÑA JUMPA, Antonio, "Pluralismo jurídico en el Perú", en *Desfaciendo Entuertos*, N.os 3 y 4, octubre, 1994.

POZZI ESCOT, Inés, "Balance y perspectivas de la educación para poblaciones indígenas en el Perú: 1990", en *Allpanchis*, N.os 35 y 36, vol. II, 1990. ROSSI, Pietro (editor), *Il concetto di cultura. I fondamenti teorici della scienza antropológica*, Traducción de Daniele Pianciola, 2.ª ed., Torino, 1970.

SAIGNES, Thierry, "¿Es posible una historia 'chola' del Perú? (Acerca del nacimiento de una utopia de Manuel Burga)", en *Allpanchis*, N.os 35 y 36, vol. II, 1990. SPALDING, Karen, *De indio a campesino. Cambios en la estructura del Perú Colonial*, 1974.

URTEAGA CROVETTO, Patricia, "Pluralismo legal y semiautónoma", en *Desfaciendo Entuertos*, N.os 3 y 4, octubre, 1994.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, "Apuntes sobre el artículo 149 de la Constitución peruana: alcances, límites, consecuencias y retos", en *Desfaciendo Entuertos*, N.os 3 y 4, octubre 1994.

YRURETA, Gladys, *El indígena ante la ley penal*, Caracas, 1981.

ZAFFARONI, Eugenio R., (Coordinador), *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina* (informe final). Documento final del Programa de investigación desarrollado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1982-1986), Buenos Aires, 1986.

IV

Artículo 15 del Código Penal peruano: ¿incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado?*

Sumario: 1. Interpretación de la doctrina. 2. Concepción y propuesta de Zaffaroni. 3. Tentativa de explicación del criterio predominante en el Perú. 4. Aplicación judicial del error de prohibición culturalmente condicionado. 5. A manera de conclusión. 6. Bibliografía sucinta

1. Interpretación de la doctrina

En la exposición de motivos del Código Penal de 1991[1], se mencionan como innovaciones, en relación con el Código derogado, primero, la nueva manera de regular el error de tipo legal y del error de prohibición, siguiendo el modelo del Código Penal alemán, y, segundo, la incorporación del denominado "error de comprensión culturalmente condicionado" para eliminar el trato indebido dado a los indígenas y nativos de la Selva por el Código derogado[2]. El artículo 15 estatuye:

El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.

---

* Publicado en *Anuario de Derecho Penal 2003*, monográfico sobre *Aspectos fundamentales de la parte general del Código Penal peruano*, Lima, 2003, pp. 357-380.

1 Código Penal, edición oficial, p. 43.

2 Código Penal, edición oficial, pp. 43 y ss.; cf. 1979, pp. 67 y ss.

Los pocos comentarios que esta disposición ha suscitado, entre los juristas peruanos, tienen en común el hecho de considerar siempre que el artículo 15 prevé el error de comprensión culturalmente condicionado. Al extremo que en las ediciones oficiales del Código Penal, al establecerse oficiosamente la anotación marginal para designar el contenido de cada disposición, se utiliza la expresión "error culturalmente condicionado" con relación al artículo 15.

Otro aspecto en común a los sucintos análisis de los autores nacionales es que no explican ni justifican suficientemente por qué hay que interpretar el artículo 15 siguiendo estrechamente la concepción de Raúl Zaffaroni, inspirador de esta disposición. De esta manera, transcribiendo casi literalmente lo escrito por Zaffaroni, Bramont Arias y Bramont-Arias[3], se afilian sin espíritu crítico a la tesis del jurista argentino y repiten el ejemplo que este autor da de la prohibición de inhumaciones. Además, indican como fuente del artículo 15, el proyecto peruano de 1991, el mismo que es solo su antecedente inmediato. Villavicencio[4] considera que "es novedosa la introducción de la figura del error de comprensión culturalmente condicionado". Como Zaffaroni, define el error de prohibición como el que recae sobre la comprensión de la ilicitud del hecho y precisa que cuando es directo concierne el conocimiento de la norma penal, su vigencia y aplicabilidad[5]. Asimismo, considera que el error de comprensión "es la inexigibilidad de la internalización" y que debe entenderse por comprensión el más alto nivel de captación humana que implica la internalización. En cuanto a esta última, Villavicencio hace referencia a que el infractor se desarrolla en una "cultura distinta a la nuestra" y que "ha internalizado desde niño las pautas de conducta de esa cultura". Da como ejemplo el caso del "miembro de una comunidad nativa de la Amazonía que practica actos sexuales con una menor de 14 años pues en su comunidad es costumbre la convivencia incluso con menores de 12 años"[6]. Ejemplo que, como el dado por Zaffaroni, no es del todo correcto, pues la ignorancia o el error suponen que el sujeto actúe en el sistema cultural cuyas pautas desconoce o no aprecia correctamente. Para el miembro de la comunidad nativa solo existe un sistema cultural y actúa conforme a sus normas, salvo que se trate de una comunidad que tiene suficientes contactos con

3 Bramont Arias, Luis y Luis Bramont-Arias Torres, *Código Penal anotado*, 4.ª ed., Editorial San Marcos, Lima, 2001, pp. 149 y ss.

4 Villavicencio Terreros, Felipe, "Ley penal y hecho punible en el Código penal peruano de 1991 y en el Anteproyecto de Código penal para Guatemala de 1990", en *Revista de los Abogados del Valle del Cauca* 27/28, Cali, 1993, pp. 112 y ss.

5 Villavicencio Terreros, Felipe, *Código Penal comentado*, 3.ª ed., Grijley, Lima, 2001, pp. 89 y ss.

6 Villavicencio Terreros, *Código Penal comentado*, cit., p. 91.

el sistema oficial (gracias, a la actividad de misioneros, comerciantes, etc.) y que, por tanto, sus miembros ya conocen que el comportamiento en cuestión está prohibido conforme a las reglas ajenas a su cultura. Caso en el que, de cometer el acto prohibido, lo harán porque consideran legítimo seguir comportándose según sus pautas culturales propias. Bastaría aplicar entonces la noción de error de prohibición y sería innecesario recurrir a la de error de comprensión culturalmente condicionado. La explicación de Villavicencio resulta también incompleta porque, respecto del artículo 20 inciso 1, no dice cómo debe entenderse la fórmula "capacidad de comprender el carácter delictuoso del acto". Esta explicación resulta indispensable para saber si considera que también aquí "comprender" significa internalizar la norma prohibitiva. Esto resultaría incoherente en tanto se trate de personas inimputables por anomalías psíquicas. Al respecto, hay que recordar que Villavicencio ha sostenido una opinión diferente. Villa Stein[7], por su parte, sostiene *grosso modo* los mismos criterios, pero contrariamente a lo afirmado por Zaffaroni, no estima que se trate de un caso de error de prohibición. Sin embargo, no explica las razones de su discrepancia, ni tampoco de qué institución se trata, no obstante sigue hablando de error de comprensión.

De manera más extensa, Francia ha abordado este problema en un artículo de revista, el mismo que hemos comentado de manera más o menos detenida[8]. Por esto nos limitaremos a resumir brevemente nuestro análisis. Francia[9] afirma también que se trata de un "error culturalmente condicionado", el mismo que imposibilita la comprensión de la norma y la antijuricidad de la conducta, originado por el acondicionamiento cultural del individuo. Error que por su carácter invencible excluye la culpabilidad y toda sanción penal. En su opinión, es la interpretación correcta porque, de un lado, es conforme a la concepción expuesta en el artículo comentado y, de otro, "rechaza la asimilación del resto de culturas a la cultura occidental como propuesta política"[10].

Para Peña Cabrera[11], por haberse regulado el error de prohibición y considerado la pluralidad étnica y cultural del Perú, era necesario que en el nuevo

7 Villa Stein, Javier, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Editorial San Marcos, Lima, 2001, pp. 419 y ss.

8 Hurtado Pozo, José, "Impunidad de personas con patrones culturales distintos", en *Derecho*, vol. 49, PUCP, Lima, 1995, pp. 157 y ss.

9 Francia, Luis, "Pluralidad cultural y derecho penal", en *Derecho*, vol. 47, PUCP, Lima, 1993, pp. 493 y ss.

10 Francia, "Pluralidad cultural y derecho penal", cit., p. 511.

11 Peña Cabrera, Raúl, *Tratado de Derecho Penal I. Estudio programático de la Parte general*, Grijley, Lima, 1994, pp. 436, 444 y ss.

Código se resaltase normativamente el respeto de los valores culturales distintos "[...] en el sentido que no se criminalice conductas socialmente aceptadas en los grupos culturales". Como los otros autores peruanos citados, repite que "al sujeto que conoce la norma prohibitiva pero que no la puede internalizar por razones culturales, por regla general, no se le puede reprochar esa falta de internalización". Afirmación que no tiene en cuenta el hecho de que grupos culturales aislados desconozcan completamente la norma prohibitiva. Sin embargo, señala que "el condicionamiento cultural puede llevarse a cabo no solamente cuando se cree estar conduciéndose lícitamente, sino, también, cuando el agente ni siquiera se ha planteado seriamente las dudas sobre la licitud o ilicitud de su hecho". Pero, esta indicación se comprende respecto de quien tenía la posibilidad de plantearse la cuestión de la antijuricidad de su acto, pues respecto a él funciona la exigencia de que haga el esfuerzo necesario, base de la reprochabilidad y de la culpabilidad. Esta exigencia es irracional con relación a los miembros de un grupo humano que no está integrado al sistema cultural dominante.

Nuestra crítica a esta interpretación considera, entre otros puntos, el hecho que el artículo 15 es interpretado de manera aislada, sin ponerlo en relación con otras disposiciones, en particular con el artículo 20 inciso 1, que regula la capacidad de culpabilidad. En relación con esta disposición, hay que destacar que el legislador ha utilizado la misma técnica legislativa para redactar el artículo 15. En ambos se utiliza una fórmula mixta consistente en señalar las causas que conducen a eliminar la capacidad de comprender el carácter delictuoso del acto o la capacidad de determinarse según esta apreciación. Si en el artículo 20 inciso 1 dichas causas son la anomalía psíquica, la grave alteración de la consciencia o las alteraciones de la percepción, en el artículo 15 son la cultura o las costumbres del autor del hecho punible. Aun cuando en esta norma legal se dice "sin poder" en lugar de mencionar directamente las capacidades en cuestión, hay que afirmar que en ambas normas se trata de la facultad de comprender y de determinarse. Poder, facultad y capacidad se refieren al potencial psíquico para hacer algo, por ejemplo, comprender el carácter delictuoso de un acto.

En nuestra opinión, a pesar de la intención de los redactores del artículo 15, expuesta en la exposición de motivos del Proyecto, el artículo 15, debido al contexto normativo en el que debe ser interpretado, se afilia más a las propuestas de considerar las diferencias culturales como causas de inimputabilidad que a la iniciativa de Zaffaroni para estatuir una circunstancia de inculpabilidad. Esto quiere decir que los proyectistas peruanos no supieron plasmar en el texto legal los criterios propuestos por Zaffaroni. En esta perspectiva, se comprende que se continúe afirmando lo que se estima que el legislador quiso prever, cuando en realidad estableció una forma de incapacidad de culpabilidad por razones

culturales. Aun cuando nos disguste o no satisfaga el resultado de la interpretación, hay que admitir que este está más acorde a la sistemática y al contenido del Código Penal peruano. De *lege ferenda*, se puede considerar como preferible la propuesta de Zaffaroni; pero esto no basta para reconocer cuál de los posibles sentidos del texto del artículo 15 debe ser considerado como el más conforme a lo estatuido en el conjunto de las normas del Código peruano. Por más impreciso que sea el lenguaje, este fija un marco que no puede ignorarse sin desnaturalizar el texto que se interpreta.

Para determinar en qué sentido debe ser comprendido el artículo 15 y, en particular, si hay que interpretarlo como si regulara el error de comprensión culturalmente condicionado, es indispensable tener en cuenta si las disposiciones del Código Penal peruano pueden ser interpretadas siguiendo las pautas propuestas por Raúl Zaffaroni[12]. Esta indagación se impone porque bajo la influencia de sus ideas se ha introducido, en el Código Penal peruano de 1991, el artículo 15. Las mismas que han sido recepcionadas por diversos autores nacionales y aplicadas, como ya lo hemos señalado, sin más para interpretar esta disposición.

2. Concepción y propuesta de Zaffaroni

Raúl Zaffaroni[13] concibe el error de comprensión culturalmente condicionado a partir de la legislación argentina, en particular del artículo 34 inciso 1 del Código Penal. Según esta disposición, no es punible quien no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones". De esta manera, diferente a la utilizada en la legislación penal peruana, se prevén dos circunstancias que impiden penar al agente de un comportamiento típico.

12 Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alejandro Alagia, y Alejandro, Slokar, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 694 y ss.

13 Zaffaroni; Alagia; Slokar, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 704 y ss. Cf. García Vitor, Enrique, *Diversidad cultural y derecho penal. Aspectos criminológicos, políticos-criminales y dogmáticos*. Colección Jurídica y Social, 36, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe (Argentina), 1994, pp. 27 y ss.; Cesano, José Daniel y Beatriz Kalinsky, "Delito y diversidad cultural una lectura interdisciplinaria de un fallo", en *Ley, Razón y Justicia*. Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales, año 2, n.º 3, enero-julio, Neuquén (Argentina), 2000, pp. 231 y ss.; Yrigoyen, Raquel, "Control penal y diversidad étnico-cultural", en Zúñiga, Laura y otros (eds.), *Conflicto social y sistema penal*, Universidad de Salamanca y Colex, Salamanca, 1996, pp. 35 y ss.

La situación determinante es que el agente no pueda comprender la criminalidad del acto o dirigirlo conforme a esta comprensión. Por un lado, esta incapacidad es debida a la insuficiencia de sus facultades o por alteraciones morbosas de las mismas. Se trata de la capacidad de culpabilidad. Por otro lado, dicha incapacidad tiene su origen en el error o ignorancia en que actúa el agente. Así, se comprende tanto al error de tipo como de prohibición. Circunstancias que excluyen el dolo (error de tipo) o la culpabilidad (error de prohibición), respectivamente.

La peculiaridad de esta regulación es que lleva a plantear el problema del error como un factor que determina la capacidad de comprensión del agente. Lo que no sucede en el derecho positivo peruano, ya que la capacidad de culpabilidad está regulada de manera autónoma, aunque de modo parecido a la legislación argentina en la medida en que la hace depender del estado psíquico del agente. Mientras que el error está previsto sin referencia a la capacidad de culpabilidad del agente. Bien, por el contrario, se presupone la existencia de esta capacidad y solo se hace referencia al aspecto sobre el que debe recaer: la ilicitud del comportamiento. De modo que no debe analizarse el error como circunstancia que excluye la capacidad del agente para comprender el carácter delictuoso del acto o de determinarse de acuerdo con esta apreciación. El sujeto capaz de culpabilidad, en el momento de actuar, debe más bien tener la posibilidad de conocer el carácter ilícito de su comportamiento. Esta circunstancia no existe cuando actúa bajo la influencia de un error de prohibición. Si este error es invencible no se le puede reprochar su comportamiento delictuoso; por tanto, no es culpable. La culpabilidad subsiste, por el contrario, en la medida en que tuvo la posibilidad de evitar el error; pero el reproche varía de intensidad según el esfuerzo que hubiera tenido que realizar para vencer el error.

Zaffaroni estima que el llamado error de comprensión culturalmente condicionado es un caso de error de prohibición. Para comprender esta afirmación hay que considerar las premisas de las cuales parte. En su opinión, la culpabilidad tiene como presupuesto la autodeterminación de la persona. El límite mínimo de esta autodeterminación es fijado por el ordenamiento jurídico, de modo que toda autodeterminación que esté por debajo de este límite no es relevante para el derecho penal. En la medida en que la persona tiene la autodeterminación necesaria, se le puede exigir que reconozca la naturaleza antijurídica de su comportamiento. Por esto, la exigibilidad es la base de todas las circunstancias que excluyen la culpabilidad.

Ahora bien, según Zaffaroni, no es exigible el reconocimiento de la naturaleza antijurídica del acto en caso (1) de error de prohibición invencible (artículo

34, inciso 1), y (2) de incapacidad psíquica de comprensión (artículo 34, inciso 2). Pero, aun cuando sea posible exigirle ese reconocimiento, sus posibilidades de decisión pueden estar significativamente reducidas. Es el caso, por un lado, de la situación del (3) estado de necesidad exculpante (artículo 34, inciso 2) y, por otro lado, de la (4) incapacidad psíquica para adecuar su comportamiento a la comprensión de la antijuricidad (artículo 34, inciso 1). Según los criterios tradicionales, se puede decir que los puntos dos y cuatro conciernen a la capacidad de culpabilidad o imputabilidad: el agente debe tener la capacidad de comprender el carácter antijurídico de su comportamiento y la capacidad de determinarse de acuerdo con dicha comprensión. El punto primero se refiere al error de prohibición (posibilidad de que el agente capaz comprenda la antijuricidad de su acto) y el punto tercero al estado de necesidad, circunstancia de ausencia de culpabilidad debida, fundamentalmente, a que los intereses en conflicto son equivalentes.

Para los fines de esta explicación, es importante indicar que Zaffaroni considera como fundamental en la interpretación del artículo 34, inciso 1, del Código Penal argentino el hecho que en su base se encuentre la idea de la "posibilidad de comprender la criminalidad de un acto". De donde deduce que la ley no exige el conocimiento de la criminalidad, sino la posibilidad de conocerla. De modo que se trata de "una potencia y no de una efectividad". Esta posibilidad basta en la medida en que la ley misma no exija conocimientos efectivos de aspectos particulares que configuran la criminalidad de un acto. En su opinión la expresión criminalidad utilizada por el legislador sintetiza "todas las circunstancias objetivas que hacen criminal la conducta", comprendidos los requisitos que permiten imponer una pena (punibilidad del acto).

Importante, sobre todo, es la manera como define la comprensión. Este término debe ser interpretado no en el mero sentido de conocer o reconocer la criminalidad, sino más bien en el de la "internalización" o "introyección" de la prohibición. Solo respecto de la antijuricidad (valor o desvalor) la comprensión constituye una exigencia máxima, no así para los demás factores referentes a la criminalidad. Respecto de estos es suficiente el conocimiento o la posibilidad de conocimiento. En este sentido, comprender un valor supone que el agente tenga la vivencia tanto de su condición de persona como la condición de la persona ajena, vivencias que se dan en un mundo pleno de significaciones (cultura) y que él debe también comprender. De modo que se comprende un valor (implícito a la antijuricidad) cuando es incorporado como propio, es asumido como pauta de comportamiento (se trata de "cogerlo", de "agarrarlo"). Sin embargo, para la culpabilidad la ley considera suficiente "la posibilidad exigible de comprensión de la antijuricidad y, *contrario sensu*, que solo es inculpable aquel al que no se le

puede exigir razonablemente la comprensión de la antijuricidad"[14]. Esta posibilidad de comprensión no es más que un grado de exigibilidad de la posibilidad hipotética de la comprensión del injusto del hecho.

En este nivel, Zaffaroni señala que las diferencias en la comprensión del mundo pueden ser tan grandes que, en situaciones extremas, hacen jurídicamente inexigible la comprensión de la antijuricidad, porque no se le puede exigir a nadie que incorpore como suyos valores ajenos, que "incorpore a sus propias pautas de conducta otras diferentes, que responden a una concepción del mundo y de sí mismo por entero distinta"[15].

Explicada así la comprensión, Zaffaroni afirma, de manera consecuente, que la imputabilidad es ausencia de impedimento de carácter psíquico para la comprensión de la antijuricidad y para la adecuación de la conducta conforme a esa comprensión. Si este no es el caso, no se puede exigir al agente tal comprensión y, por tanto, no puede ser considerado culpable. Asimismo, señala que tampoco se puede exigir al agente la comprensión de la criminalidad en caso de las diversas circunstancias de error de prohibición y de otros errores exculpantes. En un tercer apartado, considera los que él denomina errores directos de comprensión y conciencia disidente[16].

Desde su perspectiva, el error de comprensión es un caso de error de prohibición directo, ya que este no se agota en el desconocimiento de la prohibición o de sus alcances, sino que también comprende el caso en que "el sujeto conoce la norma prohibitiva, pero no puede exigírsele la comprensión de la misma, es decir, su introyección o internalización como parte de su equipo valorativo". Aquí, se trataría generalmente de casos en los que el agente ha interiorizado valores diferentes e incompatibles con aquellos sobre los cuales se fundamenta la norma prohibitiva penalmente reforzada. Sin embargo, Zaffaroni precisa su idea diciendo que la culpabilidad no requiere que el sujeto haya internalizado esos valores, sino solo "que haya tenido la posibilidad de internalizarlos de un grado razonablemente exigible. La exigibilidad depende siempre del grado de esfuerzo que el sujeto debe realizar para materializar esa comprensión efectiva"[17]. Si el esfuerzo que el agente debe realizar es tal que no resulta razonable exigirle que lo haga, se presenta la inexigibilidad jurídica y, por tanto, queda excluida

14 Zaffaroni/Alagia/Slokar, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 650.

15 Zaffaroni/Alagia/Slokar, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 650.

16 Zaffaroni/Alagia/Slokar, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 700 y ss.

17 Zaffaroni/Alagia/Slokar, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 705.

la reprochabilidad, ya que el error de comprensión es un error de prohibición invencible.

Una de las ventajas de esta interpretación y de la introducción del criterio del error de comprensión, según Zaffaroni, es el eludir "la absurda teoría de que los indígenas son inimputables o que se hallan en estado peligroso". Asimismo estima este autor, por un lado, que las demás alternativas propuestas resultan artificiosas pues en el caso del indígena "lo que no puede exigírseles es la comprensión de la criminalidad"[18]. De manera correcta, concluye destacando el aspecto constitucional del problema en la medida en que, en la Constitución argentina, se ha reconocido "la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos y garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural" (artículo 75 inciso 17).

Para avanzar en nuestro análisis, conviene considerar uno de los ejemplos dados por Zaffaroni para ilustrar la noción de "comprensión". De manera esquemática, dice que "el antropólogo puede conocer y describir en otras culturas la eliminación de los ancianos, la poligamia, la poliandria, la ablación del clítoris o el suicidio de la viuda, pero no es posible exigirle que los comprenda". Para los fines que perseguimos, tendríamos que imaginar cómo hubiese debido juzgarse al antropólogo si, viviendo entre los pueblos cuya cultura estudiaba, hubiere internalizado sus pautas culturales y, por ejemplo, se hubiese vuelto a casar y, breve tiempo después, participado en el hecho de matar a su anciano e inválido suegro, como lo exigen sus nuevas pautas culturales. De haber permanecido en Polinesia, no solo no hubiera sido sancionado, sino quizás felicitado por su real y efectiva integración a la cultura local. Pero, si hubiera regresado a su país de origen, las autoridades competentes, conociendo lo realizado por el antropólogo en el extranjero, se hubieran debido preguntar si debían procesarlo penalmente por homicidio y bigamia. Si, por razones puramente didácticas, dejamos de lado los problemas que se hubieran presentado respecto de la aplicación de la ley penal en el espacio (por ejemplo, el criterio de la doble incriminación respecto del principio de la personalidad activa o pasiva) y suponiendo que dichas autoridades apliquen los criterios de Zaffaroni, podemos imaginar que hubiesen tenido que decidir si el antropólogo había o no actuado bajo la influencia de un error de comprensión culturalmente condicionado. Al participar en la muerte de su suegro, él conocía que conforme a las pautas culturales de su país de origen cometía un acto prohibido y punible; sin embargo, lo hacía conforme a las nuevas pautas culturales que había internalizado. Por lo tanto, conforme al derecho

18 Zaffaroni/Alagia/Slokar, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 705 y ss.

de su país no podía ser considerado culpable ya que no se le puede exigir que renuncie a sus nuevas convicciones, ni ignorar, sin atentar contra su dignidad de persona, que ha abandonado sus pautas primigenias en favor de las de Polinesia. Sin embargo, difícilmente puede admitirse que se trata de un error en la medida en que conoce muy bien ambos sistemas de pautas culturales y lo que hace es escoger conscientemente la que sigue al momento de actuar. Es decir, no es posible pensar en una inexigibilidad de comprensión de la criminalidad del acto proveniente de un error. El antropólogo no ha errado, no se ha equivocado de modo que jurídicamente pueda considerarse que, al momento de actuar, no hubiese podido comprender la criminalidad de su acto en relación con el derecho de su país de origen. Respecto del derecho de Polinesia, no existe problema porque no ha cometido infracción alguna.

De manera más evidente, continúa sosteniendo Zaffaroni, el problema se presenta "en la sociedad contemporánea, debido a la movilidad horizontal creciente y a las frecuentes migraciones, como también al reconocimiento de la pluriculturalidad"[19], en casos como el de la ablación del clítoris que sigue siendo practicada entre algunos sectores de los inmigrantes musulmanes en países como Francia y España. Este acto que constituye lesiones corporales graves no podría dar lugar a la punición de los autores porque estos han actuado conforme a las pautas culturales que han internalizado. Es decir, no han comprendido (cogido, agarrado) las pautas culturales que están en la base de la legislación penal francesa o española. Han cometido un error de comprensión porque no se les puede exigir que internalicen pautas culturales ajenas a su cultura. Su ámbito de autodeterminación para comportarse según las pautas francesas o españolas ha estado fuertemente reducido por su bagaje cultural propio e irrenunciable. Lo que supone que el "error" es invencible debido a que el agente hubiese debido realizar un esfuerzo de "magnitud tal que surja claramente su inexigibilidad jurídica". Pero, hasta qué punto no puede exigirse a los inmigrantes el respeto de prohibiciones como la implícita en las normas represoras del delito de lesiones corporales. Sea cual fuere la respuesta, queda la cuestión de saber si se trata realmente de un error, ya que si el agente sabe que su acto está prohibido (por esto, es practicado clandestinamente) no actúa condicionado por una representación del valor del acto que no corresponda con la vigente en el lugar donde actúa. Más bien obra consecuentemente de acuerdo con sus propias pautas culturales, lo que constituye una ratificación o defensa de su cultura; de modo que su manera de proceder se acerca mucho más al comportamiento debido a la conciencia disidente. Según Zaffaroni, en este caso, "se encuentra en un error

19 Zaffaroni/Alagia/Slokar, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 706.

de prohibición indirecto en razón de suponer falsamente la existencia de una justificante no reconocida por el derecho"[20]. Creer, por ejemplo, que el respeto de la diversidad cultural autoriza a realizar actos aún si contradicen los valores culturales del sistema oficial.

Un ejemplo, dado también por Zaffaroni, más cercano a la realidad peruana es el de las inhumaciones clandestinas. En este caso, dice Zaffaroni: "Quizá el vínculo cultural que impide a la persona comprender la ilicitud de la prohibición de inhumaciones clandestinas no alcance para fundar la invencibilidad del error de comprensión de una lesión o un homicidio, pero no por ello puede excluirse un error de comprensión de tal entidad" (p. 706). Como en el Código Penal peruano no hay disposición que prevea la represión de la violación de una tal prohibición, podemos considerar una hipótesis en un caso semejante: la práctica de la medicina tradicional que, objetivamente, cae en el artículo 290 inciso 2 que reprime el hecho de prescribir, administrar o aplicar cualquier medio supuestamente destinado al cuidado de la salud, aunque obre de modo gratuito. Si actos de esta naturaleza son cometidos de acuerdo a pautas culturales diferentes a las del sistema oficial, puede considerarse que sus autores se equivocan con respecto a la prohibición de ejercer la medicina sin título profesional y, por tanto, sin la autorización debida; asimismo, que este error les impide comprender el carácter ilícito de su comportamiento y que este error se debe a que no han interiorizado la prohibición establecida por el sistema dominante. Si los actos destinados presuntamente a curar son cometidos en el seno de un grupo humano sin contacto con el sistema oficial (por ejemplo, comunidad de indígenas habitando un sector alejado de la Amazonía), sería irracional, como lo permitía el Código de 1924, intervenir y someter al responsable del acto típico a una sanción penal. La razón, sin embargo, no necesita ser la presencia de un error de prohibición o de comprensión porque dichas personas ignoran completamente las normas prohibitivas oficiales. Por tanto, no se les puede exigir que hagan los esfuerzos necesarios para conocer dichas prohibiciones. Tampoco, puede decirse que se equivocan pues el error se basa siempre en una falsa representación de realidad material o de valores que se ha interiorizado; no hacen sino comportarse conforme a su sistema comunitario. En realidad, la cuestión es determinar si es necesario intervenir mediante el derecho penal. La respuesta solo puede ser negativa. En caso de comunidades indígenas (por ejemplo las andinas) más integradas al sistema oficial o también de inmigrantes andinos habitando la periferia de los centros urbanos más importantes, se puede hablar con más facilidad de error de prohibición en la medida en que tienen la posibilidad de conocer

20 Zaffaroni/Alagia/Slokar, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 704.

la prohibición y si no la respetan es porque no la han interiorizado, lo que hace que crean que actúan debidamente cuando se comportan siguiendo sus propias pautas culturales. Obrando de esta manera, estiman que actúan lícitamente. No resulta, entonces, conveniente recurrir a la noción de error de comprensión culturalmente condicionado. Sobre todo, en el contexto de la legislación peruana, en la que se ha introducido el artículo 15 como norma independiente de la que prevé el error de prohibición.

3. Tentativa de explicación del criterio predominante en el Perú

Cómo explicar esta situación y apreciar mejor el papel desempeñado por las propuestas y las ideas del profesor argentino. Para esto, es indispensable reconstruir, al menos sucintamente, el camino recorrido. El punto de partida está en el hecho que Zaffaroni elabora su interpretación del error sobre la base de la legislación de su país, en especial del artículo 34 inciso 1. Circunstancia a la que ya nos hemos referido anteriormente, pero que los juristas peruanos no han tenido suficientemente en cuenta. Un segundo hito que debe tenerse en cuenta es la propuesta que hizo de "que se elaboren conceptos doctrinarios que permitan concluir en la inculpabilidad de cualquier persona que, debido a las pautas de su propio grupo cultural, no pueda ajustar su conducta a las pautas jurídicas o culturales dominantes"[21]. El contexto del que parte Zaffaroni[22] se percibe bien si se recuerda lo que afirmó, con razón, en el proceso de reforma del Código argentino. Entonces sostuvo: "Me parece correcta la disposición del inciso 3 del artículo 5, que entiendo que consagra el error de tipo, pero no veo razón para que el texto deje en la supralegalidad el error de prohibición. Si bien esta es la interpretación del texto vigente [...], (contraria a la mía, que entiendo que el inciso 1 del artículo 34 se refiere a ambas clases de error) no me parece conveniente consignarla en una ley nueva [...], lo que habría que hacer es que en un texto futuro no quede fuera de las previsiones legales". No habiendo sido modificado el Código argentino en el sentido correcto planteado por Zaffaroni y habiéndose más bien conservado el artículo 34 inciso 1, ha debido elaborar su concepción sobre el error de prohibición en base a esta disposición. Condicionado por este hecho, no sorprende que cuando tuvo la ocasión de plantear la solución que debía darse al problema de la influencia de las diferencias culturales en la represión de algunas personas como los indígenas haya sido influenciado tanto por la legislación argentina (especialmente el artículo 34 inciso 1) y de

21 Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*, Buenos Aires, 1986, p. 58.

22 Zaffaroni, *Proyecto de 1973*, p. 239.

manera consecuente haya tratado de materializar sus ideas. Las mismas que, volvamos a repetirlo, no han sido debidamente comprendidas ni tenidas en cuenta en el Perú.

Comentando el Proyecto de Código Penal peruano de 1985 y sobre la base de las ideas que hemos resumido anteriormente, Zaffaroni consideró, por un lado, que en el artículo 21 debía cambiarse la palabra "imputable" por "inculpable" y, por otro lado, que era conveniente mejorar "la fórmula en forma aproximada" a la siguiente: "Al que por su cultura o costumbre, comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión, se le declarará no culpable. Cuando por igual razón esa posibilidad se halle disminuida, la pena se atenuará, en la medida de la misma, incluso por debajo del mínimo legal". Este texto fue retomado en el artículo 15 del Código peruano con dos modificaciones: la primera consiste en la substitución de la expresión "se le declarará no culpable" por la de "será eximido de responsabilidad". La segunda se refiere a la atenuación de la pena respecto a la segunda hipótesis. En la perspectiva argentina, especialmente conforme a las ideas de Zaffaroni, resulta comprensible que el objetivo es regular un caso de error. Pero no así en el contexto peruano, el mismo que no ha sido debidamente tomado en cuenta al momento de introducir el artículo 15.

Un factor que debe haber influido en la manera como los autores nacionales prefieren interpretar el artículo 15 es el hecho de que, en los trabajos de reforma, se planteó calificar de incapaces a ciertas personas en razón de su nivel cultural o de sus costumbres. Así, en el artículo 19 del Proyecto de 1984, se preveía que el "juez puede declarar inimputable o atenuar la pena por debajo del mínimo legal al que, por su grado de cultura o costumbres, comete un hecho punible sin poder apreciar debidamente la ilicitud de su acto o determinarse de acuerdo con esa apreciación".

La Asociación de Magistrados[23] consideró que la técnica es deficiente y que estaba dirigida a ser aplicada a "los indígenas u otros habitantes de las culturas de la selva de nuestro país". Luego de indicar que estos pueden ser imputables o inimputables como cualquier otra persona, señaló que declararlos "inimputables por su cultura es asumir una posición etnocentrista inadmisible que desprecia por inferiores a la cultura indígena u otras". De donde concluyó diciendo que es "suficiente dejar a criterio de los jueces evaluar la culpabilidad a la luz de sus

23 Asociación de Magistrados, "Observaciones al Proyecto de Código Penal", en *Boletín de la Asociación de Magistrados*, 1, mayo, 1985, pp. 3-12, en particular observación N.º 9.

costumbres, tradicionales y creencias [...]. En todo caso bastan las disposiciones sobre el error". De esta manera, los autores de esta declaración no consideraron que el artículo 19 del Proyecto regulara el error de prohibición culturalmente condicionado. Entre estos autores se encontró Villavicencio, miembro de la Directiva de la Asociación, la misma que agradeció a César San Martín Castro por "su colaboración en la redacción de estas observaciones"[24]. En términos semejantes se pronunció Villavicencio[25] en una breve nota periodística. Después de señalar que la "intención es buena pero la terminología inaceptable", afirma que a su juicio "es suficiente dejar a criterio de los jueces el evaluar la capacidad penal de los indígenas. Siguiendo a los tribunales nacionales (quienes suelen completar el fundamento de sus sentencias haciendo referencias a las disposiciones sobre el error) basta considerarlos inculpables, o susceptibles de atenuación de responsabilidad".

Sin embargo, este antecedente y la corrección de las críticas no justifican que se interprete el artículo 15 en el sentido de la noción de error culturalmente condicionado. Por el contrario, la similitud de esta disposición con la prevista en el artículo 20, inciso 1, debió llamar la atención para evitar el error de prever una causa de incapacidad cuando se quería, en realidad, establecer una circunstancia de ausencia de culpabilidad. Como se afirma en esos comentarios, bastaba referirse a la disposición relativa al error de prohibición o, en caso de considerarse indispensable por razones prácticas y políticas, indicar expresamente que se tengan en cuenta las diferencias culturales al momento de apreciar si el agente actúa bajo la influencia de un error de prohibición.

4. Aplicación judicial del error de prohibición culturalmente condicionado

El acceso a las resoluciones dictadas por la Corte Suprema, así como por los Tribunales Correccionales en los procesos en que son última instancia, es muy limitado debido a que no son oficialmente publicadas. Las publicaciones particulares son limitadas e incompletas. Esta situación absurda impide que se pueda determinar qué criterios de interpretación han sido establecidos de modo que se pueda hablar de jurisprudencia, por ejemplo, respecto a la aplicación del artículo 15 del Código Penal.

24 Asociación de Magistrados, "Observaciones al Proyecto de Código Penal", en *Boletín de la Asociación de Magistrados*, 1, mayo, 1985, p. 12.

25 Villavicencio Terreros, Felipe, "De indígenas y penas en el Proyecto de Código Penal", en *La República*, Lima, 21 de diciembre de 1984, p. 15.

Durante la vigencia del Código de 1924, la influencia de las diferencias culturales en la represión se dio respecto a algunos delitos. Así, en relación con los pobladores andinos, hay que considerar el caso del *servinacuy*, costumbre indígena relativa al matrimonio, consiste en que la pareja cohabita maritalmente antes de formalizar la unión conyugal. Si la mujer es menor de 14 años, las relaciones sexuales practicadas comportan, según el derecho penal vigente, la comisión de un delito sexual; siendo por el contrario y según la pauta cultural de la comunidad, un comportamiento permitido por haber tenido lugar en un contexto socialmente positivo. En estos casos se llegó a exculpar al procesado invocando el error de prohibición[26].

En cuanto al artículo 15, consideramos interesante presentar dos resoluciones supremas relacionadas con la toma en consideración de las peculiaridades culturales de los procesados. La primera[27] concierne los hechos siguientes: Rosa, esposa de Mauro, abandonó su hogar, marido y ocho hijos porque la maltrataba su marido. Así, se trasladó a un pueblo vecino, donde se unió con Teodosio. Los procesados, actuando como ronderos de la localidad, detuvieron a Rosa y Teodosio, los sometieron a tratos humillantes e inhumanos, los obligaron a pagar una suma de dinero y, por último, impusieron a Rosa que entregue a su esposo la casa que ella había heredado de su padre.

La Primera Sala Penal de la Corte Superior de Áncash falló absolviendo a los procesados. La Sala Penal de la Corte Suprema confirmó esta sentencia, basándose en el dictamen emitido por el fiscal supremo en lo penal. Este último argumentó diciendo que los procesados actuaron con la "finalidad de poder resolver [la] denuncia conyugal-familiar" interpuesta por Mauro contra su esposa Rosa, "aplicando normas del derecho consuetudinario y ancestral". Las mismas que, según el mismo fiscal, "se encuentran contempladas en el artículo 149 de la Constitución Política". Si bien admite que "al momento de suceder los hechos hubieron algunos excesos contra los agraviados, debe también tomarse en cuenta el ámbito cultural y geográfico en donde sucedieron los hechos". Asimismo, indica que los procesados, con posterioridad, "han ofrecido las disculpas del caso, devolviendo las pertenencias" a los agraviados, dando "a entender de que no han actuado con malicia sino con el ánimo y espíritu de mantener unida a dicha familia". Señalando finalmente que por estas circunstancias "se podría tomar como un error cultural condicionado".

---

26 *Revista del Foro*, 1939, p. 587; *Anales Judiciales*, 1943, p. 441; *Boletín Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la República*, N.º 4, Lima, 1972, p. 211; Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Eddili, Lima, 1987, pp. 442 y ss.

27 *Data Electrónica de Gaceta Jurídica*, Lima, 2001, p. 35.

La Corte Suprema, sin entrar en el fondo del asunto, se limita a confirmar la absolución y a corregir el error en que había incurrido el Tribunal Correccional al escribir el nombre de uno de los procesados. La aceptación sin comentario alguno de los argumentos del fiscal muestra la ligereza con que se administra justicia al más alto nivel del aparato judicial.

Los comportamientos cometidos por los procesados en agravio de las víctimas son conformes a diversos tipos legales (infracciones contra el honor, la integridad corporal, la libertad individual, el patrimonio), cuya realización es admitida por el fiscal refiriéndose a ellos como "excesos contra los agraviados". Afirmar que no actuaron con malicia resulta vago, ya que no se sabe si se hace referencia a un simple elemento subjetivo del tipo o constituye una negación de que los agentes actuaron con dolo. Esto resulta difícil de admitir porque está claro que obraron con consciencia y voluntad de humillar, maltratar, coaccionar y despojar de bienes a los agraviados. De modo que objetiva y subjetivamente se dan los tipos legales.

El hecho que, posteriormente, hayan pedido disculpas a los agraviados y les hayan devuelto sus pertenencias no tiene influencia alguna en la calificación y comprobación de los comportamientos perjudiciales. Para absolver a los autores era indispensable invocar una causa de justificación o de falta de culpabilidad. Así, habría podido plantearse si actuaron conforme a la ley (artículo 20, n.), ya que el fiscal afirma que los procesados actuaron conforme a "normas del derecho consuetudinario y ancestral". Sin embargo, fuera de esta afirmación general y vaga, no se menciona cuáles son las normas consuetudinarias que permiten a los ronderos a humillar, maltratar de manera inhumana, imponer pagos de dinero coactivamente, despojar de bienes inmuebles a las personas. A lo más, tal vez, se hubiera podido afirmar que los ronderos intervinieron en base a normas que han surgido y consolidado desde que este medio de autodefensa surgió en el Perú. Sin embargo, esto no basta para justificar los abusos que cometieron.

El hecho de que se invoque el derecho consuetudinario y el artículo 149 de la Constitución hace pensar que se ha tenido en cuenta el artículo 15 del Código Penal, lo que explicaría que se haga referencia al ámbito cultural y geográfico (Acopara-Distrito de Huántar) en que sucedieron los hechos. En cuanto a la norma constitucional, hay que señalar que la permisión que contiene sobre la aplicación del derecho consuetudinario está limitada a que esta tenga lugar respetando a los derechos humanos. Ahora bien, se viola estos últimos cuando se humilla, maltrata inhumanamente, coacciona y priva de su patrimonio a una persona. La dignidad humana es directamente atacada. Por tanto, no podía constituir la base para absolver a los inculpados.

En cuanto al artículo 15, no invocado expresamente, en ningún momento, se ha afirmado que por su cultura o costumbres los autores eran incapaces de comprender el carácter ilícito de sus actos o de determinarse según esta apreciación. Del dictamen fiscal no se deduce que ellos mismos hayan invocado esta incapacidad. En realidad, todo lleva a admitir que sabían lo que hacían.

Tampoco, aceptando la equivocada idea de que el artículo 15 prevé el denominado error de prohibición culturalmente condicionado, se puede llegar a explicar y justificar la absolución. Este tipo de error supone que el autor sepa que su comportamiento está jurídicamente prohibido, pero estima, equivocadamente, que existe una causa de justificación o que los límites de aplicación de esta son más amplios que los establecidos en la ley. Al respecto, no basta que se diga "haber creído actuarse conforme a derecho", sino que se indique las razones decisivas que permitan creerse en derecho de obrar de la manera como se hizo. Esto resulta muy difícil de admitir cuando se trata de violaciones graves de derechos fundamentales, la dignidad, libertad, integridad corporal, honor, patrimonio de las personas. Dicho de otra manera, resulta imposible admitir que los ronderos pensasen que maltratar de manera inhumana a los agraviados o despojar de su casa a la agraviada no fueran comportamientos prohibidos. Tampoco es posible aceptar, al menos en la medida en que no se ha establecido en qué normas de derecho ancestral basaron sus comportamientos, que creyeron que estaban actuando conforme a derecho. Lo cual es válido afirmarlo tanto respecto al derecho conformado por la Constitución y las demás normas establecidas o reconocidas por el Estado, como en cuanto a las supuestas normas consuetudinarias y ancestrales, las mismas que no han sido debidamente determinadas en el dictamen fiscal. No basta que el agente actúe reivindicando que no hace otra cosa que hacerse justicia por sus propias manos.

La constatación que, cuando sucedieron los hechos, no existía juez de Paz ni gobernador puede explicar que "los encausados se avocaron a resolver dicho caso" debido a un vacío de poder y a la necesidad de resolver los conflictos personales de los pobladores; pero nunca puede servir para justificar que tal intervención se haga abusando del poder y violando los derechos fundamentales de las personas. Si se admite esto, no solo se trata de una abdicación del ejercicio legítimo y democrático del poder, sino del abandono de la protección de los derechos humanos. Por último, hay que indicar que se llega al absurdo cuando se recurre también al argumento de que los ronderos actuaron para "mantener unida la familia", ya que esta se encontraba en crisis debido a que el marido maltrataba físicamente a la agraviada, maltratos señalados en el mismo dictamen. La protección de la familia no puede hacerse en detrimento de los derechos humanos de uno de sus miembros.

El segundo caso[28] se refiere también a actos cometidos por ronderos. Esta vez, los miembros de un Comité de rondas campesinas detienen a Ramón y lo encierran durante varios días en el local de dicho Comité. Ocasión en que, según el dictamen fiscal, "haciendo uso de la violencia le obligaron a confesar delitos que no había cometido. Y lo pusieron en libertad, solo después de que entregara a uno de los procesados un caballo.

Asimismo, privaron de la libertad a Ermitaño en los mismos locales del comité, lo obligaron a confesarse autor de delitos que no había cometido y lo liberaron después de haber prometido que pagaría una suma de dinero a un tercero.

Los comportamientos atribuidos a los procesados consisten en privar de la libertad a los agraviados y de obligarlos a realizar actos de disposición patrimonial, así como de ejercer violencias sobre ellos para hacerles confesar la comisión de delitos contra terceros. Sin embargo, de manera esquemática, el fiscal afirma que en el "proceso no existen pruebas fehacientes que acrediten la responsabilidad penal de los procesados". Lo cierto es que los comportamientos fueron cometidos y que objetivamente estaban comprendidos en algunos tipos legales. De modo que lo esencial era de saber qué circunstancia permitía excluir la ilicitud de esos actos o la culpabilidad de los autores. Solo respecto a la privación de libertad, el fiscal afirma que "debe tenerse en cuenta que la captura efectuada por los ronderos acusados se encuentra amparada en la Constitución en su artículo 149 y, que, si bien es cierto existe esta imputación, también es verdad que fueron liberados formalizando denuncia contra ellos".

La citada norma constitucional no puede ser aplicada como justificante general en razón de que autoriza que los campesinos y poblaciones nativas ejerzan jurisdicción aplicando sus normas consuetudinarias. Esta norma constitucional solo es una norma de reenvío en la medida en que los actos jurisdiccionales suponen una base legal. De modo que detener, confiscar, coaccionar como medios del ejercicio jurisdiccional deben practicarse de acuerdo con las bases del Estado de Derecho y, en particular, como lo establece la misma norma citada respetando los derechos fundamentales. En este sentido y siempre que existiera una norma consuetudinaria que lo permitiese, detener si, pero no atar en una picota, por ejemplo, como hicieron los procesados. La devolución de la cosa de la que fue despojada uno de los agraviados no justifica el comportamiento típico precedente cometido por los procesados.

28 Instrucción N.º 910-96; Corte Superior de Piura; C. S. N.º 5622-97; Dictamen N.º 4416-97-MP-FN-2ºFSP, en *Gaceta Jurídica.*

La manera como se invoca el artículo 149 de la Constitución, los usos y costumbres de los procesados e, implícitamente, el artículo 15 del Código Penal constituye un pésimo servicio al movimiento dirigido a hacer respetar el carácter multicultural de la sociedad peruana, así como a garantizar la protección de los derechos humanos.

5. A manera de conclusión

En toda reforma legislativa, hay que tener en cuenta las experiencias de legisladores foráneos y los planteamientos efectuados por teóricos tanto para abandonar o perfeccionar regulaciones existentes, como para introducir otras nuevas. Esto supone no solo tener una actitud abierta hacia la recepción de ideas y modelos foráneos; sino la capacidad para analizarlos previamente y adaptarlos a nuestra realidad social y política, así como a nuestro contexto jurídico.

En esta perspectiva, con relación al ejemplo del error de comprensión culturalmente condicionado, debemos repetir que no se ha tenido el debido cuidado al introducir el artículo 15, basándose en la propuesta de Zaffaroni, en el Código Penal de 1991. Hubiera bastado, una vez aceptada como correcta la previsión de esta categoría dogmática, tomar la distancia debida teniendo en cuenta la legislación y la concepción teórica sobre las cuales había sido imaginada. De esta manera, se hubieran evitado los problemas de interpretación que hemos señalado. Sin embargo, no se procedió así debido a que se asumió de manera "dogmática" y no creativa la propuesta.

Para precisar aún más lo antes expresado, conviene indicar la manera como en el Anteproyecto de Código Penal para el Ecuador (parte general) de marzo 1993, elaborado con el asesoramiento de Manuel Rivacoba y Rivacoba y Raúl Zaffaroni[29], se regula el denominado error de comprensión culturalmente condicionado. Para comprender la técnica empleada, señalemos que, ante todo, se determina la falta de capacidad de culpabilidad. Así, en el artículo 18, inciso 5, se prevé: "El que por cualquier motivo carezca, en el momento del acto, de la capacidad de representarse las consecuencias de su obrar, de comprender su criminalidad o de adecuar su conducta a dicha representación o comprensión". Sin entrar a analizar si la definición es correcta o no, señalemos que se precisa muy bien que se trata de la capacidad que tiene el agente al momento de actuar. Lo que permite a los autores del proyecto, en las disposiciones siguientes, regular, primero, el error "acerca de algún elemento constitutivo de la infracción"

29 *Anteproyecto de Código Penal para el Ecuador (parte general) de marzo 1993*, Texto mimeografiado, Quito s/f.

(artículo 18, inciso 7: error de tipo legal); segundo, el error "acerca de la criminalidad de su obrar" (artículo 18, inciso 7: error de prohibición) y, tercero, la circunstancia de que el agente "por su cultura o costumbres no comprende la criminalidad de su obrar o no se le puede exigir que adecue su conducta a dicha comprensión" (artículo 18, inciso 9). En este último caso, a diferencia de lo que sucede en el artículo 15 del Código Penal peruano, no se establece que el agente "por su cultura o costumbres" no tenga la "capacidad de comprender la criminalidad del acto" o de "determinarse de acuerdo con esta apreciación". Se refiere más bien al hecho, por un lado, de que el autor haya o no haya comprendido y, por otro, si se le puede o no exigir que se determine en consecuencia. De modo que el sujeto que debe comprender y determinarse es una persona capaz de actuar culpablemente; pero a quien no se le puede reprochar su manera de comportarse debido a que ha actuado conforme a su cultura o costumbres. Se trata entonces de una causa de ausencia de culpabilidad, lo que es, justamente, lo que propone Zaffaroni; pero que no ha sido debidamente regulado en el artículo 15 del Código Penal peruano.

En la misma perspectiva, en el Proyecto de Código Penal de Guatemala[30], después de definir la imputabilidad como capacidad de "comprender la ilicitud del hecho" y de "dirigir sus acciones conforme a esa comprensión" (artículo 19), se excluye la culpabilidad, junto a los casos de error y otros, "cuando la persona perteneciere a una comunidad indígena que aceptare o fomentare regularmente la conducta ilícita, conforme a costumbres o prácticas arraigadas, salvo que ello implicare una grave afectación de los derechos humanos fundamentales" (artículo 20, letra d). El carácter de eximente de culpabilidad de esta circunstancia reside en el hecho de que, en razón de su cultura, no se puede exigir al agente que obre, en su medio social, de manera diferente a sus pautas culturales. El Estado debe respetar la cultura del agente hasta el límite del respeto de los derechos humanos. No se trata, en consecuencia de una causa de incapacidad de actuar culpablemente en el sentido del artículo 19 del mismo proyecto.

Sin pretender darlos como ejemplos o aconsejar su recepción, en ocasión de una futura modificación del Código Penal vigente, creemos que el tener en cuenta los textos citados permitiría un mejor análisis teórico de la categoría en cuestión y, por tanto, regularla mejor legislativamente si se considera indispensable su introducción.

30 *Proyecto de Código Penal de Guatemala*, texto mimeografiado, MINUGUA, Guatemala, s/f; HURTADO POZO, *Droit pénale. Partie spéciale*, 3.ª ed., Zurich, 2000, t. I, pp. 154 y ss.

Regular específicamente estos casos solo se justifica, una vez determinado debidamente el error de prohibición, en la medida que sea necesario imponer a los órganos de justicia que presten atención sobre las diferencias culturales que existen en países como el Perú, en los cuales se ha ignorado casi completamente la situación, en particular, de los indígenas frente al sistema penal oficial. En este sentido, podría indicarse de manera general que, al momento de apreciar el error de prohibición y de individualizar la pena, debe tomarse debidamente en cuenta las pautas culturales propias al agente. No resulta, evidentemente, suficiente ni conveniente hacerlo de la manera como lo ha hecho el legislador boliviano. Este de manera errónea y restringida prevé, como circunstancia atenuante general, el hecho que "el agente sea un indígena carente de instrucción y se pueda comprobar su ignorancia de la ley".

Tampoco es satisfactoria la manera como, en el Código de los niños y adolescentes, Ley N.º 27337 del 2 de agosto de 2000, se declara, en el artículo VII, segundo párrafo, del Título Preliminar, referente a las "Fuentes", que: "Cuando se trate de niños o adolescentes pertenecientes a grupos étnicos o comunidades nativas o indígenas, se observará, además del Código y la legislación vigente, sus costumbres, siempre y cuando no sean contrarias a las normas de orden público". De esta manera no se hace sino repetir lo establecido en el artículo 149 de la Constitución. Los inconvenientes de prever la inimputabilidad en razón de la diversidad cultural se han puesto en evidencia en el sistema de Colombia[31]. Según el artículo 33 del Código Penal de este país, es imputable "quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares". Y, en el artículo 73 de la misma ley, se dispone la "reintegración al medio cultural propio" cuando "el sujeto activo de la conducta típica y antijurídica sea inimputable por diversidad sociocultural". Esta medida consistirá, conforme con esta misma disposición, "en la reintegración a su medio cultural, previa coordinación con la respectiva autoridad de la cultura a la que pertenezca". Estas disposiciones fueron impugnadas como inconstitucionales, por un lado, porque implican desconocer las atribuciones de las autoridades indígenas, las cuales, según el artículo 246 de la Constitución, ejercen funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus normas y procedimientos. Considera entonces que "son las autoridades indígenas quienes investigan y juzgan las conductas presuntamente ilícitas de los

31 Velásquez Velásquez, Fernando, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Temis, Bogotá, 2002, pp. 410 y ss.; Londoño Berrío, Hernando León y Alicia Eugenia Vargas Restrepo, "El indígena ante el derecho penal", en *Nuevo Foro Penal* 63, Medellín, 2000, pp. 87 y ss.

miembros de su comunidad", y por ende esa potestad no puede ser trasladada a los jueces ordinarios. Por otro, por ser discriminatorias y porque vulneran el pluralismo, puesto que consideran a los indígenas inimputables, solo por poseer "una cosmovisión diferente" y por no "no compartir los valores y sistema occidentales". Por último, se afirmaba que la medida de seguridad era inconstitucional porque no puede ser una sanción ya que "es un derecho constitucional fundamental del indígena hacer parte de su conglomerado social, de su comunidad ancestral, de sus valores y de su diferente cosmovisión".

El Tribunal Constitucional, en una extensa e interesante sentencia[32], llega a la conclusión de que es exequible el artículo 33 en la parte que prevé la falta de capacidad de culpabilidad por razones socioculturales, en la medida en que dicha incapacidad no sea comprendida en sentido peyorativo sino más bien como la ocasión para que las autoridades oficiales respeten y protejan la diversidad cultural de la población colombiana. Sin embargo, considerando que esta solución puede dar lugar a injusticias debido a que, tratándose de indígenas, estos deberían ser sometidos a una medida de seguridad, mientras que quienes no lo son escaparían a toda represión, el Tribunal Constitucional considera que, primero, debería comprobarse que el procesado indígena no ha incurrido en un error de prohibición inevitable. Si este es el caso, debería ser absuelto por falta de culpabilidad. En caso contrario, debería constatarse si no era incapaz, por su diferente cosmovisión, de comprender el carácter delictuoso de su comportamiento o de determinarse de acuerdo con esta apreciación. Si se trata de un incapaz, en este sentido, el indígena debe ser remitido a su comunidad, donde las autoridades nativas se encargarán de procesarlo.

Los esfuerzos de los jueces colombianos son notables. Sin embargo, todas sus argucias interpretativas hubieran sido evitadas si las disposiciones penales hubieran sido mejor concebidas. En realidad, ellos admiten que la solución es, en primer lugar, la toma en consideración del error de prohibición. Asimismo, que la noción de incapacidad de culpabilidad no implica necesariamente un tratamiento peyorativo de las personas consideradas como tales por razones culturales, ya que en buena cuenta la declaración de inimputables con relación a los enfermos mentales no constituye tampoco un juicio de valor negativo sobre su dignidad personal. Por último, señalemos que a los jueces colombianos, como los juristas peruanos, incurren en el mismo defecto de considerar la noción de

32 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-370/2002, REF.: Expediente N.º D-3751, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 33 (parcial), 69 (parcial) y 73 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal, Bogotá, D.C., catorce (14) de mayo de dos mil dos (2002).

"error de comprensión culturalmente condicionado" como una realidad, a la que es indispensable encontrar un lugar en la legislación vigente. De los argumentos que ellos exponen, se llega a percibir que, en su opinión, de lo que se trata es "de que en esos casos debe absolverse, por error de prohibición culturalmente condicionado". Al respecto, se puede decir que, entendido de esta manera el error de comprensión, no es diferente del error de prohibición y que este está siempre culturalmente condicionado. Para finalizar este trabajo, subrayemos, una vez más, que visto el problema en una perspectiva más amplia, hay que admitir que por su complejidad requiere una pluralidad de respuestas para considerar sus diferentes aspectos. Respuestas que deben ir desde la no intervención cuando el suceso penalmente significativo acaece al interior de una comunidad completamente aislada y que no tiene repercusiones en el resto de la sociedad, hasta la aplicación de las eximentes y atenuantes previstas en la ley penal teniendo en cuenta las pautas culturales que han condicionado el comportamiento del agente. En este caso, debe jugar un papel significativo la categoría del error sobre el carácter ilícito del acto. De modo que es superfluo prever una regla tal como la prevé el artículo 15. La regulación de la falta de capacidad de culpabilidad no debe borrar los límites con las restantes condiciones de punición y, en particular, con el error sobre la índole ilícita del comportamiento. En esta perspectiva, toda elaboración, interpretación y aplicación de normas legales debe hacerse respetando la pluralidad e igualdad de las diferentes culturas, única manera de tener debidamente en cuenta la dignidad de las personas y los derechos humanos.

6. Bibliografía sucinta

Anteproyecto de Código Penal para el Ecuador (parte general) de marzo 1993, Texto mimeografiado, Quito s/f.

Asociación de Magistrados, "Observaciones al Proyecto de Código Penal", en *Boletín de la Asociación de Magistrados*, 1, mayo, 1985.

Bramont Arias, Luis y Luis Bramont-Arias Torres, *Código Penal anotado*, 4.ª ed., Editorial San Marcos, Lima, 2001.

Cesano, José Daniel y Beatriz Kalinsky, "Delito y diversidad cultural una lectura interdisciplinaria de un fallo", en *Ley, Razón y Justicia*. Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales, año 2, n.º 3, enero-julio, Neuquén (Argentina), 2000.

Francia, Luis, "Pluralidad cultural y derecho penal", en *Derecho,* vol. 47, PUCP, Lima, 1993.

García Vitor, Enrique, *Diversidad cultural y derecho penal. Aspectos criminológicos, políticos-criminales y dogmáticos*. Colección Jurídica y Social, 36, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe (Argentina), 1994.

Hurtado Pozo, José, *Manual de derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Eddili, Lima, 1987.

Hurtado Pozo, José, "Impunidad de personas con patrones culturales distintos", en *Derecho*, vol. 49, PUCP, Lima, 1995.

Hurtado Pozo, José, *Droit pénale. Partie spéciale*, t. I, 3.ª ed., Zurich, 2000.

Londoño Berrío, Hernando León y Alicia Eugenia Vargas Restrepo, "El indígena ante el derecho penal", en *Nuevo Foro Penal* 63, Medellín, 2000.

Peña Cabrera, Raúl, *Tratado de Derecho Penal I. Estudio programático de la Parte general*, Grijley, Lima, 1994.

Peña Cabrera, Raúl, *Proyecto de Código Penal de Guatemala*, texto mimeografiado, MINUGUA, Guatemala, s/f.

Velásquez Velásquez, Fernando, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Temis, Bogotá, 2002.

Villa Stein, Javier, *Derecho Penal. Parte general*, 2.ª ed., Editorial San Marcos, Lima, 2001.

Villavicencio Terreros, Felipe, "De indígenas y penas en el Proyecto de Código Penal", en *La República*, Lima, 21 de diciembre de 1984.

Villavicencio Terreros, Felipe, "Ley penal y hecho punible en el Código penal peruano de 1991 y en el Anteproyecto de Código penal para Guatemala de 1990", en *Revista de los Abogados del Valle del Cauca* 27/28, Cali, 1993.

Villavicencio Terreros, Felipe, *Código Penal comentado*, 3.ª ed., Grijley, Lima, 2001.

Yrigoyen, Raquel, "Control penal y diversidad étnico-cultural", en Zúñiga, Laura y otros (eds.), *Conflicto social y sistema penal*, Universidad de Salamanca y Colex, Salamanca, 1996.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (coord.), *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*, Documento final del Programa de investigación desarrollado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1982-1986), Buenos Aires, 1986.

Zaffaroni, Eugenio Raúl / Alagia, Alejandro / Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000.

V
Responsabilidad penal de las personas jurídicas*

Sumario: 1. Introducción. 2. Criminalidad moderna y evolución legislativa. 3. Personas jurídicas en el Código Penal de 1991. 4. Legislación penal complementaria. 5. Perspectiva.

1. Introducción

La evolución del derecho penal se caracteriza por su constante subjetivización: abandono de la idea de responsabilidad colectiva y objetiva en favor de una concepción individual, personal de la responsabilidad penal.

El desarrollo de las ideas individualistas durante el Siglo de las Luces y su consagración política mediante el triunfo de la Revolución Francesa fueron determinantes para que, tanto en la doctrina como en la legislación, se impusiera la idea de la responsabilidad individual. En derecho penal, significó el reconocimiento de la persona natural como la sola capaz de dirigir y controlar su comportamiento y, por tanto, de ser declarada culpable. Siendo la culpabilidad la base indispensable de la pena, único medio de reacción penal admitido entonces, esta solo podía ser impuesta a la persona natural. De esta manera, se excluyó a las agrupaciones de individuos, constituidas formalmente, del ámbito del derecho penal. Este hecho fue percibido como un avance frente a los criterios que habían sido con frecuencia admitidos anteriormente. La responsabilidad fue considerada como más respetuosa de la naturaleza de la persona humana.

---

* Publicado en *Anuario de Derecho Penal 1996*, monográfico sobre *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Lima, 1996, pp. 141-158.

Simultáneamente a este proceso, no es de olvidar que se fueron desarrollando otras formas de responsabilidad. En especial, la de índole civil, la que –a diferencia de la responsabilidad penal– se orienta a la reparación del perjuicio sufrido por las víctimas de actos ilícitos y no a la retribución del autor culpable. En este marco doctrinario y legislativo, se conciben las personas jurídicas. Para poder imputarles responsabilidad por actos ilícitos y obligarlas a indemnizar a las personas afectadas, se les considera como poseedoras de una cierta voluntad y titulares de un patrimonio. Un hito importante en este proceso estuvo constituido por el reconocimiento, a fines del siglo XIX, que el Estado, además de un poder público, es una persona jurídica de derecho público.

Fuera del derecho penal, se ha ido así gestando y consolidando una responsabilidad colectiva. Hecho que implica, de un lado, despersonalizar la responsabilidad (el ente colectivo en lugar de la persona individual). De otro lado, socializar la responsabilidad (en la medida en que se adopta el criterio de solidaridad con respecto a la necesidad de reparar los perjuicios).

Esta tendencia se presenta, igualmente, en el ámbito penal; por ejemplo, se replantea la reacción punitiva teniendo en cuenta, de manera más efectiva y concreta, los derechos de las víctimas de la delincuencia. Del mismo modo, al renovarse los criterios fundamentales de la reacción penal mediante el reconocimiento, junto a la responsabilidad del autor individual, de la responsabilidad del Estado o de la sociedad en la comisión del delito. E igualmente, al plantearse la posibilidad y la conveniencia de admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La referencia inicial a la subjetivización del derecho penal será mal comprendida si no se tiene en cuenta que solo se refiere a la evolución de las ideas y de la legislación penal de ciertos países. Se trata de todos aquellos cuyos ordenamientos jurídicos forman parte del denominado sistema europeo continental. En relación con el tema que nos ocupa, de aquellos en los que el sistema penal está fuertemente influenciado por la dogmática alemana.

Existen otros mundos culturales, otros sistemas jurídicos o dogmáticos, otras maneras de concebir la persona y la responsabilidad. En el sistema anglosajón del Common Law, la responsabilidad penal de las personas jurídicas es ampliamente reconocida desde el siglo XIX.

Al respecto y considerando, como verdad absoluta, que la individualización de la responsabilidad constituyó un progreso debido a un refinamiento de la civilización, sería inexacto afirmar que la responsabilidad de las personas jurídicas constituye un atavismo que sobrevive en el sistema anglosajón.

Tampoco se puede adoptar dicha perspectiva para apreciar la regulación legislativa de la responsabilidad penal de las agrupaciones en diversos países europeos: por ejemplo, Holanda, Suecia, Noruega, Portugal y, últimamente, Francia. De acuerdo con sus peculiaridades nacionales, se han recepcionado, como ha sucedido también con otras instituciones penales, las concepciones anglosajonas.

Este hecho no puede explicarse afirmando que se debe, de una parte, a que no existe dogmática penal en dichos países o que no está suficientemente desarrollada y, de otra parte, al avance de criterios puramente pragmáticos en perjuicio del respeto de los principios dogmáticos. Afirmaciones de esta naturaleza parten de la idea errónea que existe solo una dogmática verdadera y técnicamente correcta. Lo cierto es que "dogmática" se hace por todas partes, en la medida en que se explican y sistematizan conceptos, nociones y principios con la finalidad de que las leyes sean aplicadas de manera igualitaria, racional y coherente. Además, implican olvidar que la responsabilidad penal, como las demás categorías dogmáticas, constituye una cuestión convencional y normativa. Lo decisivo es saber cuáles son los criterios de imputación que deben ser admitidos para hacer responsables penalmente a las personas jurídicas. Condiciones de punición que, en razón a la especificidad de dichas personas, no pueden ser las mismas que las previstas en relación con la responsabilidad de las personas individuales.

La discusión entre partidarios y opositores al reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, impulsada en un momento por quienes propugnaban el positivismo criminológico, estuvo fuertemente condicionada por los cambios sociales y técnicos desencadenados por el avance de las ciencias exactas. Se consideró al progreso técnico como fuente de riesgos para las personas y su medio ambiente. Franz von Liszt propuso la noción de "crimen colectivo", considerando que una colectividad es capaz de actuar y que reprimirla es posible y provechoso socialmente. Criterios que estaban de acuerdo con las ideas predominantes en los países anglosajones.

2. Criminalidad moderna y evolución legislativa

La discusión se ha intensificado nuevamente en razón no tanto del desarrollo de los esquemas dogmáticos, sino más bien debido a los profundos cambios sociales y económicos que caracterizan a las sociedades modernas. La peculiaridad de la situación actual está determinada, en general, por el desarrollo a nivel mundial de las relaciones económicas y de los canales de comunicación e intercambio tanto personal como comercial. Para ser eficaces y competitivas, las diversas entidades colectivas se han organizado de modo altamente complejo.

Esto ha comportado una estructuración bastante centralizada, pero al mismo tiempo suficientemente flexible y opaca respecto a la toma de decisiones. La consecuencia es que, a pesar de la unidad de dirección, los centros de decisión y de responsabilidad se diversifican. Circunstancia que hace cada vez más difícil la tarea de identificar a alguno o algunos de sus miembros como responsables individuales de los comportamientos delictuosos cometidos en el contexto de las actividades empresariales. Comportamientos que tienen efectos, frecuentemente, favorables a la entidad colectiva.

Si se observa la manera como han surgido y se han desarrollado las principales formas de la criminalidad moderna (el lavado de dinero, el crimen organizado, las infracciones económicas, el tráfico de drogas, el crimen informático), resulta relativamente fácil constatar la importancia que las entidades colectivas (financieras, comerciales, industriales, políticas), por su especial organización, su peso social y, en particular, político, han tenido y tienen tanto como instrumentos o marco de dicha delincuencia.

Los países subdesarrollados, como el Perú, no son ajenos a este fenómeno. Estando integrados al sistema económico y político mundial, están enfrentados, en condiciones desfavorables, tanto a las actividades de las empresas nacionales como de las multinacionales. Lo que hace particularmente difícil combatir las actividades delictuosas cometidas sobre todo en el dominio económico y fiscal. Un aspecto interesante a destacar es la influencia que ejercen las empresas extranjeras, directamente o por intermedio de sus Estados, para que se protejan sus intereses. Un ejemplo, es el caso de las grandes empresas mineras con respecto a la protección del medio ambiente.

Por esto cabe preguntarse, también en nuestro medio, si es necesario seguir el ejemplo de los países, como los anglosajones o Francia, que prevén en sus legislaciones la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esto supondría un cambio radical debido al apego extremo al principio de la responsabilidad individual. Si bien, este problema no ha sido estudiado a fondo entre nosotros, se ha negado categórica y expeditivamente la capacidad de ser sujeto de derecho penal a las personas jurídicas. Esta actitud, se manifiesta claramente en el Código Penal y en la legislación penal complementaria. Actitud fuertemente influenciada por la doctrina y la legislación española.

En relación con el Código Penal de 1863, inspirado en el Código Penal español de 1848-50, Viterbo Arias afirmaba: "El hombre es esencialmente racional y libre para conocer el bien y el mal, practicar el primero y apartarse del segundo, así debe proceder en la generalidad de los casos, y así ha de considerarlo el legislador, que establece principios generales también fundados en la

naturaleza de aquel"[1]. Autor que, como era natural, ni se plantea la cuestión de la posible responsabilidad de las colectividades, tan imbuido como estaba de las concepciones liberales e individualistas.

Los mismos fundamentos se encuentran en la base del Código Penal de 1924, de clara influencia suiza. La persona natural es la única considerada como posible autora de delitos. Ella era percibida como un sujeto capaz de comprender el carácter delictuoso de sus actos y de determinarse de acuerdo con esta apreciación. La previsión de medidas de seguridad, fundadas en la peligrosidad del agente, significó admitir que, en ciertos casos, la persona podía actuar condicionada por circunstancias concernientes a su persona o al medio social. Circunstancias que limitaban o suprimían la capacidad penal y, por tanto, la posibilidad de reprocharle a título de culpa el acto que había cometido. Si además se tiene en cuenta los tipos de pena y sus fines, está claro que la persona individual era considerada como objeto de la represión penal.

Sin embargo, el legislador de 1924, no pudo dejar de referirse, al menos circunstancialmente, a los casos en que la persona jurídica se halla estrechamente relacionada con una infracción. Este fue el caso, como era lógico esperarlo debido a la naturaleza del delito, de los delitos en la quiebra. De acuerdo con la orientación de su modelo helvético, pero sin inspirarse directamente de su texto, el Código de 1924 regulaba el caso de delitos cometidos con ocasión de la quiebra de "una sociedad anónima o cooperativa". En su artículo 254, se disponía que será reprimido "todo director, administrador o gerente de la sociedad o establecimiento fallido o contador o tenedor de libros, que hubiere cooperado a la ejecución de alguno de los actos a que se refieren los artículos anteriores" (quiebra fraudulenta). Así, la situación de la empresa era tomada en cuenta en tanto marco en el que sus miembros individuales habían actuado ilícitamente, pero sin considerar a la persona jurídica misma como autora responsable de la quiebra fraudulenta o quiebra culpable. En realidad, esta disposición estatuía una agravación en base a dos elementos: primero, la calidad especial del agente con relación a la organización de la persona jurídica y, segundo, el hecho de tratar un caso de participación de la misma manera que el delito principal (la quiebra fraudulenta o culpable).

La presión de la realidad económica y financiera llevó al legislador, a veces en contra de los principios generales de Código Penal, a establecer disposiciones particulares respecto a las personas jurídicas. Dados los límites de este trabajo,

1 Viterbo Arias, José, *Exposición comentada y comparada del Código Penal del Perú de 1863*, Lima, 1900, t. I, p. 23.

no es posible pasar revista de manera exhaustiva a todos esos casos. El aspecto común a estos consiste en que se considera a las personas jurídicas como los autores de las infracciones en cuestión. En el ámbito administrativo, señalemos el Decreto Ley N.º 18957, del 14 de setiembre de 1971. Según su artículo 3, ninguna persona jurídica de derecho privado, distintas a las empresas financieras reguladas por ese mismo decreto ley, deberá realizar ciertas operaciones financieras ni utilizar en su denominación, razón social o propaganda, la palabra "financiera" o similares. La violación de estas prohibiciones era reprimida con multa de cinco mil soles por cada día en que subsista la infracción. Al respecto se decía expresamente: "Los directores y gerentes de las personas jurídicas infractoras de las prohibiciones [...] serán conminados [...]". Así, la infractora era la persona jurídica, pero la sanción se imponía a sus dirigentes sin tener que comprobar si estos eran los autores materiales y directos de la infracción. La supuesta incapacidad de pena de la persona jurídica era superada mediante una ficción. En la práctica, si alguna vez se aplicó dicha sanción, seguramente fue cancelada con los fondos de la persona jurídica.

En el campo penal, el legislador fue más lejos al regular la represión del delito de contrabando, mediante la Ley N.º 16185, del 28 de junio de 1966. En el artículo 9 de esta ley, se disponía que "las personas jurídicas o los comerciantes que, en el ejercicio de sus actividades, incurran en la comisión de los delitos a que se refiere esta ley, además de las sanciones que correspondan en forma personal a los ejecutores directos o indirectos de los delitos, serán sancionados, según los casos, con la cancelación en los registros públicos de la personería jurídica de que gocen y de las licencias, patentes u otras autorizaciones administrativas o municipales de que disfruten". De esta manera, se consideraba que las personas jurídicas podían incurrir "en la comisión de delitos"; delitos sometidos a procedimiento penal. El mismo que podía culminar, comprobadas las responsabilidades individuales de los "ejecutores directos o indirectos" y la responsabilidad colectiva de la persona jurídica, con la condena tanto de algún miembro de esta última como de ella misma. La sanción de la "cancelación en los registros públicos de la personería jurídica" significaba prácticamente su disolución. Sanción de claro corte punitivo, aunque pueda tener un aspecto preventivo. Pero, este aspecto es el mismo que tiene la pena de muerte en caso de un delincuente individual, pues de esta manera se evitará con certeza que no volverá a reiterar en la comisión de infracciones.

La substitución del Código Penal de 1924 por el de 1991 ha sido justificada, en parte, diciendo: "El fenómeno criminal con los índices alarmantes y las nuevas modalidades violentas de la desviación social presionaban por mejores

propuestas de reacción punitiva"[2]. El sistema básico del Código derogado ha sido mantenido y las modificaciones hechas son inspiradas, fundamentalmente, por el modelo español, portugués y alemán.

La persona natural sigue siendo el sujeto central y único de la represión penal. Habiéndose conservado, junto a las penas, las medidas de seguridad, la base principal de la represión sigue siendo la responsabilidad individual. La misma que supone, de un lado, la capacidad de comprender el carácter ilícito del acto y la capacidad de determinarse de conformidad con esta apreciación y, de otro lado, el reproche de culpabilidad. Este criterio está previsto en el artículo VII del Título preliminar: "La pena requiere de la responsabilidad del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva". Así como en el artículo 20, inciso 1, norma en que se señalan como causas que pueden excluir la capacidad penal la "anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia" y las "alteraciones de la percepción".

3. Personas jurídicas en el Código Penal de 1991

Siendo estas circunstancias únicamente referidas a las personas naturales, resulta claro que las condiciones de punibilidad están solo concebidas en relación con estas. Las personas jurídicas son así conservadas fuera del derecho penal. Esto es confirmado por otras disposiciones de la parte general, así como por normas de la parte especial. Por ejemplo, al regular, en el artículo 27, el hecho de actuar por cuenta de una persona jurídica, se reconoce implícitamente que el "órgano de representación de una persona jurídica" o el "socio representante autorizado de una sociedad" son los únicos responsables a título de autores de un delito, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este delito "no concurran en él, pero sí en la representada". En consecuencia, se excluye la responsabilidad penal de la persona jurídica en tanto tal.

En cuanto a la parte especial, es evidente que la utilización de la fórmula tradicional "el que [...]" para referirse al autor del comportamiento delictuoso, significa que se piensa en la persona natural y no en la persona jurídica. Esto es así aún en relación a los tipos legales que, por la naturaleza de los delitos y la manera de describirlos, se refieren a actividades generalmente realizadas por personas jurídicas. Pensamos, en particular, a los delitos contra el orden económico (artículos 232 y ss.) y el orden financiero y monetario (artículos 244 y ss.). En la exposición de motivos del código se justifica, por ejemplo, el primer grupo

2 *Exposición de motivos del Código Penal de 1991*, Edición oficial, Ministerio de Justicia, Lima, 1994, p. 40.

de disposiciones afirmando que "la ley penal no podía permanecer insensible ante la evolución y complejidad de la actividad económica entendida como un orden"[3]. Al mismo tiempo, se explicaba que "se prevén como delictivas conductas monopólicas, oligopólicas y prácticas y acuerdos restrictivos de la competencia en la actividad comercial mercantil"[4].

Si se tiene en cuenta, por ejemplo, lo dispuesto en el artículo 232, cabe preguntarse si los medios punitivos previstos en el Código son suficientes para reprimir este tipo de criminalidad económica. En dicha disposición, se prevé la represión de quien, "infringiendo la ley de la materia, abusa de su posición monopólica u oligopólica en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia [...]". En la compleja realidad económica actual, este tipo de actividades, más que la obra de una persona individual, constituye la concretización de una política económica y financiera decidida y ejecutada conforme con directivas establecidas mediante acuerdos colectivos. Esta circunstancia y la estructura compleja de las grandes empresas hacen muy difícil la identificación de la o las personas individuales que han abusado de un poder económico que es, en realidad, un poder colectivo. Si a esto se agregan las dificultades para probar, en esas circunstancias, la culpabilidad individual de las personas naturales en cuestión, es fácil dudar de la eficacia del derecho penal tradicional para reprimir y evitar ese tipo de comportamientos.

El legislador no ha permanecido, sin embargo, indiferente a estos problemas. Para enfrentarlos y siguiendo al modelo español, ha previsto, entre las "consecuencias accesorias" de la pena, ciertas medidas aplicables a las personas jurídicas. En el artículo 104, se establece la privación de los beneficios obtenidos por la persona jurídica "como consecuencia de la infracción penal cometida en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes". El objetivo perseguido no es el de mostrar a la persona jurídica "que el delito no es un buen negocio", sino simplemente de asegurar el pago de la reparación civil impuesta al autor individual. La disposición dice que la privación de beneficios se decretará "en cuanto sea necesaria para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil" de quienes son castigados como responsables del delito, "si sus bienes no fueran suficientes". No es difícil imaginar que una empresa practicando una política dirigida a obtener la máxima ganancia, no sea conducida a promover,

3 *Exposición de motivos del Código Penal de 1991*, cit., p. 56, n. 2.

4 *Exposición de motivos del Código Penal de 1991*, cit., p. 57, n. 2.

directa o indirectamente, actos de dicha naturaleza; o calcular entre sus pérdidas el pago de las reparaciones civiles impuestas a sus miembros.

En el artículo 105, se prevén una serie de medidas calificadas de consecuencias accesorias a la sanción impuesta a los miembros de una persona jurídica. Sin embargo, su naturaleza permite pensar que se trata de sanciones impuestas a las personas jurídicas de manera simulada. Las medidas previstas son, primero, la clausura de locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo; segundo, la disolución de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité; tercero, la suspensión de las actividades de dichas entidades por un plazo no mayor de dos años; cuarto, la prohibición, temporal o definitiva, de realizar actividades de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

Dos problemas principales se presentan en relación con esta disposición. En primer lugar, resulta bastante discutible la base que justifica la aplicación de medidas que afectan tan gravemente los derechos de todos los miembros de una sociedad, comprendidos aquellos que se hubieran opuesto a la realización de tales delitos y hasta denunciado a quienes consideran responsables. La grave medida de la disolución de la persona jurídica debe aplicarse ofreciendo a todos los interesados las garantías procesales necesarias. Esta deficiencia no es evitada mediante un simple cambio de terminología: denominar consecuencias accesorias lo que constituye verdaderas sanciones, las mismas que comportan graves privaciones y restricciones de derechos.

En segundo lugar, el que sean sanciones o consecuencias accesorias no tiene importancia primordial, si su aplicación se hace depender de la punición de un autor material e individual, miembro de la persona jurídica. Está demás repetir que las dificultades para probar la responsabilidad y culpabilidad de este autor individual, permiten que la persona jurídica, además de no sufrir los efectos penales de su actividad ilícita, saque provecho indebido del delito cometido.

4. Legislación penal complementaria

Consciente de estos problemas, pero sin la técnica adecuada necesaria ni los fundamentos doctrinarios suficientes, el legislador se ha visto obligado a prever, en ciertos dominios, la intervención penal con relación a las personas jurídicas. Por ejemplo, el artículo 21 del D. Leg. N.° 637, denominado Ley general de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, prohíbe a toda "persona natural o jurídica" la realización de actividades en este dominio sin autorización "otorgada de acuerdo con esta ley". Asimismo, dispone que "se presume que una

persona natural o jurídica incurre en las infracciones reseñadas cuando cuenta con un local en el que, de cualquier manera, se invite al público a entregar dinero a cualquier título, o al cual se haga publicidad por cualquier medio con el mismo propósito". De acuerdo con esta norma, las personas jurídicas son consideradas, literalmente, como autoras materiales de las infracciones previstas en el primer párrafo del artículo 21. Pero al establecer la reacción penal, se dispone, en el último párrafo de dicho artículo, que "quienes infrinjan la prohibición [...] serán sancionados con arreglo al artículo 246 del Código Penal". Esta disposición reprime el delito de intermediación financiera no autorizada con pena privativa de libertad y multa. Se plantea, en consecuencia, la cuestión de saber a quién ha querido reprimir el legislador: solo a las personas individuales autoras y violadoras directas de la prohibición o también a la persona jurídica. Pero no siendo posible de imponer a estas penas privativas de libertad, solamente se les infligiría la multa. Lo cierto es que el legislador ha elaborado deficientemente el artículo comentado, pues no es de olvidar que el artículo X del Título Preliminar dispone que "las normas generales de este Código son aplicables a los hechos punibles previstos en las leyes especiales". De modo que en el ejemplo citado, se trata siempre de la punición de autores individuales por la comisión de los delitos previstos en la norma especial.

El caso del artículo 21 del D. Leg. N.º 637 no es único. Las mismas deficiencias pueden constatarse con relación al artículo 12 del Decreto Ley N.º 25623, del 22 de julio de 1992, que reprime como tráfico de drogas la reincidencia en la violación dolosa de los actos previstos en el artículo 10 de dicho decreto. Decreto que regula el control y fiscalización de los productos e insumos químicos destinados a la elaboración de cocaína. También con referencia al artículo 5 del Decreto Ley N.º 25643, del 24 de julio de 1992, que prevé la sanción como delito de terrorismo la posesión no declarada, por parte de personas naturales o jurídicas, de nitrato de amonio o de elementos que sirven para su elaboración. Lo mismo se hace, en el artículo 16, del Decreto Ley N.º 25707, del 6 de setiembre de 1992, que declara en emergencia la utilización de explosivos de uso civil y conexos.

De manera más coherente con los criterios consagrados en el nuevo Código Penal, se ha reiterado en leyes complementarias la aplicación de las llamadas "consecuencias accesorias" que son consideradas como "medidas administrativas contra las personas jurídicas que se benefician de la comisión del delito"[5]. En el artículo 10 de la Ley N.º 26461, del 8 de junio de 1995, represora de los delitos

5 "Exposición de motivos de la Ley Penal Tributaria", en *El Peruano*, Normas legales, 20 de abril de 1996, p. 138938.

aduaneros, se reproduce casi textualmente el artículo 105 del Código Penal. Con menos fidelidad, se hace lo mismo en el artículo 17 del Decreto Legislativo N.º 813, denominado Ley Penal Tributaria, del 19 de abril de 1996.

Los esfuerzos hechos para construir un derecho penal administrativo[6] diferente al derecho penal común han resultado vanos. El aspecto crucial consiste en establecer una diferencia neta entre sanción administrativa y sanción penal. En la medida en que se trata de contravenciones y de sanciones de mínima gravedad, resulta menos complicado justificar dicha distinción. Con más o menos fortuna, se ha recurrido a criterios materiales o de valor: por ejemplo, la responsabilidad objetiva como base suficiente para imponer las medidas administrativas o el carácter no infamante de las sanciones administrativas. Criterios de esta naturaleza han sido fuertemente cuestionados, sobre todo en relación con la utilización, supuestamente a nivel administrativo, de sanciones que restringen gravemente los derechos de las personas con la finalidad de evitar que se cometan delitos o que se saque provecho de su comisión. Una diferencia "natural" no existe realmente, pues se trata más bien de un problema normativo. En realidad, el legislador decide libremente situar una norma sea en el ámbito del derecho penal administrativo o del derecho penal en sentido estricto. Así, el hecho de denominar "consecuencia accesoria" a la "disolución de la persona jurídica" y considerarla como medida administrativa depende más de la manera como se concibe la responsabilidad penal que de la "naturaleza" misma de la disolución. Porque se considera que la persona jurídica es incapaz de obrar, de culpabilidad y de ser sometida a penas, no se le puede imponer la disolución como una pena. Para salvaguardar el principio de la responsabilidad individual, como si fuera un dogma invariable, se recurre a un subterfugio formal: calificar la privación de derechos, propia a la disolución y común a toda pena, de simple medida administrativa. Por esto se ha podido afirmar que se trata de una mejor técnica legislativa, la misma que evita "cualquier discusión sobre la responsabilidad de las personas jurídicas como tales" y mantiene "la responsabilidad individual como única fuente tanto de la pena, como de la medida de seguridad[7]".

5. Perspectiva

Sin embargo, no basta con evitar la discusión, regulando de una manera particular el problema del tratamiento de los entes colectivos en el derecho pe-

6 Cf. el trabajo pionero de James Goldschmidt, *Das Verwaltungsstrafrecht*, Berlín, 1902.

7 Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 209.

nal. Ante la necesidad de dotarse de medios eficaces para combatir, en particular, la delincuencia económica y de garantizar debidamente los derechos de las personas, resulta impostergable plantear a fondo la cuestión teórica y normativa de la responsabilidad penal de las agrupaciones. Los demás trabajos publicados en este volumen señalan los métodos y las tendencias de esta reflexión.

Como ha sido señalado repetidamente por diversos autores y en diferentes latitudes, una circunstancia, aparentemente, simple debe hacernos, al menos, preguntarnos si es coherente la manera actual de tratar a las personas jurídicas en derecho penal. Esta circunstancia es la forma como tanto el común de las personas, como los juristas y hasta los legisladores se refieren cotidianamente a la responsabilidad de los entes colectivos.

No es extraño, por ejemplo, que se reproche a una empresa industrial de haber contaminado un río o un lago y considerar que debe reparar los daños causados. De este modo, se le tiene por culpable por el perjuicio personal o social causado por sus actividades. Esto significa que existe una percepción social, manifestada en el lenguaje, de que las decisiones de la persona jurídica y, por tanto, los actos cometidos por sus miembros individuales se originan en el ejercicio de un poder difuso específico a ella. Poder que es el producto de la estructura organizativa de la persona jurídica. En consecuencia, la culpabilidad de los miembros individuales no se confunde con la de la persona jurídica.

En el dominio jurídico, señalemos la incongruencia que existe en negar la capacidad de actuar y de responsabilidad penal de las personas jurídicas y, al mismo tiempo, admitir en derecho civil que son capaces de firmar contratos, de ser designados como tutores, gerentes de empresas o albaceas; de imponerles multas administrativas que en nada se diferencian de la multa prevista en el Código Penal; de considerar (como lo hemos visto anteriormente) que incurren en la comisión de delitos y, simultáneamente, reprimir al autor material; de denunciar, perseguir, sancionar a las personas jurídicas como tales, en base a leyes como la referente a los derechos de autor, y no hacerlo cuando se trata de infracciones penales relativamente análogas a algunas reguladas en leyes penales comunes[8]. En la Resolución jefatural N.º 198-94-ODA-INDECOPI se dice "una obra es copiada inmediatamente por otras empresas" y dispone el "cese inmediato de la actividad ilícita" por parte de la empresa denunciada[9].

8 Cf. artículo 123 de la Ley N.º 13714 del 31 de octubre de 1961.

9 En *Ius et Veritas*, pp. 201 y ss.

La realidad socioeconómica, diversa y compleja, que caracteriza el mundo actual impone cierta flexibilidad de los sistemas conceptuales en aras de lograr mayor eficacia en la protección de los bienes jurídicos y de los derechos fundamentales de las personas. Por esto, quizás sea mejor pensar en respuestas diversificadas a los innumerables problemas que plantean los entes colectivos, privados o públicos, en la vida de la comunidad.

Aun en los casos en que, debido a la organización simple de la empresa y a su dimensión relativamente pequeña, se pueda llegar a identificar al responsable material del delito, el problema de la responsabilidad penal del ente colectivo subsiste. La admisión de esta responsabilidad no tiene la finalidad de dejar en la impunidad a los autores individuales.

Esto es, en especial, correcto con relación a las grandes y complejas empresas que ejercen una influencia decisiva en la vida económica de la sociedad. Empresas cuyas actividades constituyen procesos altamente tecnificados y organizados. En razón a los peligros que crean para terceros, se han formulado planteamientos interesantes tendientes a determinar las condiciones de imputación penal[10].

El punto de partida es el de considerar que, como todo otro participante en la vida comunitaria, los entes colectivos tienen el deber de realizar sus actividades, evitando poner en peligro a terceros. Con este objeto, deben organizarse de manera a garantizar la supresión de tal peligro o su disminución a límites tolerables. Esta obligación se impone en la medida en que resulta imposible, aún al Estado, intervenir eficazmente con la finalidad de prevenir dicho riesgo. Esta capacidad de la empresa para orientar y controlar sus actividades equivaldría al poder de control de los hechos en el derecho penal individual. La defectuosa organización de la empresa, fuente de dichos peligros, constituiría la base de la responsabilidad penal de la persona jurídica por haber concretado, mediante su manera de proceder, el daño que comportaban tales peligros (por ejemplo, un grave y particular perjuicio al medio ambiente). De esta manera, no es necesario comprobar si un miembro de la empresa es responsable individual del resultado ilícito. El desvalor del resultado es determinado porque ha sido causado de modo reprochable por parte de una empresa en concreto ("individualmente").

En derecho penal, imputabilidad es sinónimo de responsabilidad y la palabra imputable es utilizada para designar la persona a quien se puede o debe atribuir un acto determinado. Imputar una acción a alguien significa atribuírsela

10 Cf. el trabajo de Günter Heine, "La responsabilidad penal de las empresas: evolucion internacional y consecuencias nacionales", en *Anuario de Derecho Penal 1996*, monográfico sobre *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Lima, 1996, pp. 20-45.

como a su verdadero autor, ponérsela en su cuenta y considerarlo o hacerlo responsable de dicha acción. La noción de imputar implica por tanto una relación básica con la idea de obligación. En sentido inverso, esto significa que partiendo de las obligaciones de reparar o de soportar la pena, consubstanciales a la noción de retribución, debe llegarse al juicio de valor de atribución del hecho a su autor, al agente. Juicio que constituye el núcleo del juicio de imputación, por el que se pone en la cuenta de alguien un hecho reprobable.

Responsabilizar a alguien de la comisión de un hecho es, sin embargo, una cuestión convencional y normativa. Lo decisivo es entonces de saber cuáles son los criterios de imputación que deben ser admitidos. Los criterios tradicionales referentes a la responsabilidad individual no pueden ser los mismos para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas. La determinación de estos criterios es la tarea urgente que debe cumplirse actualmente.

VI
La responsabilidad penal de la empresa en el derecho penal suizo*

Sumario: 1. Introducción. 2. Evolución doctrinaria. 3. Responsabilidad de la persona jurídica (empresa) en el derecho privado y en el derecho administrativo. 4. Cuestionamiento del criterio *societas delinquere non potest*. 5. Responsabilidad del jefe de la empresa. 6. Evolución legislativa. a. Proyecto de 1991. b. Proyecto de 1998. c. Reforma de 2007. a) Sistema de imputación. b) Condiciones de imputación. c) Cambios conceptuales: culpabilidad. d) Regla de imputación y no de incriminación. 7. A manera de conclusión. 8. Bibliografía sucinta.

1. Introducción

En el ámbito del derecho penal basado en el sistema europeo continental y centrado en la responsabilidad individual resultante de la libertad de la persona, el reconocimiento de las entidades colectivas (designadas bajo el término genérico de empresas) constituye una verdadera revolución y da lugar a cambios estructurales fundamentales. Este cambio implica una revisión a fondo de criterios de política criminal, de dogmática penal y de sistema legislativo.

Sus alcances y las maneras son diversos de acuerdo con las especificidades de los contextos sociales, políticos y jurídicos en los que el cambio ha tenido lugar. Sus causas y proyecciones han sido amplia y detenidamente estudiadas.

---

* Publicado en *Derecho Penal y Criminología*, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Externado de Colombia, vol. 29, N.º 86-87, Bogotá, 2008 (Ejemplar dedicado a: Memorias. XXX Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Treinta años de evolución del derecho penal), pp. 95-116. Se han realizado algunas adiciones.

Las cuestiones doctrinarias han sido planteadas y discutidas desde hace mucho tiempo, aun cuando su desarrollo se ha intensificado en la medida en que tanto a nivel nacional e internacional se sentía la urgencia de reconocer a la empresa como sujeto de derecho penal para mejor enfrentar las nuevas formas de criminalidad, fomentadas por el desarrollo de la economía, de los transportes, de las comunicaciones, en el que juega un papel cada vez más decisivo las empresas (nacionales y multinacionales).

Como especialistas en la materia han presentado la problemática general y, asimismo, los aspectos particulares referentes a la responsabilidad penal de las empresas, me limitaré por mi parte y conforme a mi nivel de conocimientos en la materia a presentar el caso suizo. Lo que nos permitirá, sin embargo, desde la perspectiva especial helvética, revisar algunos de los aspectos más importantes.

Una de las novedades más importantes de la última reforma de la parte general del Código Penal suizo, culminada en enero de 2007, es sin duda alguna la inserción del artículo 102, previendo la responsabilidad penal de la empresa. Esta novedad es el resultado de un largo y agitado debate, cuyo resultado sin embargo está lejos de haber colmado las expectativas de quienes preconizaban una real y efectiva imputación de responsabilidad penal a entidades colectivas.

La intervención del legislador, como siempre sucede, no ha suprimido ni amainado el debate tanto sobre los fundamentos de la responsabilidad penal de la empresa como sobre la conveniencia y eficacia de la solución adoptada. Ante el hecho consumado, los juristas, sin cesar de criticar las nuevas disposiciones, plantean propuestas de interpretación para lograr esclarecer las deficiencias de los textos legales y superar las deficiencias de los mismos.

2. Evolución doctrinaria

En el inicio de la reforma de la parte general del Código Penal, mediante el Anteproyecto de 1985[1], elaborado por Hans Schultz, no se atribuyó a la empresa responsabilidad penal alguna. Este rechazo se basó, en el ámbito doctrinario,

1 Schultz, *Bericht und Vorentwurf zur Revision des allgemeinen Teils des schweizerischen Strafgesetzbuches*, Berna, 1987, pp. 112 y ss. (citado: Bericht AT); cf. Schultz, Hans. *Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts*, Band I und II, 4.ª ed., Berna, 1982, p. 115. Interesante es el planteamiento de Jakobs, quien afirma, después de negar que las personas jurídicas tengan autoconciencia, que estas carecen de responsabilidad penal: Jakobs, Günther. "Strafbarkeit juristischer Personen?", en *Festschrift für Lüderssen zum 70. Geburstag*, Baden-Baden, 2002, pp. 559 y ss.; cf. Jakobs, Günther. *Strafrecht, AT, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Berlín/Nueva York, 1991, 6/45.

en la negativa a abrir una brecha en el tradicional principio de que la responsabilidad penal solo concierne a las personas físicas por estar fundada en la culpabilidad. En el nivel político criminal, según Schultz[2], de acuerdo con el principio de la proporcionalidad y del principio de la *ultima ratio*, no era necesario prever la represión penal de la empresa en la parte general y que, por el contrario, era más eficaz estatuir medidas de derecho civil y de derecho administrativo. Durante mucho tiempo, el pensamiento de Schultz ejerció una gran influencia en la doctrina[3] y en la jurisprudencia del Tribunal federal[4].

En este consenso primigenio, cabe destacar la opinión discrepante de Hafter[5], quien sostuvo, aunque de manera temporal, la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Apoyándose en la concepción de Gierke, consideró que el grupo o asociación de individuos (como "configuración natural") constituye una unidad cerrada y real, con una voluntad conformada por las voluntades de sus miembros y que obran fuera del ámbito puramente individual. En su opinión, el factor esencial de esta entidad es la organización, la misma que preexiste al derecho[6]. Este factor no debe ser comprendido en el sentido de órgano u organismo admitido en las ciencias naturales. Sino más bien, como la configuración de un ser inmaterial mediante las manifestaciones de voluntades individuales y cuyas actuaciones constituyen la actividad común que expresa la voluntad colectiva. Estimando que para cometer delitos es suficiente que la voluntad y la capacidad de

2 SCHULTZ, *Bericht* AT, p. 116 (en particulier note 312).

3 CLERC, François, *Introduction à l'*étude du Code pénal suisse PG, 1942, pp. 70 y ss.; GRAVEN, Philippe, *L'infraction pénale punissable*, 2.ª ed., 1996, pp. 72 y ss. (citado: GRAVEN, *L'infraction*); KENEL, Philippe, *La responsabilité pénale des personnes morales en droit anglais. Une solution pour la Suisse, thèse, Genève,* 1991, pp. 264 y ss.; BOLLE, Pierre-Henri, *La responsabilité pénale des personnes morales*, FJS, N.º 6 (1981); SCHWANDER, Vital, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, 2.ª ed., 1964, N.º 129; REHBERG, JÜRG, *Strafrecht I*, 5.ª ed., 1995, pp. 49 ss.; STRATENWERTH, Günter, *Schweizerisches Strafrecht AT*, § 9, N.º 3; TRECHSEL, Stephan, *Kurzkommentar*, artículo 1, N.º 45; HAFTER, Ernst, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrecht*, 1942, AT, pp. 71 y ss. (cité: AT); THORMANN, Philipp y Alfred VON OVERBECK, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, AT I, artículo 6 N.º 4; LOGOZ, Paul e Yves SANDOZ, *Commentaire du Code pénal suisse*, 2.ª ed., 1976, PG, artículo 9 N.º 2; SCHMID, Niklaus, *Schweizerische Aktiengesellschaft*, 1974, pp. 101 y ss.; SCHULTZ, Hans, *Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts*, 4.ª ed., 1982, AT I, pp. 115 y ss. (cité: AT).

4 ATF 85 IV 99 s./JdT 1959 IV 157; ATF 97 IV 203; 100 IV 40; 105 IV 175.

5 HAFTER, Ernst, *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personnenverbände,* Berlín, 1903 (cité: HAFTER, *Straffähigkeit*); cfr. SCHWANDER, Vital, "Der Einfluss der Fiktions. und Realitätstheorie auf die Lehre von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Personen", en *Jus et lex, Festschrift Gutzwiller*, 1977, pp. 603 y ss.

6 HAFTER, Ernst, *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personnenverbände*, cit., p. 50.

obrar estén presentes, Hafter sostuvo que las asociaciones tienen capacidad penal en la medida en que son capaces de intervenir en la vida social expresando su voluntad especial, la que nace de la organización de voluntades de sus miembros individuales.

Estas ideas no tuvieron eco y el mismo Hafter las abandonó al comentar el Código Penal de 1942. De acuerdo con su nueva posición, por ejemplo, las personas jurídicas solo pueden ser sometidas a medidas de seguridad por no poder ser consideradas culpables[7]. A pesar de esta conversión, su primera opinión conservó cierta importancia en la medida en que se refiere a la noción de organización y a la necesidad de revisar las condiciones de punición centradas en la responsabilidad individual.

3. Responsabilidad de la persona jurídica (empresa) en el derecho privado y en el derecho administrativo

Si bien, en derecho penal, la empresa era considerada incapaz de responsabilidad, lo contrario era admitido en otros dominios jurídicos. Así, en derecho civil, se ha reconocido, desde hace tiempo, que las personas jurídicas pueden asumir todos los derechos y obligaciones, aun cuando estos fueran inseparables de la especificidad de las personas naturales. Así, las personas jurídicas han sido consideradas capaces de actuar (por ejemplo, suscribir contratos), responder por perjuicios causados a terceros (reparar daños por actos ilícitos, incumplimiento de contratos, etc.), soportar las sanciones civiles previstas en la ley (interdicción de ejercer ciertas actividades).

En derecho administrativo en general y, en particular, en derecho penal administrativo, se han previsto, con anticipación notable del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o empresas, disposiciones orientadas a impedir la impunidad en caso de comisión de infracciones a la ocasión de la gestión y explotación de empresas. Un ejemplo típico, además seguido en otras leyes federales, es el artículo 6 DPA. El primer inciso de esta disposición se corresponde con el primero del artículo 102 CP, en la medida en que prevé como regla general que son las personas físicas las que, en principio, responden por las infracciones que se cometan en el seno de la empresa. Así, según la primera regla del artículo 6 DPA, si una infracción es cometida en la gestión de una persona jurídica, de una sociedad en nombre colectivo o en comandita, de una empresa individual o colectiva sin personalidad jurídica o de alguna otra

7 HAFTER, Ernst, *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personnenverbände,* cit., pp. 71 y ss.

manera en el ejercicio de una actividad para un tercero, las disposiciones penales son aplicables a las personas físicas que han cometido el acto. La posibilidad de penar al autor material es extendida a sus superiores, conforme al inciso 2 del artículo 6 DPA, cuando el jefe de empresa, el empleador, el mandante o el representado omite, intencional o negligentemente y en violación de una obligación jurídica, no previene, por un lado, la comisión de una infracción por parte de su subordinado, el mandatario o el representante o, por otro, de suprimir sus consecuencias. Las disposiciones según las que será reprimido son las aplicables al autor que ha obrado con intención o negligencia. Finalmente, en su inciso 3 del artículo 6, se estatuye que si el papel de jefe de empresa, de empleador, de mandante o representado es una de las entidades colectivas mencionadas, la regla del inciso dos es aplicada a los órganos y a sus miembros, a los asociados gerentes, dirigentes efectivos o liquidadores responsables. Esta regulación recuerda mucho a los casos de responsabilidad del jefe de empresa y, asimismo, a los considerados en el artículo 29 CP. Disposición que prevé la imputación a las personas físicas, actuando en una de las posiciones indicadas en el sistema de la empresa, las calidades especiales de la que esta es titular. Lo que permite reprimirlas aun cuando no posean la calidad exigida en el tipo legal que describe una infracción especial propia o impropia, pero que si la posee la empresa por la que ha actuado.

Después de haberse establecido las vías para reprimir a los responsables individuales y por razones prácticas, se estatuye en artículo 7 DPA (ley federal sobre derecho administrativo) una responsabilidad objetiva de la empresa para reprimirla. Así, se establece la posibilidad de condenar a la persona jurídica, la sociedad en nombre colectiva o en comandita, la empresa individual o la entidad colectiva sin personalidad jurídica a condición, por una parte, que la multa imponible a la infracción cometida en concreto (no la multa prevista en la disposición legal correspondiente) no excede el monto de cinco mil francos suizos y, por otra, que el procedimiento a seguirse contra de la persona, punible según el artículo 6 DPA, necesitaría que se recurra a medidas de investigación desproporcionadas respecto a la sanción a imponerse. El artículo 7 no otorga a la autoridad competente poder absoluto de decidir si imputa o no el hecho cometido al ente colectivo, ya que debe establecer la condición objetiva de la desproporcionalidad entre la importancia de la sanción que deberá imponer al responsable y la carga de los medios de investigación necesarios a poner en marcha para llegar a condenarlo. Si no se dan estas dos condiciones, sin embargo, la autoridad competente podrá aplicar el artículo 102, inciso 1, si no llega a identificar al responsable material de la infracción.

Diversas leyes federales complementarias reenvían a los artículos 6 y 7 DPA respecto a la comisión de infracciones en las empresas. Es el caso, por ejemplo,

del artículo 26 de la LCD (indicando el mismo límite de la multa) y del artículo 87 de la LTVA y artículo 125 de la LD (en los que se fija el límite de la multa imponible *in concreto* en cien mil francos suizos).

Aun si los jueces federales han razonado a partir del principio de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, han admitido las excepciones previstas en la legislación federal y en las legislaciones cantonales basadas en el artículo 333 CP[8]. Por ejemplo, han confirmado una sanción penal, impuesta por la autoridad cantonal de policía a una persona jurídica, en razón a que, en su opinión, algunas contravenciones pueden ser cometidas "independientemente de todo factor subjetivo y, en consecuencia, es perfectamente posible que ellas sean ejecutadas por las personas morales"[9]. De esta manera, los jueces federales han recurrido a la responsabilidad objetiva para justificar la imposición de una pena a las personas jurídicas.

El aspecto central de la cuestión es la determinación del fundamento de la pena, ya que de la respuesta que se dé depende la admisión o el rechazo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este contexto, no sorprende que se haya cuestionado a fondo el adagio *societas delinquere non potest*[10] en tanto regla absoluta del derecho penal material.

4. Cuestionamiento del criterio *societas delinquere non potest*

Un primer cuestionamiento de esta concepción se planteó, precisamente, en el derecho administrativo y con ocasión de la reforma de la ley federal sobre los bancos. La Comisión federal de bancos, en 1982, se preguntó si los principios generales del Código Penal y del derecho penal administrativo eran también aplicables a dicha ley (artículo 51bis), en la medida en que preveía "una sanción administrativa comparable a una multa tradicional"[11] para reprimir entidades bancarias responsables de actos inadmisibles.

---

8 STAUFFACHER, E., "La criminalisation du comportement collectif Suisse", en DE DOELDER, Hans y Klaus TIEDEMANN, *La criminalisation du comportement collectif*, XIVème Congrès international de droit comparé, Kluwe Law International, 1996, p. 351.

9 ATF 101 Ia 110; ATF 64 53; ATF 82 IV 45/JdT 1871 I 1021.

10 SCHMID, Niklaus, *Einige Aspekte der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Gesellschaftsorgane*, 1988, pp. 156 y ss.; GRAVEN, Philippe y Charles-André JUNOD, "Societas delinquere potest?", en *Mélanges Robert Patry*, 1988, pp. 351 y ss.; GRAVEN, Philippe, *L'infraction*, cit., pp. 74 y ss.; LÜTOLF, Sandra, *Strafbarkeit der juristischen Person*, Zürich, 1997, pp. 95 y ss. et 197 (citado: LÜTOLF, *Strafbarkeit*).

11 GRAVEN, Philippe y Charles-André JUNOD, "Societas delinquere potest?", cit., pp. 354 y ss.

Para estar mejor informada sobre la índole de esta sanción, la Comisión de bancos solicitó un informe a Graven y Junod. Estos autores afirmaron, respecto a la responsabilidad, primero que el artículo 13 de la Convención relativa a la obligación de diligencia de los bancos (CDB) es la única disposición legal dirigida a hacer frente a la delincuencia de entidades colectivas y, además, de que esta norma no contradice el principio de culpabilidad –*culpa in instruendo o in vigilando*–, ni el de la carga de la prueba del derecho procesal penal. En su opinión, cuando se elaboró el mencionado artículo 13, se tuvo en cuenta la complejidad y diversidad tanto de la organización de las empresas como de sus actividades, en tanto que elementos condicionantes esenciales de la realización de delitos económicos en el marco de sus actividades. De modo que aun cuando intervengan personas individuales, todos esos factores permiten afirmar que su realización se presenta como una actividad independiente de estas personas individuales. Graven y Junod concluyeron sosteniendo que el abandono del adagio *societas delinquere non potest* se justifica si la noción de culpabilidad evoluciona en función de las circunstancias sociales y que no tiene el carácter de incambiable. Lo que les permitió sostener que la culpabilidad de las personas jurídicas puede ser concebida como una especie de culpabilidad concomitante, propia a la índole de estas entidades[12].

Esta tendencia hacia el reconocimiento de la responsabilidad penal de la empresa resurgió y se reforzó cuando, nuevamente fuera del derecho penal, se plantea la necesidad de modificar la ley federal relativa a la protección del medio ambiente[13]. En esta ocasión, el Consejo federal admitió que la regulación de este ámbito y su protección efectiva dependían del reconocimiento de dicha responsabilidad. De esta manera, el Consejo federal seguía la evolución del derecho europeo, ya que la suiza debía decidir si suscribía las Convenciones referentes a la protección del medio ambiente y a la lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en ocasión de transacciones comerciales internacionales (OCDE). El artículo 2 de esta última indica que las partes deben tomar las "medidas necesarias, conforme a sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas en caso de corrupción de agentes públicos extranjeros" y de legislar en materia de responsabilidad de las personas jurídicas.

12 Graven, Philippe y Charles-André Junod, "Societas delinquere potest?", cit., pp. 357 y 362.

13 Cfr. Message du Conseil fédéral, 21 de setiembre 1998, p. 158.

5. Responsabilidad del jefe de la empresa

La ampliación de la responsabilidad penal a las empresas o personas jurídicas corresponde a la evolución económica y social, caracterizada por la mundialización de las relaciones financieras, comerciales, industriales y el surgimiento de nuevas formas de organización y administración empresariales. Además, el papel de estos entes colectivos en el ámbito político y económico (nacional e internacional) es cada vez más importante.

En el dominio del sistema de control penal, la reacción es sobrepasada por el crecimiento constante de la llamada criminalidad concerniendo las empresas[14], en particular la delincuencia económica. Respecto a esta, precisamente, las empresas desempeñan un rol significativo[15], como marco y fuente de ese tipo de delincuencia. En las estadísticas criminales, se nota un aumento notable y continuo[16] de delitos como, por ejemplo, la estafa, la competencia desleal, el lavado de dinero, el tráfico de armas y de drogas, la contaminación ambiental.

El desarrollo de la organización de las empresas ha determinado una disminución de la transparencia de sus estructuras bastante complejas. Por ejemplo, la toma de decisiones especialmente complicada y la división de tareas (delegación de competencias a todos los niveles) muy imbricada producen la dilución de la responsabilidad por los perjuicios cometidos.

La ineficacia de los medios brindados por el sistema de represión basado en la responsabilidad individual se puso, como también sucedió en otros países, en evidencia en ciertos casos notorios y en los que resultaba escandalosa la impotencia para reprimir debidamente a los entes colectivos y no solo a alguno de sus miembros individuales por delitos cometidos en ocasión de las actividades de la empresa. A título de ejemplo pueden citarse los casos Bührle, Von Roll y Schweizerhalle. En estos, si bien es cierto que los tribunales llegaron a castigar a personas naturales (en especial, sobre la base del criterio de la responsabilidad del jefe de la empresa), se comprobó la ineficacia de esta reacción respecto a la manera como la entidad colectiva (persona jurídica, empresa, colectividad) creaba el riesgo o promovía la ejecución de comportamientos delictuosos.

14 *Avant-projet et rapport explicatif relatif à la modification du Code pénal et du Code pénal militaire concernant la punissabilité de l'organisation criminelle, la confiscation, le droit de communication du financier, ainsi que la responsabilité de l'entreprise*, 1991, p. 49.

15 SCHMID, Niklaus. "Einige Aspekte der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Gesellschaftsorgane", en *RPS* 105 (1988), p. 156; cfr. également QUELOZ, Nicolas, "Criminalité économique et criminalité organisée: comment les différencier?", en BAUHOFER, S.; N. QUELOZ y E. WYSS, *Wirtschaftskriminalität*, 1999, p. 38.

16 LÜTOLF, Sandra, *Strafbarkeit der juristischen Person*, cit., p. 81.

En el caso Von Roll, el Tribunal federal recurre al criterio de la responsabilidad del jefe de la empresa, sin que esto implique atribuir una responsabilidad a la empresa misma. Dicho criterio implica que el jefe de empresa está comprometido por su responsabilidad como garante respecto a la infracción determinada, cuya realización debía y podía impedir o, en todo caso, suprimir sus efectos. Según el artículo 102, como lo veremos, la imputación de la responsabilidad penal no está ligada directamente a infracción cometida en el seno de la empresa. El recurso al criterio de la responsabilidad del jefe de empresa resta validez en la medida en que resulte menos complicado de quien tiene el deber de garante mencionado, lo que deviene bastante difícil hacerlo, sobre todo tratándose de empresas con estructuras bastante complejas y en las que la división de tareas y de decisión no es plenamente transparente.

La imputación de responsabilidad penal a la empresa presenta dificultades desde que se plantea simplemente la cuestión sobre la perspectiva que debe adoptarse. Por ejemplo, en la perspectiva de la comisión de delitos se habla, por un lado, de la empresa como autora de delitos en tanto participante en el sistema económico (*Unternehmenskriminalität*) y, por otro, de delitos cometidos en la empresa por uno de sus órganos o miembros en agravio de otro miembro o la empresa misma (*Betribskriminalität*).

6. Evolución legislativa

En el desarrollo de la reforma de la parte general del Código Penal, la cuestión relativa a la responsabilidad penal de la empresa se ha presentado cada vez de manera más necesaria y urgente. Las propuestas formuladas en los diversos proyectos y las opiniones manifestadas en los procedimientos de consultación muestran de modo claro la complejidad del problema y los obstáculos a sobrepasar para reglamentar la materia de manera coherente y debidamente fundamentada. Estas dificultades se manifiestan en la culminación del proceso de reforma con la previsión del nuevo artículo 102 CP.

a. Proyecto de 1991

Una primera propuesta para que se regule la responsabilidad penal de la empresa fue hecha por la Comisión de expertos encargada de proponer medidas para combatir el blanqueo de dinero[17].

17 *Avant-projet et rapport explicatif, 2ème train de mesures contre le blanchiment d'argent et le crime organisé*, pp. 47 y ss.

Siguiendo esta orientación, la Comisión que elaboró el anteproyecto de 1991, relativo a la punición de la organización criminal, la confiscación y la responsabilidad de la empresa, introdujo tres nuevas disposiciones regulando la responsabilidad penal de la empresa (artículos. 100quater à 100sexies. Su punto de partida fue la constatación de la insuficiencia de las medidas de derecho privado y de derecho administrativo para enfrentar la delincuencia de la empresa. Consecuentemente, admitió la responsabilidad penal de los entes colectivos y propuso un conjunto de sanciones apropiadas. Con este objeto, atenuaron el rigor del criterio de la responsabilidad individual para permitir la represión directa de las empresas.

Según el proyecto de la Comisión[18], para imputar un delito a la empresa se debe comprobar, por un lado, que este haya sido cometido sea por una persona obrando en calidad de órgano, miembro de un órgano o de director de una persona jurídica, de una sociedad o de una empresa individual, sea por quien, sin ser titular de esas calidades, dirige de hecho la empresa o ejerce en su seno un poder de decisión independiente. Por otro, que la infracción sea ejecutada en el marco de las actividades de la empresa y del autor individual. Además, estipula que la empresa será igualmente sancionada quién de las personas mencionadas ha cometido la infracción y, finalmente, cuando a causa de carencias de organización, no puede imputarse a una persona determinada la violación de deber jurídico reprimido penalmente. Estas reglas no excluyen la represión de la persona física responsable de la infracción, según los casos.

El criterio corresponde al modelo consistente en transferir la responsabilidad individual a la empresa en tanto que responsabilidad colectiva. Así, se justifica la represión tanto del autor individual como de la empresa. En opinión de la Comisión, considerando que los cuadros directivos de la empresa son generalmente los autores de los delitos, mediante la solución propuesta se impide que estos y la empresa eviten la sanción imputando la responsabilidad a un subordinado.

La falta de organización es considerada como fuente de riesgos de que se cometan nuevos delitos, lo que da a la empresa un carácter peligroso. De ahí que se disponga que la fijación de la sanción se hará según la gravedad del acto y la responsabilidad de la empresa respecto al riesgo de reiteración de la infracción.

Simultáneamente, la Comisión previó un tipo de responsabilidad autónoma de la empresa en el caso que no sea identificado el autor individual del delito,

18 *Avant-projet et rapport explicatif*, 1991, pp. 57 y ss.

debido a que, por falta de organización, resulta imposible atribuir a un miembro de la empresa ejecución de la infracción o la violación de la obligación de control o vigilancia.

Esta propuesta no implicó una ruptura clara con el principio de la responsabilidad penal individual. Esto se pone en evidencia, por ejemplo, en el hecho que las consecuencias jurídicas de la comisión del delito respecto a la empresa no son calificadas de penas sino de "sanciones". Criterio que recuerda al adoptado en el derecho de la Comunidad Europea, en relación con los carteles y que la doctrina califica de "derecho cripto penal"[19] (derecho penal accesorio, alternativo a la responsabilidad penal de las empresas).

Si se analizan de cerca las sanciones propuestas, se comprueba que son de índole diversa[20]. Por ejemplo, el pago de una suma de dinero constituye una pena pecuniaria disimulada; la prohibición de ejercer una actividad[21] es una medida de seguridad, cuyo fin es de limitar los riesgos de reiteración; la disolución de la empresa puede ser considerada como una medida de seguridad o una pena equivalente a la pena de muerte. Así el factor común a estas medidas es el fin que se les atribuye: impedir la comisión de nuevos delitos en ocasión de las actividades de una empresa, la misma que ha descuidado su organización interna (riesgo de reiteración de delitos)[22].

b. Proyecto de 1998

El proyecto de 1991 fue ampliamente criticado tanto por los partidarios como por los opositores al reconocimiento de la responsabilidad penal de la empresa. Lo que motivó que el Consejo federal renovara la perspectiva que había adoptado. Esto se concretizó en el proyecto de 1998.

Los autores de este proyecto abandonaron la responsabilidad *quasi causal* de la empresa prevista en el proyecto de 1991 y estatuyeron una responsabilidad autónoma basada en las deficiencias de organización de la empresa. Los expertos consideraron que la responsabilidad de la empresa difiere de la individual en la medida en que debe ser comprendida en una acepción social y como resultante de las carencias organizativas de la empresa. Así, se trataba de fijar el sistema de

19 Roth, Robert, "Responsabilité pénale de l'entreprise: modéles de reflexión", en *Revue Pénale Suisse*, 1997, p. 349.

20 *Avant-projet et rapport explicatif*, 1991, pp. 58 y ss.

21 *Avant-projet et rapport explicatif*, 1991, p. 61.

22 *Avant-projet et rapport explicatif*, 1991, p. 60.

gestión de riesgos y cuya falta condiciona la actividad delictuosa. La deficiente organización impide la identificación del responsable y diluye la responsabilidad en "una falta de responsabilidad organizada".

Por considerárseles insuficientes, las diversas medidas coercitivas del proyecto de 1991 fueron abandonadas en favor de una sola sanción penal: la pena de multa. Este cambio substancial implicó el reconocimiento de la culpabilidad de la empresa. No se hizo referencia, a diferencia del proyecto de 1991, a la peligrosidad (riesgo de comisión de nuevos delitos) entre los factores a considerar para individualizar la pena de multa.

c. Reforma de 2007

a) Sistema de imputación

Las disposiciones establecidas en el proyecto de la parte general del Código Penal de 1998 fueron extraídas e introducidas en la ley modificatoria de la parte especial relativa al financiamiento del terrorismo. Así, los nuevos artículos 100quater et 100quinquies entraron en vigencia el 1 de octubre de 2003.

En el texto definitivo de la parte general del Código Penal, figuran estas dos disposiciones con los números 102 y 102a. En los incisos 1 y 2 de la primera, se prevén dos reglas, que se refieren a la comisión, por un lado, de todo delito y, por otro, de algunos delitos enumerados de manera exhaustiva. En ambos casos, el delito debe haber tenido lugar al interior de la empresa y en ocasión de la realización de sus actividades económicas[23].

Según la primera regla (artículo 102, al. 1), la empresa es considerada responsable penalmente cuando, debido a su organización deficiente, no se puede imputar el delito a una persona natural determinada. De acuerdo con la segunda (artículo 102, al. 2), la empresa puede ser sancionada penalmente si, sin importar que el autor material del delito sea castigado, se le puede reprochar no haber tomado todas las medidas de organización "razonablemente necesarias" para evitar la ejecución de uno de los delitos expresa y exhaustivamente enumerados. De modo que la regulación es mixta en el sentido que la primera regla prevé la responsabilidad de la empresa a título subsidiario, mientras que la segunda prevé la responsabilidad directa de la empresa.

23 Roth, "L'entreprise nuovel acteur pénal", en *Droit pénal des affaires: La responsabilité pénale du fait d'autri*, F. Berthoud (dir.), CEDIDAC, vol. 49, Lausanne, 2002, p. 94.

Conforme al artículo 102, inciso 3, la pena de multa, única pena aplicable a las empresas, debe ser individualizada teniendo en cuenta su falta de organización, el perjuicio causado y su capacidad económica. Al respecto, vale destacar que no se menciona la culpabilidad, como si se hace en el artículo 103, inciso 3, que regula la pena de multa en general. Según esta disposición, la multa no sometida al sistema de días-multa como la pena pecuniaria (artículo 34), será fijada considerando la situación del responsable de modo que corresponda a la "falta cometida" (*faute commise*).

b) Condiciones de imputación

El sujeto a quien se imputa la responsabilidad penal es designado por el término empresa. Su significación es más amplía que la de la expresión personas jurídicas, pues comprende también corporaciones sin personalidad jurídica, pero que disponen, a falta de órganos en sentido formal, de cuasi órganos, es decir personas físicas mediante las cuales "piensa y obra"[24].

Con la finalidad de evitar problemas de interpretación, el legislador menciona, de manera exhaustiva (artículo 102 inciso 4), que las entidades que deben ser consideradas: personas jurídicas de derecho privado (sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada y sociedades cooperativas), personas jurídicas de derecho público (salvo las corporaciones territoriales, por ejemplo, la Confederación, los cantones y las comunas),[25] las sociedades (colectivas, en comandita, simples) y las empresas individuales. Si realizan actividades comerciales, las fundaciones, las asociaciones y las sociedades privadas del derecho cantonal también son consideradas como personas jurídicas.

De esta calidad de sujeto de la responsabilidad penal, debe ser distinguido el sujeto que comete el delito. A partir de la expresión "cometido en el seno de una empresa", empleada en el texto legal, se desprende que debe ser cometido por un miembro de la empresa, vinculado a la organización y sometido a la jerarquía de la empresa, por ejemplo, miembros de sus órganos, empleados, obreros. Poco importa el lugar y nivel que ocupan en la estructura organizativa de la empresa. Por el deber que la empresa tiene de vigilar y controlar las personas que contrata y de escoger, instruir y fijar sus competencias, la responsabilidad de la empresa puede darse por actos de las personas en las que ha delegado tareas importantes

24 ROTH, "L'entreprise nuovel acteur pénal", cit., p. 83.

25 PRADEL, Jean, *Droit pénal général*, N.° 532: Cette exception est en principe cohérente avec l'idée que l'Etat ayant le pouvoir de punir, il ne peut pas se punir lui-même.

relativas al control y vigilancia de sus actividades económicas. Un *extraneus* a la empresa –asesor jurídico o consejero empresarial– no puede dar lugar a la responsabilidad penal de la empresa, salvo si puede ser calificado de órgano de facto de la empresa debido al papel importante que tiene en el sistema de esta última.

La identidad del autor material del delito solo juega un papel decisivo en el ámbito de la responsabilidad subsidiaria, ya que esta supone que el agente no sea identificado. Esta identificación es superflua en caso de responsabilidad directa, debido a que la empresa es responsable penalmente aun cuando el agente haya sido identificado y este sea también considerado responsable del delito.

El comportamiento delictuoso que da lugar a la responsabilidad de la empresa está constituido, en cuanto a la responsabilidad subsidiaria, por todo delito previsto en el Código Penal, la legislación federal penal complementaria y la legislación fiscal de los cantones. Por el contrario, tratándose de responsabilidad directa, solo es cuestión de los delitos expresamente mencionados en el artículo 102, inciso 2 (artículo 260ter, 260quinquies, 305bis, 322ter, 322quinquies, 322septies, inciso 1, y l'artículo 4a, inciso 1, let. a, de la ley federal del 19 de diciembre de 1986 contra la competencia desleal). Se trata de delitos de participación a una organización criminal, de lavado de dinero y formas graves de corrupción. Las faltas o contravenciones (artículo 104) no son por tanto consideradas.

La comisión del delito debe tener lugar a la ocasión del "ejercicio de las actividades comerciales" y conforme a los fines de la empresa. Por comerciales deben comprenderse los actos relacionados con el mercado[26], por ejemplo cuando se oferta bienes o servicios a título oneroso, así cuando se ejerce actividades complementarias a dicha actividad comercial (por ejemplo, producción de mercaderías, elaboración de proyectos). El criterio aplicable es funcional considerando el ámbito en el que la empresa desarrolla sus actividades. No es decisivo que el delito cometido tenga consecuencias beneficiosas para la empresa.

Los fines de la empresa constituyen un factor esencial en la medida en que se busca impedir que las acciones incorrectas (*Exzesse*)[27] de los miembros de la empresa la perjudiquen. Genera responsabilidad de la empresa, por ejemplo, el lavado de dinero concerniendo la fortuna de clientes y realizado en el marco de una actividad comercial conforme a los fines de intermediario financiero, a pesar

26 Cassani, Ursula, "Droit pénal économique et financier: chronique législative (2008)", en *Revue de l'*état civil, 2009, p. 701.

27 Roth, Robert. "Une responsabilité sans culpabilité?", en *La punissabilité de l'entreprise. L'expert-comptable suisse spécial*, en *ECS* n.º 7, 2003, p. 18.

de que la ley y los reglamentos internos de la empresa prohíban operaciones de lavado de dinero[28].

c) Cambios conceptuales: culpabilidad

Si el reconocimiento de la responsabilidad de la empresa en el ámbito del derecho penal implica la posibilidad de imponerle una pena, uno de los factores centrales[29] es, evidentemente, la culpabilidad; en la medida en que se considere indispensable mantener el principio "no hay pena sin culpabilidad". Ahora bien, como la noción de culpabilidad, elaborada con respecto a la responsabilidad individual de las personas naturales, se funda en la concepción de persona como ser consciente de sí mismo y de su libertad, resulta que no puede ser definida de la misma manera respecto a las personas jurídicas u otras entidades colectivas.

Entre quienes se inclinan en favor de la responsabilidad penal de la empresa, los criterios divergen sobre la manera de fundar y delimitar la noción de culpabilidad de la empresa y hasta se llega a negar la necesidad de considerarla como condición de la punición. La falta de acuerdo sobre un criterio mínimo impide la regulación legislativa de la responsabilidad de la empresa (Alemania[30], España[31]) y el hecho de haberla introducido en la ley no ha amainado el debate teórico (Francia[32]).

---

28 CASSANI, *Droit pénal économique*, cit., p. 682.

29 En ce qui concerne la capacité d'agir, par contre, il est admis sans trop de discussion qu'en cas de l'entreprise l'action pénalement relevante est celle réalisée par leurs organes dans le cadre de leurs compétences; cfr. STRATENWERTH, Günter, *Strafrechtliche Unternehmenshaftung*, Festschrift für R. Schmitt, Tübingen 1993, p. 299; SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln, Berlín, Bonn, München, 1979, p. 97. Les notions de dol et négligence sont également dans un deuxième niveau de la discussion.

30 JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Berlín, 1996, pp. 227 y ss.; MAURACH, Reinhart y Heinz ZIPF. *Strafrecht. AT* I, 7.ª ed., Berlín, 1977, pp. 180 y ss.

31 BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid 1978, pp. 109 y ss.; PÉREZ MANZANO, Mercedes, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en AP 2, 1995, pp. 15 y ss. Cfr. ZUGALDIA, J. M., *Conveniencia político criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional societas delinquere non potest*, CPC, N.º 11, 1980, pp. 67 y ss.

32 PRADEL, Jean, *Droit pénal général*, 16.ª ed., París, 2006/2007, Editions Cujas, pp. 491 y ss.; DANTI-JUAN, M., "La responsabilité pénale des sociétés", en *Revue pénitentiaire de droit pénal*, 2002, pp. 91 y ss.; SAINT-PAUL, J. C., "La responsabilité pénale des personnes morales: réalité et fiction", en *Le risque pénal dans l'entreprise*, Litec, Carré Droit, 2003.

Según Tiedemann[33], la culpabilidad puede ser concebida de manera diferente a la culpabilidad individual fundada sobre un reproche ético. Con este objeto, es de recurrir a categorías sociales y jurídicas. En su opinión, en el caso de la empresa la culpabilidad se basa en un reproche social basado en sus deficiencias de organización, de modo que se puede hablar de una culpabilidad por organización (*Organizationsverschulden*). La misma que está en relación con la infracción cometida por una persona individual. Hecho que desempeña el papel de factor de conexión (*Anknüpfungstat*). Así, se reprocha a la empresa no haber tomado las medidas de prevención indispensables para garantizar el desarrollo de sus actividades de manera correcta y la no comisión de delitos. Si algunos de sus miembros delinquen en el seno de la empresa, la ejecución de estos comportamientos se presenta como incorrecciones debidas a la empresa misma.

Por su parte, Hirsch[34] considera que la empresa tiene una responsabilidad colectiva (*kollektive Haftung*) por el delito[35]. La imposición de la pena supone, primero, un comportamiento ejecutado por un órgano o representante del ente colectivo; segundo, una vinculación funcional (*funktionaler Zusammenhang*) entre el delito y la actividad de la empresa; y, tercero, la determinación de la culpabilidad de la empresa mediante la culpabilidad del órgano o representante que ha cometido el delito. La empresa debía haber podido evitar la ejecución del delito.

En opinión de Heine[36], los criterios de imputación de responsabilidad penal a la empresa deben fijarse en función del criterio de la aumentación del riesgo

33 Tiedemann, "Die 'Bebussung' von Unternehmen nach dem 2. Geset zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", en *NJW* 19, 1988, p. 1172.

34 Hirsch, Hans, Die Frage der Straffägigkeit von Personenverbände, Rheinisch-Westfählische Akademie der Wissenschaften, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1993; idem, Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, ZStW, N.º 107, 1995, pp. 285 y ss.

35 Cfr. Schünemann, Bernd, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht. Eine Untersuchung der verantwortlichkeit der Unternehmen und ihre Führungskräfte nach geltendem und geplanten Straf- und Ordungswidrigkeitenrecht*, Köln, Berlín, Bonn, München, 1979, p. 254.

36 Heine, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden-Baden, 1995, pp. 264 ss.; Lampe, Ernst-Joachim, "Systemunrecht und Unrechtsysteme", en *ZStW* 106 (1994), p. 732 y ss.; Dannecker, "Das Unternehmen als 'good corporate Citizen'– ein Leitbild der europäischen Rechtsentwicklung?", en *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, Alwart (Hrsg.), München, 1998, p. 27; Dannecker, "Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände. Überlegungen zu den Anforderungen und zur Ausgestaltung eines Verbandsstrafrech", en *GA*, 2001.

específico al contexto de la empresa. Por ejemplo, en el caso de que la actividad empresarial esté sobre todo dirigida por procedimientos tecnológicos, resulta indispensable constatar la existencia de una posición de garante (*Ueberwachungsgarant*), que supone tanto la constatación de una gestión deficiente de los riesgos (*fehlerhaftes Risikomanagement*) y, asimismo, la concretización de un riesgo típico en el ámbito de la empresa (*betriebstypische Gefahreverwircklichung*). En esta perspectiva, el comportamiento individual indebido carece de importancia.

En esta perspectiva, Heine[37] determina la condición de autor de la empresa recurriendo al criterio del dominio de la organización funcional sistemática (*funktional-systematische Organisationsherrschaft*), en oposición al criterio del dominio del hecho (*Tatherrschaft*) relativo a la responsabilidad individual. El deficiente dominio de organización se da cuando la empresa no toma a tiempo las medidas para evitar los riesgos. En su opinión, la materialización del riesgo debe ser apreciada como una condición objetiva de punibilidad. Se trata más bien de combatir la creación de situaciones peligrosas que de imputar un hecho a la empresa sobre la base de la experiencia social. Heine concluye proponiendo que la noción de culpabilidad individual sea rechazada respecto a la empresa y que se adopte una noción de culpabilidad por la conducción de una actividad comercial (*Betriebsführungsschuld*)[38].

En Suiza, Roth[39] sostiene, luego de admitir que la empresa tiene la capacidad de actuar y que sus actos constituyen la manifestación de la voluntad colectiva, que ella puede ser considerada como responsable en virtud de la culpabilidad por culpa, en la medida en que puede violar un deber de prudencia o que uno de sus miembros no prevé el peligro o la producción de un resultado perjudicial. Así, el reproche se basará en un defecto de organización de la empresa; es decir una apreciación deficiente de los riesgos y que debieron razonablemente ser previstos (un tipo de *Vorverschulden*). Como esta culpa tiene un sentido *sui generis* y muy marcado por razonamientos tomados de la economía de la empresa y de la sociología de organizaciones[40], no es necesario fijarse mucho en el aspecto subjetivo de la culpa. De esta manera, se produce una objetivización parcial de la culpa, pero que se justifica por su acercamiento a la noción de responsabilidad desarrollada en derecho civil.

37 Heine, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, cit., p. 311.

38 Heine, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, cit., pp. 288 y ss.

39 Roth, Roberth, "Responsabilité pénale de l'entreprise: modéles de reflexión", en *Revue Pénale Suisse*, N.º 115, 1997, p. 359.

40 Roth, "Responsabilité pénale de l'entreprise: modéles de reflexión", cit., p. 360.

Respecto a la culpabilidad intencional, Roth rechaza la idea de que se pueda deducir de los diversos actos cometidos por una empresa (especie de delito continuado) que haya actuado con una intención única. Sobre el particular explica que la intención es en principio un fenómeno psíquico regido por una unidad de tiempo[41] y que exige la presencia de una persona natural. Por esto, estima que la noción de culpabilidad, sin distanciarse de la concepción tradicional, necesita ser ampliada y adaptada[42] a las circunstancias particulares relativas a la responsabilidad penal de la empresa.

d) Regla de imputación y no de incriminación

En el marco de la legislación suiza, en particular de los artículos 102 y 102a CP, para comprender esta problemática, hay que precisar el punto de anclaje de la responsabilidad penal de la empresa.

Es evidente que el punto de partida es que el delito esté relacionado estrechamente con la empresa porque uno de sus miembros es el autor y porque ello ha sido cometido en ocasión de la actividad comercial de la empresa. Tratándose de la responsabilidad subsidiaria (artículo 102, inciso 1), la imputación de responsabilidad penal a la empresa depende de si el autor material de la infracción ha sido identificado o no. Esta condición no es, por el contrario, decisiva en cuanto a la responsabilidad principal (artículo 102, inciso 2), debido a que dicha imputación procede, se haya o no identificado al responsable de una de las infracciones indicadas en este inciso.

Ahora bien, la identificación del autor material implica que se haya comprobado, en el mejor de los casos, que su comportamiento es típico, ilícito y culpable. Típico tanto en cuanto a la realización del aspecto objetivo del tipo legal, como a la presencia del aspecto subjetivo (intención o negligencia). Culpable, en tanto es capaz de culpabilidad, no ha obrado sobre la influencia de un error sobre la ilicitud y no está amparado por una circunstancia de inculpabilidad. Si en caso de no identificarse al agente, resulta difícil comprobar la presencia de todas estas condiciones de punición, en particular por ejemplo la intención o negligencia, la capacidad de comprender o de determinarse, es indispensable que demostrar que, al menos, un comportamiento típico (aspecto objetivo y aspecto subjetivo) e ilícito ha sido cometido. En este sentido amplio deben ser comprendidos los términos "crimen" y "delito". Se trata de una forma de infrac-

41 Roth, "Responsabilité pénale de l'entreprise: modéles de reflexión", cit., p. 362.

42 Roth, "Responsabilité pénale de l'entreprise: modéles de reflexión", cit., p. 361.

ción que puede ser calificada de objetiva[43], la misma que también es utilizada en otros dominios; por ejemplo, en la aplicación de medidas de seguridad a una persona incapaz de obrar culpablemente.

Según el artículo 102, la responsabilidad de la empresa, comprendida evidentemente la culpabilidad, no se refiere directamente a la ejecución del delito. Es decir, no es cuestión de comprobar de qué manera la empresa ejecutó la infracción, de determinar si la consumó con intención o culpa, si lo hizo bajo el amparo de una causa de justificación, si pudo o no saber que el hecho era contrario a derecho. Tampoco es cuestión de precisar todas estas condiciones, en el supuesto de que se admita que el artículo 102 es una norma incriminadora y no una norma de imputación, respecto de una nueva infracción[44] que haya sido establecida mediante esta misma disposición. Infracción que consistiría en el hecho de no haber tomado las medidas mínimas y necesarias que faciliten la identificación del autor material o que impidan la comisión de la infracción en el seno de la empresa y en el desarrollo de sus actividades comerciales (infracción de mala organización).

El artículo 102 es, más bien, una disposición de imputación de responsabilidad. En él se establecen las condiciones bajo las cuales procede atribuir responsabilidad penal a la empresa en razón de la infracción cometida, en su seno y en el desarrollo de sus actividades, por una persona física. Las condiciones están, por un lado, referidas a la infracción cometida y, por otro, al reproche que puede ser expresado contra la empresa porque no ha creado las condiciones para impedir la impunidad del agente o la comisión de la infracción. Las relativas a la infracción, siguiendo el texto legal, pueden ser enumeradas de la siguiente manera: la infracción debe haber sido cometida en el interior de la empresa (en consecuencia, por uno de sus miembros), con ocasión del desarrollo de sus actividades comerciales conforme a sus finalidades empresariales y, finalmente, la infracción no puede ser imputada a una persona física determinada. La condición relativa al reproche está constituida por las deficiencias de organización debido a la manera de actuar colectiva de la empresa misma. No es cuestión de determinar quienes de los miembros de la empresa son responsables de la mala

43 Roth, "L'entreprise nuovel acteur pénal", cit., p. 95.

44 Macaluso, Alain, *La responsabilité pénale de l'entreprise. Principes et commentaires des artículo 100quater et 100quiquies CP.* Ginebra, Basel, 2004, n. 879; Garbarsky, Andrew y Alain Macaluso. "La responsabilité de l'entreprise et de ses organes dirigeants à l'épreuve du droit administratif", en *Aktuelle Juristische Praxis*, 7/2008, p. 839. Cf. Niggli, Marcel y Diego Gfeller, en Marcel Niggli y Hans Wiprächtiger. *Strafrecht I. Basler Kommentar*, 3.ª ed., Basilea, 2007, artículo 102, n. 35 y ss.

organización de la empresa, menos aún de la comisión concreta de la infracción. El reproche de culpabilidad está, entonces, directamente vinculado con el hecho de que la deficiencia organizativa está en los orígenes del comportamiento delictuoso.

De esta manera, la responsabilidad de la persona individual y la de la empresa son autónomas y solo están vinculadas por tener como factor de conexión la misma infracción. Asimismo, esta última no constituye una condición objetiva de punibilidad, pues su comisión está estrechamente vinculada con la culpabilidad por defecto de organización. En relación con la responsabilidad subsidiaria, la deficiente organización impide que el autor sea identificado y, por tanto, promueve la impunidad, circunstancia que aumenta el riesgo de que nuevas infracciones sean cometidas. En cuanto a la responsabilidad principal, el defecto de organización favorece la comisión de la infracción. Es decir, la empresa no se ha dotado de la organización eficaz indispensable para evitar que se cometan infracciones en su seno y con ocasión del desarrollo de sus actividades comerciales en el marco de sus objetivos lícitos o que no se identifique a los responsables individuales.

7. A manera de conclusión

La imputación de la responsabilidad penal a la empresa y, en consecuencia, el hecho de imponerle una pena supone que se admita que puede ser objeto de un juicio de reprochabilidad, de culpabilidad. Ahora bien, además de que estas condiciones de penalidad no puedan ser concebidas de la misma manera que las referentes a las personas físicas.

De esta manera, a pesar de la semejanza de la terminología utilizada para designarlas, las condiciones de punición de la empresa son diferentes a las concernientes a las personas naturales. Dichas condiciones deben estar de acuerdo con la índole de la organización de la empresa y con sus funciones sociales específicas. La solución de los problemas que se presentan será difícilmente alcanzada si se continúa admitiendo una concepción realista de los criterios dogmáticos, por ejemplo, considerando al dolo y a la culpa sobre todo como fenómenos psíquicos. Como en el caso de la culpabilidad concebida como un juicio de reproche expresado al autor material, la culpabilidad de la empresa debe también ser determinada normativamente.

Si bien las categorías jurídicas, comprendidas las de sujeto de derecho y culpabilidad, sean de orden normativo y funcional, no existe libertad absoluta para fijar las condiciones de punición. Se trata de establecer criterios apropiados para regular y justificar la condición de la empresa como sujeto de derecho penal, al

que se le puede imputar una responsabilidad e imponérsele una pena. La realización de esta tarea será la concretización de uno de los principales cambios en el derecho penal del sistema europeo continental y, en especial, en la reelaboración de categorías como la de la culpabilidad. Por todas estas razones se justifica que el tema de la responsabilidad penal de la empresa haya sido tratado en el marco de las 30 Jornadas Internacionales de Derecho Penal.

Las objeciones formuladas contra el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas constituyen la expresión de una concepción específica de la persona humana. Esta es percibida como el ser humano natural, poseedor de capacidades físicas y psíquicas específicas. Por tanto, es la única que tiene la capacidad de actuar, la capacidad de comprender lo que hace u omite y, por tanto, la única que puede ser culpable. Por las mismas razones, solo ella puede ser, por ejemplo, condenada a una pena privativa de libertad.

Sin embargo, en derecho privado no se niega, recurriendo a la misma concepción, que la persona jurídica tenga la capacidad de actuar (suscribir contratos), la capacidad de responder por los perjuicios causados (indemnización por actos ilícitos: incumplimiento de contrato), la capacidad para soportar sanciones civiles (inhabilitación para efectuar ciertas actividades). La persona jurídica es tratada de la misma manera que la persona individual en la atribución de derechos y obligaciones, a pesar que no es un ser humano, una persona natural. ¿Significa esto que en derecho civil no sea considerado el ser humano de la misma manera como lo es en derecho penal?

La respuesta solo puede ser negativa. El ser humano está en el centro de todo el derecho, por el simple hecho que él es quien lo crea y, al mismo tiempo, es su finalidad, en última instancia. El sujeto de derecho, o persona, no se identifica con el ser humano. Dicho con más propiedad, la noción de sujeto de derecho o persona, no es igual a la noción de ser humano. Admitir lo contrario, implica que se están confundiendo dos planos diferentes: el del mundo físico, natural, con el "mundo" normativo del derecho. Capacidad de actuar o capacidad de culpabilidad son nociones jurídicas que no deben ser confundidas con las aptitudes físicas, psíquicas e intelectuales del ser humano. Cuando no se respeta esta distinción, el concepto jurídico de persona es erróneo y empíricamente falso (Salmorán); porque seres humanos capaces mentalmente pueden no ser considerados como personas por el derecho (los esclavos y los extranjeros, humanos, no eran considerados como "personas" para el Derecho romano[45]) y,

45 Grzegorczyk, Christophe, "Le sujet de droit: trois hypostases", en *Annales de philosophie du droit*, París, 1989.

al contrario, considera personas a entes que no son seres humanos (las personas jurídicas son el ejemplo por excelencia).

La noción de sujeto de derecho o persona es de índole convencional. Mediante ella, el legislador califica a determinados seres humanos, atribuyéndoles deberes y obligaciones bajo ciertas condiciones. De esta manera, establece las condiciones bajo las cuales se debe determinar quién debe ser considerado como el sujeto, por ejemplo, del derecho de poseer, comprar, suscribir contratos, ejercerla patria potestad o de la obligación de indemnizar al perjudicado, de alimentar a un menor de edad. De manera figurada, se puede decir que el derecho atribuye (a través de las normas) los diversos papeles que pueden asumir determinados seres humanos (los actores). Los términos "sujeto de derecho" o "persona", son usados de manera paradigmática en el sentido de personaje: una personificación, un papel representado por un actor. Personaje al que se considera filosóficamente, desde el siglo de las luces, como sujeto dotado de razón y voluntad libre. Pero este personaje, sujeto de derecho o persona, no debe ser confundido con el sujeto físico (de carne y hueso). solo existe en tanto forma o manera de percibir jurídicamente la realidad y es, por tanto, irreductible al mundo extrajurídico[46].

El ser humano, concebido a partir del Siglo de las Luces como centro del universo y señor absoluto de lo que crea, es responsable de sus acciones tanto ante el mismo, como ante los demás (tan libres como él mismo). Así, la voluntad es considerada como factor esencial de la responsabilidad de todo ser libre. En este contexto, se definirá la personalidad como la posibilidad subjetiva de la voluntad jurídica, llegándose así a concebir al "hombre" como titular de "derechos subjetivos" (Salmorán).

Esto no significa que se ignore la relación existente entre sujeto de derecho o persona y ser humano; sin embargo, cuando se utilizan las expresiones "sujeto de derecho" o "persona", en el discurso jurídico, no se hace con la finalidad de designar directamente a un ser humano, sino más bien para referirse a este con relación a su conducta jurídicamente regulada. En esta perspectiva, Kelsen afirmó que el objeto de la ciencia jurídica no es el hombre sino la persona.

La idea de que todos los seres humanos son personas (en sentido jurídico) constituye la culminación de un largo proceso social. Sin embargo, solo puede ser cabalmente comprendida si es replanteada diciendo que, actualmente, los sistemas jurídicos modernos invisten con derechos, deberes y facultades a todos los individuos por el simple hecho de pertenecer al género humano.

46 *Loc. cit.*

En el contexto normativo del derecho, se comprende fácilmente que se considere como personas o sujetos de derecho a las agrupaciones de individuos[47]; siempre y cuando no se crea que se les otorga dicha calificación en razón a sus características humanas. Se trata de una calificación jurídica y no de una propiedad natural. Así, se puede decir, de manera general, que "persona", en sentido jurídico, es aquel "algo" al que se atribuyen derechos y deberes por las normas jurídicas[48]. El efecto práctico es que los derechos, obligaciones y facultades conferidos, serán tratados de manera unitaria. La agrupación o persona colectiva (persona jurídica), de la misma manera que el sujeto de derecho o persona, con respecto al ser humano, está relacionada con los seres humanos individuales que la conforman, pero tampoco puede ser identificada con estos. Cuando se dice que la persona colectiva está obligada a pagar una multa fiscal, esto quiere decir, conforme a la regulación normativa vigente, de un lado, que uno de sus miembros individuales incurrió en una conducta determinada y, de otro lado, que dicho incumplimiento es atribuido a la persona colectiva.

La presencia real de las personas colectivas, en sociedades altamente complejas y tecnificadas como las nuestras, hace bastante comprensible que se planteé la cuestión de la responsabilidad ética y social de la empresa, como tal. Su marcada influencia, tanto en el desarrollo técnico como económico, es determinante en la creación de situaciones y relaciones riesgosas (por ejemplo, en el mercado financiero o el medio ambiente) y constituye un hecho fundamental para delimitar el papel social que desempeñan. En cuanto a la responsabilidad social, se trata de superar el criterio tradicional orientado hacia la rentabilidad y ganancia, para comprender a la empresa en su complejidad, considerando todos los factores que la conciernen en la perspectiva de la organización. En este sentido, se dice que la responsabilidad social implica, de un lado, conducir la actividad de la empresa a un ámbito donde esta sea congruente con las normas, los valores y las expectativas sociales vigentes. Por otro lado, comprende el desarrollo de procesos de organización de toma de decisiones por medio de los cuales, de acuerdo con una información incompleta, quienes toman las decisiones colectivamente anticipan, responden y gestionan todas las ramificaciones de la política y de las prácticas de organización[49]. Estos esfuerzos para determinar la responsabilidad social de la empresa, persona colectiva suponen concebirla normativamente como una persona diferente a la de sus miembros individuales.

47 Y aun a cosas, como un patrimonio: masa hereditaria.

48 Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, 1966, p. 92.

49 Lozano, Josep M., *Ética y empresa*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 105 y ss.

El objetivo es fijar bajo qué condiciones se considera a la empresa responsable socialmente y en qué consiste esta responsabilidad.

Si se tiene en cuenta la manera como se concibe la persona en el derecho, en general y, en particular, en el derecho civil, no resulta claro por qué debe ser considerada inaplicable en el derecho penal. Lo mismo puede decirse respecto al derecho administrativo, en el que se trata a la persona jurídica como sujeto pasible de sanciones represivas. El sujeto de derecho en materia penal, tanto como sujeto activo del delito como sujeto pasivo de las sanciones penales, es igualmente determinado por la manera como el legislador establece las condiciones de punibilidad y cómo define los comportamientos delictuosos en particular. La dogmática penal no tiene como objeto determinar en qué consiste realmente el delito (hecho social), ni cómo es el ser humano delincuente. No existen delitos naturales; ni delincuentes natos. Se trata de categorías normativas determinadas por la regulación legislativa penal. Lo mismo se puede decir de cada una de las nociones establecidas en base a lo previsto en la ley penal. Por ejemplo, aun en el caso de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad que puede ser considerada como una de las nociones más cercanas a la realidad humana, no se puede decir que se trate de una calificación concreta del ser humano de acuerdo con los criterios de las ciencias humanas. Se trata más bien de una calificación jurídica de un aspecto de la realidad (persona física concernida) y, al mismo tiempo, de una clasificación de las condiciones normativas que deben existir para imputar objetiva y subjetivamente el delito a una persona determinada.

La cuestión se reduce, en consecuencia, a determinar si hay que atribuir o no responsabilidad penal a las personas jurídicas y, en caso de una respuesta afirmativa, de qué manera y con qué amplitud hacerlo. Como lo muestra la evolución del Derecho suizo y, en general, del Derecho europeo, estas cuestiones corresponden al ámbito de la política criminal y, de manera más amplia, a la política general del Estado. Si se tiene en cuenta que desde hace decenios, en el derecho anglosajón, se responsabiliza penalmente a las personas jurídicas, resulta difícil sostener que el dogma de la responsabilidad penal individual constituye un obstáculo insuperable. No se trata de una verdad absoluta y su admisión también depende de los criterios de política criminal que se acepten. Esto no implica atribuir al Estado un poder absoluto para reprimir, ya que las soluciones que se adopten deben conformarse a los criterios de proporcionalidad y subsidiaridad del derecho penal. Además, siendo el derecho penal la *ultima ratio* en el sistema de control social, el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídica debe estar acompañado por la renovación y el perfeccionamiento de las medidas de orden económico y jurídicas en el ámbito civil administrativo.

8. Bibliografía sucinta

ACHENBACH, Hans, "Ahndende Sanktionen gegen Unternehmen und dil für sie handelnden Personen im deutschen Recht", en *Bausteine de europaischen Strafrechts-Coimbra- Symposium für Claus Roxin Herausgegeben von Bernd Schünemann und Jorge de Figuereido Dias*, Carl Heymanns, Küln und. a., 1995.

ACKERMANN, Bruni, *Die StrafbarkeitjuristischerPersonen fm deutschen Recht und in auslandischen Rechtsordnungen*, Peter Lang, Franckfurt, 1984.

ALWART, Heiner, "Strafrechtliche Haftung des Unternehmens, vom Unternehmenstaterzum Taterunternehmen", en *ZStW*, N.º 105, 1993.

BACIGALUPO, Enrique, "Responsabilidad penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)", en *Comentarios a la legislación penal*, vol. V, 1986.

BARBERO SANTOS, Marino, "¿Responsabilidad penal de la empresa?", en *Estudios de Derecho Penal Económico*, Universidad de Castilla (La Mancha), Albacete, 1994.

BERTEL, Christian, "La responsabilitá penale delle persone giuridiche", en *Rivista trimestrale di diritto penale dell' economia*, 1998.

BOLLE, Pierre-Henri, *La responsabilité pénale des personnes morales*, FJS, N.º 6 (1981).

BORRICAND, J., "Pour une responsabilité pénale de tous les groupements?", en *Annales de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand*, fascículo 18, 1981.

BOULOC, B., "La Criminalisation du comportament collectif- France", en *La Criminalisation du comportement collectif*, Hagu, London: Kluwer Law International,1996.

BRICOLA, F., "II costo del principio societas delinquere non potesf nell'attuale dimensione del fenomeno societario", en *Rivista italiana de diritto e procedura penale*, 1970.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *El derecho penal hoy. Homenaje al Prof. David Baigún*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1995.

BRENDER, Marcus, *Die Neuregelung den Verbandstaterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht*, Schauble Verlag, Rheinfelden, 1989.

CASTELLANA, A. M., "Diritto penale dell'Unione Europea e principio societates delinquere non potest", en *Riv. trimestrale di Diritto Penale dell'Economía*, N.º 9, 1996.

CLERC, François, *Introduction à l'étude du Code pénal suisse PG*, 1942.

CONTE, Philippe, "II riconoscimento della responsabilité penale delle persone giuridiche nella legislacione francese", en *Riv. trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, N.º 7, 1994.

DOELDER DE, Hans, "Criminal liability of corporation-Netherlands", en DOELDER-TIEDEMANN (editores), *La Criminalisation du comportament collectif, criminal liability of corporation*, XIV Congrés international de droit comparé, Kluwer Law Internationl, Nedherlands, 1996.

D'ORSI, Vncenzo, "Verso una responsabilité penale delle persone giuridiche?", en *Scritti in onore di Ujo Pioletti*, Giuffrè, Milán, 1982.

EHRHARDT, Anne, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe. Sanktionen gegen juristische Personen nach deutschem und USamerikanischen Recht*, Duncker & Humboldt, Berlín, 1994.

FALZEA, Angelo, "Responsabilitá penale delle persone giuridiche", en *La responsabilitá penale delle persone giuridiche in diritto communitario*, (Messina 30 apr.5 maj. 1979), Giuffrè, Milán, 1981.

DE FARIA COSTA, José, "Die strafrechtliche Haftung des Untemehmens und seiner Organe. Eine strafrechtliche Untersuchung zum Vertreterbegriff be . Verbanspersonen", en *Bausteine des éuropaischen Strafrechts*, 1995.

GARBARSKY, Andrew y Alain MACALUSO. "La responsabilité de l'entreprise et de ses organes dirigeants à l'épreuve du droit administratif", en *Aktuelle Juristische Praxis*, 7/2008.

GRACIA MARTÍN, Luis, "La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas", en *Actualidad Penal*, N.º 39, Madrid, 1993.

GRAVEN, Philippe y Charles-André JUNOD, "Societas delinquere potest?", en *Mélanges R. Patry*, Lausanne, 1988.

GRAVEN, Philippe, *L'infraction pénale punissable*, 2.ª ed., 1996.

GRZEGORCZYK, Christophe, "Le sujet de droit: trois hypostases", en *Annales de philosophie du droit*, París, 1989.

HAFTER, Ernest, *Die Delikts- und Straffahigkeit der Personenverbande*, Berlín, 1903.

HASSEMER, Wienfried, "Kennzeichnen und krisen des modernen strafrechts", en *ZRP*, 1992.

HARDING, C., "Criminal liability of corporations-United Kingdom", en *La Criminalisation du comportement collectif*, 1996.

HEINE, Günther, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen von individuellen Fehlverhalten zu kollektiven Fehlenwicklungen insbesondere bei Grossrisiken*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1995.

HENNAU-HUBLET, C., "La criminalisation du comportement collectif Belgique", en *La criminalisation du comportement collectif*, 1996.

HILL, Jennifer y Ronald HARMER, "Criminal liability of corporations-Austria", en *La criminalisation du comportement collectif*, 1996.

HIRSCH, Hans Joachim, "La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, p. 1099-1124. La versión original está en alemán en *Rheinisch Westfalische Akademie der Wissenschaften*, Düsseldorf, 1993.

HIRSCH, Hans Joachim, "Strafrechtliche vera ntwortlichkeit von unternehmen", en *ZStW*, N.º 107, 1995.

HOUTMANN, Marie-Ange, "Responsabilité pénale des personnes morales", en *Le Dalloz*, N.º 2, 2000.

JAKOBS, Günther. *Strafrecht, AT, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Berlín/Nueva York, 1991.

JAKOBS, Günther, "Strafrechtliche Haftung durch Mitwirkung an Abstimmungen", en *Festschrift K. Miyazawa*, Baden-Baden, 1995.

JAKOBS, Günther. "Strafbarkeit juristischer Personen?", en *Festschrift für Lüderssen zum 70. Geburstag*, Baden-Baden, 2002.

JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND. *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Berlín, 1996.

KENEL, Philippe, *La responsabilité pénale des personnes morales en droit anglais. Une solution pour la Suisse*, thèse, Genève, 1991.

LAMPE, Ernst-Joachim, "Systemunrecht und Unrechtsysteme", en *ZStW* 106 (1994).

LOBO MOUTIHNO, J. y H. SALINAS MONTEIRO, "La criminalisation du comportement col lectif-Portugal", en *La criminalisation du comportement collectif*, 1996.

LONGHI, S., "La persona giuridica come oggetto di responsabilitá penale", en *Rivista penale*, LXIV, 1906.

LOZANO, Josep M., *Ética y empresa*, Madrid, 1999.

MACALUSO, Alain. *La responsabilité pénale de l'entreprise. Principes et commentaires des artículo 100quater et 100quiquies CP.* Ginebra, Basel, 2004.

MALAMUD GOTI, Jaime, "Las penalidades a sociedades y sus directivos por el hecho del agente", en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1982.

MAURACH, Reinhart y Heinz ZIPF. *Strafrecht. AT* I, 7.ª ed., Berlín, 1977.

MILITELLO, Vicenzo, "Die strafrechtliche Haftung des Unternehmens und der Unternehmensorgane in Italien", en *Bausteine des europaischen strafrechts*, 1995.

NIGGLI, Marcel y Diego GFELLER, en Marcel NIGGLI y Hans WIPRÄCHTIGER. *Strafrecht I. Basler Kommentar*, 3.ª ed., Basilea, 2007.

OTTO, Harro, *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbanden*, Walter de Gruyter, Berlín, 1993.

OEHLER, Dietrich, "La responsabilitá penale delle persone giuridiche nelli Comunitá Economica Europea", en *La responsabilitá penale delle persone giuridiche in diritto communitario*, Milán, 1981.

PALIERO, C. E., "Criminal liability of corporations-Italy", en *La criminalisation du comportement collectif*, 1996.

PALIERO, C.E., "La sanzione amministrativa como moderno strumentod lotta alla criminalitá economica", en *Rivista Penale Economica*, 1993.

ROBERT, Christian-Nils, "Délinquance d'affaires: l'illusion d'une politique criminelle, rapport société suisse des juristes", *en RPS, 1985, fascículo 1. ROTH, Roberth, "Responsabilité pénale de l'entreprise: modéles de reflexión"*, en RPS, N.º 115, 1997.

STAUFFACHER, E., "La criminalisation du comportement collectif-Suisse", en *La criminalisation du comportement collectif*, 1996.

RUSCONI, Maximiliano, "Persona jurídica y sistema penal: ¿hacia un nuevo modelo de imputación?", en *El Derecho Penal hoy*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1905.

ROTH, Robert, "Responsabilité pénale de l'entreprise: modéles de reflexión", en *Revue Pénale Suisse 115*, 1997.

ROTH, Robert, "L'entreprise nouvel acteur pénal, Droit pénal des affaires: La responsabilité pénale du fait d'autrui" (ed. Frédéric Berthoud), en *Cedidac* 49 (2002) (citado Cedidac).

ROTH, Robert, "Une responsabilité sans culpabilité?", en *La punissabilité de l'entreprise. L'expert-comptable suisse spécial*, en *ECS* N.º 7, 2003.

SAINT-PAUL, J. C., "La responsabilité pénale des personnes morales: réalité et fiction", en *Le risque pénal dans l'entreprise*, Litec, Carré Droit, 2003.

SCHMID, Niklaus, "Einige Aspekte der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Gesellschaftsorgane", en *RPS* 105 (1988).

SCHROTH, Hans Joachim, *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte, Eine Sudie zum Umtemehmenstrafrecht, Brühlscher Verlag*, 1993.

SCHULTZ, Hans, *Bericht und Vorentwurf zur Revision des allgemeinen Teils des schweizerischen Strafgesetzbuches,* Berna, 1987.

SCHULTZ, Hans. *Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts*, Band I und II, 4.ª ed., Berna, 1982.

SCHÜNEMANN, Bernd, "La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea", en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Boletín oficial del Estado, Madrid, 1995.

SCHWANDER, Vital, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, 2.ª ed., 1964.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "Die strafrechtliche Haftung des Unternehmens und der Unternehmensorgane", en *Bausteine des europaischen Strafrechts*, 1995.

STRATENWERTH, Günther, "Strafrechtliche Unterhemenshaftlung?", en *Festchrift für Rudolf Schmitt zum 70 Geburstag*, J.C.B. Mohr, Tügingen, 1992.

TIEDEMANN, Klaus, "Strafbarkeit jurisrischen Personen? -Eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme mit Ausblicken für das deutsche Recht", en *Freiburger Begegnung, Dialog mit Richtern des Bundesgerichtshofs*, C.F. Müller Verlag, Heilderberg, 1996.

URBAIN-PARLEANI, Isabelle, "Les limites chronologiques á la mise en jeu de la responsabilité pénale des personnes morales", en *Revue soc.*, 1993.

VOLK, Klaus, "Zur Bestrafung von Unternehmen", en *Juristen Zeitung*, N.º 9, 1993.

WELLS, Celia, "Die strafrechtliche vera ntwortlichkeit von unternehmen in England und Wales-Sich wandelnde Vorstellung und Gesetzesreform", en *ZStW* 107, 1995.

WISE, E. M., "Criminal liability of corporations-USA", en *La criminalisation du comportement collectif*, p. 383.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, "Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula societates delinquere non potest", en *Cuadernos de Política Criminal*, N.º 11, Madrid, 1980.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, "Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas", en *Cuadernos de Política Criminal*, N.º 25, Madrid, 1994.

modestas reflexiones constituyan un pequeño aporte a la lucha reivindicadora de sus derechos fundamentales.

3. Concepciones de la Iglesia católica sobre la procreación

Debido a que es frecuente que viejas concepciones sean presentadas como nuevas, comenzaré por aquellas para abordar después estas últimas. Por la importancia que tienen nos referiremos a las concepciones de la Iglesia católica sobre la procreación. Santo Tomás sostenía firmemente que el feto no tiene un alma intelectual o racional en el momento de la concepción, sino que solo la adquiere en algún momento posterior: 40 días en el caso del feto masculino, de acuerdo con la doctrina tradicional católica, y más tarde en el caso del feto femenino. (Feto habitado por almas diferentes que se corrompen y luego son substituidos).

Siguiendo esta concepción y durante muchos siglos, la doctrina católica sostuvo que el aborto durante las primeras semanas del embarazo, antes de que el feto esté "formado"(en el sentido de habitado por el alma intelectual y racional), no es homicidio porque el alma no está todavía presente.

Aún en el siglo XIX (Libro de instrucciones para seminaristas), se declaraba que "el feto, aunque no animado, se dirige a la formación de un hombre; por tanto, su expulsión es un homicidio anticipado".

La negación de que el aborto no fuera un homicidio no significaba que la Iglesia católica no condenase el aborto como un grave pecado. Esto se notaba con claridad cuando era calificado de homicidio anticipado.

En esa época (Edad Media), el término homicidio no era utilizado para designar el crimen de homicidio previsto en las leyes penales modernas. Tampoco, aunque lo hace recordar mucho, en el discurso de la Iglesia católica, cuando se afirma que el aborto es un crimen abominable porque constituye un ataque a vidas inocentes e incapaces de defenderse por lo que es calificado de homicidio, asesinato o genocidio.

El término homicidio era utilizado con frecuencia para designar cualquier ofensa, comprendida la práctica de actos anticoncepcionales, contra el orden natural de la procreación y, en consecuencia, contra la vida considerada un don de Dios.

El papa Gregorio IX (Decretales, 5.12.5) estatuyó que quien tratara a un hombre o a una mujer "de tal modo que él no pueda generar, o ella concebir, o los hijos nacer, debe ser tenido por homicida". De esta manera, la definición amplia de homicidio constituía una manifestación clara de las preocupaciones

de la Iglesia respecto a la procreación: el aborto, la práctica de actos anticoncepcionales y la masturbación fueron percibidos, conjuntamente, como atentados contra la dignidad y la santidad de la vida humana misma.

No hace aún 30 años (1968), el papa Pablo VI, en la Encíclica Human Vitae manifestaba:

> "De igual manera que el hombre no tiene dominio ilimitado sobre su cuerpo en general, tampoco, y con mayor razón, tiene tal dominio sobre sus facultades específicamente sexuales, pues estas afectan por su propia naturaleza a la generación de la vida, de la cual Dios es la fuente. Porque la vida humana es sagrada todos los hombres deben reconocer este hecho, recordó nuestro predecesor el Papa Juan XIII, "pues desde sus primeros comienzos necesita de la acción creadora de Dios".
>
> "Por tanto, [...] la interrupción directa de los procesos generativos ya iniciados y, ante todo, el aborto directo, incluso por razones terapéuticas, deben ser excluidos absolutamente como medios legales para controlar el nacimiento de niños.
>
> "Debe ser igualmente condenada [...] la esterilización directa, sea del hombre o de la mujer, sea permanente o temporal. Igualmente excluida está una acción que antes, durante o después de la relación sexual, esté específicamente dirigida a evitar la procreación, sea como fin o como medio".

En 1869, Pío XIX declaró que el aborto, incluso el precoz, podía ser castigado con excomunión, supuso el primer rechazo oficial de la opinión tradicional de la animación tardía del feto.

Estas concepciones han sido confirmadas en diferentes documentos pontificales publicados en los últimos años. A modo de ejemplo, citemos la Carta apostólica a las familias del 22 de febrero de 1924, en la que el papa Juan Pablo II afirma que: "la unión sexual y la procreación no pueden ser separados artificialmente sin alterar la verdad íntima del acto conyugal mismo". Por esto, las prácticas anticoncepcionales deben ser condenadas en la medida que excluyen del acto sexual la posibilidad natural de procreación y, al mismo tiempo, disocian los fines esenciales del matrimonio: unión y procreación.

4. Regulación legislativa

En la práctica legislativa estas ideas han tenido en nuestros países una fuerte influencia. Así se ha establecido un sistema normativo y de control altamente represivo, sistema que ha fracasado totalmente.

CUARTA PARTE

PARTE ESPECIAL

§ 9
DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA SALUD

I
Reflexiones sobre la protección penal de la vida humana: eutanasia, asistencia al suicidio y homicidio a pedido de la víctima*

> "[...] en general, las personas mueren como han vivido. Si alguien ha sido combativo toda su vida, luchará hasta el final. Nuestro papel no es de practicar el paternalismo terminal, de imponer lo que nos parece una 'bella' o 'buena' muerte. Sino más bien de tratar de eliminar los obstáculos que se erigen entre una persona y su propia muerte –aquella que es conforme a los deseos, lo vivido y la personalidad de cada uno"[1].
>
> Gian Domenico Borasio

Sumario: 1. Presentación. 2. Introducción. 3. Vida humana. a. Eutanasia. b. Sentencia en el caso Berner. c. Comentarios a la sentencia. a) Contexto. b) Tipicidad. c) Ilicitud y culpabilidad. d. Conclusión. 4. Vida embrionaria y procreación. a. Introducción. b. Procreación responsable. c. Aborto terapéutico. 5. Feminicidio. a. Introducción. b. Concepción de género. c. Técnica legislativa. d. Evolución legislativa en el Perú. e. Cuestiones procesales. f. Apreciaciones de política criminal. 6. Bibliografía sucinta.

---

* Versión aumentada del artículo escrito en el libro homenaje al profesor Nodier Agudelo, *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado*, Bogotá, 2013, t. II, pp. 307 y ss. Utilizada para dictar una conferencia en Asunción (Paraguay), 2014.

1 Versión en línea: http: http://bit.ly/1JL8ZbC.

1. Presentación

Desde hace muchos años y en diversas latitudes he frecuentado a Nodier Agudelo Betancur. De modo que, gracias a su generosidad, hemos llegado a establecer relaciones personales y académicas profundas. De las cuales he sido el principal beneficiado. Todo comenzó hace más de dos décadas en ocasión de mi primer viaje a Medellín, propiciado por su discípulo Fernando Velásquez Velásquez y a quien conocí, ocasión inolvidable, en el Max Planck Institut de Freiburg im Breisgau. Por todo esto, resultaba imposible dejar de participar en este libro, que tiene la finalidad de rendirle merecido homenaje por sus calidades humanas y su alto nivel tanto en la investigación como en la enseñanza del derecho penal.

El problema mayor, en consideración al número y a la diversidad de temas que Nodier Agudelo ha estudiado, era escoger la materia a presentar en esta breve contribución. Teniendo en cuenta que su labor esta siempre inspirada en el reconocimiento y salvaguarda de la dignidad de la persona y de los derechos humanos, escogimos analizar el complejo tema de la protección de la vida humana, la cual implica necesariamente el respeto de la libertad de decidir sobre el cómo y el cuándo ponerle fin. Nuestro análisis se limitará sin embargo a algunos aspectos penales de esta problemática compleja.

Con el objeto de tratar el tema de manera concreta, presentamos una sentencia dictada por un juez suizo[2], en la que se plantean ciertas cuestiones sobre la manera cómo debe juzgarse a quien, a pedido de la persona concernida, interviene en la culminación de su vida. Después de una introducción sucinta al tema, resumimos los hechos y los argumentos de la sentencia, Enseguida analizamos los fundamentos de esta decisión y, finalmente, establecemos algunas conclusiones.

Valga el esfuerzo aunque estamos seguros de que no estaremos a la altura con la que Nodier Agudelo lo hubiera hecho, pues carecemos de sus calidades. Las mismas que han sido descritas convenientemente diciendo: "Además de estar en su finca sembrando plantas, la felicidad de Nodier Agudelo es estar frente a un auditorio y verlo saturado de risa, a pesar de hablar del escabroso tema del delito. A cada tema, por muy complejo o doloroso que sea, siempre le pone su toque burlón de paisa coloquial y desfachatado"[3].

2 Bastien Sandoz, Président. Réf.: POL.2010.19/mad Réf.

3 Versión en línea: http://carpidi.correvedile.com/profesor-nodier.

2. Introducción

Con el reconocimiento de los derechos humanos, conforme a la concepción predominante en nuestro ámbito cultural, en tanto parámetro para calificar a los sistemas de liberales y democráticos, se ha impulsado la exigencia de que los Estados, sin consideración a sus especificidades sociales, económicas, culturales o políticas, asuman el deber de garantizar dichos derechos. Por esto se les prevé expresamente en la mayoría de las constituciones políticas vigentes y, asimismo, no solo se promueve la garantía de que no sean violados por el Estado y los particulares, sino que se fomentan las condiciones favorables para su desarrollo y ejercicio. La adecuación de la reacción penal del Estado a estas exigencias constituye la denominada "constitucionalización de la materia penal".

El legislador al dictar leyes y los órganos competentes al aplicarlas, con la finalidad de prevenir o solucionar conflictos, sopesan los intereses concernidos, lo que implica con frecuencia superar una confrontación de derechos fundamentales. No se trata de una apreciación abstracta sino que depende del contexto personal y material en el que se realiza. De manera a tener en cuenta, igualmente, las consecuencias que acarrearía el preferir uno de dichos derechos en conflicto.

La Constitución, al regular los fundamentos y lineamientos de la organización política de la sociedad, determina expresa o tácitamente los intereses individuales y colectivos para la vida comunitaria. Lo que la convierte en una guía para determinar, en el ámbito penal, los bienes que deben ser protegidos y los alcances de esta protección. Sin embargo, la Constitución no es la única fuente de los bienes jurídicos merecedores de protección penal, ni todos los bienes que toma en cuenta deben gozar de dicha protección, menos aún que la protección penal comprenda todos los atentados que pueden ser cometidos contra dichos bienes. Los ámbitos de la Constitución y del derecho penal se superponen parcialmente, pero la elaboración de disposiciones penales y su aplicación deben hacerse de conformidad con el marco fijado por la Constitución.

3. Vida humana

La cuestión de la vida humana se plantea desde el momento de la concepción hasta la muerte, pasando por la vida embrionaria y la vida autónoma posterior al parto. Los alcances de su protección son constantemente debatidos en función de la diversidad de concepciones filosóficas, éticas, sociológicas y jurídicas con las que se le valora. Las divergencias continuarán y hasta se profundizarán debido a la imposibilidad de llegar a la unanimidad respecto a una de estas concepciones. Sin embargo, en el ámbito del derecho y, en particular, del dere-

cho penal, en razón a su índole pragmática debe adoptarse un compromiso que, en la medida de lo posible, satisfaga las expectativas de la mayoría de personas y los intereses colectivos, en el respeto de la dignidad y la libertad de las personas.

En esta perspectiva, los legisladores han regulado la protección penal en función del nivel de evolución del ser humano. Así, han considerado fundamentalmente dos etapas: de una parte, la que se desarrolla en el seno materno y, de otra, aquella que se desenvuelve independientemente del cuerpo materno. Criterio que plantea una serie de dificultades en cuanto a la fijación de los límites de cada uno de estos periodos, ya que se recurre a diversos criterios como: desde la concepción, a partir de la nidación, durante o después del parto, muerte biológica y muerte clínica.

De acuerdo con esa partición, se distingue el homicidio del aborto. En la medida en que las penas previstas para reprimir a los autores del primero son más severas que las fijadas respecto a los responsables del segundo, se puede considerar que el legislador ha estimado que la vida autónoma o realizada es de mayor valor que la vida embrionaria.

En relación con el homicidio, la vida tomada en cuenta es concebida como el conjunto de funciones biológicas y psicológicas propias al ser humano natural. La cual existe, como se admite casi unánimemente, desde los primeros dolores del parto y culmina con la constatación de la muerte clínica o cerebral. Esta vida es la condición elemental para el desarrollo del ser humano; la *conditio sine qua non* del ejercicio de todos los demás derechos de la persona.

Las concepciones sobre el tratamiento de los casos de eutanasia están relacionadas, pero de manera diferenciada, con la distinción entre la eutanasia activa y la pasiva. La primera cuestión que debe subrayarse es que, en el ámbito jurídico, esta diferenciación no debe hacerse recurriendo a la distinción entre los comportamientos de comisión y de omisión. Debe más bien tenerse en cuenta la esperanza de vida que tiene la persona concernida, para enseguida determinar los alcances del comportamiento en función de la influencia que tiene sobre esa esperanza de vida. En esta perspectiva, se califica, por un lado, de eutanasia activa el comportamiento que influye negativamente sobre la duración de la vida del paciente y, por otro, de pasiva el hecho de renunciar, p.e., por parte del médico tratante, a las medidas que mantendrían en vida al moribundo.

Si bien se considera, sin grandes dificultades, como punible al médico que inyecta al paciente un producto que sabe le producirá la muerte (eutanasia activa directa), no existe unanimidad respecto a cómo tratar al médico que prescribe un producto idóneo para calmar los sufrimientos insoportables, pero que pro-

ducirán progresivamente el deceso del paciente. Este tipo de casos es tratado, generalmente, como asistencia a la muerte, cuya práctica es obligatoria por favorecer el respeto de la dignidad de la persona, la que implica el reconocimiento de la libertad de cada uno para decidir sobre su muerte y, por tanto, sobre el tratamiento que se le propone o aplica.

Así, el médico no detenta, bajo el manto de su obligación de asistir al moribundo, un poder de decidir sobre su salud y su vida. El vínculo jurídico que los une es el de un mandato, que el paciente puede modificar o anular. Por lo que el médico puede encontrarse en un conflicto de intereses respecto a su deber de preservar la vida del paciente o de cumplir su obligación de aliviar los padecimientos físicos y síquicos del mismo paciente.

Los límites dependen de la voluntad del interesado. El médico deja de estar ligado a su deber de garante cuando el paciente –capaz, consciente y suficientemente informado sobre su estado de salud– le exige suspender todo tratamiento para mantenerlo con vida. Esta voluntad puede ser presumida considerando de manera seria y meticulosa todas las circunstancias personales y materiales del caso. Por ejemplo, una declaración escrita del paciente renunciando a que se le conserve en vida, puede constituir un indicio importante para precisar su voluntad. Sin embargo, esto no libera de la obligación de considerar otros elementos esenciales, útiles para presumir la voluntad actual del paciente. Por lo que debe preguntarse si el interesado, en el momento álgido, revocaría o no su declaración. Si bien el médico debe decir definitivamente, tiene que consultar, siempre, a los familiares del paciente.

a. Eutanasia

Los legisladores han debido tomar partido ante el tratamiento de la eutanasia, lo que no significa necesariamente que la hayan regulado expresamente. Cuando han omitido hacerlo, significa que la prohíben y condenan como homicidio. La mayoría, sin embargo, ha previsto disposiciones que, directa o indirectamente, conciernen ciertos aspectos de la eutanasia.

Es el caso, para mencionar en primer lugar el país que nos acoge, el Paraguay. En el artículo 106 CP, homicidio motivado por súplica de la víctima, se prevé el caso de quien "matara a otro que se hallase gravemente enfermo o herido, obedeciendo a súplicas serias, reiteradas e insistentes de la víctima" y su sanción con pena privativa de libertad de hasta tres años. Considerando esta disposición, se afirma que la "eutanasia (muerte dulce) y homicidio-suicidio se comportan como dos círculos secantes, pues la eutanasia no su-

pone necesariamente el consentimiento del sujeto pasivo, y menos que este quiera morir"[4].

Además, en el mismo Código, artículo 108, se dispone que quien "incitare a otro a cometer suicidio o lo ayudare, serán castigado con pena privativa de libertad de dos a diez años. El que no lo impidiere, pudiendo hacerlo sin riesgo para su vida, será castigado con pena privativa de libertad de uno a tres años".

Por las afinidades que nos vinculan con la legislación y la doctrina española, indiquemos que en el artículo 143, inciso 4, CP, se dispone que quien "causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de este, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo".

Disposición que resulta interesante en relación con el caso que luego expondremos debido a que habla de causar o cooperar activamente "con actos necesarios y directos a la muerte de otro". De modo que comprende al homicidio ha pedido de la víctima y a la asistencia al suicidio, que son previstos separadamente en la legislación suiza.

Un paso decisivo respecto a la regulación de la eutanasia ha sido dado por algunos países europeos. Por ejemplo, en el año 2000, Holanda sanciona la primera ley de eutanasia que prevé el hecho de poner fin a la vida de un paciente bajo tres condiciones: el paciente debe sufrir un dolor intolerable y constante, debe haber pedido en repetidas ocasiones que se le deje morir, debe darse una segunda opinión médica y la terminación de la vida debe producirse en una forma médica apropiada. Dos años más tarde, Bélgica despenalizó la eutanasia para los adultos siguiendo el modelo holandés y fijando condiciones similares.

Los debates y las reformas legislativas continúan de manera intensa y concluyen de diferentes maneras. Por ejemplo, una propuesta legislativa francesa de 2012, agrega al artículo 1110-9 del Código de la Salud Pública, el párrafo siguiente: "Toda persona capaz mayor, en estado avanzado o terminal de una afección accidental o patológica grave e incurable, ocasionándole sufrimientos físicos o síquicos que no pueden ser calmados o que ella considera insoportables,

4 Ley N.º 1.160/97, Código Penal concordado, 2.ª ed., actualizada, t. I. División de Investigación, Legislación y Publicaciones. Asunción (Paraguay). Versión en línea: http://bit.ly/1VSgCpp, p. 61.

puede pedir de beneficiar, en las condiciones previstas en este título, de una asistencia médica permitiendo, mediante un acto deliberado, una muerte rápida y sin dolor".

En Suiza, desde el Proyecto de 1908, el legislador helvético admitió el homicidio cometido a pedido serio e insistente de la víctima y la instigación o ayuda al suicidio, las mismas que se mantuvieron en los Proyectos de 1916 y 1918. Dichas figuras delictivas figuran en los artículos 114 y 115 del Código vigente.

La jurisprudencia y la doctrina suizas reconocen que la protección de la vida está garantizada por la Constitución y que "no hay vida humana que no merezca ser vivida"[5].

Los jueces federales han subrayado que el derecho fundamental a la vida se distingue "de los demás aspectos de la protección de la personalidad, garantizados por la libertad individual, en la medida en que toda violación voluntaria de este derecho constituye al mismo tiempo un atentado a su substancia misma –la que goza de una protección absoluta– y, por esto, una violación de la Constitución"[6].

b. Sentencia en el caso Berner

La médico Berner, en setiembre 2009 y como miembro de la Asociación Exit[7], se ocupó de una persona afectada, en fase terminal, de esclerosis lateral amiotrófica, una enfermedad neurodegenerativa, provocandole inevitablemente la muerte. Al momento de su intervención la paciente sufría de manera insoportable e irremediable de dolores imposibles de aliviar, producto de su estado de salud, el cual estaba muy deteriorado. La paciente, en plena posesión de sus capacidades mentales, había expresado de forma reiterada y hasta el último momento su voluntad de morir. De acuerdo con lo querido por la paciente y al recibir la señal acordada, la Dra. Berner presionó con el pie una placa de madera

5 ATF 98 Ia 515/JdT 1973 I 496; CourEDH, Pretty v. The United Kingdom Juegment, p. 27, § 37: "L'article 2 protège le droit à la vie, sans lequel la jouissance de l'un quelconque des autres droits et libertés garantis par la Convention serait illusoire". Cfr. Riklin, *Würdiges Sterben*, p. 65; Stratenwerth/Jenny/Bommer, BT I, § 1 N.° 6; Trechsel/Fingerhuth, *Praxiskommentar*, Vor artículo 111 N.° 2.

6 ATF 98 Ia 514/JdT 1973 I 496; Cf. ATF 97 I 49 s./JdT 1972 I 8; Message 1996, Constitution, p. 148.

7 Se trata de la Association pour le droit de mourir dans la dignité (ADMD), creada debido a que en Suiza es permitido ayudar al suicidio. Versión en línea: http://www.exit-geneve.ch.

con lo que puso en funcionamiento el mecanismo previsto para inyectarle en la circulación sanguínea una solución letal.

El juez consideró que de esta manera la Dra. Berner había tenido el dominio efectivo del hecho que produjo la muerte y que, por lo tanto, su comportamiento constituía un homicidio a pedido de la víctima y no una asistencia al suicidio (artículo 114)[8], a pesar de que había intervenido en base a la solicitud de ayuda al suicidio asistido que hizo la enferma a la Asociación Exit. La enferma no se había causado ella misma la muerte, sino que se limitó a pedir de manera seria e insistente que se le ayudase a suicidarse, en plena capacidad de discernimiento. La Dra. Berner obró motivada por un sentimiento digno de consideración, a saber, poner fin al sufrimiento físico y psicológico de la paciente.

El juez destacó que el consentimiento no excluye la represión del homicidio porque la vida no es un bien jurídico de libre disposición, pero al mismo tiempo afirmó que pueden, sin embargo, absolver a quien mata a una persona invocando una de las causas de justificación o de exclusión de la culpabilidad previstas en el artículo 14 y siguientes del CP[9]. De modo que, en su opinión, aun cuando se califique de absoluta a la protección de la vida, se admiten excepciones, tales como la legítima defensa, la eutanasia pasiva y la eutanasia activa indirecta. En apoyo de su posición, recordó que en las directivas de la Academia Suiza de Ciencias Médicas se acepta que un médico adopte un comportamiento específico para acabar con la vida de su paciente, cuando se cumplan ciertas condiciones estrictas[10].

Después de destacar la doctrina unánime sobre la legalidad de la eutanasia pasiva y la eutanasia activa indirecta, el juez sostuvo que, debido a las discrepancias acerca de la eutanasia activa directa, resulta muy complicado valorar distintamente el hecho de prescribir una sustancia para aliviar y acelerar la muerte

---

8 Esta disposición prevé el homicidio piadoso. A diferencia del artículo 106 CP colombiano, se sanciona a quien, "cediendo a un móvil honorable, en particular por piedad, mata a una persona a su demanda seria e insistente, será castigado con pena privativa de libertad". De acuerdo con la Sentencia C-239-7 de 1997 de la Corte Constitucional de Colombia, el homicidio de un enfermo terminal, a petición reiterada de este, practicado por un médico, es un hecho lícito.

9 Los artículos señalados regulan las causas de justificación y de ausencia de culpabilidad. Cfr. artículo 32 CP colombiano.

10 Cf. en particular las directivas ASSM "Traitement et prise en charge des patients souffrant d'atteintes cérébrales extrêmes de longue durée" (2003), N.º 2, "Prise en charge des patients en fin de vie" (2004), N.º 4.1, "Soins palliatifs" (2006), N.º 8 s. y "Directives anticipées" (2009).

Versión en línea: http://bit.ly/1Q7q9oN.

(activa indirecta) y el de administrar una sustancia con el objetivo principal de acelerar la muerte (activa directa). En su opinión, en ambos casos se trataría de "comportamientos homicidas, por lo que no aparece como objetivo y razonable, el distinguirlos al momento de examinar si son susceptibles de ser considerados como lícitas por una o más circunstancias justificativas relacionadas con el artículo 14 y ss. CP".

Conforme a este razonamiento, el juez concluyó negando que haya "obstáculo teórico o dogmático absoluto que impida examinar si la acción de la Dra. Berner puede justificarse, en particular, según los artículos 14 ss. CP". Además consideró que los tratados internacionales suscritos por Suiza "favorecen una aplicación coherente del régimen jurídico suizo de la asistencia a la muerte, lo que permite tener en cuenta los diversos intereses legítimos en juego". Por lo que es factible examinar si, en este caso, la ponderación de los intereses en conflicto se "inclina o no a favor de una justificación del comportamiento de la Dra. Berner desde el punto de vista del estado de necesidad o de otras circunstancias extralégales relacionadas con este".

Para adoptar esta solución, el juez admitió que la enfermedad de la paciente era incurable y que le causaba terribles sufrimientos y la pérdida de la dignidad; que estos sufrimientos –tanto física como psíquicamente intolerables– no podían ser aliviados mediante cuidados paliativos; que la paciente no estaba físicamente capacitada para poner fin a sus días por sus propios medios; y, finalmente, que estaba convencido de que la paciente habría muerto rápidamente como resultado de la fulgurante evolución de su enfermedad. En cuanto a la capacidad de discernimiento, el juez afirma su convicción de que la paciente era plenamente capaz y que expresó su voluntad de morir en varias ocasiones.

Además, consideró el contexto específico en el que la acusada actuó: un proceso de suicidio asistido permitido por la ley; el hecho de que solo en el último minuto realizó la conducta cuestionada, ya que la persona que deseaba suicidarse era incapaz físicamente de auto eliminarse. Por lo que afirmó que habría sido "particularmente cruel el negarle [a la paciente] esta última acción". En su opinión era entonces "legítimo privilegiar el interés individual de [La paciente] a salvaguardar la autonomía de su voluntad, a preservar su dignidad y a poner fin a sus sufrimientos con respecto al interés público a la protección de la vida". De este modo admitió que la Dra. Berner "actuó al amparo de una causa de justificación en el sentido de los artículos 14 ss. CP". Precisando su argumentación consideró que se aplica el estado de necesidad de conformidad con los artículos 17 y 18 CP o las circunstancias relacionadas con el estado de necesidad; es decir, la salvaguarda de intereses legítimos o el conflicto de deberes.

Es de lamentar que el Ministerio Público decidiera no apelar esta decisión[11], porque habría permitido obtener un pronunciamiento del Tribunal cantonal o incluso del Tribunal federal.

c. Comentarios a la sentencia

a) Contexto

Un aspecto interesante de la decisión del juez es que, con miras a decidir subraya que la protección de la vida no es absoluta, en la medida en que el ordenamiento legal da la posibilidad de "justificar" el comportamiento cometido por la acusada, aplicando una de las circunstancias previstas en los artículos 14 ss. CP. Asimismo, que para apreciar correctamente los hechos es necesario considerar el conflicto entre el deber de respetar el derecho a la vida e integridad física del paciente y otros intereses de este, como el alivio del sufrimiento o el respeto de su voluntad, dignidad humana y libertad individual.

En función de la regulación del Código Penal, una primera cuestión esencial era la de distinguir el homicidio a pedido de la víctima del suicidio asistido; dicho de otra manera, entre el hecho de matar una persona y el de ayudar una persona a suprimirse. Como el suicidio no es un delito, esta ayuda no constituye complicidad, por lo que para reprimir este comportamiento debía preverse una disposición especial. Quien ayuda una persona a suicidarse debe limitarse a colaborar con la persona que desea morir y, por lo tanto, no debe realizar ningún acto para provocar directamente la muerte de la persona concernida.

Ante la dificultad de aplicar los distintos criterios concebidos establecidos en la ley, la jurisprudencia y la doctrina, el juez se refirió a los contextos en los cuales tuvieron lugar sucesos semejantes al caso *sub iudice*. Lo que le permitió constatar vacíos en la legislación y asimismo a referirse al dominio médico aun cuando la procesada no intervino en su condición de médico tratante de la enferma y, por tanto, no estaban vinculadas por un mandato.

Para superar el criterio generalmente admitido según el cual, en los casos de suicidio, la última acción debe ser necesariamente realizada por la persona que quiere morir, el juez interpretó de modo restrictivo la frase "habrá dado muerte" (artículo 114 CP) y extensivamente la noción de suicidio (artículo 115 CP), referentes al homicidio a petición de la víctima (hecho imputado por la acusa-

11 Comunicado de prensa del 4 de enero de 2011.

ción) y a la asistencia al suicidio (solicitado por la víctima a la Asociación Exit[12]). Lo que era factible debido a que ambas situaciones tenían un factor común de índole subjetiva: el homicida debe actuar cediendo a un motivo honorable y la persona que presta asistencia al suicidio no debe actuar por un motivo egoísta. A pesar de estos esfuerzos, le resultó invencible dejar de lado la exigencia de que el "último acto del proceso que conduce a la muerte debe, en todos los casos, ser realizado por el propio paciente"[13].

b) Tipicidad

Como ya lo hemos indicado solo ciertos casos de eutanasia pueden ser calificados como homicidios a petición de la víctima (artículo 114 CP). Es el caso, por ejemplo, del médico que, cediendo a un motivo honorable y a solicitud insistente del paciente incurable, le causa la muerte. Siempre y cuando, este se encuentre en fin de vida, sea capaz de discernir y que su solicitud sea tanto seria y libre como reiterada.

En caso de asistencia en fin de vida, puede suceder que el médico tenga que asistir a un paciente que decide dejarse morir y renuncia a todo tratamiento diri-

12 Ver: http://www.exit.ch/wDeutsch/. En un proyecto el Consejo Federal ha propuesto insertar en el artículo 115 un nuevo inciso 2 CP, previendo:

"La persona que, como parte de una organización de asistencia al suicidio, ayuda una persona a suicidarse (acompañante) será sancionada con una pena privativa de libertad de cinco años como máximo o de una multa, si el suicidio es consumado o tentado, a menos que se cumplan las condiciones siguientes:

a. la decisión de suicidarse debe ser tomada y emitida libremente, después de una debida reflexión, y deberá ser manifestada de forma persistente;
b. un médico, independiente a la organización, certificará que el suicida es capaz de discernir en cuanto a su decisión de suicidarse;
c. un segundo médico, independiente a la organización, certificará que el suicida sufre de una enfermedad incurable con un resultado de muerte inminente.
d. las alternativas de tratamiento deben haber sido discutidas con el suicida y, en caso que él lo hubiera deseado, las medidas necesarias debieron ser llevadas a cabo y se debió implementar la alternativa elegida;
e. el medio empleado debe estar sujeto a prescripción médica;
f. el acompañante no debe tener como finalidad el lucro;
g. la organización y el acompañante deben presentar conjuntamente la documentación completa sobre el caso en cuestión".

13 Directivas ASSM "Prise en charge des patients en fin de vie" (2004), ch. 4.1; cfr. también SCHWARZENEGGER, BK, Vor artículo 115 N.º 11a.

gido a conservarlo en vida. Circunstancia en la que el galeno prescribe sustancias destinadas a paliarle los sufrimientos, pero que disminuyen la duración de la vida. La obligación del médico es comprobar si se cumplen las exigencias prescritas en las directivas de la ASSM[14] y que hemos citado anteriormente. En esta perspectiva, incluso si se admitiera que la Dra. Berner actuó, como médico de la paciente, para aliviar el sufrimiento intolerable de la paciente, se debe concluir que no respetó el último requisito que obliga a que el acto final sea llevado a cabo por la paciente misma. Salvo si se admite, como lo hace el juez, que la Dra. Berner solo tuvo el rol de instrumento en la medida en que puso en marcha el sistema de inyección de la sustancia letal después de que la paciente le diera la señal.

Teniendo en cuenta que esta interpretación de los hechos y de la ley no es aceptada en el ordenamiento suizo, el juez tuvo que admitir que la acusada había realizado el tipo legal del homicidio a petición de la víctima (artículo 114 CP). Al respecto, el juez afirmó que, en el contexto médico, puede presentarse un conflicto entre el deber del médico de salvaguardar tanto la vida como la integridad física del paciente y determinados intereses de este último, como el alivio del sufrimiento o el respeto de su voluntad, dignidad humana y libertad personal. En este caso, la responsabilidad penal del médico depende de su deber de garante, el cual está limitado por la voluntad de la persona interesada que dispone de la capacidad de discernimiento y que se encuentra debidamente informada. Mientras que el consentimiento de la paciente es restringido por la declaración, implícita en la ley, de la indisponibilidad del bien jurídico vida (artículo 114 CP *a contrario*). Además, tampoco era posible considerar aplicable la figura de la gestión sin mandato (artículo 419 ss. CO), en primer lugar, porque la Dra. Berner no estaba actuando en calidad de médico y, en segundo lugar, porque la suicida tenía la capacidad de manifestar su voluntad[15] pues estaba plenamente probado que dispuso siempre de la capacidad de discernimiento.

---

14 Directivas ASSM "Prise en charge des patients en fin de vie" (2004), ch. 4.1. Además de la condición indicada anteriormente, las otras son:

- La enfermedad que sufre el paciente permite considerar que el final de la vida está cerca.
- Alternativas de tratamiento fueron propuestas y, si así lo desea el paciente, practicadas.
- El paciente posee la capacidad de discernimiento. Su deseo de morir ha sido debidamente reflexionado, no resulta de una presión externa y es persistente. Esto debe haber sido verificado por una tercera persona que no debe ser necesariamente un médico.

15 Principios ASSM "Droit des patientes et patients à l'autodétermination" (2005), ch. II.; directivas ASSM "Traitement et prise en charge des patients souffrant d'atteintes

c) *Ilicitud y culpabilidad*

El juez de manera general y poco clara se plantea la aplicabilidad de las diversas circunstancias excluyentes de la represión previstas en los artículos 14 ss. CP. Al respecto, aparecía evidente que era imposible invocar la legítima defensa (artículo 15 CP), el estado de necesidad lícito (artículo 17 CP) o la actuación sobre la base de una disposición legal por la cual se autorice u ordene el comportamiento (artículo 14 CP). En el mismo sentido, era claro que no entraban en juego la legítima defensa excusable (artículo 16 CP), el estado de necesidad excusable (artículo 18 CP) y el error sobre la ilicitud (artículo 21 CP). Frente a esta situación, el juez invocó la aplicación excepcional de la ponderación objetiva de los intereses fundamentales en conflicto[16].

Considerando que el caso *sub iudice* se encuentra al límite de la asistencia al suicidio y la eutanasia activa, se impone plantearse algunas cuestiones previas. La primera es la de determinar la conveniencia ética o jurídica de juzgar de distinta manera el hecho de "poner una píldora mortal en la mesa de noche de una persona que quiere morir y [el de] colocársela en la boca porque no puede hacerlo ella misma" [17]. La respuesta será afirmativa si partimos del principio moral absoluto que afirma el carácter sagrado de la vida humana, cuya protección no admite excepciones. En cambio, la respuesta será diferente si reconocemos plenamente los criterios de dignidad y autodeterminación de las personas para decidir lo que les conviene y, por lo tanto, la libertad de decidir cuándo y cómo morir[18].

Este análisis sobre la base de categorías teóricas y de criterios de valor es demasiado abstracto, considerando la complejidad humana del acto de asistir a morir a un enfermo incurable en fase terminal de vida. Es imperativo tener en cuenta sus intereses y el contexto en el que se encuentra. A esta persona, si desea

---

cérébrales extrêmes de longue durée" (2003), ch. 2.1 et "Prise en charge des patients en fin de vie" (2004), ch. 2.1.

16 Cfr. SCHWARZENEGGER, BK, Vor artículo 111, N.º 7, 8, 26; artículo 114, N.º 11.

17 OGIEN, Ruwen, *La vie, la mort, l'Etat: le débat bioéthique*, Editorial Grasset, París, 2009, p. 66.

18 Cfr. GOFFI, p. 109: "Las teorías que sitúan la santidad de la vida en el centro de la reflexión bioética consideran que en ningún caso es legítimo llevar a cabo la eutanasia; las teorías que consideran la dignidad o los derechos al centro de esta misma reflexión pueden, según como se interpreten estas nociones, autorizar o incluso recomendar la eutanasia. Pero, las teorías consecuencialistas son las que proporcionan la mayor parte de argumentos a los partidarios de la eutanasia. Estas teorías representan, al menos en la literatura inglesa, el enfoque generalmente admitido en la bioética".

seguir viviendo, le es indiferente que el médico intervenga activamente para causarle la muerte o que la deje morir interrumpiendo los tratamientos que la mantienen en vida. No quiere ni lo uno ni lo otro por considerarlos malos[19]. El mismo razonamiento vale para el paciente incurable que no quiere vivir y que espera que el médico lo ayude a morir, actuando o absteniéndose. Estima que ambas posibilidades son buenas. Poco le importan "las intenciones del médico y de sus distinciones sutiles entre los efectos negativos no deseados de su acción u omisión. Desde su punto de vista de paciente que no quiere seguir viviendo, él no ve de diferencia moral"[20]. Debería admitirse, por lo tanto, que tampoco el médico debería hacer esta diferencia.

Esta perspectiva ayuda a mejor comprender el razonamiento del juez en el caso analizado. El comportamiento de la Dra. Berner se justifica por el hecho que actuó dentro de un proceso de asistencia al suicidio permitido por la ley y que solo en el último instante practicó el acto final, dado que la suicida no era capaz de hacerlo. En consecuencia, hubiese sido "particularmente cruel denegarle [a la paciente] que se ejecute dicho acto [cometido por la acusada]". Por ello, el juez consideró que es legítimo dar la prioridad a la salvaguardia de la autonomía y de la dignidad de la paciente, incluso a expensas de la protección de la vida.

Los hechos en los casos de eutanasia se caracterizan por su complejidad e intensidad. En especial, están marcados por la situación de necesidad y angustia en la cual se encuentra el paciente moribundo, circunstancias que influyen fuertemente sobre el comportamiento de las personas que le acompañan o asisten. Estas personas son testigos de los conflictos de intereses creados por la determinación voluntaria del paciente a poner fin a sus días. Su intervención en el desarrollo de los hechos debe ser apreciada teniendo en cuenta todas estas circunstancias, en una perspectiva normativa-axiológica y no solamente en el nivel material de los hechos. Por lo tanto, es indispensable examinar si hay un conflicto de intereses en el sentido descrito por el juez, entre la protección de los derechos fundamentales, como la libertad personal (autodeterminación), la dignidad humana y la protección de la vida.

Para aproximar el comportamiento de la Dra. Berner (homicidio a petición de la víctima) a la hipótesis de la asistencia al suicidio, el juez menciona que la Dra. Berner y las otras personas presentes al momento de los hechos se habían representado la señal dada por la paciente como constituyendo "simbólicamen-

19 Ogien, *La vie, la mort, l'Etat: le débat bioéthique*, cit., pp. 120 y ss.

20 Ogien, *La vie, la mort, l'Etat: le débat bioéthique*, cit., p. 121.

te, el movimiento que... [la paciente] hubiese debido hacer para liberar la substancia mortal si la instalación prevista hubiese podido ser instalada". Además, el juez tiene en cuenta la calidad de médico de la Dra. Berner, tanto para insinuar una cierta similitud con los casos de eutanasia, como para vislumbrar la posibilidad de que haya actuado en el contexto de un conflicto de deberes específicos de los médicos para con sus pacientes.

El juez tiene en cuenta todas estas circunstancias para afirmar que no hay ningún obstáculo que prohíba analizar si el comportamiento de la Dra. Berner puede justificarse, en particular, desde el punto de vista de los artículos 14 ss. CP. Sin embargo, como ya lo mencionamos, ninguno de los hechos justificativos previstos por los artículos 14 ss. CP es aplicable a este caso. Nos encontramos frente a una circunstancia de no punibilidad extralegal –en el sentido que no está prevista en una disposición legal– relacionada con el estado de necesidad.

El estado de necesidad (lícito o excusable) supone un peligro inminente y la necesidad de intervenir en nombre propio o, por un tercero, provocando un perjuicio a otra persona que nada tiene que ver con la creación del riesgo. Este debe consistir en una amenaza para el bien jurídico. En este caso, no puede ser la vida de la paciente, porque la intervención de la acusada consistió precisamente en provocarle la muerte. Si se trata más bien de la libertad individual y la dignidad de la paciente, es necesario preguntarse por quién y cómo fue puesta en peligro. En otras palabras, por un lado, quién le impediría concretar su libre decisión de provocarse la muerte (afectación de la libertad individual) y, por otro, la obligaría a seguir viviendo, tratándola así como un objeto y no como sujeto de derechos (contrario a la dignidad). El origen del peligro se encontraría en la prohibición legal de matar y el desconocimiento del consentimiento (pedido) de la víctima como circunstancia justificativa.

El razonamiento jurídico del juez no es muy coherente en la medida en que habla indistintamente de justificar y excusar el comportamiento de la Dra. Berner. Parece que considera que no es indispensable especificar con exactitud cuál circunstancia de justificación o de no culpabilidad es aplicable a este caso, como si considerase suficiente sostener que era inoportuno considerar como punible un comportamiento que era en sí justo. Sin resolver de modo definitivo la cuestión teórica y de manera pragmática, el juez decide que "en la medida en que, en ambos casos (el estado de necesidad o las circunstancias que le son asimilables) se libera a la Dra. Berner del procedimiento penal y que la resolución de esta cuestión, en el caso *sub iudice* no tiene otra incidencia, se le puede dejar abierta". El juez concluyó que el comportamiento de la procesada se justifica y que, por lo tanto, debe ser absuelta.

Existen dudas sobre el hecho de saber si esta circunstancia extralegal influye sobre la ilicitud del comportamiento o sobre la culpabilidad del autor. Esta segunda hipótesis fue preferida por la mayoría de los miembros del grupo de trabajo "Asistencia al suicidio", en contra de una minoría que estimaba inadecuado legislar en esta materia. De acuerdo con la mayoría, es necesario añadir al texto del artículo 114 CP (homicidio a pedido de la víctima) un segundo párrafo para regular este tipo de situaciones. El texto propuesto señala lo siguiente:

"Si el autor ha causado la muerte de una persona afectada en su salud de manera incurable y que se encuentra en fase terminal, con el propósito de poner fin a los sufrimientos insoportables e irremediables, la autoridad competente renunciara a perseguirlo, a reenviarlo ante un tribunal o a imponerle una pena".

No se trata de justificar el comportamiento, sino más bien de considerar si es conveniente reprimir a la persona que actúa en el contexto específico de la eutanasia. Una vez reunidos todos los elementos mencionados en esta disposición, hay que admitir que la decisión de reproche, de culpabilidad, esta atenuada en gran medida, por lo que debe reflexionarse sobre si es indispensable imponer una pena.

Esta conclusión se impone. No se trata aquí de una circunstancia relacionada con el estado de necesidad lícito que permite justificar el comportamiento de la Dra. Berner. De hecho, el bien salvaguardado (la dignidad y la autodeterminación de la paciente) no son más importantes que el bien afectado (la vida). Los bienes son al menos iguales en este tipo de casos extremos. Se trata entonces de una circunstancia relacionada con el estado de necesidad excusable. El comportamiento de la Dra. Berner sigue siendo ilícito, pero no será sancionado. Hay que tener en cuenta, por un lado, el hecho que su culpabilidad es mínima o inexistente ya que no se le podía exigir que se comporte en tales circunstancias de manera diferente, es decir, que respete la prohibición de matar. Por otro, resulta innecesario recurrir a la represión penal en razón a criterios de prevención general o especial[21].

d. Resumen

Para la doctrina, los criterios avanzados siguen siendo fuertemente controvertidos[22]. Para tratar de superar este impase dogmático y la regulación legal

21 De acuerdo con la noción de "responsabilidad" elaborada por Roxin como complemento a la noción de culpabilidad, cf. Hurtado Pozo, José, *Droit pénal, partie générale, nouvelle édition refondue et augmentée,* Genève/Zurich/Bâle, 2008, p. 396.

22 Venetz, p. 253.

incompleta (en particular, los artículos 114 y 115 CP), es indispensable retornar a los valores fundamentales de la protección de la dignidad humana (artículo 7 Cst. y 3 CEDH) y de la autodeterminación (derecho a morir con dignidad y elegir su propia muerte (artículo 10 al. 2 Cst. y 8 CEDH[23]). Lo que permite plantearse la cuestión si el sistema previsto en el Código Penal (que data del siglo XIX) es conforme con estos principios[24]. El artículo 190 Cst., prohíbe el control de constitucionalidad de las leyes federales pero, el Tribunal federal admite el "control de la convencionalidad"[25] y ofrece al juez la posibilidad de no aplicar una ley contraria al derecho internacional[26]. Si bien es cierto que el Tribunal federal, pese a haber recordado repetidamente este principio, nunca lo ha invocado para no aplicar una ley federal contraria a la CEDH, salvo cuando existió un fallo que condenaba a Suiza. Podríamos tal vez imaginar que, en casos extremos como el caso de Neuchâtel, el Tribunal federal renuncie a aplicar el artículo 114 CP, ya que es contrario a los artículos 3 y 8 CEDH. En realidad, no ayudar una persona en un caso tan extremo como el analizado, podría ser calificado de tratamiento inhumano y degradante en el sentido de los artículos 3[27] y 8 de la CEDH, disposiciones que protegen el derecho a decidir su propia muerte, en

23 ATF 133 I 58, 67 = JdT 2008 I 349, 358; Minelli, *Das Recht,* p. 576; Minelli, *Die EMRK,* p. 492.

24 Cf. Goffi, Jean-Yves, *Penser l'euthanasie*, París, Presses Universitaires de France (collection: Questions d'éthique), 2004, p. 139 : la persona que no es capaz de dicho control, no puede vivir con dignidad, por ello, constituye un beneficio para ella reconocerle una muerte sin sufrimientos y socorrerla por benevolencia; Schwarzenegger, BK, Ver artículo 111 N.º 8: "En las discusiones internacionales en áreas extremas, como, por ejemplo en los casos de enfermos incurables y cercanos a la muerte, que desean una ayuda al suicidio activo, se concretan pretensiones de autonomía individuales de gran importancia y el reconocimiento de una circunstancia de justificación supralegal, ver la impunidad de la asistencia al suicidio activa. Del examen de los fundamentos jurídicos, se deduce que la protección de la vida, en estos casos excepcionales, no puede servir como fundamento del ejercicio de otros derechos a la libertades, y que se atenta contra la dignidad humana mediante el tratamiento contrario a la voluntad confirmada repetidamente del moribundo".

25 Se trata del proceso mediante el cual el juez puede decidir aplicar a un acto legislativo de nivel federal, aprobado llegado el caso por el pueblo, en favor de normas de índole internacional (p. ex., establecidas en una Convención); cfr. Hottelier, Michel, "La procédure suisse de révision consécutive à un arrêt de condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme", en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2001, vol. 12, N.º 47, Bruxelles, Editions Nemesis a.s.b.l., 2001, p. 755.

26 ATF 124 II 480, 487; ATF 122 II 485, 487; ATF 122 II 234, 239 = JdT 1997 I 556, 560; ATF 118 Ia 473, 480 = JdT 1995 I 523, 530; ATF 117 Ib 367, 373 = JdT 1993 I 273, 278; ATF 111 Ib 68, 71 s. = JdT 1987 I 204, 206 s.

27 Dongois, Nathalie, *L'euthanasie en droit français, in Moreillon Laurent* et al. (édit.), *Aspects pénaux du droit du vivant*, Bâle, 2004, p. 312.

particular el suicidarse. En consecuencia, siguiendo el argumento de Minelli, podríamos estimar que el individuo puede pretender que el Estado no prohíba que un tercero le ayude a causarse la muerte; lo que cubriría el homicidio a pedido de la víctima, cuando la persona desea suicidarse pero no es más capaz de hacerlo por sus propios medios. El Estado debería limitarse solo a verificar la capacidad de discernimiento y la libre voluntad del suicida[28].

Las personas incapaces de suicidarse son víctimas de discriminación si no se permite la eutanasia activa directa[29]. Por esto, la CEDH restringiría de este modo la aplicación del artículo 114 CP, sin que sea necesario modificarlo[30]. En nuestra opinión, sin embargo, es conveniente hacerlo por razones de seguridad jurídica.

Aun cuando el Tribunal federal no fuera tan lejos y continuara aplicando de la misma manera el artículo 114 CP, podríamos imaginar que retome este razonamiento en el análisis de la culpabilidad y dispense el autor de toda pena. En efecto, prever una exención de pena en los casos extremos como el de la sentencia analizada es, según nosotros, compatible con la jurisprudencia actual del Tribunal federal y del Tribunal europeo de derechos humanos. Ambos consideran, primero, que no existe un derecho del paciente enfermo incapaz de suicidarse a exigir al Estado a un tercero que se le practique una eutanasia activa. Segundo, que el artículo 3 CEDH no obliga un Estado a establecer una excepción o exención de pena con respecto a la asistencia al suicidio[31]. Por el contrario, nada impide a un Estado instituir una exención de pena en determinados casos. Los Estados no están obligados a hacerlo pero pueden preverlo si lo estiman conveniente.

Es necesario precisar que este razonamiento es válido solo en casos extremos como el que venimos analizando. Las personas que asumen el acto extremo de provocar la muerte de los pacientes en estas circunstancias tan particulares, no deberían ser condenadas, porque "el derecho a la vida se relativiza en función de la calidad de vida, cuando en realidad se trata de apoyar el deseo de morir expresado por un enfermo cuya muerte es inevitable" y que no dispone ni de la capacidad, ni de los medios para provocarse por sí mismo la muerte.

28 Minelli, Ludwig A., "Das Recht auf den eigenen Tod", en *Schweizerische Juristen-Zeitung* (RSJ), año 95 (24), 1999, p. 577; Minelli, "Die EMRK schützt die Suizidfreiheit. Wie antwortet darauf das Schweizer Recht?", en *PJA*, 2004, p. 492.

29 Schwarzenegger, BK, Vor artículo 111 N.º 26; Kusch, p. 337; contra Pretty c. Royaume-Uni, N.º 2346/02, CEDH 2002-IH, § 89.

30 Minelli, *Das Recht*, p. 578.

31 ATF 133 I 58, 67 ss = JdT 2008 I 349, 358 ss.

Una salida alternativa a la planteada por nosotros es la que siguió la Corte Constitucional de Colombia. En la sentencia C-239 de 1997 esta corporación consideró que es jurídicamente posible realizar una eutanasia activa, siempre y cuando la persona que la sufriera fuese un enfermo terminal que la hubiera solicitado reiteradamente, y quien la practicase fuera un médico. A su entender el acto eutanásico no es antijurídico, porque el paciente terminal emite su consentimiento a poner fin a su vida. Para llegar a esta conclusión la Corte Constitucional consideró que la vida no es un bien jurídico absoluto e indisponible, sino que –en situaciones extremas en las cuales se vea mellada la dignidad de su titular– se abre la posibilidad de disponer de ella.

Sin embargo, ambas soluciones no son completamente satisfactorias desde el punto de vista de la seguridad jurídica. Por lo tanto, parece apropiado considerar una enmienda a los artículos 114 CP y 106 CP colombiano para permitir la eutanasia activa bajo estrictas condiciones y en determinados casos[32]; es decir, en los casos caracterizados por los siguientes hechos: enfermedad incurable, sufrimientos insoportables imposibles de aliviar, capacidad de discernimiento, voluntad inquebrantable expresada repetidamente y sin presiones externas. Además, debe tomarse conciencia de que los progresos tecnológicos y médicos podrían transformar la regulación de los artículos 114 y 115 CP, dejándola obsoleta en un futuro próximo[33].

En esta perspectiva, consideramos adecuada la absolución de la persona que comete el homicidio a petición de la víctima incapaz de suicidarse por sus propios medios, cuando: (a) su acto es necesario para interrumpir una situación grave de sufrimientos insoportables; y (b) esta situación no puede evitarse o aplacarse por otros medios[34].

Es posible, dentro de ciertos límites, garantizar la libertad personal de estos pacientes y su dignidad humana, restringiendo al mismo tiempo los abusos. De hecho, en estos casos, se justifica que la autonomía de la voluntad y la dignidad de la persona prevalezcan sobre el interés colectivo de asegurar la protección de

32 Schwarzenegger, BK, Vor Artículo 111, N.º 8.

33 Kusch, p. 343.

34 Cf. Baumann Jürgen y otros, *Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe*, Stuttgart/New York 1986; Sterbehilfe und Sterbebegleitung, Ethische, rechtliche und medizinische Bewertung des Spannungsverhältnisses zwischen ärztlicher Lebenserhaltungspflicht und Selbstbestimmung des Patienten, Bericht der Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz vom 23. April 2004; Loi relative à l'euthanasie (Belgique) du 28 mai 2002; Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act (Pays-Bas) du 10 avril 2001.

la vida, ya que se trata de "crímenes sin víctimas"; los cuales es injusto castigar, pues el autor respeta la libertad y la dignidad de la persona interesada, sin causar algún daño a terceros[35]. Estas cuestiones conciernen a ámbitos muy personales e infinitamente complejos, pero creemos que una propuesta de esta índole debe ser considerada. En una sociedad democrática, laica y pluralista, no debe aceptarse que el Estado decida sobre qué maneras de morir son las mejores y las imponga a todos por medio de la coacción. Por el contrario, debería proteger las concepciones individuales siempre y cuando no perjudiquen a terceros[36].

4. Vida embrionaria y procreación

a. Introducción

En la Constitución peruana, como en otras latinoamericanas, se distingue entre la persona que tiene derecho tanto a la vida, identidad, integridad moral, síquica o física, como al libre desarrollo y bienestar y el concebido considerado como sujeto de derecho en todo cuanto le favorece (artículo 2, inciso 1 Const.). Esto permite comprender el tratamiento diferenciado que se hace, en el Código Penal, del homicidio y del aborto.

Siguiendo criterios predominantes sobre todo en derecho civil, se sostiene por el contrario que la persona realizada y el concebido son personas humanas. El fundamento legal de que, en el artículo 1 CC peruano, se califica de sujeto de derecho también a este último y que su nacimiento no es condición para que se le reconozcan sus derechos, salvo los patrimoniales. No debería ser tratado como una simple ficción jurídica, ni como una "mera esperanza de ser humano". Por lo que es merecedor de la misma protección de que gozan las personas ya realizadas. Llevado al extremo este razonamiento, debería admitirse que si es de hacer una diferencia, esta comportaría en que la vida inocente e incapaz de defenderse requeriría mayor protección que el ser humano desarrollado, maduro y capaz de protegerse.

En esta perspectiva, la regulación de la protección de la vida en el Código Penal debería ser calificada de anticonstitucional, en la medida en que la vida embrionaria es valorada como menos valiosa que la vida autónoma. Lo que se

35 Ogien, *La vie, la mort, l'Etat: le débat bioéthique*, cit., pp. 16 y 207 y ss.

36 Ogien, Ruwen, *La vie, la mort, l'Etat: le débat bioéthique*, cit., p. 187; Roxin, Claus, "Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe", en Roxin, Claus y Ulrich Schroth (ed.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 4.ª ed., Stuttgart, Boorberg, 2010, p. 106.

evidencia en el hecho que el aborto es menos severamente castigado que el homicidio, que no se prevé el aborto por negligencia, que se privilegie salvar la vida de la madre en detrimento de la del concebido en caso de aborto terapéutico o que o se disminuya la represión del aborto en consideración de circunstancias o intereses personales o sociales, en aras del desarrollo y perfeccionamiento de la personalidad de la madre.

En el artículo 2, inciso 1, de la Constitución, la regulación de los derechos del concebido no se basa en el reconocimiento de su condición de persona. El problema central no es determinar si el concebido es o no una persona, sino que se trata más bien de establecer de qué manera se puede reconocer y proteger mejor la vida, la cual tiene, en cada una de las etapas de su evolución, un determinado valor intrínseco.

La prohibición del aborto significa la preocupación legítima de la comunidad por proteger la vida humana, exigiendo a sus miembros que le reconozcan como valor substancial al tomar decisiones individuales. En caso de que la madre fuera quien atenta contra la vida de su propio concebido, su responsabilidad debe ser apreciada tomando en cuenta que, cualquiera que sea la razón que motiva su actuar, su decisión es tomada casi siempre en un contexto complejo de intereses en conflicto. Y en el que sus proyectos y aspiraciones vitales son ampliamente comprometidos por el nacimiento del nuevo ser y por la carga que significa su crianza, supervivencia y desarrollo futuro.

En esta perspectiva, resulta insuficiente, primero, que solo se reconozca al consentimiento de la madre el papel de atenuante de la represión. Olvidando que consentir en abortar no implica la simple decisión, libre y soberana, de continuar o no con el embarazo. No se trata de una cuestión como la de disponer del patrimonio. Es ignorar las circunstancias materiales y personales en la que toma esta decisión vital, así como no respetar su dignidad basada en su simple condición de ser humano.

Que se haya previsto la simple atenuación de la pena cuando el aborto está condicionado por ciertas circunstancias especiales que son propias a frustrar seriamente la vida del nuevo ser o la de la madre (embarazo debido a violación sexual o a inseminación artificial no consentida y feto gravemente afectado por taras físicas o síquicas) significa que, a diferencia de otras legislaciones, no se ha considerado que el nacimiento del nuevo ser afectará profundamente el desarrollo de la personalidad y la calidad de vida de la madre. En estos casos, la madre debería decidir, libre y responsablemente, sobre la interrupción de su embarazo.

b. Procreación responsable

La base de esta responsabilidad es el reconocimiento de la soberanía de las personas –por tanto de la mujer–, tomar decisiones personales; es decir, de su derecho a no sufrir intromisiones de terceros, especialmente del Estado, en dominios que conciernen de manera fundamental a una persona como el de engendrar o de tener un hijo. En materia de reproducción, control de embarazo y aborto, significa la admisión del principio de la autonomía procreativa.

Si bien este derecho a decidir soberanamente en materia de procreación no está expresamente mencionado en la Constitución, puede ser deducido de algunas de sus disposiciones. Así, por ejemplo, el artículo 6 que, por un lado, señala como objetivo de la política nacional de población la difusión y promoción de la maternidad y paternidad responsables y, por otro, reconoce el derecho de las personas a decidir sobre la maternidad y paternidad. Lo que implica el reconocimiento de que la procreación es un asunto personal y que nadie puede ser coaccionado a engendrar o tener hijos.

Este derecho a la autonomía procreativa responsable está igualmente relacionado con el derecho de toda persona a su "libre desarrollo y bienestar". Derecho que puede ser fuertemente afectado si, en los casos conflictivos en que se toma generalmente la decisión de abortar, se impone a la mujer la conservación del embarazo a pesar de la carga que representa para su "desarrollo y bienestar".

Así mismo y como complemento, se puede invocar el artículo 3 Const., según el cual la lista de derechos fundamentales prevista en el artículo 2 de la misma Constitución no es exhaustiva y por lo tanto es factible admitir que el derecho a la autonomía procreativa es análogo a los mencionados expresamente y "que se fundan en la dignidad de la persona". La dignidad de la mujer es ultrajada cuando se le considera como un medio para la realización de una política demográfica (sea dirigida a aumentar la población o a restringir los nacimientos), cuando se le impone un criterio particular respecto a que la vida debe ser conservada por ser divina. La decisión, tan propia e íntima, como la de procrear y tener hijos debe solo depender de la soberana y responsable decisión de la mujer.

Este reconocimiento del derecho de la autonomía procreativa, como derecho constitucional o como expresión del derecho constitucional al "libre desarrollo y bienestar" excluye la intervención coactiva del Estado para imponer un criterio o principio como absoluto, pero no es óbice para desarrollar programas que fomenten la responsabilidad de la mujer con miras a que tome conciencia de la necesidad de respetar la vida. De modo que, ante la disyuntiva de abortar o

de conservar el fruto de la concepción, la mujer esté debidamente informada sobre los pros y los contras de interrumpir el embarazo. Respecto a lo cual no debe dificultarse el ejercicio de este derecho mediante el establecimiento de "obstáculos substanciales". El núcleo esencial de sus derechos a procrear autónomamente y a su libre desarrollo y bienestar sería vulnerado.

c. Aborto terapéutico

A pesar de que desde hace tiempo se prevé la no represión de la interrupción del embarazo en caso de grave peligro para la vida o la salud de la madre (artículo 109 CP), su reconocimiento efectivo es restringido y hasta excluido por falta de voluntad política del Estado. De manera general, la explicación se encuentra ya en el incumplimiento del artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en el que se prevé que los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

Respecto al aborto, la situación es variada en los países latinoamericanos. En Paraguay, según el artículo 109, pf. 4, CP, reformado en 2008, se dispone que no "obra antijurídicamente el que produjera indirectamente la muerte de un feto, si esto, según los conocimientos y las experiencias del arte médico, fuera necesario para proteger de un peligro serio la vida de la madre". En un caso muy publicitado, se llevó a cabo un aborto de este tipo bajo el amparo de un informe favorable de asesores jurídicos del Instituto de la Previsión Social (IPS). Es de recordar que, en razón de la estricta legislación paraguaya, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha insistido ante el Estado paraguayo para que la revise, incluyendo excepciones adicionales a la prohibición del aborto, inclusive cuando el embarazo sea consecuencia de una violación o incesto.

En Chile, el Código Sanitario, artículo 119, dispone que: "No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto". Diversos proyectos tendientes a modificar esta prohibición absoluta han sido rechazados. Sin embargo en el Código de Ética del Colegio Médico de Chile, en el título II, artículo 26., "De los deberes del médico hacia los enfermos", señala que: "El médico debe respeto a la vida humana desde el momento de la concepción". Pero luego, prevé la posibilidad de practicar un aborto cuando: se efectúa como medida terapéutica, la decisión sea aprobada por escrito al menos por dos médicos escogidos por su competencia y la operación sea efectuada por un médico especialista. Además, estatuye que "si el médico considera que su convicción no le permite

aconsejar o efectuar un aborto, él debe retirarse, permitiendo la continuidad del cuidado médico con otro médico calificado".

En el Perú, la cuestión es relacionada con el Estado, mediante el Ministerio de Salud, no ha establecido el protocolo de atención al aborto terapéutico, debido a que sigue privilegiando la protección del concebido en detrimento de la vida de la madre. Oficialmente, se ha sostenido, en ocasión de plantearse la aprobación de dicho protocolo (en 2007) que "su contenido contraviene el marco constitucional y legal vigente al afectar el derecho fundamental a la vida del concebido"[37].

Se afirma que dicho protocolo es indispensable para fijar el marco jurídico adecuado para que las mujeres ejerzan su derecho a practicarse el aborto terapéutico y se garantice la seguridad jurídica tanto para ellas mismas como para el personal de salud que deban practicarlo. Al respecto las Naciones Unidas, en un dictamen especial, dispuso que debe asegurarse un procedimiento eficaz para facilitar una toma de decisiones rápida, debidamente motivada, de manera que se pueda evitar graves riesgos para la salud física y mental de la madre. Un complemento es la obligación de implementar los medios materiales y personales apropiados para que se practique el necesario aborto terapéutico.

En la realidad, aunque no sean calificadas de abortos terapéuticos, numerosas interrupciones de embarazo son practicadas en algunos centros de salud (por ejemplo, el Instituto Nacional Materno Perinatal). En general, el personal que las ejecuta sigue un cierto tipo de guías establecidas conforme a instrucciones dictadas por la OMS.

La exigencia de que la aplicación del artículo 109 dependa de la dación de un protocolo para reglamentar la interrupción médica del embarazo resulta cuestionable en la medida en que se trataría dicha disposición como si fuera una ley penal en blanco. La misma que necesitaría ser completada por otra disposición legal. Disposición que según lo reclamado debería ser una norma jurídica de menor jerarquía: reglamento, regulación, decreto dictado por el Poder Ejecutivo, mediante el Ministerio de Salud. Lo que resulta incoherente e indebido en la perspectiva de la legalidad.

El protocolo para el manejo de casos de interrupción legal del embarazo, establecido por el Gobierno Regional de Arequipa en 2007, constituye un esfuerzo positivo en la dirección de facilitar el respeto de la persona y libertad

37 Ministerio de Justicia. Informe N.º 203-2007-JUS/OGAJ. Del 27 de junio de 2007, p. 5. Presidencia del Consejo de Ministros. Informe N.º 373–2007–PCM/OAJ. Del 30 de mayo de 2007, p. 25.

de procrear responsablemente de las mujeres. Pero al mismo tiempo revela los inconvenientes de solución. Sus prescripciones médicas, personales, materiales y exigencias formales, sobre todo en relación con nuestra realidad sanitaria, lo convierten en un verdadero obstáculo para la práctica del aborto terapéutica en las condiciones fijadas en el artículo 109.

En este artículo, se refleja el criterio de que la intervención del médico se encuentra sometida a su responsabilidad profesional en la constatación de la situación crítica de la mujer embarazada y en la existencia de las condiciones indispensables para que se interrumpa el embarazo. Circunstancias que, llegado el caso, deben ser comprobadas debidamente por los fiscales y jueces. Si se considera necesario que deben establecerse condiciones más estrictas para dar confianza al médico y personal sanitario auxiliar, así como a los miembros del sistema judicial para que aplique la ley, se debería pensar en una reforma legislativa. Así, podría precisarse, por ejemplo, la intervención de un segundo médico quien debería pronunciarse sobre el estado de salud de la madre, la exigencia de que la interrupción debe ejecutarse en un establecimiento sanitario, la obligación de informar debidamente a la mujer tanto sobre los alcances de la intervención como de las ventajas y ayuda sobre las que podría contar si desiste del aborto. Esto requiere una voluntad política de quien dicta las leyes, y cívica de parte de personal de salud y de operadores del sistema jurídico.

5. Feminicidio

a. Introducción

Uno de los últimos logros, en el Perú, del movimiento en favor del reconocimiento y protección de los derechos de las mujeres, es la nueva regulación del delito de "feminicidio" en el Código Penal (artículo 107-A, Ley N.º 30068). Su fuente ideológica de inspiración son las diversas concepciones sobre género y sexualidad de origen sobre todo anglosajón. Sus antecedentes legislativos son el derecho positivo de algunos países latinoamericanos (Costa Rica, Guatemala, Chile, México).

El artículo 6 de la ley de Guatemala "contra el Feminicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer", Decreto N.º 22-2008, en el que se dispone que quien valiéndose de cualquiera de las circunstancias que enumera expresamente (como se hace en nuestro artículo 108-B), "comete el delito de feminicidio quien, en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, diere muerte a una mujer, por su condición de mujer".

Siguiendo el modelo guatemalteco, el Proyecto paraguayo de 2007, presentado por el senador Carlos Filizola, prevé la represión del feminicidio o femicidio, así como otros comportamientos violentos contra la mujer. Se trata de una ley especial, complementaria al Código Penal y que se explica por el afán de tener en cuenta, de modo particular, las desigualdades que perjudican a las mujeres. Esto debido a que las disposiciones del Código sustantivo no son adecuadas para tener en cuenta las discriminaciones que afectan la vida, la dignidad y la salud física y mental de las mujeres.

El artículo 11, tipifica el feminicidio como el hecho de matar "a una mujer, como consecuencia de relaciones de género desiguales". La pena privativa de libertad de diez a veinticinco años prevista para los responsables es agravada si estos han tenido relaciones íntimas, familiares, de convivencia, de noviazgo o afines con la víctima. Disposición que debe ser concordada con el artículo 5, en el que, quizás de manera innecesaria, se dice que se "entenderá por feminicidio la forma más extrema de violencia contra las mujeres que consiste en su muerte por razones asociadas a relaciones de género desiguales. La motivación principal de esta violación de derechos humanos reside en relaciones de poder desiguales".

b. Concepción de género

El contexto social general de estas propuestas es la constatación y toma de conciencia de que las mujeres son víctimas de homicidio debido a la violencia que se ejerce contra ellas, resultante de las relaciones de desigualdad, dominación y discriminación respecto a los hombres. De diversas maneras, según la perspectiva intelectual adoptada, se ha descrito este fenómeno delictuoso violento en agravio de las mujeres. En cuanto a los ataques contra la vida, se describió el "feminicidio" (del inglés *femicide*) como "la muerte de mujeres a manos de hombres motivada por el odio, desprecio, placer o sentido de propiedad sobre la mujer, es decir, sexismo" (Diana Russell y Jane Caputi, 1990). De manera resumida, suponiendo el alcance ideológico, se dijo que consistía en "la muerte de mujeres por el hecho de serlo". De esta manera, se busca determinar ciertos homicidios o asesinatos (términos considerados neutros y forjados por la dogmática penal tradicional) caracterizados por su sustrato misógino o sexista.

Para describir mejor el feminicidio, se han establecido categorías considerando ciertas circunstancias particulares al hecho cometido. Así, se distingue el feminicidio íntimo (la mujer y el victimario tienen una relación de pareja o de orden familiar) del feminicidio no íntimo (falta dicha relación) y del feminicidio por conexión (la muerte de la víctima mujer se produce a la ocasión en que otra mujer es agredida violentamente contra su vida o integridad corporal). Además,

se habla de feminicidio infantil, sexual sistémico, por ocupaciones estigmatizadas (en razón de la ocupación o el trabajo que desempeñan: trabajadoras del sexo, meseras, bailarinas).

Mediante estos criterios sociológicos se trata de caracterizar los hechos designados con el término "feminicidio" como comportamientos que constituyen agresiones violentas contra las mujeres por el hecho de ser tales, en un contexto social y cultural que origina y consolida la dominación y discriminación a la que están sometidas. De modo que la violencia a que se alude no es la violencia del acto concreto sino una violencia estructural contra las mujeres.

c. Técnica legislativa

Esta manera de aprehender los hechos, conforme a las ciencias sociales, es utilizada para construir la categoría jurídico penal denominada "delito de feminicidio" y clasificarla, diferenciándola de los delitos de homicidio (matar una persona). Esta tarea es dificultada cuando se afirma, por ejemplo, por un lado, que el "feminicidio representa el extremo de un *continuum* de terror antifemenino que incluye una amplia variedad de abusos verbales y físicos" y, por otro, que siempre "que estas formas de terrorismo resultan en muerte, ellas se transforman en feminicidios" (Russell D. y Radford J.).

Esto recuerda a lo acontecido con el fenómeno del "terrorismo", así primero denominado y popularizado por el periodismo y, luego, retomado y analizado, desde diversas perspectivas, por estudiosos de las ciencias sociales, políticos y juristas. Entonces, como respecto al feminicidio, se enfrentaron dos concepciones respecto a la necesidad o no de incriminar el "terrorismo" como delito autónomo. Contra quienes afirmaban que los actos terroristas constituían comportamientos ya previstos en la ley penal (como delitos contra la vida, contra la integridad corporal, contra la seguridad pública, etc.) y que bastaba con agravar las penas teniendo en cuenta la finalidad terrorista, otros sostenían que era indispensable prever una nueva figura delictiva para, además de combatir con mayor eficacia esos comportamientos delictuosos, poner claramente en evidencia los alcances políticos y sociales de la reacción social y estatal.

La balanza se inclinó a favor de estos últimos con los resultados conocidos en la deficiente manera de regular legislativamente las diferentes variantes de los actos terroristas, lo que significó un aumento de la gravedad de las penas y el recurso a procedimientos de represión contrarios a los principios del debido proceso. Con estas afirmaciones, no se pretende de ninguna manera sostener que la incorporación del delito de feminicidio en el arsenal punitivo nacional tendrá,

necesariamente, los mismos efectos negativos provocados por la regulación del delito de terrorismo.

d. Evolución legislativa en el Perú

Sin extendernos en el análisis de los diversos proyectos de ley presentados, desde hace años, resulta interesante presentar, al menos, los dos intentos exitosos de modificar el Código Penal para prever el feminicidio. Mediante la Ley N.º 29819, se modificó el artículo 107 (parricidio) en el sentido de que si la víctima del delito de parricidio descrito en el primer párrafo del artículo 107 "es o ha sido la cónyuge o la conviviente del autor, o estuvo ligada a él por una relación análoga, el delito tendrá el nombre de feminicidio" (artículo 107, pf. 3). De esta manera, se consideró solo el llamado feminicidio íntimo. La descripción era relativamente satisfactoria en la medida en que se anclaba con la correspondiente al parricidio (explicada por la jurisprudencia y la doctrina) y que la expresión "relación análoga" es utilizada en la misma ley penal para prever otras circunstancias. Como la pena no era agravada por el hecho de calificarse el parricidio como feminicidio, la reforma era solo de orden simbólico: destacar que se tenía en cuenta esos hechos y que se buscaba individualizarlos y reprimirlos.

La orientación de la Ley N.º 30068 es sustancialmente diferente por cuanto revela una marcada influencia de los criterios feministas favorables a la represión del feminicidio, por considerarla como medio no solo para mejor proteger la vida de las mujeres, sino también y de manera significativa dar un paso en adelante contra la situación injusta de dominación y discriminación en la que se encuentran las mujeres.

Según el nuevo artículo 108-B, comete feminicidio quien "mata a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los siguientes contextos: 1. violencia familiar; 2. coacción, hostigamiento o acoso sexual; 3. abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente; 4. cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente".

Con el artículo 108-B, no se logra establecer una figura delictiva autónoma, en el sentido que nuestro Código Penal prevería, por un lado, el homicidio (matar a un hombre) y, por otro, el feminicidio (matar a una mujer). Este es una forma agravada de homicidio, por lo que si no se dan las circunstancias prescritas en el artículo 108-B, matar a una mujer, es decir a una persona, constituye un homicidio según el artículo 106. Si la mujer es una persona con la que el

victimario sostenía o había "sostenido una relación conyugal o de convivencia", este último será reprimido por feminicidio por tratarse de una caso de concurso aparente de leyes (el artículo 108-B es parcialmente una ley especial en relación con el artículo 107).

Para la aplicación del artículo 108-B, es condición previa, antes de comprobar si se da alguna de las circunstancias enumeradas, que el homicida ha matado a la víctima por su "condición mujer", su "condición de tal". Expresiones que se refieren a algo más que al simple hecho de que se trata de una persona de sexo femenino. Implícitamente, implican que se tengan en cuenta los criterios de género expuestos por las(os) partidarias(os) del feminismo para caracterizar la condición social de las mujeres.

Por la manera como ha sido redactada la disposición, decir que el delincuente debe haber matado a la víctima "por su condición de mujer" comporta estatuir un elemento subjetivo. El delincuente no solamente debe saber que mata a una persona de sexo femenino, sino que lo hace motivado por considerarla inferior, dominada, discriminada. No están, por tanto, comprendidas las personas que, como los homosexuales, también se encuentran en una situación similar de dominación, discriminación y violencia estructural.

e. Cuestiones procesales

Las dificultades procesales para probar este elemento subjetivo del tipo puede conducir sea, lo que más probablemente se producirá, a la no aplicación del artículo 108-B, sea a su aplicación afirmándose que basta que el homicida sea consciente de que sus relaciones con la víctima están necesariamente condicionadas por la "violencia estructural contra las mujeres" ínsita a nuestro sistema social injusto y discriminador impuesto por los hombres. O que se sostenga que el simple hecho de que se dé una de las circunstancias enumeradas en la misma disposición comporta que el agente ha matado la mujer "por su condición de tal". Es decir que sería suficiente comprobar, por ejemplo, que el victimario maltrataba con violencia (artículo 108-B, 1) a su cónyuge para admitir que cometió feminicidio; pero, ¿qué tipo de maltrato: excepcional o continuado? Además, cabe preguntarse si las circunstancias "abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente", no son una ejemplificación de la "violencia estructural contra las mujeres". Por lo que cabe preguntarse, si no hubiera sido conveniente omitir la condición "por su condición de tal", para simplificar la comprensión de la disposición y, por tanto, su aplicación efectiva.

f. Apreciaciones de política criminal

Tal como está redactado el artículo 108-B, la solución de suprimir –mediante la interpretación– la frase "por su condición de tal" no es conforme al principio de la legalidad porque amputa al texto legal de uno de sus elementos e, indebidamente, amplía el ámbito de la represión. La ley penal no es el campo apropiado para imponer o decidir sobre conflictos ideológicos de orden político, moral o intelectual. Estos seguirán y se resolverán en el debate que exija la comprensión y la aplicación de la ley. En este ámbito, la formación y concientización de los jueces, fiscales, policías y abogados, constituyen factores decisivos.

Igual que la fórmula peruana "por su condición de mujer", la paraguaya "consecuencia de relaciones de género desiguales" están inspiradas en la concepción ideológica de género expuesta y defendida por algunos sectores de los movimientos feministas. Según la cual la previsión de un tipo legal específico y de penas severas presupone admitir que las relaciones entre las personas de distinto género son de desigualdad y sumisión en detrimento de las mujeres. La vaguedad de dichas fórmulas y la presunción de que el acto típico de matar una mujer se da y es debido al estado desfavorable en que se encuentra la víctima, comportan una violación del principio de legalidad.

Sin pretender que la elaboración y establecimiento de un texto legal sean labores neutras, hay que subrayar la necesidad de redactar leyes suficientemente claras para evitar que su previsión y aplicación no tenga efectos perversos y contrarios a los buscados con buenas intenciones por quienes las elaboran y las aprueban. Por último, hay que tener en cuenta los riesgos que se dan cuando se busca, con fines en gran parte ideológicos, enfrentar y resolver problemas sociales recurriendo al derecho penal en detrimento de medios políticos, sociales, educativos, económicos. Olvidándose, así que la mejor política criminal es una eficiente política social.

6. Bibliografía sucinta

BAUMANN, Jürgen y otros, *Alternativentwurf eines Gesetzes Uber Sterbehilfe*, Stuttgart/New York, Georg Thieme Verlag, 1986.

BORGHI, Marco, "L'image de la mort en droit public", en STEINAUER, Paul-Henri (ed.), *L'image de l'homme en droit: mélanges publiés par la Faculté de droit à l'occasion du centenaire de l'Université de Fribourg*, Fribourg, 1990.

DONGOIS, Nathalie, "L'euthanasie en droit français", en Moreillon, Laurent *et al.* (ed.), *Aspects pénaux du droit du vivant*, Bâle, 2004.

GOFFI, Jean-Yves, *Penser l'euthanasie*, París, Presses Universitaires de France (collection: Questions d'éthique), 2004.

HOTTELIER, Michel, "La procédure suisse de révision consécutive à un arrêt de condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme", en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2001, vol. 12, N.º 47, Bruxelles, Editions Nemesis a.s.b.l., 2001.

HURTADO POZO, José, *Droit pénal, partie générale, nouvelle édition refondue et augmentée*, Genève/Zurich/Bâle, 2008.

KUSCH, Roger, "Was rechtfertigt die aktive Sterbehilfe gegenüber dem assistierten Suizid?", en PETERMANN, Frank Th. (ed.), *Sicherheitsfragen der Sterbehilfe*, Saint Gallen, Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, 2008.

LOZANO VILLEGAS, Germán, "La eutanasia activa en Colombia", en Cano Valle, Eugenio; Díaz Aranda y Eugenia Maldonado de Lizalde (coords.), *La eutanasia, aspectos jurídicos, médicos y religiosos, Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México D. F., 2001.

MINELLI, Ludwig A., "Das Recht auf den eigenen Tod", en *Schweizerische, Juristen-Zeitung* (RSJ), año 95 (24), 1999.

MINELLI, Ludwig A., "Die EMRK schützt die Suizidfreiheit. Wie antwortet darauf das Schweizer Recht?", en *PJA*, 2004.

OGIEN, Ruwen, *La vie, la mort, l'Etat: le débat bioéthique*, Editorial Grasset, París, 2009.

ROXIN, Claus, "Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe", en ROXIN, Claus y Schroth ULRICH (ed.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 4.ª ed., Stuttgart, Boorberg, 2010.

SCHWARZENEGGER, Christian, "Vor artículo 111, artículo 111-120", en Niggli, Marcel Alexander y Hans Wiprächtiger (editores), *Strafrecht II* (Artículo 111-392 StGB), *commentaire bâlois*, 2.ª éd., Bâle, 2007.

VENETZ, *Petra, Suizidhilfeorganisationen und Strafrecht*, Zurich, Schulthess, 2008.

II
Aborto y Constitución*

Sumario: 1. Introducción. 2. Caso suizo. 3. Caso peruano. 4. Debate actual. 5. Colofón.

1. Introducción

Todo sistema normativo (moral, jurídico, social) se orienta a controlar el comportamiento de las personas evitando o solucionando conflictos de intereses. Todos esos sistemas recurren a diferentes medios de reacción que restringen gravemente las libertades y bienes de las personas. Este es el caso, en particular, del sistema de control penal. Esta realidad explica ampliamente la casi unanimidad existente en cuanto a la necesidad de limitar el poder punitivo del Estado.

Los esfuerzos realizados en este sentido, en materia de control penal, se orientan a que el sistema punitivo no solo garantice los bienes de las personas mediante la restricción de bienes fundamentales a título de sanción, sino que sea también promotor de la libertad de todas las personas.

Estos esfuerzos se inician realmente con los movimientos sociales y de ideas que culminan con la Revolución Francesa y la aparición del Estado liberal moderno. Proceso que significó la secularización de la vida social y política, el abandono de las concepciones que justificaban el poder invocando su origen divino.

Las primeras declaraciones de derechos del hombre se fundaban en la concepción del contrato social que suponía que las personas, en el estado natural

---

* Publicado en Movimiento Manuela Ramos (editor), *Derechos humanos de las mujeres. Aproximaciones conceptuales,* Lima, 1996, pp. 219 y ss.

previo, gozaban de derechos naturales y que permitan sean restringidos con el fin de convivir en comunidad. El Estado, sociedad políticamente organizada, solo debía reconocer esos derechos naturales y no limitarlos de manera abusiva.

La idea del Estado de derecho liberal ha evolucionado, entre otras circunstancias, por la manera como ha ido precisándose y completándose la concepción sobre los derechos humanos. En este siglo, con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 se plasmó una concepción occidental de estos derechos que se ha convertido en un paradigma de moralidad crítica, a la que los Estados deben adecuar su legislación interna. En consecuencia, los Estados, sean cuales fueren sus particularidades culturales, políticas, económicas o sociales, están obligados a garantizar los derechos fundamentales de las personas.

Este auge de los derechos humanos como base del Estado de derecho ha determinado que, en la mayoría de Constituciones modernas, se incorporen listas bastante detalladas de tales derechos. Hecho que seguramente ha influenciado en el cuestionamiento de las diferentes ramas del derecho positivo, en especial del derecho penal, en relación con su conformidad con las normas y principios constitucionales. En esta perspectiva, se habla frecuentemente de "constitucionalización de la materia penal".

La elaboración o modificación de las leyes y su aplicación están, en consecuencia, fuertemente marcadas por la determinación de su conformidad a la Constitución y, por ende, por su respeto a los derechos humanos. La tarea del legislador y de los órganos competentes para aplicar las normas penales, orientada a prevenir o solucionar conflictos, deviene con frecuencia una labor consistente en sopesar los derechos fundamentales en conflicto. Esta apreciación de la importancia de los intereses en conflicto no tiene lugar, sin duda alguna, a un nivel meramente abstracto y por la aplicación de una fórmula destinada a solucionar dichos conflictos. La solución depende de las circunstancias, del contexto y, en algunos casos, también de las consecuencias del hecho de preferir uno de los derechos en conflicto.

Un ejemplo típico de los innumerables aspectos y complicaciones que presentan ciertos conflictos de intereses es el relativo al aborto. Los diversos criterios propuestos y, a veces, consagrados legislativamente son un fiel reflejo de la variedad de perspectivas axiológicas, políticas, religiosas y pragmáticas que han sido adoptadas. Mi objetivo no es el de analizar cada una de ellas, ya muy bien conocidas por ustedes debido al intenso debate que desde hace un buen tiempo tiene lugar. Quiero más bien presentar los casos de Suiza y del Perú con la finalidad de mostrar la manera como se trata de resolver el conflicto de intereses personales que supone la interrupción del embarazo en dos países diferentes

social y políticamente, pero que se relacionan por la influencia del modelo suizo en la elaboración de la legislación penal peruana.

Siguiendo al Proyecto suizo de 1918, el legislador peruano, en 1924, promulgó un nuevo Código Penal, lo que significó el abandono del modelo español que sirvió de base a la elaboración del Código de 1872. La regulación de la represión del aborto al estilo suizo constituyó un gran avance en la medida, por ejemplo, en que se previó el aborto terapéutico. Dicha regulación se caracterizaba por estar basada en los criterios siguientes:

- Represión severa para quien comete el aborto sin el consentimiento de la madre;
- Represión relativamente severa para quien practica el aborto con el consentimiento de la mujer;
- Represión atenuada de la mujer que se práctica ella misma el aborto o consiente que se lo practique un tercero;
- Impunidad del aborto terapéutico.

De la manera como los legisladores suizo y peruano habían regulado los comportamientos incriminados y de acuerdo a la graduación de las sanciones previstas para cada uno de los casos, se puede considerar que los presupuestos tomados en consideración son los siguientes:

Protección del bien jurídico vida humana en su etapa embrionaria, sin indicar expresamente el momento en el que comienza la protección y, por el contrario, señalando que termina con el inicio del parto (artículo 110).

Estimación de la vida embrionario como menos valiosa que la vida del nuevo ser, cuyo nacimiento ha comenzado.

Esto se deduce de las constataciones siguientes:

- Distinción clara entre aborto y homicidio. En las normas que se describen las diferentes formas de este último, la víctima es indicada expresamente mediante el término "persona".
- No represión del hecho de causar por negligencia la destrucción del embrión, a diferencia de la represión del homicidio por negligencia.
- Preferencia reconocida a la vida y a la salud de la madre frente a la vida embrionario, en caso de peligro grave y siempre que la mujer consienta (aborto terapéutico).
- No represión de las lesiones causadas, dolosa o culposamente, al feto. Hechos que si son reprimidos como lesiones (daños a la integridad

corporal o a la salud física o mental) cuando se trata de un ser humano ya nacido o en proceso de nacimiento.

- La severidad de las penas previstas en caso de homicidio, en relación con las estatuidas para el aborto, muestra claramente que el primero es considerado como un acto significativamente más grave que el aborto.

Teniendo en cuenta las grandes diferencias sociales, económicas y políticas existentes entre Suiza y Perú, se comprende fácilmente que disposiciones legales muy semejantes hayan sido aplicadas de manera diferente. También es claro que los procesos de reforma de las mismas disposiciones legales hayan dado lugar a discusiones y propuestas distintas. Las diferencias en ambos niveles han sido naturalmente las que se dan entre un país desarrollado, rico y políticamente estable y un país subdesarrollado, pobre e inestable tanto social como políticamente.

2. Caso suizo

La tercera gran revisión del Código suizo comenzó con la constitución de una Comisión de expertos en setiembre de 1971. Por la amplitud de la materia, se decidió que se procedería por etapas. Debido a que, por entonces, un grupo de ciudadanos recolectaban firmas para ejercer el derecho de iniciativa popular en favor de la descriminalización del aborto, se encargó a dicha comisión como tarea primera la revisión de los artículos 118 a 121, relativos a la represión del aborto y a la impunidad del aborto terapéutico.

Tres opiniones diferentes se manifestaron:

a. La iniciativa popular en favor de la descriminalización (01-12-1971) propugnaba la introducción en la Constitución federal de un nuevo artículo 65 bis: No podrá pronunciarse condena por interrupción del embarazo. En el mismo sentido, el Grand Conseil del Cantón de Neuchâtel planteaba una iniciativa cantonal proponiendo la derogatoria de los artículos 118, 119, 120 y 12i del Código Penal represores del aborto.

b. La petición, si a la vida "no al aborto", setiembre de 1972, proponía que las autoridades conserven y retuercen las disposiciones legales vigentes que tienen la finalidad de proteger la vida de los seres humanos en formación.

c. Entre esas dos posiciones extremas, dos opiniones intermedias se manifestaron. Una propugnaba la solución de los plazos: toda interrupción del embarazo provocada por un médico en un plazo determina-

do no debía ser castigada. La otra proponía ampliar el número de las indicaciones que permiten no castigar la interrupción del embarazo.

Esta última concepción fue especialmente planteada en una moción presentada por el Consejero Nacional Eng. Mediante esta moción, el Consejo federal era invitado a preparar proposiciones destinadas a modificar los artículos 118 a 121 del Código Penal en el sentido, primero, de completar la lista de casos de manera a impedir que el niño o, en caso de crimen, que la mujer encinta no sufra daños síquicos o físicos; segundo, limitar el número de abortos ilegales y hacer que las disposiciones legales relativas al aborto se apliquen uniformemente.

La Comisión de expertos examinó el conjunto de las cuestiones concernientes a la nueva reglamentación de la interrupción del embarazo no punible. De manera general, la Comisión se pronunció a la vez contra el *statu quo* y contra la agravación de las penas previstas en el Código Penal. Consideró igualmente que la solución propuesta tanto mediante la iniciativa popular relativa a la descriminalización del aborto como por la iniciativa del Cantón de Neuchâtel era inaceptable.

Debido a que sus miembros sostenían opiniones contradictorias, la Comisión decidió someter al Departamento Federal de Justicia tres proposiciones: la primera en el sentido de la solución de los plazos y las dos otras conforme a la solución de las indicaciones, siendo la tercera la que preveía la indicación social.

Además de las indicaciones terapéutica, ética o jurídica y eugenésica (prevista por la segunda proposición), la tercera proposición autorizaba la interrupción del embarazo en casos en que, muy probablemente, la continuación del embarazo provocaría en la madre un estado de necesidad grave, imposible de evitar recurriendo a los medios disponibles y siempre que la interrupción tenga lugar dentro de las doce primeras semanas del embarazo.

La solución de los plazos planteaba la impunidad de la interrupción del embarazo cuando era practicada por un médico, autorizado por la autoridad cantonal competente, durante las doce primeras semanas del embarazo. Después de este límite, la interrupción del embarazo no era permitida sino en razón de una indicación médica o eugenésica.

Conforme al procedimiento de elaboración de leyes, el Consejo federal sometió a consulta las proposiciones de la Comisión. La mayoría de instituciones y personas consultadas se pronunciaron favorablemente por la solución de las indicaciones sin la indicación social. En segundo lugar quedó la solución de los plazos y la proposición de las indicaciones comprendiendo la indicación social fue la menos votada favorablemente.

Sin embargo, el Consejo federal, al elaborar su proyecto, escogió esta tercera solución. El Parlamento no hizo modificaciones importantes a este proyecto al momento de aprobarlo (junio de 1977). Esta ley fue rechazada por votación popular en mayo de 1978.

Paralelamente a las discusiones parlamentarias sobre el proyecto del Consejo federal, en enero de 1976 fue lanzada la iniciativa popular "en favor de la solución de los plazos". Según esta iniciativa, debía completarse la Constitución mediante un nuevo artículo 34 novies:

> "La interrupción del embarazo no es punible si es practicada por un médico, autorizado a ejercer la profesión, en las doce primeras semanas del embarazo y con el consentimiento escrito de la madre. La libertad de escoger el médico está garantizada." "La Confederación, en colaboración con los Cantones, tomará las disposiciones necesarias para proteger la mujer encinta y promover la planificación familiar".

En su mensaje, el Consejo federal argumentó diciendo que "si se adopta la solución de los plazos, se reconoce a la mujer encinta el derecho a disponer del destino del nuevo ser, sin exigírsela ningún motivo objetivo que justifique la interrupción del embarazo". En su opinión, esta solución resulta también contraria al principio de confrontar la importancia (de los intereses en conflicto, ya que no se miden el valor y los derechos de dos vidas humanas equivalentes. La decisión será tomada unilateralmente en favor de la mujer embarazada, cualesquiera que sean los motivos que determinen esta decisión. Además, el derecho reconocido a la mujer es contrario al principio generalmente admitido de que la persona directamente interesada sea juez y parte en caso de conflicto. Este debe ser resuelto por un tercero y sobre la base de criterios objetivos. Esta iniciativa fue rechazada por votación popular en setiembre de 1977.

A pesar del rechazo repetido de los ciudadanos, cuatro iniciativas parlamentarias y cuatro cantonales plantearon nuevamente la reforma de la legislación. Todas estas iniciativas, a excepción de una sola, pedían al Parlamento la búsqueda de una solución federalista al problema de la interrupción del embarazo no punible; es decir, reconocer a los cantones que no quisieran la libertad de aplicar en sus territorios la solución de los plazos. Aun cuando esta solución fue aceptada por el Consejo Nacional, el Consejo federal consideró que, a pesar de su conformidad con la Constitución, la propuesta federalista constituía un grave atentado contra la unidad del derecho penal federal y favorecía la tendencia actual de los cantones a tratar diferentemente los problemas del aborto. El Consejo de los Estados se pronunció conformemente a la opinión del Consejo federal y rechazó la solución federalista.

Todos estos debates no han sido del todo improductivos. En octubre de 1981, se adoptó la ley federal concerniente a los centros de consulta en materia de aborto y se modificó la ley federal sobre seguro de enfermedad. Esta modificación permite a las mujeres aseguradas, en caso de interrupción no punible del embarazo, obtener las prestaciones normales de parte de las instituciones aseguradoras, en particular los cuidados médicos y farmacéuticos así como las indemnizaciones de jornales.

Mientras que las Cámaras federales discutían las ocho iniciativas indicadas, una nueva iniciativa popular fue depositada en julio de 1980. Se trataba de la iniciativa "vida si, aborto no" que proponía se inserte en la Constitución un nuevo artículo 54 bis, del tenor siguiente:

- "Todo ser humano tiene derecho a la vida así como a la integridad corporal y espiritual".
- "La vida del ser humano comienza desde la concepción y termina con la muerte natural".
- "La protección de la vida y de la integridad corporal y espiritual no debe ser comprometida en provecho de derechos de menor importancia. Solo puede afectarse los bienes beneficiados con esta protección mediante un procedimiento conforme a los principios que rigen el Estado fundado en el derecho".

De acuerdo con el Comité responsable, la tentativa tenía tres objetivos:

- "Provocar una decisión de principio clara en favor de la protección de todo ser humano".
- "Dar instrucciones al legislador y a todos los órganos del Estado, así como limitar claramente los casos en que ese derecho fundamental podía ser afectado".
- "Establecer los fundamentos constitucionales permitiendo de tomar, las medidas positivas y eficaces destinadas a proteger la vida humana".

El Consejo federal opuso a esta iniciativa un contraproyecto por el que no hacía sino regular expresamente el derecho constitucional no escrito a la vida y ya establecido por la jurisprudencia del Tribunal federal. El Parlamento no aceptó la proposición del Consejo federal y la iniciativa popular fue rechazada por votación igualmente popular en junio de 1985.

De esta manera, se mantiene la situación establecida en 1942 mediante la entrada en aplicación del Código Penal federal, cuyas disposiciones referentes al aborto pueden ser consideradas como severas y que solo permite el aborto

terapéutico bajo condiciones bastante estrictas. Frente a esta reglamentación, la realidad se presenta de manera bastante diferente. Se puede sostener que, hoy en día, la interrupción voluntaria del embarazo es practicada por médicos y en buenas condiciones materiales. De modo que se ha llegado a afirmar que muy raro es el caso en que la muerte de la mujer embarazada se produce en ocasión de un aborto clandestino; a pesar que una de cada cinco mujeres recurren, al menos una vez en sus vidas, a la práctica del aborto clandestino.

Lo cierto es que las normas del Código Penal relativas al aborto son aplicadas de manera diferente por los 26 cantones y medio cantones. La tendencia actualmente predominante es la de una aplicación liberal, de manera a que no existe casi diferencia entre los antes llamados cantones liberales (Ginebra, Vaud, Neuchâtel) y los denominados conservadores (Jura, Fribourg, Valais). Entre los cantones germánicos, solo una minoría de cantones continúan aplicando de manera estricta las severas disposiciones del Código (Uri, Nidwald, Obwald, Appenzell). Desde 1988, ningún tribunal ha condenado por aborto.

Es contra esta situación de hecho "hipócrita" que Barbara Hearing-Binder, consejera nacional socialista, ha planteado una nueva iniciativa tendiente a revisar el Código Penal. De acuerdo con esta propuesta, la revisión debe hacerse según los principios siguientes:

- "La interrupción no es punible durante los primeros meses del embarazo (solución de los plazos)";
- "Transcurrido el plazo legal, la interrupción solo puede ser autorizada si un médico confirma que esta medida es la única apropiada para descartar, de modo aceptable para la mujer encinta, un peligro amenazando su vida o implicando un grave daño a su salud física o síquica".

En febrero de 1965, el Consejo Nacional ha aceptado esta iniciativa por 91 votos contra 85. Esta estrecha mayoría deja presagiar los múltiples debates y los serios obstáculos que tendrán que vencer los promotores de esta iniciativa para lograr que la modificación propuesta sea aceptada tanto por el Parlamento como por el pueblo, ya que es seguro que de convertirse en ley tendrá lugar un referéndum popular.

Teniendo en cuenta la manera como, a pesar de la severidad de la legislación, los órganos encargados de aplicarla resuelven los conflictos que supone la interrupción voluntaria del embarazo, cabe preguntarse, si esta propuesta de reforma, destinada a poner de acuerdo las normas con los hechos, no significa correr un riesgo por nada.

3. Caso peruano

Las diversas iniciativas tendientes a reformar el Código Penal de 1924 y por ende las normas relativas al aborto han sido diversas y debidas generalmente a los grupos de poder de turno. La inexistencia de vías que hagan posible la intervención directa de los ciudadanos en el ejercicio del poder y el desinterés de parte de las instituciones profesionales u oficiales (por ejemplo, iniciativa legislativa del Poder Judicial) explican ampliamente que la voluntad popular no se haya manifestado como ha sucedido en Suiza.

En los diferentes proyectos de reforma, la tendencia predominante fue sobre todo la de reforzar la represión del aborto, pero manteniendo casi inalterada la regulación de la impunidad del aborto terapéutico. Solo en el Proyecto de 1990, se innovó substancialmente tanto atenuando las penas como ampliando la impunidad a los casos de interrupción del embarazo por razones éticas o jurídicas (violación) y eugenésicas. Esta solución fue abandonada en el texto definitivo: la impunidad solo es conservada para el aborto terapéutico y las indicaciones éticas y eugenésicas son consideradas como meras circunstancias atenuantes de la represión.

La reacción contra esta tendencia liberal ha sido constante y tuvo éxito temporalmente al elaborarse y promulgarse el Código Sanitario de 1980. El artículo 21 de este Código disponía, primero, que el aborto terapéutico solo era permitido "cuando existe prueba indubitable de daño en la salud con muerte del producto de la concepción o de la madre. Y, segundo, que era necesaria la opinión de dos médicos que tratarán el caso en consulta. Además, en los artículos 22 y 23, se prohibió el aborto terapéutico por consideraciones de orden moral, social o económico y la práctica del aborto como medio de control de natalidad.

Estas restricciones importantes dirigidas a reducir significativamente la aplicación de la disposición relativa al aborto terapéutico solo estuvieron en vigencia un año.

Los criterios opositores a la liberalización en materia de aborto sobreviven y se refuerzan en razón, particularmente, a la influencia del movimiento de regresión que tiene lugar actualmente en muchos países. Movimiento impulsado sobre todo por la Iglesia Católica y cuya influencia es muy importante en Latinoamérica.

Como ejemplo, en el Perú, de la supervivencia vigorosa de la concepción represiva pueden señalarse dos casos. El primero, directamente relacionado con el aborto, es la modificación de último minuto y sin discusión alguna de la regula-

ción de los casos de aborto por razones ética y eugenésica. El segundo, referido a la esterilización, es la reacción de la Iglesia católica y de instituciones bajo su influencia como la Universidad Católica del Perú y, durante los dos últimos años, el Colegio de Abogados de Lima, calificando de contraria a la Constitución a la ley que derogó la prohibición del uso de la esterilización voluntaria como medio de control de natalidad.

4. Debate actual

Por razones de tiempo y considerando que la discusión en Suiza no difiere en mucho a las que han tenido lugar en los diferentes países europeos, me limitaré a presentar el debate actual en el Perú sobre la manera de comprender y resolver el conflicto de intereses presente en los casos de interrupción del embarazo.

La regulación del Código Penal del aborto, sin entrar a juzgar que sea la mejor o más conveniente, es conforme a la Constitución en la medida que el artículo 2, inciso 1, distingue: de un lado, la persona que tiene derecho a la vida, identidad, integridad moral, síquica o física, y al libre desarrollo y bienestar; de otro lado, el concebido considerado como sujeto de derecho en todo cuanto le favorece. Si se hubiera partido de la idea que este era una persona y que, en consecuencia, ya estaba comprendido en la fórmula "Toda persona tiene derecho [...]", la mención expresa del concebido como sujeto de derecho resultaba superflua.

Cabe sin embargo preguntarse, si esta disposición no debe ser interpretada reconociendo toda la fuerza que podría darse a una ficción jurídica o si es de admitir, como algunos civilistas lo pretenden, que se trata en ambos casos de una persona humana.

Este segundo criterio es propuesto a partir del artículo 1 del Código Civil, en el que se califica de sujeto de derecho a la persona humana desde que nace y hace lo mismo respecto al concebido, estableciendo una excepción únicamente respecto a la "atribución de derechos patrimoniales". El concebido sería en consecuencia sujeto de derecho por constituir una persona, ya que su nacimiento no es una condición para el reconocimiento definitivo de sus demás derechos. De esta manera, se habría abandonado una concepción "patrimonialista" en favor de una concepción "personalista".

El concebido no sería más tratado como una ficción jurídica, ni como una "mera esperanza de ser humano". Concluyéndose, de esta manera, que el concebido es también "persona humana" y, como tal, merecedor de la misma protección de que gozan las personas ya realizadas.

Toda apreciación de valor discriminatoria en relación con las diferentes etapas de la evolución de] ser humano sería injustificada y si alguna hubiera que hacer sería más bien la de considerar que la vida inocente e incapaz de defenderse debería ser más protegida que la del ser humano desarrollado, maduro y capaz de defenderse.

Esta concepción se inspira directamente en las ideas preconizadas, fundamentalmente, por la Iglesia católica. Si bien en un inicio, de acuerdo con esta orientación, la condena del aborto era fundada en el carácter sagrado de la vida (creación de Dios, quien solo puede disponer de ella), desde mediados del siglo XIX (1869, Pío IX), se completa con el abandono del criterio de la animación tardía del feto y la afirmación que este es desde la concepción una persona humana.

De este modo, la Iglesia católica reforzó su lucha contra el aborto apoyándose simultáneamente en la concepción autónoma de la protección de la vida (basada en su carácter sagrado) y en la concepción derivada de la vida como derecho perteneciente a todo ser por su condición de persona.

En esta perspectiva, parece lógico que se pregunte ¿cómo se ha llegado, en la época de los derechos humanos, a la contradicción sorprendente de negación y violación práctica del derecho a la vida, particularmente en los momentos más significativos de la existencia: el nacimiento y la muerte?

Y que se proclame: "ninguna circunstancia, ningún fin, ninguna ley del mundo podrá jamás transformar en lícito un acto que es intrínsecamente ilícito por ser contrario a la ley de Dios, escrita en el corazón de toda persona, revelada por la razón misma y proclamada por la Iglesia."

La muerte del feto deja de ser un aborto para transformarse en un homicidio, en genocidio. Las leyes que lo admitan son leyes sin validez jurídica y el Estado que las dicta un Estado tirano que pretende poder disponer de la vida de los más débiles y sin defensa.

Esta concepción no se encuentra en la base de los sistemas constitucional y penal peruanos. Aun cuando hubiera podido hacerlo, a condición que no afecte de esta manera los intereses de otras personas, el Estado peruano no ha declarado que el concebido es una persona humana. Si lo hubiera hecho en la Constitución de 1993, esto hubiera significado que las normas del Código Penal de 1991, referentes al aborto, deberían de ser consideradas como anticonstitucionales. Esto en razón a que no se protege de la misma manera al concebido y a las personas. Así, cuando se autoriza el sacrificio de la vida del concebido para evitar que la madre sufra grave daño en su salud; o cuando se disminuye la protección

del feto al atenuar la represión del aborto en consideración a circunstancias o intereses personales o sociales: desarrollo y perfeccionamiento de la personalidad de la madre. Se habría contradicho así el principio fundamental de que no hay vidas menos valiosas que otras.

La regulación del aborto en el sistema legal peruano solo puede ser comprendida si se reconoce que, en el artículo 2, inciso 1, de la Constitución, la protección del concebido no se basa en el reconocimiento de su condición de persona. De esta manera, se ha considerado correctamente que el problema central no es el de determinar si el concebido es o no una persona, sino que se trata más bien de saber cómo el Estado puede reconocer y proteger mejor el bien jurídico vida, sobre cuyo carácter esencial existe unanimidad. La vida humana tiene un valor intrínseco cualquiera que sea la etapa de su evolución.

De modo que la prohibición del aborto significa la preocupación legítima de la comunidad por proteger la vida humana, exigiendo a sus miembros que le reconozcan un valor intrínseco al tomar decisiones individuales. Estos actúan irresponsablemente cuando atentan contra la vida del concebido sin tener una justificación suficiente. Situación que debe ser apreciada considerando que cualquiera que sea la razón de abortar, la decisión es tomada casi siempre en un contexto complejo de intereses y responsabilidades en conflicto.

El legislador peruano no ha osado tener plenamente en cuenta estas circunstancias. De un lado, no reconoce que en la resolución de dicho conflicto de intereses la mujer embarazada debe jugar un papel decisivo. Que su vida, sus proyectos y aspiraciones vitales son ampliamente comprometidos por el nacimiento del nuevo ser y por la carga que significa su crianza, supervivencia y desarrollo futuro.

En este sentido, resulta insuficiente su decisión de solo considerar el consentimiento de la madre para efectos de atenuar la represión. Abortar para la madre no es una simple cuestión de decidir, libre y soberanamente, sobre la continuación del embarazo. No se trata del ejercicio de un cierto libre albedrío. Aceptar este criterio implica situar a la madre en un mundo irreal y juzgar su decisión sin tener en cuenta las circunstancias humanas y materiales en las que actúa. Lo que significa a su vez desconocer su dignidad fundada en su sola condición de persona humana.

De otro lado, el codificador no ha sido consecuente con el reconocimiento que hace de ciertas circunstancias especiales que son propias a frustrar la vida del nuevo ser o la de la madre (embarazo debido a violación sexual o a inseminación artificial no consentida y feto gravemente afectado por taras físicas o síquicas).

A diferencia de los legisladores que han tomado en cuenta dichas circunstancias, el nuestro se ha limitado a atenuar la pena. En la medida que con el nacimiento del nuevo ser afectará profundamente el desarrollo de la personalidad y la calidad de vida de la madre, esta debería decidir, libre y responsablemente, sobre la interrupción del embarazo.

De manera consecuente se debió admitir que la mejor manera de proteger la vida es fomentando la responsabilidad de las personas para evitar que desperdicien vida humana. La base de esta responsabilidad es el reconocimiento de la soberanía de las personas en el caso tratado, de la mujer, en la toma de decisiones personales. Más exactamente, la pretensión a no sufrir intromisiones de terceros, especialmente del Estado, en dominios que conciernen de manera fundamental a una persona como lo es la decisión de engendrar o de tener un hijo. La aplicación de estos criterios en materia de reproducción, control de embarazo y aborto, significa la admisión del principio de la autonomía procreadora.

5. Colofón

Las moralejas que pueden sacarse de esta exposición son muchas. Quizás una de las más importantes sea la confirmación de una constatación generalmente aceptada, pero muchas veces olvidada. La eficacia del derecho como medio de solución de conflictos no depende de la elaboración de leyes cada vez más perfectas (técnica y dogmáticamente), sino de su aplicación por órganos estatales competentes y estables. En esto radica, precisamente, la diferencia existente entre el caso del Perú, donde la Constitución enumera ampliamente los derechos humanos, y el de Suiza, donde la Constitución no menciona expresamente el derecho a la vida. Lo que en buena cuenta significa que todo depende de la consolidación del Estado de Derecho y social, lo que implica el respeto cada vez más amplio de los derechos humanos, devenidos en derechos positivos por su consagración en las Constituciones.

III

Breves comentarios sobre "reflexiones sobre la esterilización"*

Sumario: 1. Introducción. 2. Reflexiones sobre la esterilización. a. Premisas generales. b. Argumentos legales. 3. Comentarios. 4. Bibliografía sucinta.

1. Introducción

Con el mismo título de este artículo, Carlos Fernández Sessarego publicó una interesante nota sobre la esterilización, que constituye en realidad un breve y profundo análisis sobre el derecho del ser humano a la integridad personal. Lo que supone evidentemente el planteamiento del respeto a la vida de toda persona.

La lectura de esa publicación llamó fuertemente nuestra atención, al extremo de llevarnos a redactar unos comentarios que nos pareció necesario publicar. Esperando, al menos, contribuir en algo al debate que se desarrolla constantemente sobre estas cuestiones vitales.

Por razones de coherencia y transparencia, hemos creído necesario, antes de presentar nuestros comentarios, transcribir el texto de Carlos Fernández Sessarego y exponer sus argumentos.

---

* Publicado en *Anuario de Derecho Penal 1995*, Lima, 1995, pp. 114 y ss.

2. Reflexiones sobre la esterilización[1]

1. *El inciso 1 del artículo 2 de la Constitución de 1993 prescribe que toda persona tiene derecho a "su integridad moral, psíquica y física", mientras que el artículo 5 del CC de 1984 reitera el derecho de todo ser humano a "su integridad física".*
2. *Debe remarcarse que todo derecho subjetivo conlleva en su seno un deber, y viceversa. Es decir, y como ejemplo, si se tiene el derecho a la vida ello supone, simultáneamente, el deber de preservar la vida. Es por ello, precisamente que en el Código Penal, al no poder sancionarse al suicida en tanto dejó de ser sujeto de derecho se sanciona a los instigadores y cómplices del delito de suicidio.*

   Recurrimos a otro ejemplo. El artículo 19 del CC, dentro de esta nueva concepción coexistencial del Derecho, establece que "la persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre". Si bien el sujeto tiene el derecho que se le sitúe socialmente por su nombre, tiene al mismo tiempo el deber de no variarlo ya que la sociedad tiene el derecho a identificarlo por el nombre.

   Es pues de suma importancia, sobre la base de lo expuesto y de los ejemplos utilizados, que se tenga conciencia que no existen derechos subjetivos "absolutos" ya que todo individuo es un ser social, se debe a los demás, por lo que sus derechos deben coordinarse con aquellos de los demás miembros de la comunidad. El ser humano no es un ente aislado, incomunicado, encerrado sobre sí mismo; se encuentra en comunión con los demás en el seno de la sociedad.
3. *Como consecuencia lógica del derecho que tiene todo sujeto de que se respete su integridad moral, psíquica y física, tiene el deber de mantener incólume esta integridad, no atentar contra ella, no automutilarse. El ser humano se debe a los demás, al prójimo, por lo que tiene el deber de mantenerse en el mejor estado moral, psíquico y físico para servir adecuadamente a los demás y cumplir con la misión comunitaria que cada hombre tiene durante su existencia.*
4. *Es por lo expuesto en precedencia que el artículo 6 del CC vigente prescribe la prohibición de disposición del propio cuerpo. En este numeral se establece que tales actos están prohibidos "cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres".*

1 Publicado en el diario *El Comercio*, Lima, del 4 de setiembre de 1995, p. A3.

Sobre la base de lo expuesto en los artículos del ordenamiento jurídico peruano antes mencionados, toda persona tiene simultáneamente el derecho a que se respete su integridad psicosomática y el deber de no disponer de su propio cuerpo, de no mutilarlo.

El artículo 6 del mencionado CC solo permite los actos de disposición del propio cuerpo, a título de excepción, "si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspiradas por motivos humanitarios". Es decir, por ejemplo, una persona no puede, libre y voluntariamente, disponer de una pierna salvo el caso que se produzca una gangrena que ponga en peligro su vida. Del mismo modo, se puede disponer de tejidos que se reconstituyen o de órganos dobles, como los riñones, a título humanitario como es el caso de trasplantes para salvar una vida humana.

La esterilización, ya sea a través de la vasectomía o de la ligadura de trompas, supone un atentado contra la propia integridad física y psíquica. Por lo tanto le es de aplicación lo dispuesto en el artículo 6 del CC por el cual, y tal como se ha señalado, se prohíben los actos de disposición del propio cuerpo cuando ocasionan "una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarias al orden público o a las buenas costumbres". Cabe señalar que el concepto "buenas costumbres" equivale a la moral.

La esterilización, en cualquiera de sus modalidades, constituye un acto de disposición del propio cuerpo que conlleva a una "destrucción permanente de la integridad física "en la medida que se priva a la persona humana el derecho-deber de procrear.

Procrear supone un derecho natural de todo ser humano destinado a perpetuar la especie y a tener descendencia. A nadie se le puede privar de este derecho ni nadie puede, voluntariamente, atentar contra esta facultad. Si cada persona tiene el derecho de procrear, la especie humana, en cuanto sujeto de derecho, tiene el derecho a perpetuarse por lo que cada persona, a su vez, tiene el deber de no lesionar el derecho natural.

Por lo demás, nadie puede sostener que la esterilización se sustenta en un estado de necesidad médica o quirúrgico ni que a través de ella se cumpla una finalidad "humanitaria". No es lo mismo, obviamente, privarse de la función procreativa que amputarse una pierna en gangrena.

5. *Desde un punto de vista jurídico, la esterilización es, sin duda, un acto de disposición del propio cuerpo que atenta contra la integridad psicosomática de la persona humana.*

Es imposible, por tanto, sostener que la esterilización es un método anticonceptivo. Ni el aborto ni la esterilización son métodos anticonceptivos sino que, jurídicamente, constituyen atentados contra la integridad psicosomática y contra la vida respectivamente. La esterilización configura, en cuanto es irreversible, una "disminución permanente de la integridad física". De esta situación no cabe duda desde una perspectiva estrictamente jurídica.

6. *Solo es permisible la esterilización cuando procrear pone en grave riesgo la vida de la mujer, situación que, por lo demás, es excepcional dado el progreso experimentado por la ciencia médica.*

7. *Los métodos anticonceptivos tienen la característica de que se adoptan coyunturalmente y no atentan, por lo tanto, contra el derecho-deber a procrear. Si la persona decide procrear simplemente prescinde de la utilización de un método anticonceptivo y puede cumplir con su derecho-deber a procrear, que su integridad física se mantuvo incólume.*

   La esterilización, en cambio, priva de modo permanente a la persona de su derecho-deber a procrear. Y esto es muy grave, ya que limita de modo permanente la capacidad del ser humano a proyectar libremente su vida así como variar sus proyectos en cualquier momento de su existencia.

   Puede darse el caso que una persona, en un momento de desesperación, de angustia, perdida u obnubilada su capacidad racional, decide atentar contra su integridad física confundiendo el hecho radical y permanente de la esterilización con un método anticonceptivo cualquiera. Este hecho es sumamente grave no solo porque constituye un atentado contra la integridad física sino que, además, es un acto que atenta contra la propia libertad de la persona humana, contra el derecho de proyectar su vida, de desenvolver libremente su personalidad.

   En efecto, puede ocurrir, y de hecho sucede, que una persona que por desesperación o por ignorancia o por un equivocado consejo decide, en un momento de desesperación, atentar contra su vital función procreativa, en otro momento posterior de su vida, restablecido el equilibrio emocional perdido, cambia de opinión y decide procrear. Esa persona, que confundió el atentado contra su integridad psicosomática con un método anticonceptivo, coyunturalmente utilizado, no podrá tener hijos. Se ha ocasionado así un daño irreversible contra la persona, una grave frustración que lesiona su libertad al libre desenvolvimiento o desarrollo de su personalidad.

   El hecho antes enunciado es humanamente grave, como es también censurable el que induzca a las personas a confundir dos diversas si-

tuaciones: la esterilización con un simple método anticonceptivo. La esterilización, como se ha señalado, constituye una lesión contra la integridad física de una persona que le ocasiona una disminución permanente en una función vital como es la de la procreación. Es un hecho irreversible, que impide un futuro cambio en el proyecto de vida de una persona. Constituye por ello, la posibilidad de generar una frustración o trauma en la vida de un ser humano. Los métodos anticonceptivos son soluciones coyunturales, transitorias, que no atentan de modo permanente contra la integridad física, con el sagrado derecho-deber de procrear.

Esta distinción es tan visible y elocuente que el artículo VI del Título preliminar de la Ley de Política Nacional de Población se excluye al aborto y a la esterilización como métodos de planificación familiar.

a. Premisas generales

1. El derecho a la vida y el derecho a procrear son derechos naturales y tienen el carácter de sagrados.
2. Se trata de derechos subjetivos que no tienen el carácter de absolutos porque el ser humano no es un ser aislado sino que se encuentra en comunicación con los demás en el seno de la sociedad.
3. Estos derechos son relativos porque implican, al mismo tiempo, un deber para su titular. Este debe conservar el derecho del que goza en beneficio de los demás. El derecho a la vida no implica el derecho de morir (matarse o aceptar que nos maten); el derecho a la integridad física, el derecho a mutilarse; el derecho a procrear, el derecho a esterilizarse. "El ser humano se debe a los demás, al prójimo, por lo que tiene el deber de mantenerse en el mejor estado moral, psíquico y físico para servir adecuadamente a los demás y cumplir con la misión comunitaria que cada hombre tiene durante su existencia".
4. En esta perspectiva, se reconoce que el derecho a procrear supone que, en tanto sujeto de derecho, la especie humana tiene derecho a perpetuarse, "por lo que cada persona tiene el deber de no lesionar el derecho natural".

b. Argumentos legales

1. El no reconocimiento del derecho a morir se evidencia en el hecho que solo por razones prácticas no se reprime al suicida, pero si se castiga a los instigadores y cómplices del "delito de suicidio".

2. Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos (artículo 6 CC) "Cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres". Salvo "si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios".
3. La esterilización no es un medio anticonceptivo y constituye tanto un atentado grave a la integridad sicosomática de la persona como la negación de su derecho a procrear. Solo es permisible cuando procrear pone en grave riesgo la vida de la mujer (situación por demás excepcional).
4. Los casos de esterilización son irreversibles y, de acuerdo con los ejemplos citados, pueden ser el resultado de una confusión entre esterilización y medio anticonceptivo o de un momento de desesperación, ignorancia o equivocación debido a una pérdida de equilibrio emocional.

3. Comentarios

Hasta aquí, lo que hemos comprendido como esencial de la exposición de Fernández Sessarego. Comprensión que constituye una interpretación y como toda interpretación no tiene la pretensión de ser la única verdadera. Sin embargo, la consideramos coherente, consistente y razonable. A pesar que se necesitaría más amplias indagaciones, nos limitamos a formular los siguientes comentarios.

1. Considerar a los derechos a la vida, a la integridad sicosomática o a la procreación como derechos naturales implica adoptar una concepción ideológica, política, religiosa. Defender este criterio constituye, a su vez, el libre ejercicio de otros derechos humanos: libertades de expresión, de pensamiento, de conciencia. Frente a otras concepciones, la del derecho natural no puede ser presentada como la única verdadera y valiosa.
2. Afirmar que se trata de derechos naturales supone que preexisten y que el derecho no hace sino reconocerlos al momento de regularlos (son innatos a la persona, constituyen un don que se ha recibido). La experiencia muestra, sin embargo, que el derecho natural no siempre ha reconocido los mismos derechos y que ha servido tanto para justificar la esclavitud como la igualdad de las personas.

   Asimismo, se admite que los derechos humanos son la creación del Siglo de la Ilustración y que si se afirmó su carácter natural fue debido a que se les estableció como límites al poder absoluto del monarca. Se

admite, igualmente, que hay nuevos derechos humanos (llamados de la segunda y tercera generación) y que los derechos humanos primeros han sido enriquecidos con una dimensión positiva (el Estado debe promover las condiciones para su realización y no solo limitarse a no violarlos).

3. Aun si se aceptase la existencia de un sistema de derechos naturales, cabe preguntarse si es necesario recurrir a este sistema para explicar nuestro ordenamiento jurídico. En todo caso, basta con referirse a la manera amplia como los derechos humanos son, expresa e implícitamente, reconocidos por la Constitución.
4. En la perspectiva de Fernández Sessarego, cabría preguntarse por la norma de derecho natural que consagra el derecho a procrear o el derecho de la especie humana a subsistir. O, por la norma que reconoce a la especie humana un derecho colectivo a sobrevivir que tiene la primacía frente al derecho individual a la vida. Si la esterilización debe ser prohibida para garantizar la supervivencia de la especie, con mayor razón debe admitirse lo mismo respecto al suicidio (daño más grave). De la misma manera, debería darse la razón a quienes condenan el aborto como un crimen contra la humanidad o contra el capital demográfico de la sociedad. Asimismo, se podría justificar el sacrificio de la libertad de expresión, por ejemplo, en aras de la seguridad o tranquilidad públicas.
5. La supervivencia de la humanidad, la seguridad pública, el bienestar general [...] son bienes colectivos a condición que, primero, sean no distributivos (ninguna de las personas concernidas puede ser privada de su goce y el goce que haga una de estas no puede excluir una de ellas) y normativos (su creación o conservación están ordenados por una norma). En los sistemas normativos hay tanto derechos individuales como bienes colectivos. Se da una colisión entre estos cuando el ordenamiento exige que ambos sean lo más ampliamente realizados según las circunstancias jurídicas y materiales. De modo que cuanto mayor sea el grado de incumplimiento de uno, tanto mayor tiene que ser la importancia del cumplimiento del otro. Si se tiene en cuenta que "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado" (artículo 1 Constitución), es evidente que debe reconocerse la precedencia *prima facie* a los derechos individuales. Solo así se puede tomar en serio al individuo, a la persona (no se hace esto cuando ni siquiera se imagina –caso de Fernández Sessarego– que una persona capaz y equilibrada pueda

decidir racional y libremente esterilizarse). Lo que no significa que no pueda reconocerse, en ciertos casos, la primacía a un bien colectivo frente a un derecho individual. Pero esto solo es posible cuando pueda ser real y eficazmente justificado. Este tipo de ponderación no puede ser justificada debidamente en el conflicto supuesto entre el derecho individual a procrear y el bien colectivo supervivencia de la especie humana. Además, el problema se resuelve con antelación cuando se constata que, salvo en el derecho natural alegado en el trabajo comentado, no existe norma en nuestro ordenamiento jurídico que exija crear o conservar el bien "supervivencia de la especie humana".

6. Concebir los derechos fundamentales como derechos subjetivos que tienen dos dimensiones: de un lado, el derecho a un beneficio o privilegio y, de otro lado, el deber de conservar dicho derecho, constituye también un criterio difícil de aceptar por las numerosas consecuencias negativas para la garantía de los mismos derechos fundamentales. Lo que aparece claro, por el contrario, es que todo derecho supone el deber de terceros de respetarlos, comprendido sobre todo el Estado. Lo que es dudoso es que el titular esté obligado a conservarlo y que se le pueda imponer lo conserve aun en contra de su voluntad. Esto justificaría que se imponga un tratamiento médico a un paciente que no quiere curarse o que prefiere otro y esto en razón a que se considera que es lo mejor para él. Este criterio supone un tipo de paternalismo. Desde esta perspectiva, se condenaría la eutanasia pasiva, una de las manifestaciones del derecho a morir reconocido ampliamente en la actualidad por personas con diversas y opuestas concepciones de la vida y de la moral.

7. Respecto a la afirmación que la esterilización es una mutilación grave que atenta contra el derecho a procrear, es de preguntarse si la decisión de practicársela no constituye más bien el ejercicio de la libertad a procrear o no, que se deduce del derecho a procrear. Si se reconoce la obligación de procrear, en la opinión de Fernández Sessarego: segundo componente del derecho subjetivo, se tendría que rechazar no solo la esterilización, sino también las relaciones sexuales practicadas sin la finalidad de procrear, o el voto de celibato practicado por los representantes de algunas creencias religiosas. Todos estos actos serían igualmente peligrosos o dañinos para la supervivencia de la especie y constituirían atentados contra su derecho natural a la supervivencia. Lo que estaría en contradicción con la admisión de la libre utilización de medios anticonceptivos.

8. Conforme a la doctrina dominante, es de afirmar, más bien, que los derechos humanos tienen un carácter absoluto con relación a los otros derechos de menor jerarquía. Es decir, en caso de conflicto, estos deben ceder siempre ante los primeros. Por lo contrario, ellos son solo *prima facie* cuando se encuentran en conflicto entre sí. Uno de ellos debe ceder según las circunstancias materiales y personales del conflicto. De lo contrario, el conflicto sería insoluble.
9. Los derechos humanos implican la libertad del titular de ejercerlos o no. Pero, la facultad de disponer no es la misma con respecto a todos los derechos humanos. El ordenamiento jurídico percibe solo algunos como derechos-deberes; por ejemplo, el derecho a la educación: el niño tiene derecho a frecuentar durante un periodo la escuela, mas no tiene la libertad de ir o no a la escuela. El Estado tiene la obligación de crear las condiciones materiales para su realización, pero no debe excluir de su goce algunos niños por criterios de raza, religión o política. En el caso del derecho a la propiedad, el titular tiene derecho a adquirir y conservar su patrimonio, pero también la libertad de disponer libremente de sus bienes. El Estado debe promover las condiciones para que cada persona tenga acceso a la propiedad, mas no imponer a cada persona que acceda o conserve siempre sus bienes. Los derechos a la vida, a la integridad física o a procrear no forman parte de ninguno de esos grupos de derechos. Las personas tienen derecho a decidir sobre su muerte, a disponer de su cuerpo y a tener o no hijos. Pero, no pueden transferir a terceros su derecho a la vida, a la integridad corporal o a procrear. En este sentido, estos derechos son irrenunciables y no pueden ser cedidos a terceros. De acuerdo con sus intereses y proyectos de vida, una persona puede preferir morir que soportar los sufrimientos intensos que le produce una enfermedad incurable (derecho a morir dignamente) o puede decidir no tener hijos o no tener más de los que ya tiene (paternidad o maternidad responsable).
10. En el aspecto jurídico penal, los argumentos propuestos en favor de la tesis que criticamos no son del todo correctos. La impunidad del suicidio no solo se explica porque el suicida deja de ser sujeto de derecho, sino también debido a razones de política criminal (por ejemplo, ineficacia de la pena frente a quien está decidido a morir). Si se debe imponer el deber de conservar la propia vida y se considera eficaz el derecho penal (como parece suponer el autor), debería reprimirse al suicida frustrado a título de tentativa del "delito de suicidio". En cuanto a la integridad corporal, no se castiga la automutilación y, en la

doctrina como en el Código Penal, se admite el consentimiento como causa de justificación en el dominio de las lesiones corporales. Lo que significa que nuestro ordenamiento jurídico tampoco ha hecho de la prohibición civil (artículo 6 CC) una infracción penal.

4. Bibliografía sucinta

ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Madrid, 1989.

ATIENZA, Manuel, *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, 1993.

CALSAMIGLIA, Albert, *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, 1986.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *La protección jurídica de la persona*, Lima, 1992.

HART, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, 1963.

LAPORTA, Francisco, "*Sobre el concepto de derechos humanos*", en *Doxa,* N.º 4, 1987.

LARENZ, Karl y Klaus-Wilhelm CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3.ª ed., Berlín, 1995.

NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, 1983. Ricoeur, Paul, *Le Juste*, Paris, 1995.

RUBIO, Marcial, *El ser humano como persona natural*, Lima, 1992.

VILLANUEVA, Rocío, *Los derechos humanos en el pensamiento angloamericano*, Cuenca, 1995.

WELZEL, Hans, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, Berlín, 1935.

IV
Política nacional de población, control de natalidad y aborto*

Sumario: 1. Introducción. 2. Comentarios. 3. Concepciones de la Iglesia católica sobre la procreación. 4. Regulación legislativa. 5. Control de natalidad. 6. Cuestión ética. 7. Bibliografía sucinta.

1. Introducción

Este trabajo constituye la exposición de algunas reflexiones sobre los derechos de la persona a su integridad personal. La ocasión fue la publicación de la Ley N.º 26530, dictada para modificar el artículo VI del Título Preliminar del Decreto Legislativo N.º 346, denominado Ley de Política Nacional de Población.

En el artículo VI, se declara que la Política Nacional de la Población garantiza los derechos de la persona humana:

1. "A la vida. El concebido es sujeto de derecho desde la concepción.
2. A formar su familia y al respeto de su intimidad.
3. A la libre determinación del número de sus hijos.
4. A la salud integral y al libre desenvolvimiento de su personalidad.
5. A habitar un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado.
6. Al trabajo y a la seguridad social para alcanzar un nivel de vida que le permita asegurar su bienestar y el de su familia.

---

* Publicado en *Anuario de Derecho Penal 1995*, Lima, 1995, bajo el título: "Ley N.º 26530 Modificatoria de la Ley Política Nacional de Población".

7. A poseer una vivienda decorosa.
8. A elegir su lugar de residencia y a transitar libremente por el territorio nacional.
9. A la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna.
10. A la educación y a la cultura.
11. A los demás reconocidos por la Constitución o inherentes a la dignidad humana".

La modificación se explica quizás porque en el inciso 3 se reconocía el derecho a decidir sobre el número de hijos que se desea tener. Con lo que reconocía, implícitamente, el derecho a planificar la natalidad y, por tanto, la libertad de recurrir a los medios para evitar el embarazo y hasta interrumpirlo. El límite establecido es que la decisión sea tomada libremente (voluntad personal), sin que sea forzada por "estímulos o recompensas materiales".

Para la mejor comprensión de nuestros comentarios, transcribimos el texto del artículo único de la ley mencionada:

> **Artículo único.** Modificase el Artículo VI del Título Preliminar del Decreto Legislativo N.º 346, Ley de Política Nacional de Población[1], en la siguiente forma:
>
> "**Artículo VI.** La Política Nacional de Población excluye el aborto como método de planificación familiar. En todo caso, la adopción de los métodos se basa en el libre ejercicio de la voluntad personal, sin que medien estímulos o recompensas materiales".

2. Comentarios

No hay materia de derecho que no deba ser cuestionada, estudiada y completada desde la perspectiva de los derechos humanos y, muy especialmente, el derecho penal debido a que sus medios de reacción restringen gravemente derechos fundamentales.

En este sentido, trataremos de exponer algunas ideas relativas a un derecho fundamental, el de la autonomía procreadora. Tanto el ejercicio de este derecho como el hecho de negarlo tienen efectos decisivos, sobre todo, en cuanto a los derechos al "desarrollo y bienestar personales de la mujer". Esperamos que estas

1 Del 6 de julio de 1985. Versión en línea: http://bit.ly/1FhuPCH.

En el marco de la reacción provocada por la adopción del Código Penal de 1924, en el que se previó de manera amplia –por ejemplo– la no represión de la interrupción del aborto por razones terapéuticas, se criticó por parte de los sectores más conservadores el hecho que no se hubiera previsto el "delito anticoncepcional".

Delito que debería ser reprimido porque su "comisión impide la aparición de un nuevo ser, ya que la función reproductora, a cuyo cumplimiento no puede ni debe abstenerse hombre alguno, tiene por grandiosa finalidad la propagación de la especie y su perpetuación; y para el crecimiento de la propagación de tan funestos resultados es el sacrificio de los seres ya formados, en pleno proceso vital, por el aborto criminal o el infanticidio, como obstaculizar la procreación en la conjunción sexual".

Pero Avendaño, autor de esta crítica, fue más lejos porque llegó a proponer igualmente la represión del "procedimiento criminal" de la "propaganda anticoncepcional". En esta perspectiva poco le faltó para sugerir que se reprima como delito la masturbación.

En el proyecto de Cornejo–Jiménez de 1928, se previó (artículo 347) la represión de quien "públicamente incitare a prácticas contra la procreación, o el que hiciere propaganda de los medios para evitarla".

En esta perspectiva, recordemos –primero– que en 1958, se prohibió la fabricación de contraceptivos (mecánicos) considerando que es "deber del Estado defender la natalidad base del capital humano" y "velar por la moral y las buenas costumbres de los peruanos" (R. S. 5 de agosto de 1958) y –segundo– que en el Código Sanitario, se dispuso que "todo anticonceptivo será usado bajo control médico quien es directamente responsable de los efectos secundarios consecuentes de su uso" y que "es prohibida la venta de anticonceptivos sin receta médica".

En los últimos años, parecería que se han dado algunos pasos para crear las bases de un sistema diferente y cerrar el paso a concepciones tan fundamentalistas en la medida en que recurren a principios absolutos y divinos para justificar la intervención del Estado en el dominio de la procreación.

5. Control de natalidad

Sin embargo, las normas constitucionales han sido invocadas últimamente para descalificar una ley que modifica la ley relativa a la política nacional de población. En el marco constitucional actual, en el que se enumeran de manera extensa los derechos humanos, parecería que criterios de esta naturaleza han

sido dejados de lado y que, en consecuencia, los intereses de las personas y, en particular, de las mujeres estarían mejor garantizados.

Desgraciadamente la ley no es el instrumento más eficaz, porque aun si se logra, en su elaboración, consagrar mecanismos de protección y de fomento de los derechos fundamentales, al momento de su aplicación e interpretación es frecuentemente desvirtuada.

Lejos está de nuestro espíritu negar la lucha que debe darse por establecer normas legales más justas, pero creemos que es necesario recordar siempre la obstinación de los hechos frente al derecho; por lo que resulta indispensable reforzar los esfuerzos para remover las estructuras económicas y sociales para instalar un sistema más justo y un verdadero Estado de Derecho.

El ejemplo que queremos presentar sucintamente es el de la Ley N.º 26530 que modifica el artículo VI del D. Legislativo N.º 346, denominado Ley de Política Nacional de Población. De esta manera, se autoriza como método de control de natalidad la esterilización.

Esta ley ha sido calificada de inconstitucional y violadora de los derechos humanos por dos instituciones importantes. Ambas lo hacen con los mismos argumentos.

El Colegio de Abogados de Lima, luego de afirmar que la esterilización es una lesión grave y que produce una incapacidad permanente e invencible de la función reproductora, afirma que priva a las personas de su derecho natural a la procreación. Pues ella constituye, en realidad, una abdicación de la libertad de procrear. Afirmación que se comprende cuando se tiene en cuenta que el derecho a la integridad corporal es concebido como un derecho irrenunciable. [Cuando este es uno de los derechos respecto al cual se reconoce una potestad de disposición por parte de su titular].

Argumento que es reforzado mediante dos afirmaciones: la primera dice que el derecho de toda persona a su integridad supone, al mismo tiempo, el deber de mantenerla (en el caso de especie, no esterilizarse) y, la segunda expresa que la esterilización no solo atenta contra la libertad de procrear sino que desconoce también el "derecho a perpetuarse de la especie humana".

Esta argumentación es completada afirmando que de lo expuesto, la ley atenta, por ende, contra la dignidad de la persona.

Los mismos argumentos, expresados en términos muy semejantes, son expuestos igualmente por el Consejo Universitario de la Pontificia Universidad

Católica del Perú. Razón por la cual, nos vamos a limitar a citar algunos párrafos de su comunicado:

"La aprobación de la ley de esterilización afecta esenciales aspectos jurídicos, éticos y religiosos de la vida de los peruanos".

"Expresamos, una vez más, que la Ética y el Derecho son el substrato en que se apoya el orden público [...], ahora nos vemos obligados a recordar que la utilización de medios indignos para resolver el problema demográfico es totalmente injustificada, puesto que se trata en este caso de la defensa de la vida y de la integridad de la persona humana".

"El derecho no enraizado con la Ética no es Derecho, es solo fuerza y arbitrariedad enmascaradas"

"La ley es tal cuando tiene validez formal y de contenido. Evidentemente una norma que solo cumple requisitos formales, y que en su materia contradice la Constitución y el resto del sistema jurídico es cuestionable y no puede con pleno fundamento reclamarse como ley de la República. Somos claros al afirmar que esta ley mella gravemente los derechos humanos".

6. Cuestión ética

Las preguntas que surgen son: ¿de qué ética se trata? Criterio tan importante que permite decidir lo que es o no es derecho. ¿En qué consiste la validez formal y de contenido? Validez que decidirá si una ley dictada por el órgano competente es una ley de la República. ¿Cuál es la noción de derechos humanos utilizada y que permitirá negar que la autonomía procreadora responsable sea un derecho deducible de los derechos al "desarrollo y al bienestar" de las personas y, en particular, de las mujeres?

Tradicionalmente, se afirma que los derechos humanos se caracterizan por ser universales, inalienables y absolutos. Sobre la significación de cada uno de estos rasgos las opiniones divergen tanto respecto a sus contenidos como a sus alcances. Respecto a la universalidad y al carácter absoluto, se puede decir que se ha llegado a un cierto consenso.

La universalidad significa que los derechos humanos se adscriben a todos los seres humanos sin tener en cuenta criterio alguno de discriminación negativa fundada en razones de sexo, raza, religión, política, nacional, económica, social, etc. De donde se desprende tanto el deber del Estado y de los particulares de no violar esos derechos como el deber, igualmente del Estado y de los particulares, de actuar positivamente en favor de la realización y protección de dichos

derechos. (Laporta, "Sobre el concepto de derechos humanos" p. 35 y ss.). En la medida en que el respeto de los derechos fundamentales tiende a favorecer la disminución de la injusticia a su mínima expresión y a la satisfacción de las necesidades mínimas vitales de los seres humanos, constituyen la base mínima para la constitución de sociedades pluralistas respetuosas de los derechos humanos. Si por el contrario, negamos el carácter universal de los derechos humanos (en tanto que estándares mínimos relacionados con los seres humanos como tales), tendríamos que aceptar que, como señala el relativismo normativo, la corrección de cualquier acción para un miembro de un cultura particular, estará determinada por lo que de hecho es considerado correcto en esa cultura. Y no habrá manera de defender la igualdad de los sexos o de las personas, la libertad de opción sexual, el derecho a la educación, etc. El derecho a la integridad física es un derecho humano universal respecto a la especie de los seres humanos.

El carácter absoluto de los derechos humanos significa que constituyen requerimientos morales que, en caso de encontrarse en conflicto con otros requerimientos morales, los desplazan y anulan. En estos casos, los derechos humanos son la exigencia moral que debe ser satisfecha en detrimento de las demás en conflicto. El problema que nos interesa se plantea cuando los derechos en conflicto son todos derechos humanos. En este caso, siendo todos absolutos el conflicto sería insoluble. Este obstáculo es evitado si el carácter absoluto de los derechos humanos deja de ser percibido como exigencia abstracta y se toman en consideración los efectos o consecuencias del hecho de respetar cada uno de los derechos en conflicto. Lo que conduce a admitir que la excepción a la regla de que los derechos humanos desplazan siempre a los otros derechos la constituyen los mismos derechos humanos. El desplazamiento de un derecho humano (por ejemplo, la vida o la integridad física) en favor de otro derecho humano requiere una especial justificación moral y no comporta la negación del derecho desplazado.

Es inalienable el derecho que no se puede transferir o al que no se puede renunciar. La afirmación de este rasgo de los derechos humanos, en sus orígenes, buscó restringir totalmente la posibilidad de las personas a disponer de sus derechos básicos con la finalidad de limitar el poder del Estado. Hoy en día, en la medida en que se reconoce una dimensión positiva tanto frente al Estado como a los demás individuos, la cuestión es de saber si sus propios titulares pueden disponer de sus derechos. Se trata en consecuencia de un problema relacionado con el ejercicio del derecho. Una posible solución consiste en admitir que la inalienabilidad impide no la renuncia a los derechos, sino ciertas transacciones o acuerdos que imposibiliten "permanentemente" el ejercicio futuro del derecho (es decir, el abandono del derecho), a menos que existan otras consideraciones a tener en cuenta. De esta forma, el consentimiento no sería suficiente para inva-

dir el derecho, cuando está en juego la imposibilidad permanente del ejercicio de ese derecho. Si se puede disponer de un derecho fundamental en cuanto a su ejercicio, pero no renunciar a él, es de tener también en cuenta que cuando normativamente se dispone que este derecho (por ejemplo, a no ser torturado) no puede ser violado, su titular no puede justificar la violación mediante su consentimiento. La característica de inalienabilidad no puede ser predicada en relación con todos los derechos fundamentales. En la doctrina, se admite generalmente, por ejemplo, que el derecho a la integridad física constituye un caso típico de derecho renunciable.

Esto explica que, en materia penal, se admita ampliamente el consentimiento como una de las eximentes de pena. Con este fin, se considera como requisito indispensable de su validez que el bien jurídico en cuestión sea disponible; es decir que su titular tenga la capacidad de disponer. En el caso de la integridad física (objeto del derecho fundamental a la integridad física de la persona), se recurre al consentimiento para resolver los conflictos que pueden presentarse en el dominio de los delitos de lesión. La doctrina predominante reconoce plena validez al consentimiento en relación con las lesiones simples y, de manera limitada, respecto a las lesiones graves (es el caso de la esterilización, por ejemplo). El límite está constituido por el hecho que la lesión es causada en el "interés preponderante de la persona concernida".

La esterilización, medio apropiado para impedir la procreación, constituye un daño grave de la integridad corporal de una persona. El Estado o particulares no pueden practicarla coercitivamente debido a que violarían el derecho fundamental a la integridad física (reconocido constitucionalmente) y sus autores serían responsables penalmente. Tampoco podrían, invocando razones religiosas, políticas o económicas, negarle la libertad de practicársela voluntariamente porque esto significaría la negación *a priori* de otros derechos fundamentales de la persona (por ejemplo, el derecho procrear libre y responsablemente, el derecho al libre desarrollo y bienestar. En razón a que estos derechos no son absolutos ni inalienables en un sentido abstracto, en caso de conflicto entre ellos debe desplazarse alguno de ellos teniendo en cuenta el "interés preponderante de la persona afectada". La solución de este conflicto no puede ser decidida soberanamente por el Estado, pues el respeto de la dignidad de la persona impone reconocer que esta es la mejor conocedora de sus intereses. Lo que no significa que su decisión será el simple ejercicio de un libre arbitrio. Su decisión o consentimiento está condicionado por su capacidad personal a darlo, al hecho que esté debidamente informada de la naturaleza y de los alcances de la intervención a la que será sometida y a la ausencia de toda presión externa. Dado este contexto, la decisión de someterse a una esterilización solo constituye el ejercicio responsable

del derecho a la libertad de procreación. De esta manera, ella valora su conducta como relevante para su proyecto de vida libremente elegido y no causa prejuicios serios a los intereses de terceros.

Desde esta perspectiva, la ley N.º 26530, modificadora del artículo IV del Decreto Legislativo N.º 346, que excluye solo el aborto, y no la esterilización voluntaria, del Programa Nacional de Planificación familiar, no viola los derechos fundamentales de la persona y, por tanto, no es contraria a la Constitución.

Los argumentos invocados para afirmar lo contrario constituyen, en buena cuenta, una manera de tratar de imponer una concepción ética, moral, religiosa y social como la única y verdadera. Esto se pone en evidencia en el siguiente párrafo del Comunicado del Consejo Universitario de la Católica: "Resulta también claro que la ley de esterilización quebranta principios fundamentales de la fe cristiana. Ella desconoce la integridad de la persona humana, creada a imagen y semejanza de Dios. Por otra parte alienta una tendencia puramente hedonista que se esconde en la falsa tesis de la supuesta propiedad sobre el propio cuerpo. Tesis que reduce al ser humano a la simple categoría de objeto y que lo hace presa de intereses, apetencias y deseos moralmente ambiguos".

Contra este tipo de fundamentalismos debemos estar alertas, pues no solo constituyen un riesgo para el ejercicio responsable de la sexualidad y de la facultad de procrear, sino lo es también para el resto de los derechos fundamentales.

7. Bibliografía sucinta

AVENDAÑO, Leónidas, "La reforma de la legislación penal. Parte especial: Estudio crítico forense del nuevo Código Penal del Perú", en *Revista del Foro*, 1924.

DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona, 1994.

HURTADO POZO, José, *Manual de derecho penal. Parte especial 2*, Lima, 1994.

JUAN-PABLO II. *La splendeur de la vérité. Lettre encyclique Veritatis Splendor*, del 6 de agosto de 1993. Mesnil-sur-l'Estreée, 1993.

JUAN-PABLO II, *Lettres aux familles del 22 de febrero de 1994*, con prefacio de Mgr. Jacques Jullien, Plon-Mame, París, 1994.

LAPORTA, Francisco, "Sobre el concepto de derechos humanos", en *Doxa*, N.º 4, 1987, pp. 23 y ss. Singer, Peter, Ética práctica, 2.ª ed., Cambridge, 1995.

STRATENWERTH, Günter, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I*, 4.ª ed., Bern, 1993.

§ 10
DELITOS CONTRA EL HONOR

I
Delitos contra el honor

"Salvo en aisladas etapas, el Perú gozó la fama de tener el periodismo más soez en el continente durante el siglo pasado. El país vivió entre el libertinaje y el amordazamiento de la imprenta.

Apenas venidos a la vida independiente (escribió Piérola en la declaración de principios del partido demócrata) explotando la tolerancia del carácter nacional y las complicidades de una ley incalificable, vigente hasta hoy y conforme a la cual bastan dos votos sobre siete para absolver al calumniante, estableciόse aquí, con el título de periódicos, hojas diarias impresas que fundaban su existencia y provechos únicamente en el ataque a la honra ajena, descendiendo hasta las intimidades de la vida privada y sin que nada fuese respetado; defendiéndose, como se defiende aún, encarnizadamente, con el augusto nombre de libertad de imprenta; la ley no tuvo pena alguna para delito tan feo; el rarísimo hombre público que acudió a ella en desagravio de la justicia y de la sociedad herida de muerte, no cosechó sino burla de los jueces y la conmiseración de los que le veían apelar a medio tan inútil; y un pueblo nuevo, de temperamento imaginativo, impresionable y apasionado, educándose sin interrupción en esa escuela abominable, perdió la repulsión natural y, antes bien, se aficionó a beber diariamente ese fermento envenenado de falsedades y pasiones viles [...] La difamación y la impostura se han hecho un vicio arraigado y común. Nuestro pueblo no tiene tendencia al asesinato; siente horror instintivo por él. No acontece lo mismo con la reputación; se ha habituado a lastimarla fácilmente" (Basadre, t. I, p. 75).

Sumario: 1. Introducción. a. Evolución legislativa. a) Constituciones. b) Convenciones internacionales. c) Legislación penal. d) Legislación sobre la prensa. b. Honor y libertad de expresión. c. Bien jurídico. a) Teoría efectiva del honor (*faktische Theorie*). b) Teoría normativa del honor. c) Criterio social. d) Criterio ético o personal. e) Criterio mixto. d. Titulares del derecho al honor. a) Persona física. b) Niños y enfermos mentales. c) Muertos y ausentes. d) Personas jurídicas. e) Colectividades sin personalidad jurídica. f) Autoridades. g) Familia - Ataques colectivos contra el honor. e. Clases de ataques contra el honor. f. Sistema legislativo. 2. Difamación. a. Tipo legal objetivo. a) Autor. b) Víctima. c) Comportamiento delictuoso. d) Medios. e) Hechos contrarios al honor. f) Consumación. b. Tipo legal subjetivo. c. Ilicitud. d. Prueba liberatoria. a) Introducción. b) Inadmisibilidad de la prueba liberatoria. c) Admisión de la prueba liberatoria. d) Ejercicio de la prueba liberatoria. e) Efecto de la prueba liberatoria. 3. Bibliografía sucinta.

1. Introducción

a. Evolución legislativa

La protección del honor mediante el derecho penal es y ha sido una cuestión bastante debatida. Esto se debe a los conflictos que se presentan respecto, en particular, a las libertades de expresión, de información, de comunicación. Otro factor decisivo es la índole claramente perjudicial que los ataques contra el honor tienen en relación con la persona misma de la víctima y de sus diversos intereses.

Esta problemática se refleja muy bien en la manera como sus presupuestos, manifestaciones y consecuencias han sido reguladas por el ordenamiento jurídico. La Constitución y los Convenios internacionales sobre derechos humanos y libertades fundamentales constituyen el marco en el que se deben interpretar y aplicar las disposiciones penales protectoras del honor de las personas. Este mismo marco condiciona el modo en que deben definirse en la ley los delitos contra el honor, fijar las penas, estatuir las circunstancias excusantes, regular la prueba liberatoria y decidir si la acción es pública o privada. Además la situación político-social, la concepción penal y la político-criminal imperantes juegan un papel decisivo.

a) Constituciones

En la Constitución de 1933 no existía referencia expresa al derecho al honor. A pesar de ello, se puede estimar que se le consideraba de manera implícita

en el artículo 63, dedicado a garantizar la libertad de prensa, en la medida en que se limitaba el derecho de emitir libremente ideas y opiniones por medio de la imprenta o de cualquier otro medio de difusión. Este derecho debía ejercerse, "bajo la responsabilidad que establece la ley". Por ejemplo, en las disposiciones represoras de los delitos contra el honor.

Se indicaba como responsables "al autor y al editor de la publicación punible". A los que se les obligaba, además, a responder solidariamente "de la indemnización que corresponda a la persona damnificada".

En el artículo 64, se estipulaba que los tribunales ordinarios conozcan en los delitos de imprenta.

El reconocimiento expreso de diversos derechos fundamentales tuvo lugar en la Constitución de 1979. En el artículo 1, inciso 4, se estatuyó, en primer lugar, que toda persona tiene derecho a las "libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra, el escrito o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización, censura ni impedimento alguno, bajo las responsabilidades de ley". Esta última parte recuerda lo dicho en el artículo 63 de la Constitución de 1933. En segundo lugar, que los "delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común". De esta manera, se declaraba expresamente lo que de modo implícito figuraba en la Constitución precedente. En tercer lugar, creaba una figura delictiva directamente referida a la protección de la prensa y que necesitaba ser establecida en una ley particular. Así, se calificaba de delito "toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente". Por último, se completaba la garantía fijada al inicio del inciso 4, fijando que los "derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación".

En el inciso 5 del artículo 1, se estatuyó que toda persona tiene derecho al "honor y la buena reputación a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen". Al mismo tiempo, se establecía el derecho de rectificación respecto a publicaciones hechas en cualquier medio de comunicación social. Se reconocía como titular de este derecho a toda "persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en su honor mediante esas publicaciones". Además, se estipulaba la gratuidad de la rectificación y no se excluía "la responsabilidad de ley", por ejemplo, penal o civil.

En la Constitución de 1993, artículo 2, inciso 4, se reproduce el artículo 1, inciso 4, de la Constitución de 1979. Lo mismo se hace en el artículo 2, inciso

7, con texto del artículo 1, inciso 5, de la Constitución precedente, salvo que, por un lado, se agrega el derecho a la voz, junto al de la imagen y, por otro, se precisa, además de la gratuidad de la rectificación, que esta debe ser "inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley".

Por último, hay que destacar que, en el inciso 3 del artículo 2, al tratar del derecho a "la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada", se establece que no "hay persecución por razón de ideas o creencias" y tampoco "delito de opinión".

b) Convenciones internacionales

Esta regulación constitucional es reforzada por la suscripción de las convenciones internacionales relativas a los derechos humanos. Señalemos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[1] y la Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José)[2].

En el primero, se menciona la honra y reputación cuando, junto a la vida privada, la familia, domicilio y correspondencia, se declara, en el artículo 17, que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales y que todos tienen derecho a ser protegidos por la ley contra dichos ataques e injerencias.

El derecho a la libertad de expresión es tratado en el artículo 19, inciso 2, por un lado, estableciéndose que nadie deberá "ser molestado a causa de sus opiniones" y, por otro, reconociéndose que toda persona tiene derecho a esa libertad y que esta comprende "la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección". En el inciso siguiente, partiendo de la constatación que este derecho implica "deberes y responsabilidades especiales", se afirma que puede ser objeto de ciertas restricciones, "que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley". Estas limitaciones son consideradas en la medida en que son necesarias para, en primer lugar, asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás y, en segundo lugar, la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

---

1 Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49. Versión en línea: http://bit.ly/1ENb3V0.

2 San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969. Versión en línea: http://bit.ly/1g6YYsT.

El Pacto de San José, con algunas variaciones, sigue la misma orientación. Así, en el artículo 11, inciso 1, se dice que toda persona "tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad". Estas expresiones contienen las mismas ideas de honra y reputación utilizadas en el Pacto Internacional sobre derechos civiles. Lo que es confirmado en el inciso 2 del mismo artículo, en el que se reproduce en cierta forma el artículo 17 de este último, en el que se hace referencia a ataques ilegales a la "honra o reputación".

En lugar de libertad de expresión, en el artículo 13 del Pacto de San José, se habla de libertad de pensamiento y de expresión, lo que hace posible suprimir la referencia a la opinión. Libertad que es definida en los mismos términos que en el Pacto Internacional. De manera más directa en el inciso 2 de esta disposición, se establece que "el ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley". Los fines de estas limitaciones indispensables son los mismos que los señalados en el Pacto Internacional.

El derecho de rectificación o respuesta es considerado de manera amplia en el artículo 14. Es considerado como titular toda persona "afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general". La rectificación debe efectuarse por el mismo órgano y conforme a las condiciones que establezca la ley. El responsable de la emisión de las informaciones ofensivas no será eximido de "las otras responsabilidades legales" por la publicación de la respuesta. Por último, se dispone que, para "la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial".

Las restricciones admitidas respecto al ejercicio del derecho a la libertad de expresión y de información, expresadas, en términos similares merecen ser criticadas por su vaguedad, debido a los excesos y manipulaciones que pueden producirse en su aplicación. Por esto no llama la atención que fórmulas semejantes sean empleadas en textos legales de corte autoritario. Así, por ejemplo, en el D. Ley N.º 18075, llamado Estatuto de la Libertad de Prensa, se hace referencia, por ejemplo, a que ese derecho de expresarse libremente debía ejercerse en concordancia con "la verdad y la moral, las exigencias de la Seguridad Integral del Estado y la Defensa Nacional, así como la salvaguarda de la intimidad y del honor personal y familiar".

A título de información y como referencia a cierta nueva orientación, que sin descuidar la protección tradicional del honor individual desarrolla una pers-

pectiva más orientada al tratamiento de las personas en las relaciones interpersonales, resulta conveniente presentar brevemente el caso europeo.

El artículo 10 de la CEDH garantiza la libertad de expresión, comprendida la libertad de información, como uno de los fundamentos esenciales del sistema democrático. Esta libertad debe ser, según la doctrina y la jurisprudencia de la Corte europea de derechos humanos, ejercida respetando los derechos de terceros y el interés de la colectividad. Los límites son establecidos por la ley y, en particular, por el Código Penal, el cual, mediante las disposiciones relativas a los delitos contra el honor, se dirige a proteger de manera eficaz las personas; sin embargo, por su severidad y aplicación amplia, pueden tener un efecto disuasivo sobre los individuos, en especial, sobre los periodistas y, así, restringir la libre discusión y difusión tanto de las ideas como de las informaciones.

Teniendo en cuenta esta realidad, la Corte Europea de Derechos Humanos, en una jurisprudencia uniforme y constante, ha fijado ciertas directivas para reforzar la garantía prevista en el artículo 10 CEDH y debilitar las consecuencias restrictivas de la legislación referente a la represión de los delitos contra el honor en relación con las libertades de expresión y de información.

En esta perspectiva, la política de los órganos de la Unión Europea se orientan hacía la abolición de las penas privativas de libertad en caso de difamación y contra el recurso inmoderado a las reparaciones civiles. Al mismo tiempo, teniendo en cuenta el peligro que implica el abuso de esas libertades, se considera indispensable incriminar la incitación pública a la violencia, al odio o a la discriminación, las amenazas contra personas o grupos de personas, en razón a su raza, color, lengua, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico, intrínsecamente destructores de los valores de pluralismo, tolerancia y apertura de espíritu promovidos por la CEDH y el Consejo de Europa. Finalmente, se promueve que las disposiciones relativas a los delitos contra el honor sean mejor redactadas para evitar su aplicación arbitraria, que mediante el derecho civil se proteja efectivamente la dignidad de las personas afectadas por la difamación y, por último, que sea abrogada toda protección privilegiada de las personalidades públicas.

c) Legislación penal

En el CP de 1924, bastante influenciado por el CP uruguayo, se preveían tres delitos contra el honor: la difamación, la calumnia y la injuria. Se les distinguía desde diversos aspectos.

En cuanto al comportamiento reprimido, la difamación consistía en atribuir a una persona, ante varias personas, un hecho, una calidad o una conducta. El referente a la injuria era, primero, precisado diciendo que no debería tratarse del comportamiento calificado de difamación y, segundo, se le describía como el hecho de ofender o ultrajar a una persona, de cualquier manera. Así, la injuria era concebida como un delito de resultado, mientras que la difamación era considerada como delito de peligro, en la medida que el hecho, la cualidad o conducta atribuida a la víctima debía ser capaz de perjudicar el honor o la reputación. Respecto al medio utilizado por el autor, en caso de difamación debía proceder de manera que pueda difundirse la noticia, o en documento público o por medio de impresos o publicaciones o prensa, o con escritos, caricaturas o en dibujos de cualquier género, divulgados o expuestos al público. Respecto a la injuria, la ofensa o humillación debía hacerse con palabras o con gestos o por vías de hecho. A diferencia de la difamación, la injuria no requería publicidad, de donde se deduce que podía consistir en la atribución de un hecho a condición que las palabras no se expresaran ante varias personas y de modo que puedan difundirse. Por tanto, la difamación no podía ejecutarse si se trataba solo de juicios de apreciación o estima. Con referencia a la víctima, solo eran consideradas como objeto de injurias las personas naturales, por el contrario podían ser difamadas las personas jurídicas y corporaciones.

La calumnia era concebida de manera totalmente independiente, por cuanto, primero, si bien consistía en atribuir una conducta a un tercero, como en la difamación, debería tratarse de un hecho punible; segundo, no requería la presencia de varias personas y la posible difusión, sino que se realizara ante una autoridad (bastando una persona). Por lo que se trataba, en gran parte de un comportamiento que también ponía en peligro el funcionamiento de la administración de justicia. Además, los hechos atribuidos por el difamador podían ser verdaderos o falsos, mientras que en la calumnia siempre son falsos, pues el calumniador debía saber que la imputación no era verdadera o no debía existir motivo que permitiese creer prudentemente en ella.

En ninguna de las tres descripciones de los delitos contra el honor se preveía como elemento constitutivo la presencia o ausencia de la víctima. Este factor es considerado, en algunas legislaciones, para distinguir la difamación de la injuria. Respecto a esta última, se prevé la presencia de la víctima; en caso de difamación, esta debe estar ausente. No está de más recordar que, para subrayar la distinción de ambas figuras, en el CP de 1924, en el tipo legal de la injuria, se decía expresamente: "fuera de los casos de difamación". No sucede lo mismo en el Código vigente, pero se deduce de los textos mismos de las disposiciones legales.

Las expresiones ofensivas proferidas por los litigantes, apoderados o defensores, en los escritos, discursos, informes o actuaciones producidos ante los jueces, solo excluían la represión penal en caso de injurias y no de difamación. Se les calificaba de faltas disciplinarias que debían ser corregidas de acuerdo con las leyes de procedimientos.

Respecto a ambos delitos (por su índole misma la calumnia no entraba en consideración), se excluye la prueba de la verdad o la notoriedad de los hechos. La exclusión era absoluta en relación con la injuria, pues los juicios de valor no son verdaderos ni falsos. Por el contrario, se admitían excepciones en cuanto a la difamación: que el ofendido fuese funcionario público, que por los hechos atribuidos hubiese proceso abierto, que el autor hubiese obrado por interés general o defensa propia y si la víctima exige que el proceso siga para probar la verdad o la falsedad de los hechos que le atribuye el autor. Pero, esta prueba no era admitida en ningún caso sobre imputación de cualquier hecho punible que hubiese sido materia de absolución definitiva en el Perú o en el extranjero y sobre cualquier imputación que se refiera a la vida conyugal, o la vida familiar, o a un delito contra las buenas costumbres que no pueda perseguirse por acción pública o cuya persecución dependa de instancia privada.

La posibilidad de eximir de pena, en caso de ofensas reciprocas, a ambas partes o a una de ellas era admitida únicamente para las injurias. Pero, en ambos delitos las formas encubiertas eran tratadas como manifiestas, si el acusado, en juicio, rehúsa a dar explicaciones satisfactorias.

La represión de los tres delitos contra el honor requería la iniciativa del agraviado (querella). Sin embargo, las penas eran diferentes. La difamación y la injuria con pena de prisión o multa, con mayor severidad para la primera. La calumnia solo con pena de prisión.

En el CP de 1991, se mantienen las tres figuras delictivas; pero son reguladas en orden diferente. La injuria del tercer lugar pasa al primero y la difamación es colocada en su lugar. La calumnia, antes la última, es colocada entre las otras dos. Esto se debe quizás a que se considera a la injuria como la figura general, a la calumnia como una forma agravada por no ser más concebida como acusación o denuncia calumniosa sino como la atribución falsa de un hecho punible y así mismo a la difamación en razón de la circunstancia de la difusión de la noticia. Salvo la modificación de la definición de la calumnia, las descripciones de la injuria y de la difamación restan las mismas. Sin embargo, dos cambios son efectuados, el primero concierne la exclusión de las personas jurídicas y corporaciones como víctimas de difamación y, el segundo, la incorporación de dos circunstancias agravantes relativas también a este delito, consistentes, por un

lado, en la imputación de un hecho delictuoso falso y, por otro, a la comisión por medio del libro, la prensa u otro medio de comunicación social (esta última por mandato de la Constitución de 1979).

A la excusante referida a obrar en defensa en el marco de un proceso, se agregan los casos, en primer lugar, de expresiones constituyendo críticas literarias, artísticas o científicas y, en segundo lugar, de apreciaciones o informaciones realizadas por un funcionario en ejercicio de sus obligaciones.

Se prevén, también casi en los mismos términos, las injurias recíprocas y la acción privada para reprimir los delitos contra el honor. Sin embargo, la regulación del caso de la víctima fallecida es menos claro, en la medida que las hipótesis del agravio cometido estando aún vivo el agraviado y del ataque a la memoria de este último solo se deducen de la expresión "podrá [la acción privada] ser promovida o continuada por el cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos". Una novedad es la aplicación de esta regla a los casos de víctimas presuntamente muertas o declaradas judicialmente ausentes o desaparecidas.

La prueba liberatoria es regulada de manera más restringida porque solo se hace referencia a la veracidad de las imputaciones y no a la notoriedad de los hechos (prueba de la buena fe). Los casos de admisibilidad de la prueba son los mismos que los del CP de 1924, así como los de inadmisibilidad. Entre estos, la regulación de la exclusión respecto a hechos personales ha sido simplificada, al mencionarse, de manera general, la intimidad personal o familiar, o a un delito de violación de la libertad sexual que requiere acción privada.

Las penas previstas en el CP de 1991 son diferentes y relativamente más severas respecto a la difamación. Para este delito se prevé pena privativa de libertad y multa, tanto para la figura simple como para las agravadas. La injuria es sancionada con pena de prestación de servicio comunitario o multa. La represión de la calumnia, debido al cambio de su índole, es fijada solo a la pena de multa.

La versión original del Código ha sido modificada en varias ocasiones, generalmente, en función de criterios autoritarios, sobre todo en relación con la libertad de prensa, aspecto que presentaremos al analizar los elementos del tipo legal.

d) Legislación sobre la prensa

En los considerandos del denominado Estatuto de la libertad de prensa (D. Ley N.º 18075), se invocaban las normas constitucionales referentes a la garantía de la libertad de prensa y a la libre emisión del pensamiento (sujetas a la

responsabilidad que establece la ley) (artículo 63). Se defendía la competencia de los tribunales ordinarios para conocer los delitos de imprenta (artículo 64). Así mismo, se argumentaba que era necesario expedir normas legales para adecuar la libertad de prensa "a las actuales aspiraciones de la comunidad europea"; que la prensa debe orientar la opinión pública con honestidad "para contribuir a formar una verdadera conciencia nacional"; que "es indispensable la dación de un Estatuto de Libertad de Prensa inspirado en la idea de lograr el cabal ejercicio de la libertad de la persona para la expresión de su pensamiento, en armonía con las exigencias del bien común, la paz y solidaridad sociales". Además, se señalaba la comisión frecuente de difamaciones calumniosas "que no deben hacerse impunemente en nombre y al amparo de la libertad de prensa porque esta no puede ni debe ser empleada para atentar con la dignidad y el honor de las personas, así como contra el respeto que se debe al público lector". De donde se concluía que era imperioso precisar el artículo 1 de la Ley N.º 1039, en cuanto se refiere a que el derecho a la emisión libre de las ideas y opiniones por medio de la prensa se ejerce "bajo la responsabilidad que establece la ley".

Esta fraseología aparentemente dirigida a fomentar y proteger la libertad de expresión ocultaba la real orientación autoritaria del mencionado Estatuto. Lo que se revela ya en el hecho que seguía de cerca los criterios admitidos en la Ley N.º 9034, dictada durante el gobierno dictatorial de Oscar R. Benavides. En lo que respecta a los delitos contra el honor, merecen destacarse algunas disposiciones.

En el artículo 2, se disponía que la libertad de expresión "no tendrá más limitación que el respeto de la ley, la verdad y la moral, las exigencias de la Seguridad Integral del Estado y la Defensa Nacional, así como la salvaguarda de la intimidad y del honor personal y familiar".

Como infracciones contra el ELP, figuraba en el artículo 26, inciso c, la difamación: hecho de "atribuir a una persona natural o jurídica, un hecho, una cualidad o una conducta que perjudique el honor o la reputación de la primera o de las personas que componen o representan a la segunda". Se agravaba la pena cuando el perjudicado fuera una "autoridad, entidad pública o Institución Oficial". Con ello se extendía el tipo básico al considerar como víctimas a las entidades colectivas; pero, incoherentemente, solo las de orden público.

No se preveía la *exceptio veritatis*, lo que llevaba a plantearse la cuestión de si debía aplicarse la correspondiente disposición del CP.

El D. Ley N.º 20680, denominado Estatuto de Prensa del Gobierno Revolucionario de las FFAA, por el que se expropiaron los periódicos y se estableció

un nuevo ELP, contenía en su parte introductiva la declaración siguiente sobre los fines de los periódicos: "[...]sin desmedro de las funciones generales que les son propias, contribuyan activamente, con el inmenso poder que su misma naturaleza les otorga, al esfuerzo de construcción de una sociedad libre y solidaria en que todo hombre y todos los hombres puedan realizarse". En su artículo 1, se manifestaba que el "Estado reconoce, respeta y garantiza el derecho de los órganos de prensa a informar y opinar libremente". Declaración que se explica, en el marco de la concepción de sus autores, porque se partía de la idea que los órganos periodísticos no debían estar en manos de grupos privados de poder (de allí la expropiación) ni en las del Estado (por lo que deberían ser entregados a "sectores organizados de la población").

La libertad de publicar informaciones, expresar ideas y formular juicios o apreciaciones críticas, sin consulta previa ni censura, era limitada diciéndose que no se debían transgredir "los límites señalados por el respeto a la ley y a la moral en general, y especialmente a la verdad de los hechos y al honor e intimidad personales y familiares". Los responsables de las trasgresiones debían ser sancionados por los tribunales ordinarios y con arreglo a las disposiciones del presente Estatuto".

Entre los delitos, en el artículo 40, inciso c, se preveía la difamación, la cual era descrita, y se preveía la misma circunstancia agravante que en el artículo 26, inciso c, del D. Ley N.º 18075.

En el D. Ley N.º 22244, artículo 30, inciso c, se previó la difamación en los mismos términos que en el artículo 26, inciso c, del D. Ley N.º 18075, pero sin retomar la circunstancia agravante relativa a que el ofendido sea una "autoridad, entidad pública o Institución Oficial". De modo que se dejaban de considerar a las entidades colectivas como víctimas de difamación.

En el D. Ley N.º 22339, del 14 de noviembre de 1968, al afirmar que "es necesario velar y cautelar la integridad y prestigio de los Institutos de las Fuerza Armada y Fuerzas Policiales", se modifica el CJM, artículo 101, previendo la represión con pena de prisión a los que "cometen delito de ultraje contra los Institutos Armados y Policiales, sus Organismos Conjuntos, sus Comandos o sus representantes, quienes de cualquier manera o por cualquier medio los ofenden o injurien públicamente". Además, en el artículo 103, se dispuso que los responsables "serán perseguibles en el Fuero Penal Militar sea el infractor militar o civil, no procediendo en ningún caso libertad provisional [...]".

Por el D. Ley N.º 22633, se modificó el artículo 187 y se dispuso que los responsables sean reprimidos por los jueces ordinarios. La descripción de la di-

famación fue modificada en el sentido de que la noticia ofensiva debe hacerse ante varias personas y de modo que pueda difundirse "por medio de impresos o publicaciones o prensa, o con escritos, caricaturas o dibujos de cualquier género, divulgados o expuestos al público". Además, se indicó como víctimas a las personas naturales o jurídicas o corporaciones. En cuanto al contenido de la declaración difamatoria se establecía que debía atribuirse un hecho, una cualidad o una conducta "que pueda perjudicar el honor o la reputación de ellas o de las personas que los componen o representan".

Todo otro hecho de ofender o ultrajar a las mismas víctimas era considerado como injuria. La represión era más severa si se trataba de autoridad, entidad pública o institución oficial.

Mediante el D. Ley N.º 23321, se agregó al artículo 195 del Código Penal un párrafo en el que se prevé que si "los delitos tipificados en los artículos 187 y 188 fueran perpetrados por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social, el autor será reprimido con prisión no mayor de dos años".

En la Ley N.º 26775, artículo 1, se dispuso que "Toda persona natural o jurídica, afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social, tiene derecho a que este las rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley".

Esta disposición fue modificada mediante la Ley N.º 26847. En su artículo 2, se estableció que "la persona afectada o, en su caso, su representante legal, ejercerá el derecho de rectificación mediante solicitud cursada por conducto notarial u otro fehaciente al director del órgano de comunicación y a falta de este a quien haga sus veces, dentro de los quince días naturales posteriores a la publicación o difusión que se propone rectificar.

b. Honor y libertad de expresión

La libertad personal debe ser respetada por constituir una garantía de las demás libertades, indispensables para el desarrollo de la personalidad. La protección de esta última tiene como fundamento la dignidad humana. El honor, por su parte, es un factor importante dentro de este marco de libertades fundamentales.

Una de las funciones del Estado de derecho es la protección de la personalidad, la libertad y el honor. En el ejercicio de esta función, se presentan innumerables conflictos, por lo que se deben establecer, en especial por parte del legislador y de los jueces, criterios para resolverlos.

En cuanto a la protección del honor, conviene recordar que, desde la Revolución Francesa, la libertad de expresión fue expresamente considerada como uno de los derechos humanos. En el artículo XI de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, se estatuyó que: "La libre comunicación de las ideas y opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre. Todo ciudadano puede, por tanto, hablar, escribir, imprimir libremente, a condición de responder por el abuso de esta libertad, en los casos determinados por la ley".

Posteriormente, este derecho fue previsto de la misma manera en las constituciones de numerosos países y en gran parte de las convenciones internacionales. Por ejemplo, en la CEDH, artículo 10, se dispone lo siguiente: "Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin injerencia de las autoridades públicas y sin consideración de fronteras [...]".

Los diversos productos de la actividad intelectual pueden ser comunicados a terceros por todo medio tradicional (la palabra oral o escrita) o moderno (radio, televisión, Internet, etc.). Estos medios pueden ser utilizados por todos, pues la libertad de expresión corresponde a toda persona.

El término opinión debe ser interpretado de manera amplia, de modo que comprenda tanto "los productos del pensamiento racional" como "las manifestaciones del pensamiento que, sin resultar de un proceso de reflexión, constituyen en todo caso críticas respecto a determinados hechos y ciertas circunstancias".

Sin embargo, el ejercicio de la libertad de expresión puede poner en peligro o perjudicar el honor de las personas. De allí, la importancia de precisar los límites de la libertad de expresión en relación, sobre todo, con la necesidad de proteger el honor, la dignidad de las personas. Si bien hay que admitir que la libertad de expresión, elemento indispensable para el ejercicio pleno de la democracia, requiere un "tratamiento privilegiado de parte de las autoridades", esto no implica que se deba reconocer la prioridad de este derecho sobre el honor, ni lo contrario. Cuando estos derechos fundamentales *prima facie* entran en conflicto, la solución debe encontrarse teniendo en cuenta las circunstancias particulares de la situación concreta. Con este objeto, se recurre al denominado criterio de la interacción (*Wechselwirkungslehre*) y al principio del equilibrio de intereses (*Abwägungsprinzip*).

c. Bien jurídico

La noción de honor y los límites de su protección han evolucionado de acuerdo con las variaciones de las concepciones sociales y morales vigentes en las

diversas etapas del desarrollo de la sociedad. El problema central ha sido siempre la determinación del contenido y de la amplitud de la noción de honor. Por ejemplo, en el derecho germánico, en oposición al derecho romano, se consideraba al honor como un bien jurídico autónomo que debía protegerse mediante reglas especiales. Las dificultades de establecer una noción de honor se explican, quizás, por el carácter específico de honor, valor personal, e, igualmente, por la imprecisión relativa de la noción de bien jurídico.

a) Teoría efectiva del honor (faktische Theorie)

Según esta concepción, el honor está conformado, por un lado, por la opinión que los demás tienen de una determinada persona (honor externo) y, por otro, por la opinión que esta tiene de sí misma (honor interno). Respecto al primero, se habla de reputación y, al segundo, de sentimiento de honor. Mediante esta teoría, se busca comprender el honor en su "existencia real". Es decir, aprehenderlo por la observación de los fenómenos de orden psíquico, sin recurrir a criterios axiológicos. El factor decisivo sería, entonces, el fenómeno psicológico de orden individual (la estima de sí mismo) o de orden colectivo (la manera como los otros miembros de la comunidad perciben una persona determinada). Sin embargo, nada se dice del barómetro utilizado para medir el valor de cada uno de los miembros de la sociedad.

El "sentimiento de honor", llamado también honor subjetivo, solo se refiere parcialmente a la realidad. La persona es una unidad compleja, cuya existencia individual supone, necesariamente, su pertenencia a un grupo social en el interior del cual ella desarrolla su personalidad mediante la creación y el fortalecimiento de las relaciones con los otros miembros de la comunidad. Resulta, por tanto, artificial concebir al honor como puramente psicológico.

Esta idea de honor subjetivo presenta otros inconvenientes de importancia práctica innegable. Primero, calificar un acto de ataque al honor dependería de la "víctima" misma, ya que el honor subjetivo es la autoestima. El derecho penal tendería así a proteger la susceptibilidad (aún extrema) de las personas. Segundo, la protección penal no protegería a aquellos que carecen de la capacidad de tener el sentimiento de su propia valía debido a la edad (infantes) o estado mental (enfermos mentales).

La consideración o reputación es llamada también honor objetivo porque no forma parte del mundo interno de la persona concernida, quien es más bien el objeto de juzgamiento de terceros (fenómeno social de índole psicológica). Esta opinión colectiva puede ser, sin embargo, incorrecta, ya que dicha persona

no merece necesariamente la buena o mala opinión que los demás pueden tener de ella. La persona que participa a varios grupos sociales puede ser objeto de apreciaciones diversas y hasta contradictorias. Su participación activa en la vida comunitaria favorece las apreciaciones, positivas o negativas, de los demás. Por el contrario, el individuo que se aísla o interviene poco en la vida social, puede pasar desapercibido y, así, no sería objeto de una buena o mala reputación. En consecuencia, las personas que gozasen de una excelente reputación merecerían mayor protección penal. De modo que, por todas estas razones, la teoría efectiva del honor resulta inaceptable.

b) Teoría normativa del honor

En consideración a que la perspectiva del derecho, en particular del derecho penal, es sobre todo de índole normativa y ante el fracaso de la concepción fáctica, se ha tratado de comprender el honor como el valor que la persona posee como tal; valor que corresponde a todo individuo por el hecho de pertenecer a la especie humana. Se trata de una calidad única que no es factible de ser apreciada de manera gradual.

Así y de manera más amplia, hay que admitir que toda persona es titular de derechos fundamentales. Los mismos que tienen tres aspectos comunes, que permiten caracterizar a la persona como tal. El primero es la inviolabilidad que prohíbe imponer a la persona sacrificios con el único objetivo de beneficiar a terceros; el segundo es la autonomía de la persona para proseguir proyectos de vida y realizar ideales escogidos libremente; por último, la dignidad humana que exige se trate a las personas según sus actos voluntarios y no en consideración a circunstancias que escapan a su control.

La dignidad de la persona es el criterio central de esta concepción, denominada normativa. Ella supone la autonomía de la persona; dicho de otra manera, la existencia de un espacio indispensable para su desarrollo y que le permita mantener y ampliar sus relaciones con los demás miembros de la comunidad. Esta esfera de autonomía implica el reconocimiento y el respeto de la persona misma y, por tanto, de su dignidad. De manera, que las personas se caracterizan, en tanto individuos capaces de ser conscientes de su identidad, de ser titulares de intereses y de regular sus actividades de acuerdo con sus juicios de valor.

Los sostenedores de esta concepción normativa son contestes en cuanto a los criterios expuestos, en particular con el de la dignidad humana; pero sus opiniones divergen en cuanto a qué aspecto de la persona debe ser tomado en consideración para basar la noción de honor.

c) Criterio social

Algunos defensores de la teoría normativa estiman que es indispensable examinar la manera como la persona, como miembro de un grupo social y conforme a su capacidad, cumple los deberes sociales impuestos por este grupo (concepción social). Este criterio resulta deficiente por permitir concebir que toda comunidad, aún aquellas contrarias al orden jurídico (mafia, asociaciones criminales), son fuentes de honor y, además, que este depende de la capacidad individual para cumplir los deberes sociales (el individuo rico e inteligente sería superior al pobre y rústico, ya que estaría más capacitado para efectuar las tareas sociales).

d) Criterio ético o personal

En contra de la concepción social, la teoría ética o personal considera solo el valor de la persona para concebir la noción de honor, el que estaría constituido por la pretensión al respeto, fundado, esencialmente, en la condición de persona humana; en otras palabras, toda persona, aún la más vil, es titular del honor, en cuanto este se basa en la dignidad humana.

Este criterio no es conforme a la realidad, pues tiene en consideración solo el aspecto moral (en tanto que persona honesta, honorable) de la persona. Ahora bien, a veces es mucho más grave reprochar a una persona la violación de un deber social que imputarle el incumplimiento de un deber moral.

e) Criterio mixto

Las insuficiencias de los dos criterios antes explicados (social y ético) han llevado a los juristas a buscar una solución ecléctica, cuyo punto de partida sigue siendo la noción de dignidad de la persona. Sin embargo, esta dignidad no es considerada como el objeto de la inmediata protección penal, sino que tienen en cuenta más bien el respeto de la dignidad humana, condición indispensable al desarrollo de la personalidad del individuo. Este tiene derecho al respeto necesario para poder sentirse cómodo en la comunidad y mejorar sus relaciones con los demás miembros del grupo social. Este derecho implica que estos últimos se abstengan de ignorar o violar el respeto a que tiene derecho.

El honor no puede ser entonces percibido de manera unilateral. Hay que considerar la dignidad de la persona como tal, así como las relaciones sociales que establece con los demás miembros de la comunidad. El honor se basa, así,

sobre el respeto recíproco que deriva precisamente de la dignidad inherente a toda persona.

El fin de la protección penal consiste en preservar el respeto de la persona concernida, la cual goza, en cuanto tal, de un valor social completo. Su condición de persona prohíbe toda manifestación de desprecio inspirado en la salud física o mental, de la imagen física, del origen social o de la fortuna. Los atentados contra el honor consisten en la violación del respeto que merece una persona, sea el hecho de imputar a esta un comportamiento deshonesto (comisión de un delito), de afirmar que es anormal (psicópata), de tratarla de bastarda o mendiga, o aún de compararla a un animal (cerdo, asno).

La violación del respeto que merece una persona puede tener como contenido un alegato o un reproche formulado en la forma que estos asumen o a las circunstancias en las que son expresados.

La concepción normativa puede ser resumida, en particular en la perspectiva mixta, en los siguientes tres aspectos: primero, afirma que toda persona tiene derecho al respeto que brinda su calidad de persona; segundo, el honor así concebido no constituye una característica de la persona susceptible de aumentar (el hecho de que una persona pueda o deba ser honrada en consideración de su inteligencia, coraje o santidad, no es objeto de la protección penal); y, tercero, la presunción de honor merecido hace indispensable y oportuno el reconocimiento más amplio del derecho a aportar la prueba de la veracidad de las alegaciones formuladas o de la buena fe .

d. Titulares del derecho al honor

a) Persona física

Desde la perspectiva del criterio de que el honor es atributo de las personas por el simple hecho de pertenecer a la especie humana, solo estas son titulares del bien jurídico honor. Esta exclusividad es afirmada en particular por la teoría efectiva del honor, en especial cuando se habla de honor subjetivo o sentimiento de honor. Por el contrario, la concepción normativa, en algunas variantes, admite que también lo sean las colectividades (personas jurídicas, entes colectivos sin personalidad jurídica, autoridades, familia).

Fuera de la afirmación general referida a las personas físicas y basada en el criterio de la igualdad y en la prohibición de menospreciarlas, se discute mucho sobre la capacidad de algunas de estas personas para ser víctimas de los ataques contra el honor. Se trata de aquellas que no pueden comprender

los alcances de las alegaciones expresadas en su agravio o de no poder cumplir tanto con los deberes morales como sociales: por ejemplo, los niños, los enfermos mentales. Así mismo, la cuestión se plantea respecto a las personas fallecidas o desaparecidas.

b) Niños y enfermos mentales

Si se sigue estrictamente la noción subjetiva de honor (sentimiento interno de una persona sobre su propio valor o de los otros sobre una persona en particular), se debería admitir que los niños de poca edad o algunos enfermos mentales no pueden ser víctimas de ataques contra el honor, ya que no son conscientes de su propia estima y ni pueden ser objeto de juicios de valor de la parte de terceros (ausencia de reputación). Para no llegar a esta conclusión –sin dejar de lado la teoría subjetiva–, se debería argumentar que los delitos contra el honor son delitos de peligro abstracto y, por tanto, es superfluo constatar que el honor ha sufrido un perjuicio real para afirmar la consumación del delito.

Más conforme a la realidad e igualmente más eficaz para proteger el respeto de la dignidad de la persona, la concepción normativa del honor –determinando el titular del derecho al honor sin considerar su capacidad de discernimiento o capacidad de actuar– permite afirmar sin dificultad que toda persona puede ser víctima de atentados contra el honor. Esta afirmación no significa, sin embargo, que no se tengan en cuenta las características específicas de los niños y enfermos mentales al momento de determinar la comisión de dichas infracciones. En cada caso, debe precisarse, de manera necesaria, si las alegaciones expresadas eran propias para perjudicar el honor de la persona concernida y de saber, por ejemplo, si esta debía cumplir el deber que le reprochan haber violado. En efecto, un mismo acto puede tener consecuencias diferentes según la edad de la víctima. Por ejemplo, podría estimarse que respecto a un niño de siete años, a quien le reprochan de haber expresado propósitos inmorales o dibujado imágenes indecentes, este reproche no era apropiado para hacerlo despreciable por parte de terceros.

c) Muertos y ausentes

En principio, por la manera de definir el honor y de describir los delitos contra el honor, se puede pensar que solo las personas vivas pueden ser víctimas de estos delitos. Esto es correcto en la mayor parte de los casos, por lo que el artículo 195 solo tiene una importancia limitada.

De acuerdo con el segundo párrafo de esta disposición, "[si] la parte ofendida falleciera antes de haber formulado la querella o durante el juicio, o si los mencionados delitos hubieran sido cometidos contra la memoria de una persona fallecida, presuntamente muerta o declarada judicialmente ausente o desparecida, la querella podrá ser deducida o continuada por el cónyuge, por los ascendientes o los hermanos". En la hipótesis de fallecimiento de la víctima antes de querellarse o durante el juicio, la ofensa ha sido cometida directamente a la víctima cuando aún estaba en vida. En este caso, la regla da respuesta a un problema de índole procesal. En las demás hipótesis, se plantea la cuestión de si el honor de la persona subsiste después de su fallecimiento y, por tanto, si podría ser objeto de agresión. El problema es resuelto reemplazando el honor por la memoria del muerto, esta sería el objeto contra el que el agente comete el acto y no el honor del fallecido.

Memoria significa, en general, "recuerdo que se hace o aviso que se da de algo pasado". En el contexto del artículo 195, significa "recuerdo que se tiene o conserva de la persona fallecida". Si lo que se ofende es esta "memoria" de la persona muerta, hay que admitir que las personas muertas no son consideradas como víctimas de los delitos contra el honor. Las víctimas serían, en realidad, su cónyuge, ascendientes o hermanos, en la medida que el respeto que merecen es cuestionado por el maltrato del honor que tuvo el muerto. Los efectos del ataque contra el recuerdo del deudo repercuten en el respeto que merecen su cónyuge, ascendientes y descendientes.

La misma solución se da en los casos de personas respecto a las que han sido, judicialmente, declaradas ausentes o desaparecidas. Esta situación particular no debe obrar en detrimento de dichas personas y, por tanto, sus derechos deben ser protegidos. En la medida en que se les considera aún vivas y, por tanto, subsistente su honor, se justifica plenamente esta solución. Esta disposición va más allá de lo dispuesto en el artículo 47 del CC, ya que atribuye el derecho a querellarse a las personas mencionadas y no exige que lo haga el curador; a quien la regulación civil le atribuye poder solo para administrar el patrimonio del ausente.

Una comprensión diferente puede realizarse si es que el término "memoria" es considerado como una manera de designar el honor que subsiste respecto a las personas fallecidas. En esta perspectiva, no sería necesario desplazar el objeto de la infracción hacía el honor del cónyuge, ascendiente o descendiente de la persona fallecida o declarada ausente. Las relaciones de afección que guardan los familiares no pueden justificar la represión penal. Así mismo, habría que considerar que el ataque contra el fallecido solo en apariencia constituiría una agresión indirecta contra los familiares, pues las alegaciones o hechos pueden cuestionar también el respeto a la dignidad que estos merecen directamente.

Admitir que los muertos también pueden ser víctimas de los delitos contra el honor supone aceptar que el término de la personalidad por el fallecimiento no implica, necesariamente, la desaparición de la protección de todos los intereses del óbito y, en especial, del respeto al honor (junto al derecho al cuerpo, la imagen y la vida privada). Ante la imposibilidad de reaccionar personalmente, el legislador reconoce estos derechos a los próximos, aun cuando no sean inmediatamente afectados en su honor. De modo que las afirmaciones difamatorias afectan el honor de una persona fallecida, pues el derecho a que se respete su honor subsiste más allá de su existencia física. En contra de este criterio, se considera, por el contrario, que los muertos no pueden ser, ni teórica ni materialmente, víctimas de delitos contra el honor, por ello se considera más bien que los familiares devienen en los titulares como si lo recibieran por "herencia". Su derecho a querellar se basaría entonces por estar directamente concernidos por la difamación, calumnia o injuria.

Ante estas dificultades, quizás la solución del legislador peruano sea preferible por su carácter pragmático. Así, se evita no recurrir a ficciones y, en consecuencia, admitir la persistencia de la reputación del muerto en la memoria tanto de sus familiares como de la colectividad.

d) Personas jurídicas

A diferencia del CP de 1924, el texto legal vigente se refiere a "persona", sin mencionar a las personas jurídicas y a las corporaciones. Ello podría ser interpretado, por un lado, de manera restringida en el sentido de solo comprender a las personas físicas como víctimas de la difamación; por otro lado, sin embargo, puede entenderse que el término "persona" también abarca las personas jurídicas. La primera interpretación se basa en la concepción que considera como sujetos de derecho penal solo a las personas naturales y que estima que, únicamente, se puede hablar de honor o reputación como atributos fundados en la dignidad propia de toda persona en tanto que es ser humano. La segunda, es conforme a la idea de reconocer a las entidades colectivas como participantes activas y responsables en la vida comunitaria y, por tanto, titulares de derechos y obligaciones, de modo que, por la manera cómo intervienen colectivamente en la vida, sobre todo, económica y financiera de la comunidad, gozan de una reputación, la misma que también merece protección. El fin, respecto a las personas jurídicas, es garantizar penalmente el derecho a la estima cuya existencia es determinada por la actitud de sus órganos. Tercero, en la medida en que las personas jurídicas no solo tienen un carácter económico, esta estima representa un bien perteneciente a la persona jurídica, distinto a la reputación de sus miem-

bros y, en consecuencia, no presupone la existencia de estos. Los intereses de la persona jurídica no son solo de orden económico, sus actividades, sobre todo en el plano social, la conciernen en tanto colectividad y goza de cierta reputación, la cual merece ser protegida al mismo título que la honorabilidad de las personas físicas.

Restringir este solo al aspecto económico no es conforme al papel efectivo de las personas jurídicas en la sociedad. Estas desarrollan múltiples actividades en los ámbitos económico, social y cultural, de modo que deben hacerlo de manera correcta y seria. Esto es facilitado mediante el reconocimiento de un derecho a la protección de las calidades que les permiten lograr sus objetivos sociales. La reputación de las personas jurídicas puede ser afectada sin que la de sus miembros lo sea necesariamente. Según este criterio, el honor de las personas jurídicas consiste "en el reconocimiento del conjunto de su personalidad".

Si bien esta concepción es de *lege lata* la preferible, la evolución de la legislación se ha orientado de manera clara a no considerar los entes colectivos, privados o públicos, titulares del bien jurídico honor. En el tipo legal de la difamación se ha suprimido toda referencia expresa a las personas jurídicas y corporaciones, como se hacía en el artículo 187 del CP 1924. Además, se ha suprimido la circunstancia agravante consistente en difamar una autoridad, entidad pública o institución oficial.

La exclusión es evidente en el caso de la calumnia en la medida en que a las personas jurídicas no se les imputa responsabilidad penal; delito que consiste, precisamente, en imputar falsamente un delito a un tercero. También se confirma la exclusión, aunque de manera menos clara, en cuanto a la injuria debido a que, por ejemplo, las personas jurídicas no pueden ser objeto de "vías de hecho", uno de los medios para injuriar indicado por la ley.

e) Colectividades sin personalidad jurídica

Con diversos argumentos se ha afirmado que respecto a estas colectividades no se puede hablar de que tengan honor. Aunque algunas veces, se ha sostenido lo contrario afirmando que ellas también cumplen tareas sociales, económicas, culturales, reconocidas jurídicamente. En la práctica, esta divergencia de opiniones tiene un alcance limitado. Si una colectividad es objeto de acto "difamatorio o injurioso", normalmente alguno de sus miembros puede sentirse afectado. De *lege lata*, la cuestión estaría resuelta por el hecho de que no tienen la calidad de ser parte en un proceso y por tanto no pueden querellarse.

f) Autoridades

No merecen protección especial las personas que ocupan un cargo público, por el simple hecho de ejercerlo. Un criterio opuesto era admitido en el CP de 1924, ya que, en el artículo 187, segundo párrafo, se agravaba la pena cuando el ofendido era una autoridad, entidad pública o institución oficial. Con buen criterio, se ha abandonado así el tradicional criterio relativo a los denominados atentados de "lesa majestad". Así, por ejemplo, manifestar que el Ministerio de la Defensa padece de corrupción crónica no constituye un ataque contra el honor. Pero es posible, sin embargo, admitir que, según las circunstancias, alguno de los miembros de esta entidad pueda ser afectado individualmente por dichas afirmaciones.

g) Familia-Ataques colectivos contra el honor

Si a las agrupaciones de personas, como tales, no se les reconoce un derecho al honor, se acepta sin más que sus miembros individuales puedan ser víctimas de ataques contra el honor cuando las afirmaciones tengan como objetivo la agrupación en general a la que pertenecen. Para esto es indispensable que varios individuos sean designados en bloque, de manera clara, mediante un nombre común. El individuo que pretende ser afectado en su honor debe ser suficientemente reconocible, aun cuando no sea expresamente nombrado. Basta que las circunstancias permitan identificarlo como el destinatario. No es suficiente, por ejemplo, que se diga "todos los comerciantes son ladrones". Estas expresiones se refieren más a ideas, opiniones, que a individuos concretos. La situación es más clara cuando se designa un grupo determinado o un número limitado de sus miembros.

Sin discusión se admite, igualmente, que la familia o el clan, como tal, no benefician de la protección penal contra atentados que afectarían un supuesto honor colectivo. Siempre se trata de un honor individual (aun en los sistemas en que se admite que las personas jurídicas son titulares del honor). Pero, también uno de sus miembros puede ser objeto de un ataque contra su honor encubierto mediante afirmaciones hechas respecto a su familia.

e. Clases de ataques contra el honor

El honor puede ser lesionado o puesto en peligro mediante la expresión de alegaciones sobre hechos o juicios de valor. Mediante las primeras, se afirma que una persona se ha comportado de una manera determinada (robado una cosa o comercializado drogas) o que se encuentra en una situación determinada (afectado por una enfermedad venérea). De tales afirmaciones se deduce que se ha atentado contra el honor de la persona concernida.

Por juicios de valor, se comprende el hecho de manifestar desprecio o desdén en relación con una persona (calificarlo de deshonesto, bestia). El autor expresa así de manera concluyente su opinión peyorativa sobre la víctima. No es, sin embargo, indispensable que la expresión revista la forma de un "juicio" propiamente dicho, ya que puede expresarse mediante un acto insultante.

No se trata de una distinción puramente teórica, sino que tiene consecuencias prácticas importantes, ya que la difamación solo puede ser cometida mediante alegaciones sobre hechos. Es, por tanto, decisivo determinar, por ejemplo, si el hecho de calificar (en el sentido de atribuir una cualidad: artículo 187 CP) a alguien de "ladrón" o de "estafador" constituye una simple apreciación de valor o la imputación referente a la comisión de hurtos o de estafas.

El autor puede, de esta manera, afectar el honor de la víctima expresando juicios de valor mixtos, consistentes en apreciaciones de valor estrechamente relacionadas con una referencia a hechos. Constituyen, una abreviación, una generalización hecha a partir de una alegación más precisa (por ejemplo, él ha cometido un robo, por tanto es un ladrón). En principio, los juicios de valor mixtos deben ser considerados como alegaciones sobre hechos.

f. Sistema legislativo

Los artículos 130 a 138 se refieren a los delitos contra el honor. Las figuras delictivas son tres: las injurias (artículo 130), la calumnia (artículo 131) y la difamación (artículo 132). En los artículos 136 y 137, se prevén, por un lado, la difamación o injuria encubiertas o equívocas y, por otro, las injurias recíprocas. La prueba de la verdad en caso de difamación es regulada en los artículos 134 (casos en que es posible) y 135 (casos de inadmisibilidad). En el artículo 137, se regulan tres circunstancias de impunidad de injuria y difamación. Por último, en el artículo 138, se dispone que la persecución penal de quienes incurran en estos delitos solo procede por acción privada.

2. Difamación

a. Tipo legal objetivo

a) Autor

Autor del delito de difamación puede ser cualquiera. Se trata de un delito común; es decir, que la ley no exige que el agente tenga una calidad personal

específica, la misma que le imponga el respeto de un deber particular. Sin embargo, algunas personas deben ser consideradas en especial en razón a la índole particular de la profesión, oficio o cargo que ejercen, como en el caso de los periodistas; sin embargo, nadie goza de privilegios especiales respecto al deber general de respetar el honor de las personas.

Debido a que no se atribuye responsabilidad penal a las personas jurídicas, estas no pueden ser consideradas autores responsables de delitos contra el honor.

b) Víctima

A diferencia del CP de 1924, el texto legal vigente se refiere a "persona", sin mencionar a las personas jurídicas y a las corporaciones.

c) Comportamiento delictuoso

El verbo típico del artículo 132 es "atribuir", el cual significa 'aplicar hechos o cualidades a alguien'. El agente debe imputar a la víctima un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar su honor. Puede proceder de manera directa de modo a declararla como responsable de un comportamiento o una manera de ser reprensible. Pero también, de manera simulada, indirecta, en el sentido del artículo 136 de encubierta o equivoca.

La imputación debe tener lugar ante varias personas. La pluralidad exigida supone, por un lado, que no hay difamación si, en una conversación entre dos personas, una de ellas atribuye una conducta deshonesta a un tercero. Por otro, que los interlocutores o personas testigos de la imputación sean dos o más, fuera de quien expresa la imputación. Esta pluralidad es indicada en el texto legal con la expresión "varias personas" y reforzada de inmediato con la indicación de que estas pueden estar "reunidas o separadas". El objetivo buscado es determinar una característica implícita de la difamación: el riesgo de la propagación de la noticia difamatoria.

Lo anterior permite plantear la cuestión de si los destinatarios de la noticia la propagan, repitiendo la imputación expresada por el agente, indicando o no su fuente de información, afirmando o no que cree en la veracidad de los hechos. Si su comportamiento no constituye una forma de participación al primer delito, solo será reprimido cuando su acción reúna los requisitos de la difamación, en particular, el hecho que haya contado la noticia a dos o más personas.

Para evitar una ampliación excesiva de la disposición legal, es indispensable hacer algunas precisiones respecto a los destinatarios de la noticia[3]. Así, no se da la difamación cuando la imputación se hace de modo confidencial en un círculo estrecho de familiares o amigos. Esto constituye una restricción teleológica del tipo legal, justificada por razones de política criminal. Hay que considerar, respecto a la protección del libre desarrollo de la personalidad, la necesidad de que las personas expresen sus sentimientos en la intimidad y, así mismo, el peligro mínimo que comportan las alegaciones expresadas en dicho contexto[4]. Por ejemplo, cuando uno de los padres, aun no separados, expresa delante de sus tres hijos afirmaciones sobre hechos que pueden perjudicar el honor del otro.

Si se trata de confidentes propiamente dichos, hay que distinguir si las alegaciones constituyen propiamente confidencias (revelación secreta, noticia reservada) o de declaraciones destinadas a ser utilizadas por el destinatario o a ser comunicadas a terceras personas (los comportamientos que el marido atribuye a su mujer y revelados por aquel a sus abogados, en un proceso de divorcio, para que sean puestos en conocimiento del juez). Solo en este caso existe la probabilidad de que se dé difamación. Los abogados son con frecuencia obligados a utilizar en el ejercicio de su mandato, al menos parcialmente, las confidencias de sus clientes[5] . Tratándose de médicos y eclesiásticos, por el contrario, debe considerarse el deber más estricto que tienen de guardar el secreto de las confidencias de las que son depositarios.

El hecho, la cualidad o la conducta que el agente revela a terceros pueden ser ya conocidos, pues nadie tiene el derecho a estar recordando a terceros algo que puede perjudicar el honor o la reputación de una persona, quien no tiene interés alguno en esta publicidad. La realización de dicho perjuicio puede darse en la medida en que el agente extiende el círculo de iniciados de manera a conservar e intensificar la situación peligrosa para el honor de la víctima. Por ejemplo, quien ha sido condenado por un robo y ha cumplido la pena no tiene por qué soportar que se esté recordando *sine die* que cometió ese delito, salvo que exista un interés general para develar este hecho (prueba liberatoria de la veracidad), como por ejemplo, cuando el titular de ese antecedente penal postula a un cargo público o a un puesto de empleado en una entidad bancaria.

---

3 Rudolphi, en Rudolphi/Horn/Samson, SK BT, vor § 185 N.º 18 y ss.; Lenckner, en Schönke/Schröder, *Kommentar*, Vorbem. § § 185 ff, N.º 9.

4 Schubarth, BT 3, Artículo 173 N.º 38; cf. aussi Trechsel Kurzkommentar, Artículo 173 N.º 4.

5 Schubarth, BT 3, Artículo 173 N.º 39.

d) Medios

La atribución a una persona de un comportamiento determinado implica una relación comunicante entre quien la expresa y el destinatario, la cual puede tener lugar de múltiples maneras. Por esto, el texto legal no hace referencia alguna al medio utilizado por el difamador. En principio, se piensa a la expresión oral y, como lo hace al mismo legislador, luego, a la escrita por ejemplo. El párrafo tercero del artículo 132, agrava la pena cuando la difamación se comete mediante el libro, la prensa u otro medio de comunicación social. Asimismo, hay que pensar que además de la difamación por la palabra escrita u oral, puede darse por la imagen o el gesto. Lo importante es que el medio sea apropiado para dar a conocer la opinión del autor sobre la manera de comportarse de la víctima y para imputársela. En este sentido, la difamación es un delito de peligro y más precisamente de peligro abstracto. No es indispensable el resultado consistente en dañar efectivamente el honor o la reputación de la víctima y, más bien, es suficiente que el agente realice el comportamiento típico, considerado en sí mismo propio a producir dicho perjuicio.

e) Hechos contrarios al honor

El texto legal menciona tres casos: un hecho, una cualidad y una conducta. Esta enumeración es inapropiada en la medida en que la noción de hecho es comprensiva de las dos restantes. Estas pueden ser consideradas como casos particulares de hecho, siempre y cuando no se comprenda esta última expresión como comprensiva también de hecho natural. Por conducta debe entenderse todo comportamiento imputable a una persona; por ejemplo, sustraer una cosa ajena, consumir drogas, expresarse habitualmente en un lenguaje soez. La cualidad está referida a una característica relacionada con un aspecto físico o mental de la persona (obsesión sexual). Los hechos que no constituyen ni conductas ni cualidades son sucesos relacionados con la víctima, pero que no se le pueden imputar como conducta (hijo de padre o madre que delinquen o se prostituyen).

Las expresiones difamatorias deben siempre referirse a hechos, sucesos materializados en el mundo exterior. No bastan referencias generalizadas a eventos, sino la mención de un hecho, cualidad o conducta determinados; menos aún la manifestación de meros juicios de valor.

Los hechos atribuidos pueden ser verdaderos o falsos, ya que la prueba liberatoria de la *exceptio veritatis* no es admisible en todos los casos. Cuando, según el artículo 135, esta prueba es excluida, se admite en consecuencia que se puede

difamar diciendo la verdad. La previsión de la prueba de la verdad en caso de difamación muestra que el contenido de la expresión difamatoria debe estar constituido por hechos, pues solo estos pueden ser objeto de probanza de la veracidad.

Verdaderos o no los hechos que se atribuyen deben ser, como se prevé expresamente en el tipo legal, idóneos para perjudicar el honor o la reputación de la persona concernida. El probable perjuicio se refiere a la honorabilidad de esta última. Por esto, por ejemplo, se dispone en el artículo 133, inciso 2, como excusante el hecho que las expresiones constituyan críticas literarias, artísticas o científicas, de modo que no son propias a afectar la honorabilidad de una persona cuando se le imputan errores en el ejercicio de su oficio o profesión, salvo que esta crítica esté vinculada con procedimientos deshonestos. Por ejemplo, si se afirma de un arquitecto que los proyectos de casas que realiza no son práctica ni estéticamente correctos y que esto es debido no a su falta de capacidad sino a su deshonestidad atizada por el afán de enriquecerse fácilmente. Esto se funda en que el honor o reputación dependen del respeto tanto de los deberes morales como de las obligaciones sociales. Criticar o comentar la manera como alguien cumple o no su papel social puede bien implicar un desprecio o desdén de su condición de persona.

La cualidad de poder perjudicar el honor de la alegación no depende del sentido puramente gramatical de las palabras empleadas; pues estas no son necesariamente elogiosas, descriptivas o peyorativas en sí mismas. El factor decisivo es el contexto personal y material en que la atribución de un hecho, una cualidad o una conducta ha sido formulada. En este sentido, es correcto afirmar que se trata del sentido "real, histórico" de la expresión presuntamente ofensiva.

f) Consumación[6]

La difamación es consumada del momento en que dos o más personas han tomado conocimiento de la expresión de la imputación de un hecho, una cualidad o una conducta a la víctima (*Kundgabedelikt*)[7]. Para que pueda considerarse que el comportamiento es peligroso para el honor o la reputación de la víctima, es indispensable que los terceros hayan comprendido el sentido de la noticia expresada por el agente; pero no necesariamente que sepan que es propia a per-

6 Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino. Parte especial*, Buenos Aires, 1963, t. III, p. 217.

7 Kindhäuser, BT I, § 22, N.º 32 y ss.; Trechsel, Kurzkommentar, Artículo 173 N.º 8; Corboz, artículo 173 N.º 44.

judicar el honor de la persona concernida[8]. Como lo hemos dicho, se trata de un delito de peligro abstracto e instantáneo. La tentativa acabada, delito frustrado y arrepentimiento activo, está excluida.

b. Tipo legal subjetivo

La difamación es un delito doloso. El autor debe actuar con consciencia y voluntad para comunicar a terceros alegaciones sobre hechos que pueden perjudicar el honor de la víctima. Basta el dolo eventual. Consciente de tal propiedad de los hechos, expresa de todas maneras la alegación que los contiene.

El tipo legal no prevé un elemento subjetivo que caracterice específicamente el dolo de difamar. Es equivocado, como lo hace frecuentemente la jurisprudencia y gran parte de autores, de considerar un especial *animus injuriandi*. Esto se debe a una equivocada comprensión del tipo legal e, igualmente, a la búsqueda de criterios para determinar si la alegación expresada por el agente es ofensiva o no respecto a la persona concernida. Con este último objetivo se alega la concurrencia de una serie de *animi* (*animus corrigendi, animus jocandi, animus retorquendi, animus narrandi*, etc.) que excluirían el *animus injurandi* y, por tanto, también el delito. De esta manera, se llega, incorrectamente, a exigir de la parte del agente que pruebe el estado de ánimo en el que había actuado.

Si bien en el artículo 133, inciso 1, se considera que no se da la difamación cuando se trate de "[o]fensas proferidas con ánimo de defensa por los litigantes, apoderados o abogados en sus intervenciones orales o escritas ante el juez", en realidad se trata de una causa justificante consistente en obrar, según el artículo 20, inciso 8, "por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo". Lo mismo puede decirse respecto a lo dispuesto en el artículo 133, incs. 2 y 3, en relación con las críticas literarias, artísticas o científicas y con las apreciaciones o informaciones que contengan conceptos desfavorables cuando sean realizadas por un funcionario público en cumplimiento de sus obligaciones.

c. Ilicitud

Como acabamos de ver, la aparente antijuricidad del comportamiento típico puede ser excluida mediante las causas de justificación. En principio, toda causa de justificación puede ser invocada en caso de difamación. Sin embargo, las características particulares de esta hacen difícil que se pueda recurrir a la le-

8 Stratenwerth, BT I, § 11, N.º 26.

gítima defensa o estado de necesidad justificante. Esto es, sobre todo, evidente cuando la atribución de una conducta se hace oralmente. Una vez expresada y comprendida por los destinatarios, la agresión ha sido consumada y, por tanto, no sería posible la legítima defensa. Más fácil resulta comprender la reacción de quien, sabiendo que aparecerá una noticia ofensiva en su contra en un periódico, reacciona en la víspera de la difusión para impedir que dicha noticia sea difundida.

La justificante prevista en el artículo 20, inciso 8, puede ser más fácil y frecuentemente invocada; sin embargo, hay que recordar que se trata de una norma de reenvío, ya que es indispensable encontrar el fundamento legal en que se basa el acto, el derecho o deber que lo ampara. Por ejemplo, el fiscal que acusa al procesado le imputa una conducta delictuosa y otros hechos infamantes, pero no lo difama en la medida en que se limita a fundamentar su acusación. Lo mismo pasa con el abogado que, defendiendo a su patrocinado, atribuye hechos ofensivos a la víctima o terceros, en la medida en que esto es indispensable y resta en los límites autorizados por el ordenamiento jurídico.

Un caso particular es el de los periodistas a quienes no se les reconoce, en principio, ningún privilegio respecto a los delitos contra el honor. La difusión de noticias o informaciones sobre hechos relativos capaces de perjudicar a una persona determinada no son justificadas por el simple hecho que el periodista procede en ejercicio de su oficio. Debe hacerlo en el marco de los derechos y obligaciones que les atribuye la ley; ya que no basta invocar que haya actuado en el ejercicio de la libertad de expresión y de información. Para ello es indispensable tener en cuenta los principios de subsidiaridad y de proporcionalidad respecto al derecho de las personas a que se respete su honor y reputación; además, si estos no fueran los límites del periodismo, resultaría incomprensible la previsión de la prueba liberatoria de la veracidad de lo afirmado.

La constatación de la presencia de una causa de justificación tiene la prioridad sobre el ejercicio de la prueba liberatoria. A diferencia de las primeras que deben ser probadas de oficio, esta impone la carga de la prueba a quien afirma haber dicho la verdad. Si, por ejemplo, el testigo se limita a testificar conforme le ordena la ley, no hay razón para exigirle que pruebe la veracidad de su declaración pública delante del tribunal.

d. Prueba liberatoria

a) Introducción

Las legislaciones regulan de manera muy diversa la admisión y la amplitud de la prueba liberadora. Como ejemplo, indiquemos la alemana y la francesa. Debido a que en el § 186 del CP alemán, se prevé como condición objetiva de punibilidad[9] que no se pruebe, por parte del órgano encargado del proceso, la verdad de los hechos, la prueba liberatoria (constatada de oficio) es admitida ampliamente. Si el juez no logra probar que el hecho imputado es verdadero, el agente será sancionado. Según el artículo 35, inciso a, de la Ley sobre la libertad de la prensa, del 29 de julio de 1881, el sistema francés excluye la prueba de la verdad cuando la imputación concierne "la vida privada de la persona". Así, se aplica estrictamente el proverbio "la vie privée doit être murée"[10]. Nuestro sistema estatuye en los artículos 134 y 135 cuando se admite y excluye la prueba de la verdad, respectivamente. En ambos casos, se enumeran exhaustivamente los casos de admisión o exclusión, de modo que, por la negativa, se deduce cuando procede.

La limitación de la prueba liberatoria a la difamación se comprende porque, como lo hemos indicado, el contenido de la atribución ofensiva está constituido por hechos (hecho, cualidad o conducta) y solo estos pueden ser objeto de prueba de veracidad, pero hechos ya acontecidos y no futuros, ya que estos últimos son pronósticos u opiniones y, por tanto, es imposible decir que son verdaderos. Los juicios de valores están doblemente excluidos: tanto porque no pueden ser el contenido de la imputación difamatoria como porque dichos juicios son correctos o incorrectos, pero no verdaderos o falsos. Cosa diferente es si se trata de juicios de valor mixtos, ya que están en relación directa con alguna circunstancia concreta, como en el caso de atribuir una cualidad a la víctima, por ejemplo, afirmar que es una prostituta, lo que implica señalar que realiza actos de prostitución. La prueba de la veracidad recae sobre estos hechos implícitos en la alegación ofensiva, que se encuentran en la base del juicio de valor expresado[11].

---

9 Kühl, LK, § 186, N.º 7; Kindhäuser, BT I, § 23, N.º 2, 18 y ss.

10 Cf. Zürcher, E., *Exposé des motifs de l'avant-projet d'avril 1908*, Berna, 1914, p. 184; Schubarth, BT 3, Artículo 173 N.º 57.

11 Hirsch, pp. 212 y ss.; Tenckhoff, p. 137; Corboz, artículo 173 N.º 66; ATF 121 IV 83/JdT 1997 IV 79.

b) Inadmisibilidad de la prueba liberatoria

Dos circunstancias excluyentes de la prueba liberatoria son mencionadas en el artículo 135. La primera se refiere a los casos en que la imputación concierne un hecho punible por el que el ofendido ha sido objeto de una decisión absolutoria definitiva en el Perú o en el extranjero. Se trata de una reafirmación del principio de la cosa juzgada, pues las nuevas imputaciones no solo pueden perjudicar el honor de la persona declarada inocente, sino también cuestionan la estabilidad de las decisiones judiciales. A pesar de la estrechez del texto legal, debe admitirse que también están comprendidos los casos de decisiones definitivas sobre prescripción de la acción penal, amnistía. La falta de referencia a los casos de condena se explica porque el recordar que el ofendido ha cometido un delito puede estar motivado, por ejemplo, por un interés público o de defensa propia (artículo 134, inciso 3). Es decir, en circunstancias en las que es indispensable hacerlo, pero no de manera gratuita y superflua.

La segunda alude a dos circunstancias: por un lado y de modo más general, se dirige a garantizar la intimidad personal y familiar de toda persona. Así, en cierta forma, esta regla recuerda la orientación de la ley francesa sobre la libertad de la prensa. La esfera de intimidad, protegida por los artículos 154 ss., constituye un factor indispensable para la consolidación y desarrollo de la personalidad de los individuos, así como de sus relaciones con sus familiares. La exclusión no está limitada por el hecho de que los delitos contra la intimidad sean solo perseguibles por acción privada.

La referencia a ciertos delitos contra la libertad sexual estaba en relación al artículo 178, segundo párrafo, en el que se indicaba que el "ejercicio de la acción es privada en los casos de violación sexual (artículo 170), violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir (artículo 171), violación de persona bajo autoridad o vigilancia (artículo 174) y seducción (artículo 175). De esta manera, se trataba de preservar el interés de la víctima de un delito sexual, perseguible por acción privada, de que el hecho no se haga público. Esta causa de exclusión ha quedado sin efecto a partir de la derogación del segundo párrafo del artículo 178, mediante el artículo 1 de la Ley N.º 27115, publicada el 17 de mayo de 1999.

c) Admisión de la prueba liberatoria

Una circunstancia general de admisibilidad se presenta cuando el autor de la alegación ofensiva ha obrado en interés de causa pública (artículo 134, inciso

3)[12] . De esta manera, se logra establecer un equilibrio entre el derecho individual de toda persona a que se respete su honor y el interés colectivo a que se promuevan y garanticen los diversos aspectos de la causa pública. Entre estos se encuentran la consolidación de la democracia mediante el reforzamiento de la libertad de expresión y de información. La difusión de un panfleto, atribuyendo hechos a una persona e idóneo para perjudicar el honor de esta, no constituye difamación si su contenido es verdadero y que su publicación se hizo en interés de la causa pública. Se trata de un conflicto de intereses, en el cual se da la prioridad al interés general en detrimento del interés individual. Por tanto, no es cuestión del interés de un grupo más o menos grande de personas o del público en general, sino de algo concerniente a la comunidad en su constitución jurídica y política general.

Una manifestación de esta causa de admisibilidad de la prueba liberatoria es la prevista en el inciso 1 de la misma disposición, ya que es interés público que se pruebe la veracidad de lo afirmado cuando la persona concernida por la alegación ofensiva "es un funcionario público y los hechos, cualidades o conductas que se le hubieran atribuido se refieren al ejercicio de sus funciones". Por funcionario hay que comprender todas las personas indicadas, en el artículo 425, como "funcionarios públicos o servidores públicos". Pero no basta constatar esta condición, sino que es indispensable que el hecho imputado concierna el ejercicio de sus funciones. En consecuencia quedan excluidas las imputaciones relativas a hechos que no caen en el marco del ejercicio de sus funciones, en particular los referentes a la intimidad personal y familiar del funcionario.

La misma razón puede, al menos parcialmente, encontrarse en la admisión de la prueba liberatoria cuando "por los hechos imputados está aún abierto un proceso penal contra la persona ofendida". Las informaciones o revelaciones de terceros pueden ser útiles para el desarrollo del proceso penal y la prueba de la veracidad de los hechos imputados —referentes a los que dan lugar al proceso— es altamente positiva para la administración de justicia[13]; sin embargo, algunas dificultades pueden presentarse para su aplicación. En particular, en relación con el delito de desacato, consistente en amenazar, injuriar o de cualquier otra manera ofender la dignidad o el decoro de un funcionario a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de ejercerlas (artículo 374). En caso de difamación no se daría desacato si el autor aporta la prueba de la veracidad de sus afirmaciones ofensivas, pues no habría ofendido la dignidad o el decoro del funcionario

12 Cf. Soler, *Derecho penal argentino*, cit., t. III, pp. 234 y ss.

13 De acuerdo con tesis italianas basadas en el CP de 1890, artículo 394, inciso 2.

público. El interés público del correcto y honesto funcionamiento de los órganos del Estado predomina. Además, resultaría incoherente no reprimirlo por difamación, pero si por desacato.

Las dos restantes circunstancias son de índole sobre todo personal. Una está relacionada con la admisión de que el agente puede haber actuado para defenderse (artículo 134, inciso 3), motivado justo y razonable; sobre todo si, como lo hemos afirmado, resulta complicado recurrir a la legítima defensa para justificar el acto típico. La otra tiene al derecho de la persona agredida mediante la imputación ofensiva a que se pruebe la verdad o la falsedad de lo afirmado por el agente. De esta manera, se permite a la víctima de descartar, con más eficacia, el riesgo de que su honor sea perjudicado (artículo 134, inciso 4).

d) Ejercicio de la prueba liberatoria

Las pruebas deben estar dirigidas a probar solo el hecho, contenido de la alegación ofensiva. La actuación de estos elementos probatorios no debe conducir a cuestionar la víctima aludiendo a su pasado, modo de vida o su personalidad. Si el agente ha imputado a esta, haber estafado a un tercero en ocasión de la venta de un cuadro atribuido falsamente a un pintor famoso, la materia de la prueba es este hecho en concreto o si la imputación ha consistido en afirmar que es un estafador, debe probarse que, al menos una vez, ha cometido dicha conducta (Fuchs). La calificación del comportamiento por parte del agente no debe ser necesariamente conforme a su calificación técnica. Importa más bien que la realización de los hechos en sí mismos sea comprobada. Así, si calificara de estafa un hecho que constituye más bien una estafa, la prueba se orientará a comprobar la comisión de un delito contra el patrimonio sobre la base de los hechos indicados en la declaración difamatoria.

No basta demostrar que algunos actos similares o parecidos fueron ejecutados. En caso de que se afirme que la persona ofendida robó joyas penetrando en la casa de su vecino, luego de haber violentado la cerradura de la puerta, basta probar que el robo tuvo lugar, aun cuando las circunstancias materiales no correspondan a aquellas en la que se produjo el delito. Lo decisivo es que se pruebe el aspecto esencial del hecho[14], contenido en la alegación ofensiva; salvo que el agente, además de referirse al comportamiento, proporcione informaciones sobre actos que, en su opinión, muestren la deshonestidad de la víctima. La

14 Wessels, BT I, p. 106; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT I, § 26 II N.º 16; Rudolphi, en Rudolphi/Horn/Samson, SK BT, § 186 N.º 16.

veracidad de todos estos elementos debe ser demostrada y, por tanto, no basta solo la del núcleo de la imputación[15].

Todo medio probatorio, admitido por las leyes procesales, puede ser empleado por el autor para demostrar la veracidad de las imputaciones que ha expresado[16]. Pueden tratarse de documentos, testigos, grabaciones, fotos, etc. (Frei). Los riesgos de la administración de las pruebas las asume el querellado, ya que, a diferencia del proceso normal, la carga de la prueba recae sobre él y no sobre el juez[17].

e) Efecto de la prueba liberatoria

De acuerdo con el último párrafo del artículo 134, cuando "la verdad de los hechos, cualidad o conducta resulta probada, el autor de la imputación estará exento de pena". La razón de la impunidad debe buscarse en el hecho que, en consideración de las circunstancias especiales en que es admitida, el ordenamiento jurídico autoriza, en buena cuenta, a expresar imputaciones a condición que sean verdaderas. Se trataría, en cierta forma, de una causa de justificación en el sentido la prevista en el artículo 20, inciso 8: acto autorizado por la ley. El conflicto de intereses se resuelve a favor de la verdad real, lo que comporta precisar aún más el límite a la protección del honor y la reputación de las personas. Como ya lo hemos dicho antes y teniendo en cuenta su índole particular, la *exceptio veritatis* solo debe intervenir después de constatarse que el acto típico del autor no está amparado por una causa de justificación propiamente dicha.

3. Bibliografía sucinta

ALCALÁ-ZAMORA Y TORRES, Niceto, *Nuevas reflexiones sobre las leyes de indias*, 3.ª ed., México D. F., 1980.

ALZAMORA, Román, *Historia del derecho peruano. Primera parte. El imperio*; revisada y anotada por Lizardo Alzamora Silva, Lima, 1949.

ANTOLISEI, Francesco, *Diritto penale. Parte speciale*, t. II, 9.ª ed., Milano, 1986.

15 STRATENWERTH, BT I, § 11 N.º 38; SCHUBARTH, BT 3, Artículo 173 N.º 82; REHBERG/SCHMID, *Gründriss, Strafrecht III: Delikte gegen den Einzelnen*, 5.ª ed., Zürich, 1990, p. 307; cf. LISSNER, "Die prozessuale Behandlung des Wahrheitsbeweises", en *ZStW*, N.º 51, 1931, p. 752.

16 SCHUBARTH, BT 3, Artículo 173 N.º 80.

17 SCHUBARTH, BT 3, Artículo 173 N.º 80.

Antón Oneca, José, *Derecho penal*, 2.ª ed., Madrid, 1986.

Arzt, Günther y Ulrich Weber, *Strafrecht. Besonderer Teil LH 1: Delikte gegen die Person*, 3.ª ed., Bielfeld, 1988.

Avendaño, Francisco, "Artículo 886", en *Código Civil comentado*, t. V, Derechos Reales, Gaceta Jurídica, Lima, 2001.

Avendaño, Leónidas, "La reforma de la legislación penal. Parte especial: estudio crítico forense del nuevo Código Penal del Perú", en *Revista del Foro* 1924.

Bajo Fernández, Miguel, *Manual de derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, Madrid, 1986.

Barreda Laos, Felipe, *Vida intelectual del Virreinato del Perú*, Universidad Mayor de San Marcos, Lima, 1964.

Basadre Ayulo, Jorge, "Consideraciones sobre Derecho Indiano", en *Ius et Praxis*, N.º 17, Lima, 1991.

Blei, Hermann, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, 11.ª ed., Múnich, 1978.

Bustos Ramírez, Juan, *Manual de derecho penal español. Parte especial*, Barcelona, 1986.

Cobo del Rosal y otros, *Derecho penal. Parte especial*, 2.ª ed., Valencia, 1988.

Cornejo, Ángel Gustavo y Placido Galindo, *Proyecto de Código Penal, presentado por la comisión parlamentaria nombrada conforme a la Ley N.º 5168*, Lima, 1928.

Deleury, E., *Derecho y persona*, Lima, 1990.

Dhreher, Eduard/Tröndle, Herbert, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 45.ª ed., Múnich, 1991.

Donna, Edgardo A., *Parte especial*, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, t. II-B, p. 31, como en el considerando N.º 9, *in fine*, de la Sentencia Plenaria de la Corte Suprema N.º 1-2005/DJ-301-A.I., del 30 de agosto de 2005, en Castillo Alva, José Luis dir., Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema Lima, Grijley, 2008.

Dreher, Eduard/Tröndle, Herbert, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordungen*, 43.ª ed., 1986.

Fernández Sessarego, Carlos, *La protección jurídica de la persona*, Lima, 1992.

Garraud, R., *Traité théorique et pratique du droit penal française*, 3.ª ed., París, 1924.

Hafter, Ernst, *Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil I*, Berlín, 1937.

HURTADO POZO, José, "A propósito de la interpretación de la ley penal", en *Doctrina Penal*, 1991.

HURTADO POZO, José, *Droit pénale. Partie spéciale*, t. I, 3.ª ed., Zurich, 2000.

HURTADO POZO, José, *La ley importada. Recepción del derecho penal en el Perú*, Lima, 1979.

HURTADO POZO, José, *Manual de derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Lima, 1987.

JAKOBS, Günter, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Berlín, 1993.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal*, Traducción de Santiago Mir Puig/Francisco Muñoz Conde, Barcelona, 1981.

KAUFMANN, Arthur, "Rechtsphilosophie im Wandel: Über den Zirkelschluss in der Rechtsfindung", en *Festschrift für W. Gallas*, Berlín/Nueva York, 1973.

KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht. Besonderer Teil*, 4.ª ed., 2005, Nomos, Berlín. [cit. KINDHÄUSER, BT I].

LACKNER, Karl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 19.ª ed., Múnich, 1991.

LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6.ª ed., Berlín, 1991.

LEVENE, Ricardo, "Derecho penal indiano", en *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1945.

LISSNER, Walter, "Die prozessuale Behandlung des Wahrheitsbeweises", en *ZStW*, N.º 51, 1931.

LOGOZ, Paul, *Commentaire du Code penal suisse. Partie spéciale*, t. I, Neuchâtel, París, 1939.

LÜDERSSEN, Klaus, *Strafrecht und "Dunkelziffer"*, en Klaus LÜDERSSEN /Fritz SACK (editores), *Seminar: Abweichendes Verhalten, I Die Selektiven Normen der Gesellschaft*, Frank-furt am Main, 1974.

MANZINI, Vincenzo, *Trattato di diritto penale italiano*, 5.ª ed., t. VII, Torino, 1984.

MAURACH, Reinhart/SCHRÖDER, Friedrich-Christian/MAIWALD, Manfred, *Strafrecht, Besonderer Teil*, t. 1, *Straftaten gegen Gemeinschaftswerte*, 7.ª ed., Heidelberg, 1988. [Maurach/Schroeder/Maiwald, BT I].

MERLE, Roger/VITU, Andre, *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial par André Vitu*, París, 1988.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 9.ª ed., Valencia, 1993.

NINO, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, D.F, 1974.

NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, 1980.

NUÑEZ, Ricardo, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, 1965.

PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de derecho penal. Parte especial I,* De acuerdo al nuevo Código Penal, Lima, 1992.

PORRAS BARRENECHEA, Raúl, *Fuentes históricas peruanas*, Lima, 1955.

PREMIÈRE COMISSION D'EXPERTS, *Procès-verbal des délibérations (Verhandlungen der von dem Eidgenössischen Justiz- und Polizei-departamente einberufenen Expertekommission über den Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch)*, t. I, II, Bern, 1894.

QUERELAT, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial*, t. 1, Barcelona, 1986.

QUINTANO RIPOLLES, Antonio, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, t.1, 2.ª ed., Madrid, 1972.

REHBERG, Jörg, *Gründriss, Strafrecht III: Delikte gegen den Einzelnen*, 5.ª ed., Zürich, 1990. [REHBERG/SCHMID, Strafrecht III].

RODRÍGUEZ DEVESA, José María/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 15.ª ed., Madrid, 1992.

ROY FREYRE, Luis, *Derecho penal. Parte especial*, Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud. Delitos contra el honor, 2.ª ed., t.1, Lima, 1986.

RUDOLPHI, Hans-Joachim, en RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK)*, t. 2, Besonderer Teil, 4.ª ed., Frankfurt, 1988.[Rudolphi, en Rudolphi/Horn/Samson, SK BT].

SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24.ª ed., Múnich, 1991.

SCHUBARTH, Martin, *Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Besonderer Teil*, t.1, Bern, 1982.[cit. SCHUBARTH, BT3].

SCHUBARTH, Martin/ALBRECHT, Peter, *Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Besonderer Teil*, t. 2, artículo 137-172, Schulthess, 1997.

SCHWANDER, Vital, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, 2.ª ed., Zürich, 1964.

SIMSON, Gerhard/ GEERDS, Fridrich, *Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht*, Múnich, 1969.

SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino. Parte especial*, t. III, Buenos Aires, 1963.

SOLER, Sebastián, *Las palabras de la ley*, México D. F., 1962.

SOTO, Hernando de, en colaboración con E. Ghersi y M. Bhibellini, *El otro sendero, La Revolución Informal*, 3.ª ed., Lima, 1988.

STRATENWERTH, Günther, *Strafrecht, Besonderer Teil I, Straftaten gegen Individualinteressen*, 6.ª ed., Berna, 2003. [STRATENWERTH, BT I].

THORMANN, Philipp/VON OVERBECK, Alfred, *Schwiezerisches Strafgesetzbuch*, t. II, Besonderer Teil, Zürich, 1941.

TRECHSEL, Stephan, *Schweizerisches Strafgesetzbuch*, Kurzkommentar, Zürich, 1993 (reimpresión). [cit. TRECHSEL, Kurzkommentar].

WESSELS, Johannes, *Strafrecht, Besonderer Teil I*, 10.ª ed., Heidelberg, 1986. [WESSELS, BT I].

§ 11
DELITOS SEXUALES

I
Evolución legislativa de los delitos sexuales*

Sumario: 1. Introducción. 2. Colonia. 3. República: Proyecto Vidaurre y Proyecto oficial de 1859. 4. Código Penal de 1863: supervivencia de la influencia española. 5. Código de 1924: la influencia suiza. 6. Código Penal de 1993 y sus modificaciones. 7. A manera de conclusión. 8. Bibliografía sucinta.

1. Introducción

El estado actual de la legislación penal en materia de delitos sexuales no puede ser correctamente comprendido sin tener en cuenta sus antecedentes; pero estos tampoco pueden ser captados en toda su significación si no se consideran los resultados de las sucesivas reformas de la legislación penal. Con la finalidad de aportar aunque de manera insignificante al estudio de esta realidad, presentaremos de manera sucinta los hitos principales del desarrollo de las disposiciones penales relativas a los delitos sexuales. Como criterios ordenadores hemos optado por referirnos a la tradicional manera como se han separado los diversos períodos de la historia de nuestro país: Colonia y República; así como a los tres Códigos Penales que se han promulgado: el primero de 1867, el de 1924 y el de

* Publicado con el seudónimo de Luis Taylor Navas, en *Anuario de Derecho Penal* 1999-2000, pp. 337 y 354.

1993. El derecho anterior a la conquista española es mencionado, en razón a la naturaleza y fines de la presente contribución, con relación al derecho colonial[1].

2. Colonia

En el momento de la conquista, los numerosos pueblos indígenas tenían, de acuerdo con su nivel de evolución, diversas normas consuetudinarias. Normas que los conquistadores tuvieron que tener en cuenta ante la imposibilidad de eliminarlas para substituirlas con su sistema legal, substitución que consideraban sobre todo, respecto a las relacionadas con la moral, urgente e indispensable hacer. La evangelización de los paganos era una de las justificantes de la conquista y colonización. El paganismo, el canibalismo y la perversión sexual fueron los tres grandes reproches, los tres pecados capitales, que se imputaron a los indígenas y que cada uno por sí permitía negarles las garantías y libertades que les conferían los Reyes de Castilla[2].

La superioridad moral y cultural afirmada a priori por los conquistadores no correspondía siempre a la realidad. Si bien, aun como los mismos conquistadores, los nativos practicaban comportamientos sexuales que desde la perspectiva española debían ser considerados como pecados o delitos, también es cierto que reconocían y aplicaban principios sociales y morales que coincidían en cierta manera con los de los conquistadores.

Aunque percibidos no de la misma manera, por ejemplo, el adulterio figuraba como un comportamiento prohibido grave, lo mismo que el estupro[3].

Merece señalarse, igualmente, que las relaciones entre hombres y mujeres, en las sociedades nativas eran naturalmente diferentes a las reguladas conforme a los cánones morales y sociales de los conquistadores. Entre los nativos, el apoderarse de mujeres constituía un elemento esencial para el prestigio y el poder del hombre. El intercambio de mujeres, según los especialistas, estaba regulado por un código de control sexual bastante preciso. La noción de honor sexual no figuraba entre los cánones de comportamiento de la sociedad indígena. Este factor, entre otros de igual o mayor importancia, permite explicar el tipo de relaciones

1 Consultar: VARGAS, Javier, *Historia del derecho peruano. Parte general y derecho incaico*, Lima, 1993, pp. 191 y ss.; BASADRE AYULO, *Historia del derecho*, Lima, 1994, pp. 145 y ss.

2 FRIEDERICI, Georg, *El carácter del descubrimiento y de la conquista de América*, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1973, p. 213.

3 FRIEDERICI, *El carácter del descubrimiento y de la conquista de América*, cit., p. 225.

que mantuvieron los españoles varones con las mujeres nativas. Para ellos, estas carecían de valor, de honor. Prefirieron vivir en amancebamiento que casarse y cuando contraían matrimonio lo hacía para, mediante la aplicación privilegiada tanto de las normas españolas como de las costumbres indígenas, adquirir derechos posesorios sobre tierras y personas[4].

Por disposición de la Corona, se aplicó a los pueblos conquistados el derecho de Castilla, conforme a la ley de Toro. Así mismo, se estableció que se respetasen las normas consuetudinarias indígenas "en cuanto no chocaran con principios capitales de la civilización a difundir o interés básico de la monarquía a consolidar"[5]. Con relación a las Leyes de Indias, dictadas en diferentes épocas, las leyes de Castilla cumplían la función de normas supletorias para completar sus vacíos y aclarar su sentido. En el ámbito penal, el derecho castellano, tanto en lo sustantivo como en lo procesal, fue aplicado de manera amplia. Este hecho explica que en las Leyes de Indias las normas penales no sean numerosas, sin llegar a constituir un código penal. El libro siete de esta recopilación, De los asuntos criminales, contenía disposiciones de carácter penal y moral. El Título octavo de este Libro, De los delitos y penas y su aplicación, preveía normas en las que se describían desordenadamente numerosos comportamientos punibles y se estatuían las penas que debían imponerse a los responsables.

El derecho español, producto de la sociedad medioeval, estuvo fuertemente marcado por las concepciones morales y sociales de la Iglesia católica. Por lo tanto, como en toda sociedad colonial, patriarcal y estratificada, los comportamientos sexuales de las personas, en especial de las mujeres, fueron estrictamente regulados. Un papel importante desempeñó la idea de honor, la misma que era determinante para, en general, establecer las diferencias entre los diversos estratos sociales mediante la atribución de privilegios de manera discriminada. En cuanto a la sexualidad, la idea medioeval de honor dio lugar a que se considerara la virginidad, el recato, la lealtad como fundamentos de la honra del hombre y de la familia. Por esta razón, la virtud sexual de las mujeres era celosamente vigilada y controlada.

Además, de acuerdo con la concepción de la Iglesia católica, las mujeres eran consideradas moral y mentalmente inferiores a los hombres, en razón a su tendencia al mal y debilidad ante las tentaciones; lo que también justificaba que se les sometiera a la tutela masculina, considerándolas así como menores

4 Friederici, *El carácter del descubrimiento y de la conquista de América*, cit., p. 226.

5 Alcalá-Zamora y Torres, Niceto, *Nuevas reflexiones sobre las leyes de indias*, 3.ª ed., México D.F., 1980, p. 10.

en relación con el padre, el marido o el sacerdote. Un ejemplo claro del trato diferenciado en el dominio penal es el del adulterio. Si el hombre era el adultero, su comportamiento no era considerado como deshonroso para su mujer. Lo contrario sucedía si la mujer era la responsable. En este caso, el adulterio era considerado consumado aun si solo estaba unida en esponsales con un varón. Además, se consideraba que el hombre no solo tenía el derecho de matar a la mujer infiel, sino también el deber de hacerlo.

El rigor del control de la sexualidad se revela en la intervención de la Santa Inquisición[6], reprimiendo los casos de homosexualidad, bigamia, sodomía y seducción de mujeres por los curas en los confesionarios (a quienes se les designaba con el término "solicitantes"). El peso de su intervención aumentó en la medida en que tuvo a su cargo los procesos contra quienes blasfemaban contra el "sexto mandamiento"; así como contra la virginidad y el matrimonio.

El sistema colonial[7] estratificado, dominado por una concepción religiosa y moral que discrimina a la mujer, condicionado por los intereses individuales determinantes para avanzar en la escala social, dio lugar a una doble moral especialmente en el ámbito sexual. Doble moral que tuvo como uno de sus elementos esenciales el código de honor. Además de los casos directamente relacionados con las conductas sociales prohibidas, esta situación se manifestó igualmente a través de mecanismos como la segregación física –por ejemplo el encierro en conventos–, el sistema de la dote y el concepto de la honra.

El hecho que la independencia no comportará una ruptura con el sistema social y económico de la colonia, siguieron teniendo vigencia los criterios brevemente descritos en las nuevas repúblicas americanas. Los nuevos gobernantes, de manera parecida a como lo hicieran en su momento los Reyes de Castilla, decretaron que la legislación colonial se continuaba aplicando siempre y cuando no contradijera los principios e intereses de la República. Para bien apreciar los alcances de este hecho, hay que recordar que la "escolástica vencida en Europa, se refugió en América" y que "el Perú, merced al esfuerzo del sacerdocio católico, imperó soberanamente, con todos sus vicios y errores, casi todo el periodo colonial"[8].

---

6 Hampe, Teodoro, *Santo Oficio e historia colonial*, Lima, 1998, pp. 39 y ss.

7 Cfr. Macera, Pablo, "Sexo y coloniaje", en *Trabajos de historia*, vol. 3, Instituto Nacional de Cultura, Lima, 1977, pp. 297 y ss.; Hurtado Pozo, José, "Delitos sexuales y derechos de la mujer", en Defensoría del Pueblo, *Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales*, Lima, 2000, pp. 21 y ss.

8 Barreda Laos, Felipe, *Vida intelectual del Virreinato del Perú*, Universidad Mayor de San Marcos, Lima, 1964, p. 24.

3. República: Proyecto Vidaurre y Proyecto oficial de 1859

Los movimientos de emancipación estuvieron inspirados en las ideas de la Ilustración. Por esto las reformas legislativas llevadas a cabo después de las guerras de liberación estuvieron inspiradas de las ideas de igualdad y, por lo tanto, dirigidas a abrogar los privilegios coloniales de los peninsulares. Esto implicó la adopción de medidas en favor de los criollos y de las otras castas que reemplazaron a los españoles en el poder[9]. La ruptura con la Metrópoli no produjo, en la práctica, un cambio substancial de la mentalidad de los criollos, ni una revisión a fondo inmediata de las leyes más importantes. Los cambios legislativos tuvieron lugar, generalmente, en la segunda mitad del siglo XIX. En el dominio que nos ocupa, por ejemplo, el primer Código Penal republicano fue dictado en 1869. Según Basadre, esto fue debido en gran parte al hecho que "el virreinato y la república hallábanse ligados por una comunidad de idioma, de religión, de instituciones y de espíritu".

Las concepciones sociales y morales referentes a la situación social de la mujer y a la sexualidad predominantes en la colonia siguieron influenciando de diversas maneras el sistema de control social. Esto se refleja, de modo relativamente diferente, en dos de los primeros proyectos de Código Penal. El primero, singular por su originalidad, fue obra de Lorenzo de Vidaurre[10]. Bajo el título de "Violencias hechas a las mujeres", prevé diversas disposiciones en las que describe ciertos delitos sexuales.

La preocupación sobre la protección de la virginidad, como condición especial de la virtud sexual de la mujer, se refleja cuando reprime a quien "violenta a la que es virgen" (Ley 1). Como "castigo", estatuye que el responsable "se casará con ella, siendo soltero. Si la ofendida no admite, o él se niega, le dará la cuarta parte de su haber. Si careciese de facultades, será destinado a las obras públicas por todo el tiempo que la ofendida permanezca sin casarse, y a esta se asignará el producto de su trabajo, sacando lo muy preciso para su subsistencia". La consecuencia penal del comportamiento muestra una clara tendencia al reconocimiento del matrimonio como circunstancia que regulariza una situación ilícita, fortaleciendo su preeminencia como institución dentro de la cual deben tener lugar los actos sexuales. Si bien se toma en cuenta la voluntad de la mujer violentada, en caso de negarse a contraer matrimonio la sanción se reduce a imponer al responsable el pago de una renta equivalente a la "cuarta parte de su

9 Cotler, Julio, *Clases, Estado y Nación en el Perú*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 1978, p. 79.

10 Las citas se hacen conforme a la edición publicada por Julio Armaza Galdos.

haber". La sanción deviene desmesurada, para quien no tiene medios económicos ("careciese de facultades") en la medida en que se prevé el trabajo obligatorio en obras públicas y la entrega del producto del trabajo por un tiempo casi indefinido, en la medida en que esta medida durará tanto tiempo como la ofendida "permanezca sin casarse".

La pena es atenuada en caso de que la ofendida sea viuda (Ley 5) o soltera (Ley 7) y no sean vírgenes. Se agrava la sanción, por el contrario, si se trata de mujer casada (Ley 11). En consideración de las circunstancias personales de los autores, se prevén sendas normas para el caso de los clérigos (muchos de ellos quizás "solicitantes") y de los religiosos. En caso que el autor sea un clérigo, se estatuye que "dará las dos terceras partes de su renta o caudal si lo tiene, si careciese de rentas y caudal, será encerrado por quince años en una prisión estrecha" (Ley 3). Y de ser religioso, que "el monasterio entregará a la ofendida la décima parte de las rentas de un año" (Ley 4).

Las diferencias de castas son tomadas en consideración para describir la infracción y establecer la sanción. Así, la mujer esclava no es considerada como una persona si no como una cosa. Por esto, en la Ley N.º 12, se dice, de un lado, "el que usa una esclava suya" y de otro lado, "se presume la violencia". No siendo persona no se practica el acto sexual con ella, pues este supone, de acuerdo con la concepción liberal del autor del proyecto, en la Ley el acuerdo de la mujer (persona libre). Se le usa como cualquier otro objeto; por lo que es de recurrir a la ficción que el propietario de la esclava la somete siempre mediante violencia. Esta disposición implica igualmente una prohibición tendiente a evitar la mezcla de las dos castas, con miras a salvaguardar la "pureza" de los esclavistas. La sanción es de orden patrimonial tanto cuando se estatuye que la esclava ofendida será liberada y se impone al responsable el pago de "quinientos pesos". La libertad de la víctima tiene dos efectos contradictorios: disminuir el patrimonio del propietario en la medida en que pierde una esclava (así, se confirma el criterio que la esclava es una cosa) y atribuir a una esclava la condición de persona libre (lo que revela la utilización del derecho penal para restringir la esclavitud).

En el caso de domésticas no esclavas, también se utiliza la formula "el que usa de"; pero se considera solo a la que "sea virgen". De esta manera, se tiene cuidado en señalar que la doméstica como la esclava están casi en la misma relación de dependencia con la persona a quien sirven. A ambas se les usa cuando son sometidas a la práctica del acto sexual. A contrario, es de deducir que el proyectista estimó, al establecer la condición de la virginidad de la doméstica, que si no tenía esta calidad podía ser usada y, por tanto, no "violentada". Este uso es considerado así como un servicio que la doméstica no virgen está obligada

a prestar. Como sanción se prevé un monto doble al previsto con respecto a la esclava: "la dotará en mil pesos; si carece de facultades, será destinado a los trabajos públicos, hasta que con el producto de ellos complete la cantidad" (Ley 13).

Por estar colocadas junto a las normas que se refieren a los atentados contra las mujeres libres (vírgenes, solteras, viudas o casadas), hay que admitir que solo a estas se refieren las reglas especiales sobre la virginidad y la violencia. Con respecto a la primera, en la Ley N.º 6, se dispone que "no se admite al opresor la excepción de no ser la ofendida virgen, si está públicamente tenida en ese concepto". La dificultad de la prueba de la virginidad (la misma que es supuesta) es transferida al hecho que la mujer esté "públicamente tenida en este concepto". Ficción que, de esta manera, es solo aparentemente favorable a la ofendida. En cuanto a la violencia, se considera que no existe, "si la mujer pudo gritar, ser oída, y socorrida" (Ley 8), "si la mujer recibió presentes; salvo que si hiciesen con el objeto de matrimonio" (Ley 9) o "si hubo anterior correspondencia amorosa de palabra o por escrito" (Ley 10).

Estas últimas reglas son conformes a la sistemática adoptada por de Vidaurre; el mismo que no distingue entre violación y estupro. Solo ha considerado el hecho de quien "violenta" la ofendida y no el de quien tiene relaciones sexuales mediante engaño. Al respecto, la duda surge de manera muy limitada cuando se lee la Ley N.º 14, disposición que regula un caso especial debido a la persona del autor. Esta regla dice: "El tutor o curador que corrompe la pupila, la dotará en la mitad de sus bienes; si no tiene hijos, en la tercera parte; si los tiene, careciendo de bienes, será destinado a obras públicas, y el producto de su trabajo lo cederá en favor de la ofendida. Si el seductor es el hijo del tutor o curador, o se casará con la pupila, o le cederá la mitad de su haber". Sin embargo, los términos "corrompe" y "seductor" muestran la imprecisión lingüística del autor del proyecto, ya que solo puede estar refiriéndose al comportamiento regulado en las disposiciones anteriores (violentar una mujer).

Siguiendo la "luminosa guía" (Exposición de motivos del Proyecto 1859, p. V) del Código español, se elaboró en 1859 el primer proyecto de Código Penal presentado al Cuerpo Legislativo. Sus autores afirmaron (Exposición de motivos del Proyecto 1859, p. IV) que "la comisión no ha hecho ni debido hacer otra cosa que adoptar lo más conveniente a la sociedad peruana, estudiando sus costumbres, su carácter y sus inclinaciones; tarea sin embargo tan delicada y difícil, que por sí sola constituye cuanto hay de más trascendental y grave en este ramo". En el Título VII, Delitos contra la honestidad, de la Parte Especial, se prevé, junto al adulterio, la violación y el estupro. En la definición de este último (artículo 316), se consideran como elementos constitutivos el "acto carnal", la "mujer

virgen" y la edad entre "catorce y diez y ocho años". Así, de manera expresa, se hace nuevamente referencia a la virginidad de la víctima; lo que muestra la preocupación de proteger la honestidad o castidad concretizada en la ausencia de relaciones sexuales. Se confirma de esta manera el control sobre la sexualidad de la mujer, ya que implícitamente significa la prohibición de relaciones fuera de matrimonio. Además, se pone en evidencia que la honestidad sexual está estrechamente vinculada con el honor de la familia y con el temor al nacimiento de hijos ilegítimos. La expresión "acto carnal" se refiere, en consecuencia, tan solo al acto sexual practicado fuera de matrimonio. De manera consecuente, se prevé también la honestidad como elemento de un caso particular consistente en tener acceso carnal "con viuda honesta o virgen mayor de diez y ocho años" (artículo 317).

De acuerdo con los criterios imperantes en la época, se prevé entre los delitos sexuales el rapto de doncella. Comportamiento que es descrito diciendo que "el rapto de una doncella, menor de veintiún años con el objeto de casarse, ejecutado con violencia de los padres, guardadores o protectores será castigado con la pena de cárcel en tercer grado" (artículo 318). La pena es agravada, en el segundo párrafo de esta disposición, si la finalidad del rapto es "corromper a la mujer". Es atenuada, por el contrario, cuando se ejecuta "sin violencia de la familia". La ofendida no es considerada en su propia condición de persona autónoma, sino como miembro de la familia; la misma que sufre una pérdida a consecuencia del rapto. En caso de desaparición de la raptada debido a que el raptor "no entregare la persona robada o no diere razón satisfactoria del lugar donde se halla" (art 320), el autor será castigado como homicida.

Este carácter patriarcal que distingue a estas disposiciones no es desmentido por la manera aparentemente neutra como se define la violación. De manera deficiente, en el artículo 315, la forma tradicional de la violación es mencionada junto a otros casos que, según la terminología acostumbrada, deben ser calificados de violación presunta. Así, en el inciso primero del mismo artículo, la violencia es definida, primero, como "el acto carnal con mujer [...] a quien se violenta ". Violentar significa, precisamente, vencer la resistencia de alguien recurriendo a medios violentos. Luego se consideran como violación, igualmente: "el acto carnal con mujer menor de catorce años, aunque sea con su consentimiento" (inciso 2); "el acto carnal con mujer que se halla privada del uso de sus sentidos [...]" (inciso 1) y "con mujer casada de quien se abusa haciéndole creer el delincuente que es su marido" (inciso 3). Por último, se equipara así mismo a la violación el caso de estupro cometido con mujer mayor de dieciocho años. Este caso es descrito como "el acto carnal con mujer honesta a quien se engaña bajo fingidas promesas de matrimonio" (inciso 4).

De una manera más detallada que en el Proyecto de Vidaurre, se estatuye la agravación de la pena en base a la relación especial que une al agente con la víctima. El artículo 323 dispone: "Los ascendientes, los guardadores, maestros y cualesquiera personas que, abusando de la autoridad o cargo que ejerzan, cooperaren como cómplices a la perpetración de alguno de los delitos expresados en este título, serán castigados con la pena correspondiente a los autores y con inhabilitación en quinto grado para ejercer el cargo o autoridad de que abusaron".

El objetivo de proteger la castidad de la mujer es mencionado expresamente cuando, en el artículo 324, se establece que "las otras personas que habitualmente o por lucro facilitaren la ejecución de los delitos contra la castidad, serán castigados como cómplices".

Las consecuencias que resultan del hecho cometido en detrimento de la víctima y del nuevo ser procreado mediante del acto carnal impuesto a la mujer son tomadas también en cuenta. A toda condena por violación, estupro o rapto, se le agrega la obligación del condenado a dotar a la ofendida y a mantener la prole (artículo 321). Mediante la dote se busca reparar la condición de la mujer violentada con miras a que pueda contraer matrimonio y a compensar el daño moral sufrido.

La importancia del matrimonio como factor restaurador del orden social perturbado (basado en la disciplina de evitar las relaciones sexuales extraconyugales), se manifiesta en que el agente no es castigado si se casa con la ofendida (artículo 322). En esta regla, no se hace alusión a que la mujer debe estar de acuerdo con casarse, como lo hacía el proyecto Vidaurre y lo harán los Códigos de 1863 y de 1924.

4. Código Penal de 1863: supervivencia de la influencia española

El Código Penal de 1863[11] constituyó una versión mejorada del Proyecto de 1859 y revisada conforme al Proyecto de la Constitución de 1860. Fuera de los cambios relativamente importantes en la sistemática y en la terminología, las disposiciones del Título II (De la violación, estupro, rapto y otros delitos) de la Parte Especial reflejan las mismas concepciones referentes a la familia, la mujer y la sexualidad. Sigue protegiéndose la virginidad y la honestidad de la mujer.

Para definir la violación, se recurre de manera expresa a la naturaleza del medio empleado por el delincuente para vencer la resistencia de la mujer. En el

11 Vid. Hurtado Pozo, José, *La ley importada*, Lima, 1979, pp. 42 y ss.

artículo 269, se dice "que viole a una mujer empleando fuerza o violencia". El término fuerza se refiere a la amenaza por oposición a la fuerza física designada como violencia. Además, se equipara a estos medios el hecho que el responsable actúe privando a la mujer "del uso de los sentidos con narcóticos u otros medios". En el párrafo segundo de esta disposición, se regulan como violación dos casos que se distinguen tanto por la condición personal de la víctima como por la manera de proceder del agente. Se trata de la violación de "una virgen impúber, aunque sea con su consentimiento" y de "una mujer casada haciéndole creer que es su marido". Difícilmente se comprende el criterio considerado para tratar de la misma manera ambas situaciones, salvo que se tenga en cuenta la importancia que se atribuye a la virginidad y a la protección de la familia representada por la condición de casada de la víctima. Si el carácter impúber de la virgen justifica que se admita que es violentada por suponérsele incapaz para consentir; no sucede lo mismo con la astucia del agente, que consiste en hacer creer a la mujer casada "que es su marido".

Con el mismo cuidado se hace referencia al medio empleado para la comisión del delito. En la definición del estupro, se indica que el agente "estupre" a la ofendida "empleando solo la seducción" (artículo 270). La víctima solo puede ser "una virgen mayor de doce años y menor de veintiuno". La virginidad es nuevamente mencionada como muestra de la honestidad y castidad de la mujer.

La honestidad sexual es puesta en evidencia como factor determinante para la protección de la mujer, cuando se regula el rapto en el artículo 273. En esta disposición, se enumeran las posibles víctimas aludiendo a la "mujer casada, doncella o viuda honesta". Lo que muestra que el matrimonio es el contexto en que las relaciones sexuales son moralmente permitidas, razón por la que su supone que la mujer casada es honesta. La misma suposición vale para la doncella, es decir la virgen (sin experiencia sexual). Pero no así respecto a la viuda respecto a la cual se menciona expresamente que debe ser honesta; dicho de otra manera que haya mantenido relaciones sexuales después de desecho el matrimonio por muerte de su marido. De manera amplia, se prevé en el párrafo segundo de esta norma, que la pena será atenuada cuando el rapto es cometido en agravio de "otra clase de mujer", lo que lleva a pensar que se considera, de un lado, las solteras y las divorciadas (honestas o deshonestas) y, de otro lado, las viudas deshonestas. Esto estaría mostrando la particular manera de valorar estas situaciones personales.

Además de las otras reglas mencionadas al presentar el Proyecto de 1859, en el Código Penal se incluyen otras entre las cuales merece destacarse las que establecen la acción penal por querella en relación con todos los delitos de este Título y las que regulan delitos no previstos en el Proyecto. En cuanto al ejer-

cicio de la acción penal, por ejemplo, se dispone en el artículo 278 que "no se procederá a formar causa por los delitos a que se refiere este título, sino por acusación o instancia de la interesada, o de la persona bajo cuyo poder se hubiere hallado cuando se cometió el delito, debiendo el consejo de familia nombrar a la agraviada, en caso necesario, el correspondiente defensor". Disposición que es completada indicándose que "si el delito se cometiere contra una impúber que no tenga padres ni guardador, puede acusar cualquiera del pueblo, y procederse de oficio".

Entre las nuevas conductas delictivas, se prevé la sodomía. De acuerdo con el artículo 272, el responsable será reprimido con las mismas penas que se imponen a los autores de los delitos previstos en los artículos anteriores (referentes a la violación y al estupro). Abandonando la referencia al hecho de corromper una mujer, se reprime a quien "habitualmente, o con abuso de autoridad o confianza, promoviere o facilitare la prostitución de las personas menores de edad, para satisfacer los deseos de otro, sufrirá pena de cárcel en cuarto grado" (artículo 279).

Por último, señalemos que se regula de manera más completa, en la medida en que se considera el consentimiento de la mujer concernida, la excepción de pena por matrimonio subsecuente al delito. En el artículo 277, se estatuye que "en los casos de estupro, violación o rapto de una mujer soltera, quedará excepto de pena el delincuente, si se casare con la ofendida, prestando ella su libre consentimiento, después de restituida a poder de su padre o guardador, o a otro lugar seguro".

5. Código de 1924: la influencia suiza

El modelo hispano fue abandonado al reformarse el Código de 1924[12]. Los proyectos fueron elaborados siguiendo los proyectos de Código Penal redactados para la unificación del derecho penal suizo. Esto significó un cambio substancial en la legislación penal peruana. Esta mutación se debió al hecho de que la Comisión redactora del nuevo Código estuvo conformada por juristas parlamentarios y no por jueces como había sido con las anteriores comisiones. De manera conservadora, estas últimas se limitaron a realizar algunos retoques, de acuerdo sobre todo a los sucesivos intentos de reforma españoles.

En materia de delitos sexuales, en el nuevo Código, se previó un Título dedicado a los Delitos contra las buenas costumbres y a la libertad sexual. Su

12 Vid. Hurtado Pozo, *La ley importada*, cit., pp. 58 y ss.

contenido, casi reproducción fiel de las disposiciones suizas, refleja las concepciones imperantes en una sociedad fuertemente marcada por la tendencia a buscar soluciones pragmáticas mediante la adopción de soluciones intermedias. De modo que si en esa parte del Código se nota una cierta modernización, también se percibe un aspecto conservador en la medida en que se mantienen ciertos criterios moralistas. Por ejemplo, los utilizados para determinar qué comportamientos deben ser reprimidos (en particular, en la represión de los atentados "contra el pudor de menores") y que están constituidos por los criterios o prejuicios medios imperantes en la sociedad.

Así, en el Código de 1924, se distingue, en primer lugar, entre violación y seducción. La nota distintiva básica está dada por el medio utilizado por el delincuente. Según el artículo 196, la violación se produce mediante "violencia o amenaza grave"; mientras que en el artículo 201, el autor debe "seducir" a la víctima. En cuanto al estado personal de esta última, si bien toda mujer puede ser violada, solo puede ser seducida una "joven de conducta irreprochable, de más de dieciséis y menos de veintiún años". La honestidad o virginidad de la víctima no son más tomadas en cuenta, aunque en la práctica judicial en repetidas ocasiones la "conducta irreprochable" fue comprendida como la falta de experiencia sexual, es decir de no haber mantenido relaciones de este tipo.

La violación fue precisada tomando en consideración ciertas circunstancias especiales. Los casos previstos fueron designados como casos de violación presunta debido a que, por falta de capacidad de la víctima, se presuponía que había sido violentada. Por ejemplo, los casos agravados de poner a la víctima, con el fin de hacerle sufrir el acto sexual, "en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir" (artículo 197) o de hacerlo, "conociendo el estado de la víctima", con una "mujer idiota, inconsciente o incapaz de resistencia" (artículo 198). En todos los casos de violación, el hecho debe producirse "fuera de matrimonio"; dicho de otra manera, se considera que el derecho penal no debe intervenir en la esfera privada de marido y mujer. Por más que esta se oponga y que, mediante violencia, el marido la obligue a practicar el acto sexual, este no puede ser considerado como autor de violación. Sin embargo, no se sigue diferenciando entre doncella, soltera y viuda, como se hizo en el Código de 1863.

Un caso singular de violación, ya previsto en el Código de 1924, es caracterizado mediante el hecho de que el autor explote una relación de jerarquía o dependencia que lo une con la víctima. Según el artículo 202, el agente debe aprovechar que la víctima está bajo su autoridad o vigilancia, o que se encuentra internada en un establecimiento especial.

Con relación a la edad de la víctima, el Código de 1924 amplia la protección de los menores de uno y otro sexo. Con este objeto, reprime, por un lado, el acto de "hacer sufrir el acto sexual o un acto análogo a un menor de dieciséis años". La finalidad perseguida era la de garantizar penalmente la integridad sexual de los menores y el desarrollo normal de su personalidad. Por otro lado, amplia la represión a los comportamientos vinculados con la sexualidad pero que no consisten en el acto sexual propiamente dicho, ni el acto análogo (acto contra natura o sodomía). En el artículo 200, se prevé la represión de quien comete "un acto contrario al pudor en la persona de un menor de dieciséis años". En ambos casos, la pena era agravada, si la "víctima es un discípulo, aprendiz o doméstico del delincuente, o su descendiente, su hijo adoptivo, o hijo de su cónyuge, o su pupilo o un niño confiado a su cuidado" (artículo 199, pf. 2 y artículo 200 pf. 2).

Una agravante general a todos los delitos sexuales es estatuida en el artículo 203. Se trata, primero, de la denominada preterintención. La pena es agravada, si a consecuencia del delito, culposamente, se lesiona gravemente a la víctima o se le causa la muerte ("y el delincuente pudo prever este resultado [muerte o lesiones]". Segundo, de la práctica de actos de tortura; es decir innecesarios a la realización del delito sexual y con el fin de hacer sufrir a la víctima.

La obligación de dar una dote a la víctima, si es soltera o viuda, es regulada, en el artículo 204, de la misma manera como en el Código de 1863. Lo mismo sucede, en el párrafo segundo de esta disposición, respecto a la excepción del subsecuente matrimonio entre el agente y la víctima, restituida a una situación que le permita consentir con libertad.

La represión del responsable sigue siendo dependiente de la querella o denuncia de la agraviada o de la persona que la tenía a su cuidado al momento de producirse el delito. Debido a la previsión de los casos agravados por la preterintención, se dispone que la acción será de oficio cuando se haya producido el resultado de muerte o lesiones graves, previsto pero no querido (artículo 205). Un segundo caso de ejercicio de la acción pública es previsto para los casos de menores de dieciséis años que no tengan padres ni guardador o cuando el autor sea un ascendiente, guardador u otra persona encargada de su cuidado (artículo 205, pf. 3).

La severidad de la represión de los delincuentes sexuales fue aumentada mediante sendas modificaciones de algunas disposiciones del Código de 1924. La Ley N.º 17388 de 1969, de manera no sistemática, previó un delito denominado de asalto (a mano armada, con concierto o banda) "con el objeto de hacer sufrir el acto sexual o contra natura, aun cuando los agraviados sean mayores de

edad". En caso de muerte de la víctima, la pena era la de muerte. En 1971, por Ley N.º 18968, esta pena fue reemplazada por la de internamiento.

Tres años más tarde, mediante la Ley N.º 20583, se estableció nuevamente la pena capital para los responsables de violación (acto sexual o acto análogo) de menores de siete o menos años de edad. Se agravó la pena para quien práctica un acto contra natura en la persona de un menor de catorce años y, finalmente, se estatuyó la pena de penitenciaría no menor de diez años si la víctima era mayor de siete años y menor de catorce.

6. Código Penal de 1993 y sus modificaciones

Las disposiciones del Código de 1993, relativas a los delitos sexuales, no son fundamentalmente diferentes a las respectivas del Código de 1924. El esquema del título en las que han sido reunidas y las clases de delitos tomadas en cuenta son los mismos. Se consideran la violación y la seducción, así como el acto contrario al pudor. Las circunstancias agravantes son casi las mismas, comprendiendo el caso de la preterintención.

En cuanto a la severidad de las penas, la adopción del nuevo Código significó un retorno a criterios menos draconianos que los incorporados mediante las modificaciones aportadas al Código de 1924, sobre todo en relación con los atentados contra los menores y a los casos agravados como el hecho de actuar a mano armada.

El abandono de los criterios morales subsistentes en la legislación derogada se evidencia, en primer lugar, en la substitución del título que hacía referencia a las "buenas costumbres" por uno que se limita a referirse únicamente a "la libertad sexual". En segundo lugar, tanto en la mención del acto análogo junto al acto sexual y en la descripción de todos los casos de violación, como en la supresión del requisito de la "conducta irreprochable" en el tipo legal del delito de seducción (artículo 175). Si bien con respecto a este último delito, se considera que su realización consiste en la práctica del acto sexual, el medio utilizado debe ser el "engaño". Esta circunstancia es lo único que permite seguir calificando el comportamiento incriminado de seducción, ya que la víctima es designada con la expresión "persona de catorce años y menos de dieciocho". Esto permite pensar que puede serlo tanto una persona de sexo femenino como masculino. Solo una interpretación restrictiva de la expresión "practicar el acto sexual", en el sentido de identificar el sujeto activo del delito con el sujeto activo del acto biológico, tradicionalmente atribuido al hombre, permitiría seguir hablando de seducción en razón de la manera astuta de actuar del delincuente. En realidad,

una mujer también puede, mediante falsas promesas, convencer a un varón (no menor de catorce ni mayor de dieciocho años) para que tengan relaciones sexuales consistentes en el acto sexual propiamente dicho.

La interpretación de la definición contenida en el artículo 175 en el sentido que no se trata más de la seducción, es reforzada por la modificación de esta disposición, mediante la Ley N.º 26357 del 23 de setiembre de 1994. Junto al acto sexual, se menciona ahora el acto análogo y se sigue considerando como víctima a toda persona sin distinción de sexo. La finalidad perseguida es la de proteger a los varones. El fenómeno social de la delincuencia sexual ha provocado siempre un intenso rechazo de parte de las personas, quienes han exigido, por considerar sobre todo grave las agresiones contra los menores, una severa represión de los autores. Esta actitud justificada de parte de la población ha sido aprovechada e incitada por ciertos medios de comunicación. Mediante una técnica caracterizada por favorecer el escándalo y la desmesura, las personas han sido alarmadas e incitadas a la vindicta. Con fines políticos, sobre todo, se han propuesto una serie de reformas legislativas en el ámbito de los delitos sexuales en general. Esta actitud es solo un aspecto de la política difundida de recurrir a medidas legislativas de carácter penal con el fin de demostrar que se reacciona contra la delincuencia. Desde 1995, se han presentado en el Parlamento, en ejercicio del derecho a la iniciativa, 250 proyectos de ley tendientes a modificar el Código Penal. Muchos de estos proyectos se refieren al derecho penal sexual.

La nota distintiva de todos estos proyectos es la tendencia a aumentar la severidad de las penas previstas en el Código Penal para reprimir a los responsables de delitos sexuales. En este sentido, se ha propuesto por ejemplo que quienes violen a menores de edad sean reprimidos, de acuerdo con la edad de la víctima, con la pena de cadena perpetua, penas privativas de libertad no menores de veinte o veinticinco años y no mayores de 30 años (por ejemplo proyectos números 603, 2554, 3678, 4525, 4640, 5161, 5540) y, hasta con la pena de muerte (proyecto número 1735). Para agravar la pena se recurren a diversas circunstancias que a veces se distinguen por una especial particularidad (por ejemplo, en el proyecto número 4525, se prevé la agravación en caso que la violación sea cometida por quienes estén prestando servicio público de pasajeros en vehículos de transporte). La agravación de la represión se revela igualmente cuando se propone por diversas razones que la acción penal sea pública para reprimir a los autores de delitos sexuales (salvo en el caso del artículo 175 C.P.) (proyecto número 4185). Con este objeto, se ha denunciado la frecuente impunidad de los responsables, la falta de protección de las víctimas mujeres y menores por no apreciarse debidamente la gravedad de los atentados contra su sexualidad, el hecho de que se consideren estos atentados como formando parte de la esfera

íntima de las víctimas, todo lo que supone que el Estado no cumple su función de garantizar y promover la libertad e integridad sexuales de las personas.

Por otro lado, cuando se postula, por un lado, garantizar el cumplimiento pleno de la pena impuesta al responsable; es decir, se le excluye de todas las medidas reguladas en el Código con la finalidad de evitar los efectos nocivos de la privación de libertad (suspensión de fallo condenatorio, suspensión de la ejecución de la pena, liberación condicional, beneficios penitenciarios) (proyecto número 3653).

Con respecto a este último tipo de propuesta, es de señalar que por Ley N.º 26770 se abrogó la circunstancia de eximente de pena del matrimonio subsiguiente entre el delincuente y su víctima; eximente que favorecía también a los participantes en la comisión del delito. Esta reforma dio lugar a un amplio debate y diversas propuestas (Proyectos de Ley N.º 1934, 2023, 2184, 2280) para substituir el proyecto original (Proyecto de Ley N.º 1147), aprobado con ciertas modificaciones[13]. Entre los argumentos en favor de esta medida se ha invocado la naturaleza y función de la familia base del sistema social, el matrimonio como fundamento de su legitimidad y el consentimiento de la mujer como elemento esencial del matrimonio.

En cuanto a la descripción misma de los delitos sexuales y, en especial, del delito de violación, las propuestas han estado dirigidas a renovar la definición legal tradicionalmente prevista en los Códigos Penales. Así, se ha propuesto que se introduzca la noción amplia de "agresión sexual". Según el Proyecto de Ley N.º *, originalmente redactado por CLADEM-PERU, debe comprenderse "toda conducta que vulnere el derecho de una persona al libre ejercicio de su sexualidad". Así mismo, se propone que si "la agresión consiste en la penetración vaginal, anal u oral, la introducción de objetos u otros medios, la pena será no menor de cinco años ni mayor de diez años". En este proyecto se reflejan de manera más nítida las ideas propugnadas, de manera justificada, por los movimientos feministas para atenuar sensiblemente la actual orientación discriminante en detrimento de las mujeres del derecho penal; sin embargo, algunas de las propuestas implican un riesgo de recurrir excesivamente a medidas represivas superadas.

Sin proponer un cambio tan claro, se ha propuesto definir mejor las expresiones ya utilizadas en el Código Penal. Así, en el Proyecto N.º 1702, se establece la norma interpretativa siguiente: "entiéndase comprendido dentro de

13 Merino Lucero, Beatriz, (autora del proyecto original), *Matrimonio y violación. El debate del artículo 178 del Código Penal peruano*, Lima, 1997.

acto análogo no solo el acto sexual contra natura efectuado por un varón, sino al realizado por cualquier persona y con cualquier otro medio cuya finalidad sea la misma". Esta propuesta es justifica afirmándose que los jueces interpretan restrictivamente la noción de acto análogo, "dejando desprotegidos a quienes son víctimas de conductas que tienen la misma finalidad delictiva, pero que son calificadas de "lesiones y sancionadas con una pena menor, o simplemente quedan impunes por ser cometidas por una mujer, dándose un trato desigual ante la ley a quienes cometen el mismo delito pero por otros medios".

Debido a que el proceso penal, cuando tiene lugar, comporta una carga excesiva para las víctimas tanto porque vuelven a enfrentarse a sus agresores, como porque son sometidas a tratamientos vejatorios (interrogatorios abusivos, exámenes médicos dudosos, cuestionamiento de su sinceridad, etc.), se ha reclamado se modifiquen las normas procesales para garantizar mejor los derechos personales de las víctimas y evitar los perjuicios psíquicos que pueden producirse. Habiéndose llegado a proponer que ciertos actos procesales, como la confrontación o la presencia de la víctima, solo tengan lugar a pedido de esta o con su consentimiento previo (Proyecto de Ley N.º).

7. A manera de conclusión

La presentación de la evolución legislativa de los delitos sexuales que acabamos de hacer solo constituye un resumen incompleto y, por lo tanto, permite apreciar de manera imperfecta las concepciones morales, políticas y penales referentes a la criminalidad sexual y al tratamiento desigual de los sexos. Para alcanzar a comprender de modo cabal las razones que impulsan a los responsables del sistema de control penal a tratar de esa manera los comportamientos calificados de delitos sexuales es indispensable tener en cuenta el contexto social en el que se elaboran y aprueban las disposiciones legales. Estudios de esta naturaleza no se han efectuado debidamente en nuestro medio, lo que hace más ardua la tarea de concebir y poner en práctica una política penal adecuada, eficaz y respetuosa de los derechos fundamentales de las personas y, en especial, de las mujeres y los menores.

8. Bibliografía sucinta

ALCALÁ-ZAMORA Y TORRES, Niceto, *Nuevas reflexiones sobre las leyes de Indias*, 3.ª ed., México D. F., 1980.

ARMAZA GALDÓS, Julio/ZAVALA TOYA, *La decisión judicial*, Lima, 1999.

BARREDA LAOS, Felipe, *Vida intelectual del Virreinato del Perú*, Universidad Mayor de San Marcos, Lima, 1964.

Basadre Ayulo, *Historia del Derecho*, Lima, 1994.

Cotler, Julio, *Clases, Estado y Nación en el Perú*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 1978.

Friederici, Georg, *El carácter del descubrimiento y de la conquista de América*, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1973.

Hampe Martínez, Teodoro, *Santo Oficio e historia colonial*, Lima, 1998.

Hurtado Pozo, José, *La ley importada*, Lima, 1979.

Hurtado Pozo, José, *Manual de derecho penal. Parte especial*, t. 1, Lima 1993, t. 2, Lima 1994.

Macera, Pablo, "Sexo y coloniaje", en *Trabajos de historia*, vol. 3, Instituto Nacional de Cultura, Lima, 1977.

Hurtado Pozo, José, "Delitos sexuales y derechos de la mujer", en Defensoría del Pueblo, *Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales*, Lima, 2000.

Merino Lucero, Beatriz, (autora del proyecto original), *Matrimonio y violación. El debate del artículo 178 del Código Penal peruano*, Lima, 1997.

Taylor Navas, Luis, "La evolución de los delitos sexuales en el Perú", en *Anuario de Derecho Penal* 1999-2000. Versión en línea: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1999_15.pdf.

Vargas, Javier, *Historia del Derecho peruano. Parte general y Derecho Incaico*, Lima, 1993.

II

Breves anotaciones sobre la doctrina penal peruana referente a las infracciones sexuales*

Sumario: 1. Introducción. 2. Código Penal de 1863: Silva, Rada. 3. Código de 1924: Calle, Torres Malpica, Bramont Arias, Peña Cabrera. 4. Proyecto de 1984: Prado Saldarriaga. 5. Código de 1991: Bramont-Arias Torres, Salinas Siccha. 6. Colofón. 7. Bibliografía sucinta.

1. Introducción

Para comprender cómo son concebidas y aplicadas las regulaciones legislativas, resulta indispensable indagar sobre las concepciones morales, políticas, económicas y jurídicas de quienes las elaboran y las aplican. Esto resulta, en particular, interesante en ámbitos como los de la elaboración de los tipos legales referentes a los delitos sexuales, de la represión de los responsables y de la protección de las víctimas.

La lectura de las exposiciones de motivos redactadas por los autores de los proyectos legislativos y de los considerandos, tanto de hecho como de derecho, de las sentencias resultan fuentes inagotables para determinar las mentalidades de sus autores. Lo mismo se puede decir, de los trabajos teóricos de los juristas dedicados a interpretar las leyes. En relación con todos ellos (legisladores, jueces y teóricos) no cabe la excusa de que han escrito poco, son parcos al redactar los fundamentos de las decisiones o de las modificaciones legislativas, pues muchas

* Publicado con el seudónimo de José DE PUIT, en *Anuario de Derecho Penal*, 1999-2000, pp. 246 y ss.

veces sus silencios o afirmaciones apriorísticas constituyen elementos de gran valor para apreciar sus concepciones.

En esta breve exposición, nos limitaremos a presentar las opiniones de un número limitado de autores con la finalidad de describir la evolución de las ideas referentes a los delitos sexuales.

2. Código Penal de 1863: Silva, Rada

En lenguaje propio de la época y reflejo de las concepciones morales de entonces, la honestidad es explicada indirectamente. Con este objeto, Silva se refiere al pudor considerándolo "uno de los derechos más sagrados del hombre, una de sus joyas más preciadas". En su opinión, "es un elemento constitutivo de la dignidad, el emblema de la moral y la dote que realza más el corazón de la mujer". Por lo tanto, "una amarga blasfemia pronuncian, pues los que se atreven a sostener que no hay verdaderos delitos contra la honestidad"[1].

Habiendo afirmado la igualdad de las personas, Silva afirma que el adulterio es igualmente reprochable en caso de la mujer o del marido, en la medida en que lo define diciendo que, en "realidad, lo constituye cualquier acto de infidelidad de los cónyuges, porque ambos tienen el mismo derecho a su jurada fe". Así, señala como base de la incriminación a la infidelidad. Para justificar la represión discriminatoria de la mujer en relación con el marido, Silva recurre ampliamente a diversos criterios. Así, afirma: "pero, sea porque la inviolabilidad del tálamo nupcial se halla especialmente encomendada a la mujer, sea porque el menor desvío de ella mancha con indeleble baldón el nombre de su esposo y lo entregan al ludibrio de las gentes, sea en fin, como piensan otros más materialistas y de corazón metalizado, por facilidad de defraudar los derechos de sucesión con una prole bastarda, lo cierto es que la ley castiga como adulterio el más leve desliz en la mujer, mientras que respecto al marido exige continencia pública o barragania"[2]. La manera peyorativa como se refiere a los "materialistas" pone de manifiesto que el autor se inclina en favor de justificar la represión del adulterio por la deshonra causada al marido. Por esto concluye reconociendo que "se comprende que nadie sino el cónyuge ofendido podrá tener derecho de acusar, como único juez de su honra y de su afecto".

---

1 Silva Santisteban, José, *Curso de Derecho penal*, Tipografía del Autor, Lima, 1863, p. 84.

2 Silva Santisteban, *Curso de Derecho penal*, cit., p. 84.

En cuanto a la violación, Silva[3] hace hincapié sobre todo en que "es [...] un ultraje hecho con violencia; y así puede recaer sobre una virgen, como sobre otra mujer cualquiera". Destaca así y sin mayores explicaciones que el factor esencial es "el abuso por la fuerza, contra la voluntad de la ultrajada". La referencia a la condición de virgen de la agraviada está condicionada por la manera como el legislador ha descrito los delitos. Así, el estupro es descrito como el acceso con una persona virgen, con o sin violencia. Según el caso, varia la naturaleza y severidad de las penas. La virginidad está plenamente identificada con el pudor, base de la honestidad.

Por esto no extraña, dentro del contexto en el que escribe, que el autor acepte sin comentarios la protección de la virginidad mediante el derecho penal. Su concepción sobre la moral y las relaciones de esta con el derecho penal se manifiesta claramente cuando de modo genérico indica que "hay además otros delitos que consisten en acciones indecorosas, palabras obscenas, alegorías lúbricas, y otras cosas que ofenden el pudor y relajan las buenas costumbres, y que debe reprimir la ley". Lo mismo sucede cuando refiriéndose muy naturalmente a la pederastia ("comercio carnal con persona del mismo sexo"), lo califica de "vicio torpe y vil" y señala que se reprime con las mismas penas del estupro"[4].

La imagen social de la mujer fue también fuertemente influenciada por las ideas positivistas italianas, aunque la recepción de estas no fue realizada de manera seria y consecuente. Pedro José Rada, en 1894, manifestaba: "La natural condición de la mujer, sus ideas y su educación, no puede negarse que, influyen de una manera palmaria en la delincuencia, pues con mayor facilidad cometerá los delitos de aborto e infanticidio, por ejemplo, que los de simple homicidio, hurto, rebelión, etc., dados sus conceptos de honor y de dignidad que en ella suelen sobreponerse a los de la maternidad y de la compasión cometiendo de este modo dos faltas, siendo originada la segunda para ocultar la primera"[5]. Luego de plantear el tema de los substitutos penales (como por ejemplo, permitir en el orden familiar el divorcio, el matrimonio libre, para evitar los crímenes de esta clase), se refiere a la mujer delincuente diciendo: "abusando de su libertad y con pleno conocimiento de su acción perpetra sus crímenes, para abandonar su tierna misión en la sociedad, e ir derramando en el desierto de la vida espinas y sangre, en lugar de bálsamo y de flores"[6]. Con este tipo de comentarios es ló-

3 Silva Santisteban, *Curso de Derecho penal*, cit., p. 85.

4 Ibídem, p. 123

5 García Rada, Domingo, *Manual de derecho procesal penal*, Eddili, Lima, 1984, p. 122.

6 García Rada, *Manual de derecho procesal penal*, cit., p. 124 4.

gico que no se abandonan los tradicionales criterios referentes a la moralidad y honestidad de la mujer; por el contrario, se refuerzan las ideas de la mujer como madre, ama de casa, benefactora, esposa leal y recatada.

3. Código de 1924: Calle, Torres Malpica, Bramont Arias, Peña Cabrera

En sus anotaciones al Código Penal de 1924, Juan José Calle[7] no abandona los criterios de interpretación forjados durante la aplicación del Código de 1862. Así con respecto al delito de seducción, no considera mejor que referirse a los comentarios que hace Moreno con relación a la reforma de la legislación argentina. Mediante esta reforma se suprimió la exigencia de la virginidad. Con este objeto se tuvo en cuenta que "de acuerdo con el concepto fisiológico, aquella podía faltar en la mujer casta. En efecto, la virginidad se caracteriza por la presencia de la membrana himen y esta puede haberse roto o desaparecido por causas ajenas a contactos carnales". Según el mencionado autor, invocado por Calle, "además, la ley no trata de proteger el hecho de la virginidad, en sí misma, sino la honestidad". Para fijar este concepto, primero, afirma que "la ley ampara a la mujer muy joven, a la niña, contra la seducción, lo que pretende es que la corrupción de las menores no se produzca, y que no se preparen mujeres para la mala vida, sino para el hogar". En su opinión "mujer honesta es, en ese sentido, la que no ha tenido contacto carnal con un hombre, voluntariamente". Así, el derecho penal es reconocido como instrumento para disciplinar el comportamiento de la mujer con miras a que sea buena madre, responsable del matrimonio y del hogar. El aspecto moral de esta concepción se revela, igualmente, cuando Moreno sostiene que "si una mujer hubiese sido violada, habría sufrido su físico con la violencia ejercitada, pero debe suponerse que su situación moral se mantiene 'incólume". Respecto a todas estas consideraciones, Calle manifiesta, que le "parecen perfectamente aplicables a la joven de conducta irreprochable"[8].

Los estudios sobre la legislación penal se intensificarán y adquirirán un mejor nivel con el avanzar de la aplicación del Código Penal de 1924 y gracias a la difusión de las ideas penales europeas por parte de los juristas españoles que se refugian en América a la caída de la República.

En breves notas a las disposiciones del mencionado Código, Torres Malpica[9] se limita a dar algunas indicaciones sobre los problemas técnicos de aplica-

7 Calle, Juan José, *Código Penal del Perú*, Lima, 1924, p. 162.

8 Calle, *Código Penal del Perú*, cit., p. 162.

9 Torres Malpica, Carlos, *Código Penal*, Lima, 1965, p. 121.

ción. Así, afirma que el acto sexual a que se refiere el artículo 196 (violación) debe circunscribirse al coito normal y por analogía al coito anal; esto es, a la unión de los sexos, penetrando el masculino al femenino, razón por la que no son bien recibidas algunas denominaciones como aproximación carnal, tampoco puede considerarse como formas de violación el "coito bucal". En cuanto a la violencia afirma que debe ser tal "que anule la resistencia de la mujer; debe ser seria y constante [...]. No aquella resistencia aparente por razón de pudor con un contenido de deseo"[10]. Respecto a la violación de menores de 16 años, se plantea la pregunta "si un homosexual mayor de edad, se hace copular con un menor de 16 años o una mujer, también mayor de edad, se hace fornicar con un adolescente que aún no ha cumplido 16 años, son culpables de violación?". La respuesta, en su opinión, "debe ser afirmativa". Para justificar su afirmación, sostiene que "lo que prima en las relaciones sexuales es la iniciativa. De quien parte? No ha de ser del menor y aun suponiendo que se trate de un precoz, su voluntad nada vale, porque justamente en esto se basa la ley para calificar como violación presunta, tácita o impropia las relaciones practicadas con él"[11].

Destaca así mismo que la prueba del delito, por la naturaleza íntima de las relaciones carnales, no siempre es fácil. Frente a la negativa del imputado, señala que la Corte Suprema dice que no es suficiente la preventiva de la víctima, como prueba de cargo, excepto si la preventiva es corroborada por otros elementos de convicción, especialmente si hay desfloración de data reciente. De esta manera, se percibe si bien en el discurso teórico la referencia a la virginidad ha perdido importancia, no sucede lo mismo en la práctica judicial. En esta, la virginidad vuelve subrepticiamente respecto a la comprobación de si el delito ha sido cometido. El retorno a los viejos criterios se produce igualmente cuando se interpreta la disposición referente a la seducción. Según Torres Malpica, "la irreprochabilidad de la conducta, que la ley pone como condición, debe referirse a la vida íntima de la agraviada, anterior al delito. El comportamiento social de la joven propias de la moda o de las costumbres de nuestra época, que raya en el libertinaje, debe apreciarse debidamente para considerarlo incompatible con la honestidad"[12].

Bramont Arias[13] considera que "el objeto de la tutela penal, respecto de los delitos contra la libertad y el honor sexuales, es el interés del Estado de asegurar

10 Torres Malpica, *Código Penal*, cit., p. 121.

11 Ibídem, p. 123.

12 Torres Malpica, *Código Penal*, cit., p. 124.

13 Bramont Arias, Luis A., *Código Penal anotado*, Lima, 1966, p. 11.

el bien jurídico de las buenas costumbres, en cuanto se atiene a la reserva sexual de las personas, esto es, a la inviolabilidad sexual de los individuos contra la manifestación ilícita de prácticas viciosas". El aspecto moralizador de esta afirmación reside tanto en la manera como se hace referencia a las buenas costumbres y al calificativo de viciosas que se da a las prácticas ilícitas. Esta orientación se confirma con la cita que Bramont hace de la opinión de Roy Freyre[14]. Este autor define al honor sexual, "de una parte, como el sentimiento de nuestra propia dignidad que se va formando a medida que nos damos cuenta del significado trascendental que tiene la actividad de signo sexual que la biología impone y la sociedad demanda respetar; y, de otro lado, decimos que es la opinión que los demás tienen de nuestras buenas cualidades morales para hacer una vida heterosexual irreprochable". Para precisar su idea, Bramont, con relación al delito de violación, señala[15] también que el "objeto específico de la tutela penal es el interés del Estado de garantizar el bien jurídico de las buenas costumbres, en cuanto particularmente se refiere a la reserva sexual (libertad sexual), contra la ejecución de actos sexuales violentos o abusivos".

De manera más concreta y tomando debidamente en cuenta el factor libertad e igualdad de las personas, Bramont subraya[16] que "es indiferente la condición sexual de la mujer, que puede ser honesta o impúdica, virgen o no.

La prostituta puede ser víctima del delito de violación, ya que también ella tiene libertad para autodeterminarse en la esfera sexual y rechazar el yacimiento con cualquier hombre". Sin embargo, refiriéndose a los romanos, admite que en caso de las prostitutas "podrá reducirse la pena, cuando la víctima sea mujer de multitud, pero la ley no puede dejar de protegerla".

Respecto a la violación de la mujer por su marido, afirma que no se trata de "violación, sino un delito contra la libertad (coacción o amenaza), cuando el marido accede, violentamente a la mujer que se ha opuesto al acto por razones profilácticos para sí o para la prole, como sería el caso de padecer el marido de una enfermedad venérea, pues afectan a la libertad de la mujer, no a la moral sexual, a no ser que constituyan espectáculos deshonestos (artículo 210)"[17].

En su opinión[18], "el hombre tiene el derecho de exigir el acto sexual y el deber de cumplirlo. El matrimonio confiere el derecho de exigir la presta-

14 Bramont Arias, *Código Penal anotado,* cit., p. 12.

15 Bramont Arias, loc. cit.

16 Bramont Arias, *Código Penal anotado,* cit., p. 13.

17 Ibídem, p. 14.

18 Ibídem, p. 16.

ción sexual, tanto para la satisfacción del instinto como para la conservación de la especie". Para explicar su posición, recurre al denominado *debitum conjugale*; que en su opinión "es una prestación ineludible consiguiente a la fidelidad obligatoria (artículo 159 del C.C.)". Sin embargo, considera que es necesario "trazar la línea divisoria entre el ejercicio del derecho del hombre para compeler a la prestación sexual, con la defensa del derecho de pudor de la mujer, de su integridad física o de la sanidad de la prole". Concluye sosteniendo[19] que "la norma civil tutela el cumplimiento de la función sexual ordenada por la naturaleza para la conservación de la especie y por la sociedad para el mantenimiento de los principios éticos, pero no puede colocar a la esposa, sujeta a la brutal lujuria del marido, en peor condición que a la prostituta, a la que se le acuerda protección penal". Por tanto, "si el marido tuviera alguna enfermedad contagiosa: si buscara el acceso por vías carnales anormales; si a la mujer le aquejara enfermedad inconciliable con el acto sexual, los actos de imponer el concúbito no constituirían el delito de violación, pero sí el de coacción, legislado en el artículo 222".

Conforme a la doctrina entonces imperante, considera que "la violencia consiste en el empleo de la fuerza física sobre la mujer suficiente y continuada, capaz de vencer su resistencia seria"[20]. Es interesante destacar que esta violencia debe "ser suficiente como para vencer la resistencia natural de una mujer normal; y continuada, en cuanto debe ser mantenida hasta el último momento en que se produce el acto sexual". Esta noción es completada haciendo referencia a la resistencia de la mujer. Para Bramont, esta "resistencia debe ser real, esto es, seria porque no es suficiente la simple negativa para admitir que la supuesta víctima haya llegado al acto sexual vencida por la fuerza del actor, porque muchas veces puede ocurrir que un no formal encubra un sí sustancial". Citando a Cervantes, deja comprender que esta resistencia debe ser importante (Quijote, parte II, cap. XLV: Sancho dijo "si el mismo aliento y valor que habéis mostrado para defender esta bolsa lo mostrarais, y aún la mitad menos, para defender vuestro cuerpo, la fuerza de Hércules no os hicieran fuerza")[21]. Para confirmar esta concepción, citando a Maggiore. Bramont dice[22] que "la resistencia de la mujer, real, posible mide la idoneidad de la violencia, y si el sujeto pasivo no resistió, pudiendo hacerlo, o resistió débilmente, para salvar el 'honor de las armas' o, peor todavía, para excitar el apetito del agresor, no se podrá hablar de violencia".

19 Bramont Arias, loc. cit.

20 Bramont Arias, *Código Penal anotado,* cit., p. 14.

21 Bramont Arias, *Código Penal anotado,* cit., p. 15.

22 Bramont Arias, loc. cit.

De la misma manera estricta, Bramont[23] define la amenaza; la misma que debe ser seria y continuada; seria en el sentido de la posibilidad cierta de las realización del daño por parte de la persona de quien emana la amenaza, y la posibilidad lógica de que se efectúe el mal amenazado; y continuada, en el sentido de que el agente la mantenga hasta el último momento. En resumen, sostiene que "conforme a la común doctrina, aquella que es capaz de rechazar o hacer negatoria la fuerza física o moral por la cual se trata de vencer a la mujer".

Con relación a la seducción, Bramont[24] justifica la protección de la víctima sobre la base de la condición personal tanto de la mujer en general como del sujeto pasivo en particular. Así, se refiere a que se justifica la protección penal debido a que "por su inexperiencia, debilidad propia de la mujer y por no haber alcanzado el desarrollo completo de su capacidad volitiva, no puede defenderse por sí misma de los ataques a su honor sexual".

De acuerdo a la orientación moralizadora de su análisis, Bramont[25] considera que la expresión "conducta irreprochable" debe ser interpretada "en la relación con la moral sexual dominante que rige las relaciones heterosexuales". De acuerdo con el abandono de la virginidad como elemento de la descripción del acto incriminado, afirma que "no es necesario que la mujer sea virgen (que puede darse en mujeres que se entregan a cópulas anormales o a la masturbación); y tampoco importa que la mujer ya haya yacido con otro hombre, como es el caso de haber sido víctima de un delito de violación". La perspectiva que debe adoptarse es normativa y, en este sentido, estima que "la conducta irreprochable ha de entenderse como observancia de las normas que las buenas costumbres imponen en materia sexual, esto es, como moralidad sexual socialmente admisible, teniendo en cuenta la ignorancia de las maldades de este mundo o la inexperiencia en materia sexual de la mujer, que le imposibilitan evaluar en toda su extensión las consecuencias de su acto". Esto no le impide, sin embargo, adoptar un criterio legalista para descartar la seducción: afirma que "no es dable hablar de seducción cuando se trata de mujer cuyo estado civil aleja toda idea de inexperiencia sexual. Esas mujeres saben lo que hacen".

Merece la atención tener en cuenta la idea que Bramont[26] tiene de las relaciones sexuales, pues en esta se refleja de alguna manera la manera como percibe las diferencias entre los sexos. Refiriéndose a Noronha, dice que "en el torneo

23 Bramont Arias, loc. cit.

24 Bramont Arias, *Código Penal anotado,* cit., p. 32.

25 Bramont Arias, loc. cit.

26 Ibídem, p. 33.

amoroso, la iniciativa, por regla general, pertenece al hombre. El hombre es el intelecto, la mujer es el sentimiento. La seducción consiste justamente en la captación del sentimiento de la mujer por obra del intelecto del hombre. En otros términos, seducción es la actividad de cualquier índole realizada por el agente con el propósito de persuadir a la mujer a la realización de la cópula. La actividad del agente se proyecta sobre el plano psíquico de la mujer y su existencia requiere el quebrantamiento del mecanismo de inhibición".

El aspecto moral del criterio sostenido por Bramont se revela también cuando analiza los efectos del subsecuente matrimonio respecto a la represión. El matrimonio es considerado en su aspecto de base legal de la formación y mantenimiento de la familia monogámica. La mujer no tiene sino que ganar, pues le permite recuperar su situación social perturbada o destruida por el delito del que ha sido víctima. En palabras de Bramont[27], "el casamiento hace cesar la razón de imponer una pena, ya que el culpable da a la víctima plena reparación al mal causado, permitiendo que ella ocupe en la sociedad una posición de compostura y de decencia, no obstante la falta anterior que la ofendió. El matrimonio del ofensor con la ofendida constituye, de un lado, para la víctima, una protección más favorable, y de otra parte, la máxima reparación que la sociedad le puede dispensar. El interés en que se realice esta reparación prevalece sobre el interés en que el ofensor sea castigado. De lo que se trata es de favorecer la paz de la familia".

De manera amplia, siguiendo a Jiménez de Asúa, toma partido en favor de la idea que el matrimonio del ofensor con la ofendida constituye una excusa absolutorio posterior basada en la reparación. En su opinión[28] "no cabe duda que la voluntad de la mujer y la del delincuente dan vida a un factor objetivo, el matrimonio, que consagra la preeminencia del interés familiar sobre el represivo, la renuncia del Estado a su potestad represiva y, en consecuencia, a una causa extintiva de la acción penal y de la pena". Además, considera que "casado el autor con la víctima, no podrían casarse con ella el instigador, el auxiliador necesario o el cómplice para eludir la pena; y reparada la ofensa, el "estrépito del foro", al juzgar a los partícipes, más perjudicaría que beneficiaría a la esposa y a la familia, sea por la prisión del marido, sea por el debate en tomo a las relaciones de la esposa con los partícipes de aquel".

Peña Cabrera[29], parte de consideraciones aparentemente más favorables a la mujer al momento de interpretar ciertas disposiciones legales. Por ejemplo,

27 Bramont Arias, *Código Penal anotado,* cit., p. 42.

28 Ibídem, p. 44.

29 Peña Cabrera, *Código Penal anotado,* cit., p. 69.

respecto al aborto y sin base legal alguna afirma que, en caso de autoaborto, "la tentativa de la mujer es impune". Se trata de una recepción de un criterio argentino. En cuanto a la violación, considera que "la mujer por su naturaleza está incapacitada materialmente para ser autora primaria; pues 'acto sexual' significa penetración y no compenetración". A partir de esta particular concepción biológica del acto sexual, coloreada de un fuerte criterio machista, Peña reconoce que "claro está que el sujeto pasivo también realiza el acto sexual, pero sufriéndolo".

Sin plantearse el problema de fondo y permaneciendo en el simple nivel formalista, afirma[30] que la violación supone violencia, pero que "violencia desplegada por un hombre que vive con una mujer en pleno concubinato no constituye violación". Este desconocimiento de la libertad de la mujer y el implícito reconocimiento del denominado "deber conyugal", le permiten sostener[31] que si el cónyuge puede ser, evidentemente, "ser todo lo brutal que se quiera, pero su actitud es irrelevante desde el punto de vista penal, salvo que se menoscabe la integridad física de la mujer; en cuyo caso respondería por vías de hecho o por lesiones".

Refiriéndose a la doctrina, Peña manifiesta[32] "que la violencia debe ser suficiente y continuada; y la resistencia de la víctima real y seria. El simple rechazo no es suficiente para pensar que la víctima ha sido vencida por la fuerza". En su opinión, "la generalidad de las mujeres oponen cierta resistencia antes de establecer la relación carnal". Opinión deducida de una creencia muy difundida entre ciertos sectores, pero que no ha sido comprobada mediante investigaciones empíricas. Este tipo de criterios juega un papel importante en la apreciación de las pruebas en el proceso penal. Pensando en esto, Peña cree necesario indicar que el supuesto hecho de que las mujeres, generalmente, oponen cierta resistencia al tener relaciones sexuales, "exige mucho cuidado del juzgador". Para precisar su criterio, afirma que la "resistencia continuada se entiende como una categórica resolución, independiente de que esta sea abatida". Estas afirmaciones revisten importancia en la medida en que, implícitamente suponen, que no basta con que la mujer no este de acuerdo con practicar el acto sexual; puesto que es necesario oponga una resistencia significativa. Esta noción de violencia condiciona la definición que da de la intimidación; esta "debe ser susceptible de quebrantar la voluntad de la víctima". Voluntad que debe manifestarse, de lo contrario la interpretación global de la disposición no sería coherente, mediante

30 Ibídem, p. 205.

31 Ibídem, p. 206.

32 Peña Cabrera, Raúl, *Tratado de derecho penal. Parte especial*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1984, t. II, p. 207.

una resistencia del tipo antes indicado. Sin embargo, esto parece ser atenuado mediante el argumento de "que el juez deba preocuparse de captar en cada caso la cultura de la mujer" (el recurso a un maleficio es insuficiente en caso de una mujer culta, pero puede bastar respecto a una ignorante)[33].

En cuanto al estupro, la concepción conservadora y moralizadora de Peña se pone de manifiesto en la manera como define la irreprochabilidad de la conducta. En su opinión[34], "es un estado moral. Es una virtud que apunta 'a la condición propia del pudor'. La vida ordenada, el recato, el decoro, revelan que la joven es honesta". De modo que, como lo decía Malpica, cierta forma de vestir podría desempeñar un papel destacado al momento de determinar si la joven era de conducta irreprochable. Así, el proceso contra el supuesto agresor puede transformarse fácilmente en el proceso de la víctima. Sobre todo, cuando se llega a afirmar que en "el estupro, el juez no tiene por qué presumir que la víctima es honesta, cuando bien puede ser que no lo sea".

Bien pudo decirse lo contrario: "el juez tiene que presumir que la víctima es honesta, aunque aparentemente no lo sea y esto hasta que sea debidamente probado lo contrario".

Sobre la eximente del matrimonio subsecuente, Peña formula dos críticas a la regulación legislativa: de un lado, señala que la "norma parece excluir el matrimonio con consentimiento válido de la víctima antes que sea reintegrada a los padres" y, de otro lado, indica que parece referirse solo al "delincuente" y no a todos los participantes. Mediante la primera observación, deja entender que el consentimiento de la víctima puede ser válidamente expresado aun cuando no haya sido reintegrada a sus padres. La segunda busca extender la eximente a todos los participantes.

Siguiendo a Soler, Peña afirma que la eximente "es una especie de perdón que apareja necesariamente el efecto concomitante de la comunicabilidad, consecuencia que sería difícil aceptar si la estimásemos como excusa absolutoria, una de cuyas notas es precisamente la intransferabilidad"[35].

Estas cuestiones técnicas, ocultan las verdaderas razones que inspiran la admisión de esta eximente. Estas razones son de orden ideológico y de índole discriminatoria respecto a la mujer, a pesar de que son presentadas como favorables a esta. Así, Peña dice que "consulta los intereses de la víctima y de la familia, con

33 Peña Cabrera, *Tratado de derecho penal. Parte especial,* cit., p. 208.

34 Ibídem, p. 228.

35 Peña Cabrera, *Tratado de derecho penal. Parte especial,* cit., p. 238.

el criterio que inspira a las acciones dependientes de instancia privada, presumiendo ahora que la prosecusión del juicio es más dañosa para aquellos que la misma represión, no solo por el *strepitus fori*, sino también porque mediante ella se atentaría contra la familia, sea por la prisión del marido, sea por el debate e n torno a las relaciones de la esposa con los copartícipes de aquel"[36].

Constatando la contradicción existente entre, de una parte, el artículo 312 CPP que establece el juicio de oficio si la víctima es menor de 14 años o de 16 cuando no tengan padres ni tutores y, de otra parte, la regla general del Código Penal que prevé solo la acción privada, se pronuncia en favor de esta segunda regla. El argumentado alegado es simplemente formal, pues no entra en materia sobre la necesidad de perseguir de oficio los responsables para proteger mejor a las víctimas que se encuentran en tal situación. Así, invoca el criterio teórico de que "cuando una disposición procesal contradice una disposición sustantiva, debe tenerse por no escrita la primera, quedando en pie la disposición fundamental"[37].

Roy Freyre[38] parte de dos afirmaciones generales. La primera concierne a la eficacia de la prevención general, ejercida mediante la amenaza legislativa y la carga física del proceso judicial, para conseguir "domeñar la dirección abusiva de la tensión sexual, por lo menos en lo que respecta a la gran mayoría de las personas temerosas de las secuelas legales". La segunda está relacionada con la igualdad de los sexos. Igualdad que es negada porque es de admitir una discriminación en favor de la mujer y que tiene "una finalidad protectora" para esta. Esto es una consecuencia de la diferencia fisiológica entre los dos sexos. De acuerdo con Martínez Zuñiga, afirma que "la sociedad ha entendido que por razones genéticas, fisiológicas, culturales, religiosas y ambientales, entre otras, el acto sexual puede tener mayores repercusiones en el sexo femenino y no tanta en el hombre"[39].

Con la finalidad de precisar sus explicaciones, Roy Freyre recurre a una serie de afirmaciones que, aun expresadas en notas marginales, deben tenerse en cuenta. De esta manera sostiene que "con una fórmula negativa y excluyente podemos decir que entendemos por desviación o perversión sexual aquel patrón de conducta en el cual la fuente predominante del gozo sexual emerge por me-

36 Ibídem, p. 239.

37 Ibídem, p. 242.

38 Roy Freyre, Luis, *Derecho penal peruano. Parte especial*, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 1975, t. II, p. 25, n. 306.

39 Roy Freyre, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., p. 25, n. 306.

dios que no son la cópula heterosexual. De aquí que algunos actos parasexuales calificados de "perversos" pueden encontrarse circunstancialmente dentro de la gama de recursos normales, ya sea cuando se les practica esporádicamente, o como parte del juego amatorio, precediendo en ambos casos al coito *secundum naturam*[40].

La percepción moral del dominio de los delitos sexuales se revela cuando Roy Freyre manifiesta "creemos que la imagen sexual de una persona, sobre todo de una mujer, está por ahora, entre nosotros, tan ligada a su destino personal, a la constitución regular de una familia y a la estimación de sus semejantes, que de ninguna manera un desafortunado acontecimiento que la pone en peligro puede ser ajeno al propio sentimiento de respeto [...]". De esta manera, en su opinión, se limita "presentar una realidad psicológica que tiene también dimensión sociológica, para fundamentar la existencia del honor sexual como un interés que reclama protección jurídico-penal"[41].

Para Roy Freyre, "las relaciones sexuales son inherentes a la vida conyugal, constituyendo su mantenimiento tanto un derecho como un deber de las personas unidas en matrimonio". Encuentra fundamento para su afirmación en las disposiciones del Código Civil que presuponen "fidelidad y hacer vida en común"[42]. La admisión de la obligación de mantener relaciones sexuales de parte de los cónyuges lo lleva a no plantearse si no sería conveniente de reprimir la "violación" al interior del matrimonio.

Sostiene, por el contrario, su inexistencia sosteniendo que el Código Civil "considera la relación *intra matrimonium* como un deber recíproco de los cónyuges, pues la procreación es uno de los fines fundamentales de esta importantísima institución. La negativa infundada de la mujer al mantenimiento de las relaciones sexuales con su marido bien puede ser considerada como una forma de infidelidad. Es por tal motivo que la ley penal reconoce tácitamente que el marido no incurre en delito alguno, ni siquiera en abuso del derecho (de lo contrario no se explicaría su reconocimiento legal), cuando obliga a su esposa a someterse a la relación sexual empleando para el efecto desde una violencia física proporcionada al fin perseguido, hasta la grave amenaza"[43]. Aquí, se pone en evidencia la concepción de la familia y de sus fines. Concepción que está a

40 Ibídem, p. 25, n. 307.

41 Roy Freyre, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., p. 43.

42 Roy Freyre, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., p. 47.

43 Ibídem, p. 58.

la base de los criterios que provocan el desigual trato de la mujer con respecto al hombre.

Dentro de la concepción de Roy Freyre es evidente que "la cópula buscada por el marido coactivamente tiene que ser la lícita, es decir, la copula vaginal". Esto se debe a que "que la institución del matrimonio" no "ha conceptuado como *debitum* conyugale" al "coito per anum"[44]. Si el marido impone este comportamiento a su mujer, se hace responsable por delito contra la libertad. Lo que significa admitir que tanto el derecho penal como el matrimonio son instrumentos para regular las conductas sexuales consideradas normales. Para evitar que sus opiniones puedan ser calificadas como políticamente conservadoras, Roy Freyre, nuevamente en una nota marginal[45], considera oportuno aclarar que "no se vaya a creer que este reconocimiento al marido del derecho a obligar a su mujer a soportar coactivamente la cópula sexual es un producto exclusivo de la legislación semi-feudal o burguesa. También contienen igual prescripción al respecto las leyes penales de las naciones que integran la órbita socialista [por ejemplo, el artículo 276 CP húngaro]". Lo cierto es que tales leyes penales, así como la práctica judicial y social, no comportaron —con justificaciones diferentes— graves discriminaciones para las mujeres. El análisis permanece así al nivel formal y sin cuestionarse el fondo del asunto.

Es interesante también subrayar que, como lo han hecho otros autores, Roy Freyre admite que no hay duda en que se debe proteger a la prostituta (pues en su comercio consiente), al mismo tiempo que sostiene que "naturalmente el juez tiene facultad para considerar esta forma irregular de vida personal de la víctima anterior al delito (artículo 51 CP), como una circunstancia atenuante genérica para el delincuente, en razón de que la 'extensión del daño causado' no ha sido grande"[46]. Si el daño no es grande es porque en el caso de la prostituta la moralidad no es la misma que en el caso de una mujer honesta.

La idea que tiene de la familia, de la moral de la mujer casada y de la honra del marido, explica la aparente contradicción en que incurre Roy Freyre cuando se plantea el caso de la pareja no casada que vive en concubinato. En su opinión, quizás por no existir el deber conyugal, sostiene que "la mujer puede oponerse a la relación sexual por diferentes motivos perfectamente lícitos y atendibles: como un medio para obligar a su conviviente a regularizar su situación mediante matrimonio, o para obtener el reconocimiento de sus hijos, o para ejercitar su

44 Ibídem, p. 59.

45 Ibídem, n. 325 bis.

46 Roy Freyre, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., p. 52.

derecho a disponer de su sexo en favor exclusivo de otra persona a quien ahora ama o con quien cree ver un mejor porvenir personal, o para no tener más hijos ilegítimos, etc." Este criterio lo explica en una nota a pie de página[47], diciendo que "no logramos comprender cómo de la unión extra-legal se puedan desprender derechos sexuales para ser "concedidos" al conviviente, a tal extremo de que el varón queda autorizado para ejercitarlos empleando precisamente hasta la fuerza o la grave intimidación". Y continua argumentando, "si la legitimidad de la coacción empleada por el esposo se colige del *debitum conjugale*, como se da a entender líneas atrás, no es acaso lógico deducir que la ilegitimidad de la violencia o grave amenaza utilizada por el conviviente se deriva del derecho civil, es decir de la inexistencia de ese deber legal que obligue a la mujer a soportar la cópula sexual, y no de ninguna fuente extra-legal? Concluye afirmando que "la inexistencia de vínculo de matrimonio hace que una pareja de convivientes regule sus relaciones sexuales con una libertad que no tendrían si fuesen casados"[48].

En relación a la definición de la violencia, también se encuentran en el análisis de Roy Freyre los criterios ya señalados respecto a otros autores. Así, indica que es necesario no confundir la violencia a la que se refiere la ley, como medio coercitivo para lograr el acceso carnal, "con la razonable fuerza física que emplea el varón para vencer la natural resistencia que el recato impone a la mujer. Esa dulce violencia, seductora pero no coercitiva (*vis grata puellis*), no es la violencia física necesaria que exige la ley para considerar punible el acto sexual. En esta hipótesis impune, como dice Manzini gráficamente, el agente no ha entrado por la fuerza; se ha limitado a empujar una puerta semi-abierta, sino derechamente abierta"[49].

Tratándose de la seducción, considera que el bien jurídico protegido es el honor sexual. Las reflexiones de Roy Freyre en cuanto a la índole y repercusiones del aspecto sexual resultan interesantes en muchos sentidos: individual, respecto a la víctima misma; familiar, en cuanto a la actitud de los parientes y de los efectos sobre los mismos; moral, con relación a la personalidad de la adolescente. Para comprender su pensamiento hay que leer sus afirmaciones siguientes: "La relación carnal tiene un significado especial para el porvenir de la adolescente, desgraciadamente a veces, tardíamente comprendido por la víctima y sus familiares; y, otro sentido, ni diferente ni menos importante que el anterior, para la sociedad a que pertenece la joven. Sin haber alcanzado todavía la plena madurez

47 Ibídem, n. 325 bis.

48 Roy Freyre, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., p. 53.

49 Ibídem, p. 60.

sexual, su candor e ingenuidad propios de su limitado desarrollo biopsíquico, están expuestos a los artificios eróticos con que suele disfrazarse la agresión sexual masculina. Su entrega carnal, no seguida de matrimonio, frustra sus 17 expectativas de realización como mujer y va en deterioro no solamente del sentimiento de su propia dignidad femenina al considerarse despreciada por el macho, sino también en detrimento de su "buena imagen sexual", patrimonio moral de inestimable importancia en su trayectoria social como ciudadana, esposa y madre"[50].

Para descalificar como conducta típica de seducción el hecho de que el agente haya obtenido mediante engaño la práctica del "coito per anum", no se limita a invocar el texto literal de la norma legal, en el que solo se habla de acto sexual. Recurre a un argumento que le permite descalificar la víctima. Con este objeto dice que "el coito per anum de ninguna manera puede dar lugar al delito de seducción, ya que la aceptación de esta especie de relación erótica estaría revelando que la joven carece de la conducta irreprochable que inexorablemente demanda la ley para la configuración delictiva. Creemos, pues, que sería una *contradictio in terminis* que la ley exigiera conducta irreprensible a quien, para protegerla, le admitiere como posible la práctica de actos erótico-sexuales antinaturales"[51]. La admisión de las relaciones heterosexuales como únicas morales y normales, lleva a considerar que carezca de conducta irreprochable la joven que haya sido obligada a practicar el acto análogo.

Por último, señalemos los criterios que Roy Freyre para caracterizar en general la conducta irreprochable. En su opinión, "carece de conducta irreprensible, por ejemplo, la joven que sin pareja definida concurre frecuentemente a las fiestas nocturnas en lugares abiertos al público; la que se embriaga o fuma marihuana en los parques; la que se exhibe en poses eróticas con sucesivos enamorados; la joven que acepta el coito contra natura, etc. Por el contrario, estima que "tiene conducta irreprochable la joven de comportamiento generalmente ordenado que no ha evidenciado una espectacular liviandad amorosa, o puesto de manifiesto falta de recato o reserva en materia sexual o parasexual"[52]. Estos criterios resultan comprensibles, aunque no justificados, si se tiene en cuenta, en particular, la concepción sexual y, en general, social de las que se parte. Lo interesante no es señalar que ninguno de estos criterios implica necesariamente que la persona concernida no sea de conducta irreprochable en el ámbito sexual (se puede ser virgen, peno no honesta o verdaderamente honesto a pesar de con-

50 Roy Freyre, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., p. 97.

51 Ibídem, p. 101.

52 Ibídem, p. 104.

sumir drogas), sino más bien destacar como un discurso tan persuasivo puede ocultar, sin quererlo, graves discriminaciones.

Por considerar la situación débil de la mujer y la necesidad de protegerla, Roy Freyre sostiene, a diferencia de otros autores, que por ser una circunstancia personal que atañe a la penalidad, el matrimonio subsecuente es incomunicable a los demás partícipes del hecho[53].

4. Proyecto de 1984: Prado Saldarriaga

Comentando el Proyecto de reforma de 1984, Prado procede, después de expresar una serie de observaciones[54], a plantear algunas cuestiones tanto de *lege lata* como de *lege ferenda*. En cuanto a las primeras cabe destacar la crítica que hace al hecho que se siga agrupando, en dicho proyecto, a los delitos sexuales bajo el título de Delitos contra las buenas costumbres; así mismo, objeta por confusa y anacrónica la distinción entre delitos contra la libertad y el honor sexual de un lado, y los delitos de corrupción.

De manera un tanto inapropiada manifiesta que a las "Las buenas costumbres no las conocemos con precisión y mucho menos en una esfera como la sexual. No es pues bien jurídico real como lo son la vida, la libertad e incluso el honor"[55]. La calificación de real no resulta tan adecuada para descalificar las buenas costumbres como bien jurídico en la medida en que se considera como tal al honor.

Refiriéndose a las novedades contenidas en el proyecto con relación al Código de 1924, Prado señala[56] la previsión, de un lado, como sujeto del delito de violación, junto a la mujer, al hombre y, de otro lado, como comportamiento incriminado, además del acto sexual, el acto análogo.

Respecto a este último, explica que por "acto análogo se debe entender, suponemos, el coito anal. En consecuencia, el coito oral obtenido por violencia o grave amenaza o los actos libidinosos realizados en incapaces o personas en incapacidad de resistencia serán sancionados como delitos de coacción o quedarán

53 Roy Freyre, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., p. 128.

54 Prado Saldarriaga, Víctor, "Política criminal y delitos sexuales: ideas para un cambio", en Prado Saldarriaga, Víctor, *Política criminal peruana*, Lima, 1985, pp. 245 y ss.

55 Prado Saldarriaga, "Política criminal y delitos sexuales: ideas para un cambio", cit., p. 257.

56 Ibídem, p. 257.

impunes". Solo con relación a los actos libidinosos, de manera tímida, juzga que debe "cuando menos de replantearse" tal solución.

Con relación a la seducción, critica que se persista en sancionarla "manteniendo la edad del sujeto pasivo entre 14 y 18 años". En su opinión, debido a que se fija la capacidad penal absoluta a los 16 años, se debió "cuando menos [...] modificarse la edad de la mujer en la seducción"[57].

Para formular sus observaciones de *lege ferenda*, Prado estima que, primero, "es menester recoger las opiniones de sectores sociales que desde algunos años estudian seriamente la problemática de los delitos sexuales como, por ejemplo, los grupos feministas" y, segundo, es necesario abandonar expresiones como "moral pública" por ser "discutibles en el moderno derecho penal sexual"[58]. Sobre este último punto, da entender, por la manera como las opone, que se trata más bien de una cuestión de libertad de las personas que de moral pública.

En esta perspectiva señala que "los atentados sexuales afectan básicamente la autodeterminación sexual. Es decir la libertad de ejercicio de la sexualidad por los componentes de la comunidad. En ese sentido el nombre genérico de la sección debe ser delitos contra la libertad sexual"[59]. Criterio que no es suficiente explicado con relación a los atentados en los que el sujeto pasivo es una persona incapaz de manifestar válidamente su voluntad.

Señalando, sin referirse a sus fuentes de información, que "en nuestro medio se está gestando ya una temprana cultura sexual, que permite a las adolescentes comprender cabalmente los requerimientos sexuales de un varón así como medir sus consecuencias", Prado plantea que no se reprima la seducción. Para reforzar su afirmación, afirma que si se tutela la libertad, "resulta un contrasentido reprimir una práctica sexual voluntaria"[60]. Para admitirse este criterio, debería explicar por qué la voluntad de la seducida es libre a pesar que su consentimiento, según la manera tradicional de describir la seducción, es viciado por el engaño, el artificio o el fraude utilizado por el seductor. Además, la argumentación resulta incompleta por no hacer referencia a la condición de la "conducta irreprochable" de la víctima; factor en el que se concretiza sobre todo la orientación moralizadora de la legislación tradicional.

57 Prado Saldarriaga, "Política criminal y delitos sexuales: ideas para un cambio", cit., p. 258.

58 Ibídem, p. 258.

59 Ibídem, p. 259.

60 Ibídem, p. 259.

5. Código de 1991: Bramont-Arias Torres, Salinas Siccha

Comentando el nuevo Código de 1991, Bramont-Arias Torres[61] considera que, en la violación, el "comportamiento comprende tanto la actividad heterosexual como la homosexual, pero esta última solo entre hombres.

Para que se cometa el delito de violación es necesario que por lo menos uno de los sujetos del delito sea un hombre". En su opinión el término "obligar es hacer realizar a una persona algo en contra de su voluntad, en el presente caso, el acto sexual u otro análogo. Por tanto, se supone que no hay un consentimiento del sujeto pasivo; si se da, debe ser sincero y positivo, siendo una causa de atipicidad del comportamiento"[62]. Las expresiones acto sexual y acto análogo son interpretadas restrictivamente, la primera "como la penetración total o parcial del pene en la cavidad vaginal de la mujer-secundum naturam" y la segunda como el "coito rectal o anal-*contra naturam*".

Con respecto a la segunda expresión se plantea la cuestión sobre "si se comprende el coito oral o bucal-*fellatio in ore*". En su opinión, de acuerdo con el texto legal, esto es discutible. Sus dudas las explica de la siguiente manera: "por un lado, es problemático equiparar en trascendencia y gravedad el acto sexual y el coito anal con el coito oral, pues los primeros suponen un cierto daño físico, especialmente en el vaginal, donde puede darse la posibilidad de la desfloración, sobre todo en el caso de menores, circunstancias que no se dan en el coito oral; por otro, el coito oral plantea problemas respecto a la consumación, dado que si se sigue el mismo criterio para la consumación en todos los comportamientos típicos —penetración total o parcial del pene—, será muy difícil probar que ha tenido lugar el coito oral". En razón de este problema de prueba, considera que "tal vez, habría que exigir la eyaculación en la cavidad bucal-*inmissio seminis*"[63]. La noción restrictiva de violencia, determinada por la resistencia de la víctima, es igualmente sostenida por Bramont-Arias Torres. Al respecto sostiene que "el concepto de violencia está indisolublemente ligado al de resistencia del sujeto pasivo; la violencia ha de ser de tal naturaleza que imposibilite toda resistencia o la doblegue". Sin embargo, atenúa esta exigencia sosteniendo que, "naturalmente, no es necesario que la violencia se mantenga todo el tiempo que dure la violación ni tampoco que la resistencia sea continuada; ello sería absurdo desde el punto de vista de la práctica y de las circunstancias del hecho, basta que quede

61 Bramont-Arias Torres, Luis, "El error de tipo en el delito de violación de persona menor de edad", en *Diálogo con la Jurisprudencia* 4, Lima, 1997, p. 178.

62 Ibídem, p. 178.

63 Ibídem, p. 178.

de manifiesto la violencia y la voluntad contraria al mantenimiento de relaciones sexuales; existiría violación, por ejemplo, aunque no se pudiera oponer resistencia física por agotamiento"[64]. La referencia a la resistencia y a la naturaleza del medio utilizado parecen deberse a la preocupación sobre las dificultades de prueba. Lo básico, en su opinión, sería la falta de voluntad de la víctima.

Pero, esta ausencia de voluntad es delimitada exigiendo que "el agresor actúe utilizando vías de hecho". La mayor o menor resistencia física, si bien no es lo decisivo, constituye un elemento para la prueba. De esta manera, se introduce nuevamente en el tipo legal la resistencia activa de la víctima como un elemento del acto incriminado; ya que si no existiera esta resistencia como probar la falta de voluntad en mantener las relaciones sexuales.

Algo parecido, pero menos evidente, se presenta en relación con la definición de amenaza. Luego de afirmar que, "en definitiva, la gravedad tiene que medirse en relación al efecto determinante sobre la resistencia o voluntad de la víctima" y que "desde esta perspectiva, también puede haber una intimidación mediante el empleo de fuerza sobre las cosas, o más concretamente, mediante la conminación de un mal que recaiga sobre cosas", se subraya que "como en toda intimidación, el mal anunciado ha de ser real y posible, de lo contrario perdería su carácter de grave"[65]. Ello supondría que la víctima tendría que tener conciencia del real daño que sufriría si no accede a las demandas del violador. De esta manera, no se reprimirían los casos en los que el agente hace creer a la víctima la verosimilitud de la realización del perjuicio, sin tener en realidad la posibilidad de materializarlo (la mujer no sabe que el arma con que es amenazada está descargada, por ejemplo).

En cuanto al bien jurídico, Bramont-Arias Torres no es del todo coherente en su explicación. Luego de haber señalado de manera general que reprimiendo los delitos sexuales se protege la libertad sexual[66], debe recurrir a la "indemnidad sexual" para interpretar las disposiciones referentes a los delitos en que la víctima es una persona minusválida[67]. En estos casos, el agente "aprovecha el estado en que se encuentra la víctima". Esta inferioridad puede ser psíquica o física. La primera constituye "un estado permanente o transitorio que debilita el conjunto de las facultades mentales de la persona, poniéndola en condiciones desventajosas

64 Ibídem, p. 178.

65 Ibídem, p. 178.

66 Bramont-Arias Torres, "El error de tipo en el delito de violación de persona menor de edad", cit., p. 176.

67 Ibídem, p. 184.

con relación al sujeto activo" y la segunda consiste en "anomalías, aun cuando por su naturaleza, no afectan a la conciencia del sujeto, quien se da cuenta del alcance del acto sexual, le incapacitan para oponer la resistencia suficiente para evitarlo". El problema es que al hacerse depender la consumación del delito de la inferioridad de la víctima, no se plantea la cuestión de la sexualidad de las personas que padecen un *handicap* especialmente mental; cuando se admite generalmente que como toda persona estas también tienen un instinto sexual que satisfacer.

El peso de la influencia de los trabajos elaborados en base a las disposiciones del Código Penal de 1924 y de la jurisprudencia de la Corte Suprema se nota claramente en los análisis efectuados en los últimos años en relación al nuevo Código Penal. Una de las razones es el hecho de que los juristas se limitan al estudio dogmático del derecho positivo, sin cuestionar los principios generales y de política criminal que inspiran las normas positivas. Además, hay que destacar un descuido notable respecto a los análisis realizados por otros especialistas y, en particular, por los movimientos de mujeres.

Esto explica que jóvenes estudiosos, como Salinas Siccha, retomen ideas que han sido discutidas en otras latitudes, no necesariamente europeas. Así, por ejemplo, este autor continua definiendo la violencia, en caso de violación, con referencia a la resistencia de la víctima. Según, la violencia o fuerza física "consiste en una energía física ejercida por el autor sobre la víctima.

Siguiendo a Ricardo Nuñez y Roy Freyre, "el autor recurre al despliegue de una energía física para vencer con ella, por su poder material, la resistencia de la víctima"[68]. Sin embargo, de manera positiva restringe los alcances de esta afirmación al señalar, criticando la opinión de Soler, que "teniendo firme el presupuesto de que las leyes penales no imponen actitudes heroicas a los ciudadanos, no es necesaria una resistencia continuada de la víctima y por tanto la aplicación de la fuerza física en forma constante; sería descabellado pensar que no se cometió violación porque la víctima, para evitar males mayores consienta la realización del acto sexual apenas comience los actos de fuerza". De modo que la violencia debe existir, pero no debe "coincidir con la consumación del hecho, bastando con que se haya aplicado de tal modo que doblegue la voluntad del sujeto pasivo, quien puede acceder a la cópula al considerar inútil cualquier resistencia"[69].

68 Bramont-Arias Torres, "El error de tipo en el delito de violación de persona menor de edad", cit., p. 183.

69 Salinas Siccha, Ramiro, "El delito de violación sexual en el Código Penal peruano", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.º 3, Lima, 1994, p. 183.

Este avance en la interpretación del término violencia es, sin embargo, limitado por la vuelta a prejuicios que sobreviven respecto a la índole de las relaciones sexuales. Haciendo recordar afirmaciones ya señaladas respecto a otros autores (por ejemplo, Roy Freyre que es citado), Salinas sostiene que "es importante no confundir la violencia tipificada, como medio para lograr el acto sexual, con la razonable fuerza física que emplea el varón para vencer la natural resistencia que el recato impone a la mujer. Esa dulce violencia, seductora pero no coercitiva no es la violencia física necesaria que exige la ley para considerar punible el acto sexual"[70].

A diferencia de Bramont-Arias Torres, considera que la amenaza no debe ser necesariamente seria y presente. En su opinión, solo es "verificar si la capacidad psicológica de resistencia del sujeto pasivo ha quedado suprimida o substancialmente enervada". Admitiendo que es difícil dar reglas para "precisar el poder o la eficacia de la amenaza", estima que esta cuestión debe ser dejada al criterio del juzgador; el mismo que debe tener en cuenta "las condiciones y circunstancias personales del sujeto pasivo, así como de sus circunstancias existenciales". Es decir, "no deberá hacer otra cosa sino determinar si la víctima tuvo serios motivos para convencerse de que solo su aceptación de realizar el acto sexual o acto análogo, evitaría el daño anunciado y temido. La gravedad de la amenaza deberá medirse por la capacidad de influir en la decisión de la víctima de manera importante. El análisis tendrá que hacerse en cada caso que la sabia realidad presenta"[71].

Ante la incorporación de la mujer en tanto sujeto activo del delito de violación, contrariamente a lo previsto en el Código de 1924, Salinas[72] considera que el "argumento más sólido" en favor de esta modificación legal "es la condición de que el bien jurídico protegido es la libertad sexual de la persona natural, sin distinción de sexo". En su opinión, esto constituye "una conquista significativa del derecho penal moderno, pues se ajusta a las exigencias y lineamientos del Estado democrático de derecho, al que le es consustancial la igualdad de todos ante la ley; también reflejar debidamente una realidad en la cual la mujer no es un mero sujeto pasivo, sino que posee idéntica capacidad de iniciativa al varón en el ámbito sexual". De esta manera, abandona el prejuicio tradicional de reconocer el papel activo, voluntario, dominante del hombre en las relaciones sexuales;

70 Salinas Siccha, "El delito de violación sexual en el Código Penal peruano", cit., p. 184, n. 13.

71 Salinas Siccha, "El delito de violación sexual en el Código Penal peruano", cit., p. 186.

72 Ibídem, p. 189.

mientras se atribuye el papel pasivo, recatado a la mujer. Prejuicios que califican de "estereotipos consolidados en el Perú". Si la libertad individual es reconocida, resulta contradictorio, en su opinión, "impedir la autorealización sexual de la mujer". Basándose en criterios de Diez Ripollés, sostiene que son sociedades libres las que "emancipan las clases, los grupos étnicos y los sexos".

Los argumentos fundados en el derecho de familia destinados a justificar la impunidad de la violación en el matrimonio, son desechados por Salinas señalando que aceptarla "supone tanto como afirmar que el matrimonio es el cementerio de la libertad sexual de los contrayentes; es decir, con el matrimonio se acaba la libertad sexual, lo cual desde todo punto de vista es errado y refutable"[73]. En razón de la dignidad humana, estima que el "ser humano está por encima de cualquier compromiso matrimonial" y, por lo tanto, no se puede negar que el marido viola a su mujer cuando le impone relaciones sexuales contra su voluntad. Si se admitiese lo contrario, implicaría autorizarlo a hacerse justicia por sí mismo. Reconociendo que el matrimonio impone deberes y obligaciones a los cónyuges, juzga que predomina la libertad y "la protección recíproca que nace del matrimonio"[74].

Refuerza su posición, diciendo que la violación cometida por el marido en la persona de su mujer, tampoco puede ser apreciada como circunstancia que excluye "culpabilidad alegando ejercicio normal de un derecho". Se trataría más bien de un "abuso de derecho". Concluye afirmando que si bien pueden presentarse "dificultades de prueba", no puede negarse el delito.

Estas razonables reflexiones de Salinas son, en razón a la dificultad que tiene para liberarse de la concepción tradicional imperante en el dominio de la sexualidad y la familia, desnaturalizadas en la medida en que afirma lo siguiente[75]:

"por constituir el matrimonio célula básica de la sociedad, el delito de violación dado entre cónyuges no debe tener el mismo tratamiento que la violación entre personas ajenas". Justifica este abandono de sus rigurosas afirmaciones sobre la dignidad, la libertad y la igualdad de la mujer, invocando dos argumentos: según el primero, "el atentado a la libertad sexual aparece, en cierta medida, atenuado pero no justificado, por el hecho de una convivencia sexual continuada" y de acuerdo al segundo, "las intromisiones del Estado vía el derecho punitivo, puede conllevar más daño y perjuicios que ventajas a la familia". Sin embargo,

73 Salinas Siccha, "El delito de violación sexual en el Código Penal peruano", cit., p. 194.

74 Ibídem, p. 195.

75 Ibídem, p. 196.

cabe preguntarse respecto al primer argumento si no debería considerarse como justificante de la represión y hasta como circunstancia agravante de la violación el hecho que haya sido cometida a pesar de la "convivencia sexual continuada" de los cónyuges, los mismos que se deben respeto y protección recíprocos. El segundo constituye una vuelta al argumento que debe sacrificarse a la mujer en aras del mantenimiento de la familia, por ser "célula básica de la sociedad". La dignidad, la libertad y la igualdad serían bienes menos importantes y por tanto posibles de ser sacrificados en beneficio de la sociedad, de la familia. Nada cambia el hecho que la violación sea ahora considerada como un delito que puede ser cometido tanto por el hombre como por la mujer; ya que la experiencia enseña que son las mujeres las víctimas de este tipo de comportamientos. La igualdad formal en la ley no debe ocultar la desigualdad con la que se aplica debido al contexto ideológico que predomina.

El argumento de la importancia de la familia para atenuar la pena no resulta tan coherente en el análisis global de Salinas, en la medida en que admite que se aplique el mismo criterio respecto al concubinato. Familia basada en la unión de facto de una pareja y que es puesta al mismo nivel que la familia por la Constitución. Este reconocimiento debería más bien ser invocado para reforzar la protección de la mujer en el seno de las relaciones familiares, en las que generalmente no tiene la posición fuerte o dominante en sociedades como la nuestra.

Preocupado por la manera cómo el marido violador de su mujer puede ser reprimido, se cuestiona sobre la necesidad de prever una norma específica dirigida a atenuar la represión. Luego de responder negativamente, Salinas concluye diciendo de manera sibilina: "convencidamente señalamos que el juzgador al aplicar el artículo 170 en estos casos concretos, deberá aplicar la pena mínima al infractor"[76]. Siguiendo este razonamiento hasta sus últimas consecuencias, se puede esperar que, en la práctica, se generaliza la impunidad ya sea por consideraciones generales sobre la supervivencia de la familia (sobre todo si hay hijos) o por dificultades en aportar la prueba de la comisión de la violación.

6. Colofón

Esta presentación necesariamente incompleta nos permite percibir la manera como las concepciones sociales, morales y jurídicas de los juristas influyen en la interpretación y la apreciación del derecho positivo. A pesar de ser conscientes de este hecho, no realizan esfuerzos suficientes para consultar fuentes extra

76 Salinas Siccha, "El delito de violación sexual en el Código Penal peruano", cit., p. 196.

jurídicas referentes a dichas concepciones y a los mecanismos de asimilación y racionalización de sus criterios fundamentales. Estas observaciones no solo son válidas para los juristas, sino también *mutatis mutandis* para los estudios no juristas en la medida en que no se informan suficiente sobre la manera como los juristas presentan el derecho positivo y como lo aplican cotidianamente.

Estos breves apuntes, condicionados igualmente por nuestras concepciones personales, cumplirán su cometido si sirven, al menos, como acicate para que otros mejor preparados que nosotros procedan a un estudio profundo de la temática abordada, la misma que está referida más a la manera como se aborda el control y la represión de la sexualidad tanto por los teóricos como por los jueces.

7. Bibliografía sucinta

Bramont Arias, Luis A., *Código Penal anotado*, Lima, 1966.

Bramont-Arias Torres, Luis, "El error de tipo en el delito de violación de persona menor de edad", en *Diálogo con la Jurisprudencia* 4, Lima, 1997.

Bramont-Arias Torres, Luis/García Cantizano, M. C., *Manual de derecho penal. Parte especial*, Lima, 1966, 4.ª ed., Lima, 1998.

Calle, Juan José, *Código Penal del Perú*, Lima, 1924.

García Rada, Domingo, *Manual de derecho procesal penal*, Eddili, Lima, 1984.

Peña Cabrera, Raúl, *Tratado de derecho penal. Parte especial*, t. II, Ediciones Jurídicas, Lima, 1984.

Prado Saldarriaga, Víctor, "Política criminal y delitos sexuales: ideas para un cambio", en Prado Saldarriaga, Víctor, *Política criminal peruana*, Lima, 1985.

Roy Freyre, Luis, *Derecho penal peruano. Parte especial*, t. II, Ed. Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 1975.

Salinas Siccha, Ramiro, "El delito de violación sexual en el Código Penal peruano", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.º 3, Lima, 1994.

Silva Santisteban, José, *Curso de Derecho penal*, Tipografía del Autor, Lima, 1863.

Torres Malpica, Carlos, *Código Penal*, Lima, 1965.

§ 12
DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

I
Relaciones entre derecho penal y derecho civil: hurto*

Sumario: 1. Introducción. a. Interpretación. b. Bien jurídico. c. Patrimonio y propiedad. 2. Delitos contra la propiedad. a. Noción de posesión. a). En derecho civil. b). En derecho penal. c). Esfera de posesión. b. Bienes muebles: noción y clasificación. c. Apoderarse. d. Sustraer. e. Objeto de la infracción. 3. A manera de conclusión.

1. Introducción

a. Interpretación

La aplicación de toda disposición legal supone su interpretación. La explicación de este proceso ha dado lugar a múltiples debates desde diversas perspectivas. A pesar de constituir el mismo proceso de esclarecimiento y valoración, se le atribuyen ciertas particularidades respecto a cada dominio del derecho. En derecho penal, su especificidad esencial radica en que su límite fundamental es el principio de legalidad.

---

* *Revista Oficial del Poder Judicial*, Año 4-5, N.º 6 y N.º 7, Lima, 2010-2011.

Aun cuando corremos el riesgo de repetir nociones bastante conocidas, creemos conveniente explicar, aún de manera breve, lo que entendemos por interpretación. En nuestra opinión, siguiendo la de muchos otros autores, se trata de un proceso lógico y axiológico mediante el cual se atribuye a un texto uno de sus sentidos posibles[1]. De modo que el intérprete debe partir de las palabras de la disposición (gramatical), considerar su posición en el sistema en el que se encuentra y sus relaciones con las demás (sistemático), tener en cuenta el contexto en que fue dictada (histórico) y, sobre todo, la situación en la que es aplicada, considerando de la evolución de la sociedad y del mismo orden jurídico (teleológico).

No es, por tanto, un procedimiento rígido por el que se descubre el verdadero y único sentido de la ley. Más bien, el intérprete dispone, en ciertos límites, de un margen de libertad que le permite, después de haber evidenciado los sentidos posibles del texto, escoger uno de estos últimos por considerarlo el más justo para el caso sub iudice. El principio de legalidad, su límite esencial, no puede ser más comprendido con la rigidez que se le atribuyó en sus orígenes. Esto se debe, por ejemplo, a que el lenguaje es ambiguo, polisémico, vago[2]. A pesar de esto, las palabras de la ley no pueden ser ignoradas; por el contrario, constituyen el objeto, punto de partida y ámbito de la interpretación. Además, el texto no es un factor inmutable (permanente y verdadero) que somete de manera absoluta al intérprete..

Un aspecto interesante y decisivo —cuando se aborda, por ejemplo, la comprensión de los tipos legales referentes a los delitos contra el patrimonio— está relacionado con la función que se atribuye al derecho penal, respecto a otras ramas del derecho, en especial al derecho civil. Si se le reconoce una función accesoria, se admite que los conceptos o nociones tomados de este último deben ser fielmente seguidos al interpretarse las disposiciones legales que los contienen. En caso contrario, si se admite que es autónomo, al menos de modo relativo, se concluye diciendo que, en el derecho penal, se les puede atribuir un sentido diverso y adecuado con los fines de este y, en especial, de las disposiciones interpretadas.

En esta perspectiva, hay que subrayar que el proceso de interpretación supone una precomprensión[3], que el intérprete disponga de conocimientos relativos

1 Mennicken, Axel, *Das Ziel der Gesetzesauslegung. Eine Untersuchung zur subjektiven und objektiven Auslegungstheorie*, Hamburg, 1970, p. 101; Hurtado Pozo, José, "A propósito de la interpretación de la ley penal", en *Doctrina Penal*, 1991, pp. 495 y ss.

2 Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, 1980, pp. 247 y ss; cf. Soler, Sebastián, *Las palabras de la ley*, México D. F., 1962, pp. 11 y ss.

3 Kaufmann, Arthur, "Rechtsphilosophie im Wandel: Über den Zirkelschluss in der Rechtsfindung", en *Festschrift für W. Gallas*, Berlín/Nueva York, 1973, pp. 7 y ss.

a los factores sociales y concepciones jurídico-políticas que han condicionado la elaboración de las normas y que enmarcan su aplicación. Esto permite explicar y justificar los cambios de jurisprudencia y de la doctrina. Los mismos que deben tener lugar respetando la relativa coherencia, parcial o global, del sistema normativo.

b. Bien jurídico

La expresión "bien jurídico" designa un concepto operativo que permite referir que existen cosas, situaciones, relaciones, finalidades valiosas, presentes o futuras (aspiraciones), que el ordenamiento jurídico busca proteger. No debe comprendérsele de modo tan amplio que llegue a vaciársele de todo contenido, como a veces se hace para justificar la represión de ciertos comportamientos. Tampoco debe concretársele a tal extremo que impida sostener la protección penal de ciertos intereses que son realmente importantes para la vida comunitaria.

Se evitan malentendidos, si no se consideran a los bienes jurídicos como entidades preexistentes a la legislación, como lo son los fenómenos naturales y sociales. Su significado no puede ser extraído de la constatación de una realidad concreta, diferente de las cosas materiales, relaciones, intereses y estados de hecho relativos a los comportamientos delictuosos[4]. Por el contrario, ellos implican, con referencia a estas realidades –que son las cosas materiales y los intereses– juicios de valor de quien ejerce el poder punitivo. Este proceso valorativo permite individualizar las entidades calificadas de bienes jurídicos, las que pueden ser circunstancias y finalidades necesarias para la comunidad, pero también deberes instituidos por el mismo ordenamiento jurídico.

La noción de bien jurídico debe ser distinguida de la noción de objeto material del delito. Mediante esta última, se hace referencia al sustento en el que se manifiesta el bien jurídico penalmente protegido, y que constituye el objeto sobre el que recae la conducta delictiva. Por ejemplo, en el delito de hurto el bien protegido es la propiedad (comprendida en el patrimonio, en su expresión de posesión) y el objeto material es el bien concreto que se sustrae. En este sentido, el bien jurídico es siempre inmaterial y su vigencia es cuestionada por la

Cf. Larenz, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6.ª ed., Berlín, 1991, pp. 87 y ss.

4 Nino, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México D. F., 1974, pp. 66 y ss., considera la noción de bien jurídico como un "término teórico", que no se refiere directamente a una entidad observable. Da como ejemplos de este tipo de términos los de átomo, protón, campo magnético.

acción delictuosa que recae de manera inmediata sobre un objeto determinado. De modo que la protección de los bienes jurídicos implica en buena cuenta la ratificación de la vigencia de los valores tomados en consideración por el legislador y, por tanto, el reforzamiento de la norma que prohíbe el comportamiento incriminado.

En esta perspectiva, la noción de bien jurídico resulta útil para determinar el real contenido del tipo legal, armonizar el sentido de las disposiciones penales con los objetivos cambiantes de la sociedad, exigir que no se reprima en base a la violación de un simple deber de fidelidad o de la sola actitud contraria al sistema social, comprobar por qué el legislador ha incriminado un comportamiento y, llegado el caso, proponer la derogación o reforma de la disposición concernida.

c. Patrimonio y propiedad

La configuración y comprensión de los tipos legales relativos a los delitos contra el patrimonio están condicionadas por la manera en que este es concebido. Diversas son las concepciones elaboradas, por lo que nos limitaremos a resumir las más difundidas. Según la concepción jurídica, completamente superada, el patrimonio está constituido por los derechos patrimoniales reconocidos por el ordenamiento jurídico (derechos subjetivos), sin considerar si tienen o no valor económico. La concepción económica considera, por el contrario, que es el conjunto de bienes con valor económico de los que puede disponer una persona, sin importar si son o no protegidos por el orden jurídico. Según la concepción jurídico-económica, predominante en doctrina, se trata de los bienes con valor comercial sobre los cuales una persona tiene el poder de disponer bajo el amparo del orden jurídico. Por último recordemos, en consideración a la frecuente citación de corrientes llamadas "modernas", que se sostiene también un criterio funcionalista, conforme al cual el patrimonio es el conjunto de bienes que se adjudican a una persona en razón de derechos transferibles. Dicho de otra manera, se trata del poder que tiene una persona para disponer del conjunto de bienes apreciables económicamente[5]. La adopción de una u otra de la concepciones sobre el patrimonio condiciona la interpretación de las disposiciones relativas a los delitos contra el patrimonio y, por tanto, también de los delitos contra la propiedad.

Entre los delitos contra el patrimonio, hay que distinguir aquellos que constituyen atentados contra el patrimonio globalmente considerado, como es el caso de la estafa y otras defraudaciones, de los delitos contra la propiedad. Entre

5 KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 4.ª ed., 2005, § 26, pp. 22 y ss.

estos últimos figura el hurto que, precisamente, es concebido como un ataque contra el derecho de propiedad mediante la ruptura de posesión del propietario y la constitución de una nueva posesión. Otras figuras delictivas son reprimidas porque mediante su realización se niega simplemente la propiedad de otro, se dificulta o frustra el ejercicio del derecho de propiedad[6]. Al respecto, hay que tener en cuenta que, según nuestro sistema, la propiedad goza de una protección exclusiva y, por tanto, los ataques que no están previstos en la ley son impunes. En cambio, la protección del patrimonio (noción global) es incompleta por no reprimir todos los innumerables y variados atentados contra los intereses económicos ajenos. Así, el derecho penal, debido a su índole accesoria, no puede ser considerado como el simple gendarme del cumplimiento de obligaciones contractuales y del mantenimiento de las buenas costumbres en los negocios[7].

2. Delitos contra la propiedad

a. Noción de posesión

a) En derecho civil

La posesión ha sido regulada en el Código Civil peruano (a continuación CC) según el criterio objetivo de Ihering, conforme al cual se trata del ejercicio de facto de uno o más de los poderes inherentes a la propiedad. No sería necesaria la existencia de un *animus* de actuar como propietario desconociendo la propiedad de otro, como lo exigía Savigny (criterio subjetivo). La relación de hecho con el bien no es necesariamente material y directa, sino que es concebida como un factor jurídico y económico, variable de acuerdo a las circunstancias. En este sentido, se explica por qué se prevé en el artículo 904 del mismo Código que la persona que está impedida de acceder temporalmente a su bien (sin interesar la causa, por ejemplo, inconsciencia de la persona) conserva la posesión. Esta última es protegida, siempre siguiendo la tesis de Ihering, debido a que constituye la exteriorización de la propiedad, ya que los propietarios no siempre pueden probar el dominio[8].

---

6 STRATENWERTH, Günther, *Strafrecht. Besonderer teil I, Straftaten gegen Individualinteressen*, 6.ª ed., Berna, 2003, § 12, p. 5.

7 CASSANI, Úrsula, *La protection pénale du patrimoine. Autonomie et détermination par le droit civil*, Lausanne, 1988, p. 57.

8 MEJORADA CHAUCA, Martín, "Artículo 897", en *Código Civil Comentado*, t. V (*Derechos Reales*), pp. 79 y ss; ídem, en *Cátedra. Espíritu del derecho*, N.º 1, Año 1, noviembre 1997. Versión en línea: <bit.ly/1Q13Hxx>.

En el CC se distingue entre posesión real y posesión ficta, así como entre inmediata y mediata. Lo que comporta que poseer no supone necesariamente, en derecho civil, tener físicamente la cosa en su poder, utilizarla o aprovecharla. De acuerdo con el artículo 896 CC, "la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad". Ella concluye, por tanto, cuando termina el hecho consistente en comportarse de alguna manera como el propietario de la cosa. Al respecto, por ejemplo, los civilistas sostienen que el hurto y la pérdida son circunstancias que impiden claramente el ejercicio de la posesión de la parte de su titular. La titularidad queda suspendida hasta que vuelva al "poder posesorio efectivo del titular".

b) En derecho penal

La noción de posesión en derecho penal no es la misma que la utilizada en derecho civil[9]. La identidad en la terminología utilizada dificulta su comprensión respecto a la noción empleada en derecho privado. Al respecto, es necesario referirse a la terminología alemana, pues la distinción es de origen teutón. En alemán, se emplea la palabra Gewahrsam (tenencia de un bien) para designar la posesión en sentido penal y el término Besitz (posesión) para referirse a la posesión en derecho civil. El origen común de ambas nociones es el criterio germánico de la Gewehre, que supone la necesidad de proteger la tenencia pacífica de los bienes. El elemento común a las dos categorías es "el dominio efectivo" (tatsachliche Gewalt). Este dominio o poder debe ser comprendido de acuerdo con las reglas de la vida social, las mismas que permiten determinar si una relación bastante relajada sobre la cosa puede ser considerada como "dominio efectivo".

La divergencia de sentidos es debida a las diferentes funciones que cumplen en cada uno de los ámbitos del derecho. Sin embargo la oposición no es frontal, pues debe admitirse, en principio, que la noción penal y la de posesión inmediata del derecho civil coinciden en su aspecto central. Es en los aspectos marginales donde la posesión penal adquiere, con independencia de las cuestiones civiles, sus características particulares en razón a la función específica que cumple el derecho penal. Además, hay que destacar que, generalmente, las ficciones del derecho civil no deben ser retomadas sin más en el derecho penal. De modo que no es indispensable distinguir, de manera detallada y con pretensiones de valor absoluto, las diferencias existentes entre ambas nociones de posesión (Gewahrsam y Besitz). En derecho penal, la noción de posesión ha sido sometida, desde hace

9 STRATENWERTH, Günther, *Strafrecht. Besonderer teil I, Straftaten gegen Individualinteressen*, cit., § 13, p. 74, n. 7.

bastante tiempo, a un proceso de "desmaterialización", sin llegar, sin embargo, a los extremos alcanzados en derecho civil. Por ejemplo, se concibe una posesión de parte de los herederos sobre los bienes del *cujus* antes de ser informados del fallecimiento o cuando se prevé como posible la transmisión de la posesión sin transferencia de la relación material que supone el dominio efectivo, conforme se desprende del artículo 660 CC. Las restricciones en derecho penal dependen de que se considera, junto al "poder de hecho de disponer de un bien", la llamada "voluntad de ejercer este poder" como factores constitutivos de la posesión. La presencia de la voluntad hace, justamente, que se atenúen los efectos de admitir un dominio de hecho bastante amplio, comprendiendo, por ejemplo, la "posesión mediata". En el mismo sentido, es cuestión de decidir si se acepta o no la ficción civil de considerar que los herederos poseen automáticamente los bienes del causante, como prevé el artículo 660 CC, aun cuando no saben del fallecimiento del causante y el deceso se produce lejos de su esfera de influencia. De la respuesta depende que esos bienes sean o no objetos de un hurto.

c) Esfera de posesión

La posesión de un bien es determinada con mayor facilidad en la medida en que la esfera de influencia sea delimitada físicamente (los ámbitos de la casa, del automóvil). Pero, también existe cuando los bienes se encuentran en un lugar público (automóvil aparcado al borde de una calle). El propietario debe tomar ciertas medidas que pongan en evidencia que no ha abandonado el bien. De esta manera, muestra que tiene la voluntad de ejercer su poder efectivo de dominio. Esta voluntad supone que sabe realmente que tiene la tenencia del bien. Esta condición ha sido flexibilizada de manera que se puede considerar suficiente un "conocimiento virtual". Es el caso, cuando se admite la posesión respecto a quien tiene la voluntad general de poseer las cosas que ingresen en su esfera de influencia (como sucede con los envíos postales introducidos en el buzón de cartas de alguien).

El poder o dominio sobre una cosa puede ser compartido por dos o más personas. Esta coposesión es fácilmente determinable, por ejemplo, en el caso de mujer y marido habitando la misma casa; pero resulta complicado establecer su existencia en los casos en que las personas se encuentren en relación de subordinación: por ejemplo, entre propietario de una tienda, los vendedores y la cajera. La respuesta se obtiene teniendo en cuenta criterios normativos, es decir el contexto social. Debido a la organización y dimensiones de la tienda, los empleados pueden ser solo auxiliares del propietario que pretende conservar el dominio efectivo sobre las mercaderías y la caja. Por el contrario, tratándose de

grandes tiendas en las que los empleados, debido a la distribución y autonomía de cada función que desempeñan, disponen de los bienes que llegan a su poder (el dinero que recibe la cajera de los clientes). En todos estos casos, según las circunstancias, se admitirá la posesión exclusiva o la coposesión. Esto es decisivo, por ejemplo, para precisar si se trata de hurto o de apropiación ilícita.

Si se aplica rígidamente el criterio económico-jurídico de patrimonio, la posesión protegida es la que es amparada por el derecho civil y, en consecuencia, no la posesión que tiene el ladrón sobre la cosa que hurtó. De modo que quien se apodera, mediante sustracción, de una cosa robada no comete hurto, pues el propietario no la posee, debido a que el comportamiento del ladrón suspendió el ejercicio de hecho de uno de los poderes inherentes a la propiedad. Y la posesión creada por este no es protegida por el orden jurídico penal. La conclusión es diferente si se tiene en cuenta que conforme al artículo 904 CC, "se conserva la posesión aunque su ejercicio esté impedido por hechos de naturaleza pasajera". En el caso del ladrón, el impedimento es por causa que no depende del propietario, sino que es contraria a su voluntad. En estos casos excepcionales, el orden jurídico continúa considerando como posesión una situación que no cumple las condiciones del artículo 896 CC.

Esta ficción no necesita ser considerada en el derecho penal, debido a que en este se aplica una noción de posesión diferente a la admitida en derecho civil. La misma que se destaca claramente cuando se recuerda, conforme a la concepción germánica que ha sido tomada en cuenta, que en el hurto se trata de Gewahrsam (detención) y no de Besitz (posesión). La relación de poder fáctico que supone la primera existe sin importar la causa jurídica que la origina (lícita o ilícita)[10]. Además, lo decisivo es que la cosa no pertenezca al agente, que su propietario no la haya abandonado ni perdido.

b Bienes muebles: noción y clasificación

En el Código Civil se consideran bienes al conjunto de cosas y derechos. Se distingue entre bienes muebles e inmuebles de acuerdo con su movilidad o inmovilidad. Este criterio, sin embargo, no fue aplicado de manera estricta, ya que ciertos bienes movibles (por ejemplo, los barcos, aviones, las vías de ferrocarriles, etc.) eran considerados como inmuebles por una ficción jurídica tradicional que fue recogida en el CC, artículo 885, incs. 4 y 9. Esta situación fue corregida mediante la Ley de garantía mobiliaria (Ley N.º 28677, del 1 de

10 Cassani, *La protection pénale du patrimoine. Autonomie et détermination par le droit civil*, cit., p. 122, n. 8.

marzo de 2008) que, en su artículo 4 incs. 19 y 21, les niega la condición de bienes inmuebles. En relación con la comprensión de los tipos legales referidos a los delitos contra la propiedad, en especial al hurto, es necesario analizar el empleo del término "bien" (objeto material del delito) en lugar de "cosa". Este cambio de denominación fue inspirado por la evolución de la legislación civil, que reemplazó el término "cosa" (CC de 1936) por "bien" (según el vigente modelo del CC de 1984). Este cambio tuvo como objetivo, por un lado, comprender en un solo concepto los objetos corporales e incorporales de la relación jurídica de los derechos reales; por otro, calificar, para los fines antes indicados, el conjunto constituido por los bienes corporales y los bienes incorporales en muebles e inmuebles; finalmente, excluir del ámbito jurídico a aquellas 'cosas' que carecen de valor patrimonial.

Estas clasificaciones y los criterios de distinción empleados por el derecho civil no concuerdan con las distinciones realizadas en derecho penal, ni con los fines de las disposiciones penales concernidas. Por ejemplo, la tradicional ficción por la que se considera como bienes inmuebles a las naves y aeronaves no tiene sentido en derecho penal, ya que el objetivo no es proteger las garantías que pueden recaer sobre ellas, sino antes bien la posesión y, con ello, proteger la propiedad. Para el derecho penal, las naves y aeronaves siguen siendo muebles y, por tanto, objetos del delito de hurto. En el mismo sentido, una casa prefabricada para ser instalada en un terreno determinado, como se hace actualmente, puede también ser hurtada mientras no haya sido fijada definitivamente en la parcela. Esto muestra la relativa autonomía del derecho penal frente el derecho civil y, nuestros cuestionamientos han sido confirmados mediante la citada Ley de garantía mobiliaria, la cual califica dichos bienes como muebles.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 886, inciso 2 CC, las fuerzas naturales son bienes muebles a condición que sean "susceptibles de apropiación". La expresión utilizada en la disposición citada no se refiere a las fuerzas naturales como tales (solar, eólica, acuífera, magnética, etc.), sino más bien al estado que puedan adoptar y que permite puedan ser aprehendidas. No es un bien mueble lo que aprehende quien capta la energía solar para calentar las habitaciones de su casa. Lo que es considerado bien mueble es más bien el producto resultante del proceso de aprehensión de dicha fuerza natural; es decir, de la energía eléctrica obtenida. Cuando, en la legislación penal, no se había equiparado la energía a los bienes, el problema era de saber si cometía hurto quien se "apoderaba" de dicha energía ya que se dudaba que esta fuera o no una "cosa". La respuesta en derecho penal no es muy clara debido a la deficiente redacción del artículo 185, segundo párrafo. Según esta disposición: "Se equiparan a bien mueble la energía

eléctrica, el gas, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético". Por tanto, pueden ser objeto de hurto la energía (la eléctrica es mencionada expresamente y como ejemplo), todo otro elemento semejante a los mencionados y que tenga valor económico y, por último, el espectro electromagnético (que, según la redacción del citado tipo penal, no sería ni energía, ni elemento).

Como las fuerzas naturales (eólica, solar, atómica, etc.) son transformadas en energía eléctrica mediante usinas, el propietario de estas será perjudicado mediante la sustracción clandestina de la electricidad que aquel distribuye a los usuarios, contra el pago de un monto determinado. Lo mismo sucede con la sustracción de gas (u otro elemento, como el gas), sin el acuerdo del concesionario y sin contraprestación, de la red de distribución instalada por este último. Así mismo, respecto a la generación de fuerza electromotriz por la acción de la luz (fotovoltaico), quien sustrae a su vecino la fuerza eléctrica que este produce, mediante los paneles solares que ha instalado en el techo de su casa, comete hurto. Si el legislador, en el artículo 185, "equipara" (considera equivalentes) estos productos (energías) a los "bienes" se debe a que estima que no son bienes ni corporales (cosas) ni inmateriales (derechos). Si los hubiera considerado iguales o de la misma índole, no hubiera necesitado mencionarlos expresamente. O en su caso, para evitar dudas, se hubiera limitado a indicarlos como ejemplos de bienes. En otros sistemas legales se busca salvar esta dificultad interpretativa estableciéndose disposiciones especiales. Así, en el CP francés, artículo 311-2, se dice: "La sustracción fraudulenta de energía en perjuicio de tercero es asimilada al hurto". El artículo 142, CP suizo, prevé un tipo penal especial para reprimir la sustracción de energía.

La deficiencia del artículo 185, párrafo segundo, es más grave cuando se refiere al "espectro electromagnético", porque su explotación no genera un producto sino que tiene lugar mediante la utilización de una frecuencia determinada. La misma que es concedida por el Estado, por ejemplo para la emisión radial o televisiva. El hurto se daría porque la posesión estatal de dicho espectro es violada por el uso indebido y no mediante la sustracción (imposible de realizar por la naturaleza del espectro electromagnético). En el caso de una emisora radial clandestina[11], esta disposición no fue aplicada porque resultó imposible cuantificar con precisión el perjuicio que representó para el Estado "el uso indebido del espectro electromagnético materia del ilícito". De esta manera se desnaturaliza

11 Exp. N.º 858-98, Lima, en *JurPeGaceta*, I, p. 257.

marzo de 2008) que, en su artículo 4 incs. 19 y 21, les niega la condición de bienes inmuebles. En relación con la comprensión de los tipos legales referidos a los delitos contra la propiedad, en especial al hurto, es necesario analizar el empleo del término "bien" (objeto material del delito) en lugar de "cosa". Este cambio de denominación fue inspirado por la evolución de la legislación civil, que reemplazó el término "cosa" (CC de 1936) por "bien" (según el vigente modelo del CC de 1984). Este cambio tuvo como objetivo, por un lado, comprender en un solo concepto los objetos corporales e incorporales de la relación jurídica de los derechos reales; por otro, calificar, para los fines antes indicados, el conjunto constituido por los bienes corporales y los bienes incorporales en muebles e inmuebles; finalmente, excluir del ámbito jurídico a aquellas 'cosas' que carecen de valor patrimonial.

Estas clasificaciones y los criterios de distinción empleados por el derecho civil no concuerdan con las distinciones realizadas en derecho penal, ni con los fines de las disposiciones penales concernidas. Por ejemplo, la tradicional ficción por la que se considera como bienes inmuebles a las naves y aeronaves no tiene sentido en derecho penal, ya que el objetivo no es proteger las garantías que pueden recaer sobre ellas, sino antes bien la posesión y, con ello, proteger la propiedad. Para el derecho penal, las naves y aeronaves siguen siendo muebles y, por tanto, objetos del delito de hurto. En el mismo sentido, una casa prefabricada para ser instalada en un terreno determinado, como se hace actualmente, puede también ser hurtada mientras no haya sido fijada definitivamente en la parcela. Esto muestra la relativa autonomía del derecho penal frente el derecho civil y, nuestros cuestionamientos han sido confirmados mediante la citada Ley de garantía mobiliaria, la cual califica dichos bienes como muebles.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 886, inciso 2 CC, las fuerzas naturales son bienes muebles a condición que sean "susceptibles de apropiación". La expresión utilizada en la disposición citada no se refiere a las fuerzas naturales como tales (solar, eólica, acuífera, magnética, etc.), sino más bien al estado que puedan adoptar y que permite puedan ser aprehendidas. No es un bien mueble lo que aprehende quien capta la energía solar para calentar las habitaciones de su casa. Lo que es considerado bien mueble es más bien el producto resultante del proceso de aprehensión de dicha fuerza natural; es decir, de la energía eléctrica obtenida. Cuando, en la legislación penal, no se había equiparado la energía a los bienes, el problema era de saber si cometía hurto quien se "apoderaba" de dicha energía ya que se dudaba que esta fuera o no una "cosa". La respuesta en derecho penal no es muy clara debido a la deficiente redacción del artículo 185, segundo párrafo. Según esta disposición: "Se equiparan a bien mueble la energía

eléctrica, el gas, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético". Por tanto, pueden ser objeto de hurto la energía (la eléctrica es mencionada expresamente y como ejemplo), todo otro elemento semejante a los mencionados y que tenga valor económico y, por último, el espectro electromagnético (que, según la redacción del citado tipo penal, no sería ni energía, ni elemento).

Como las fuerzas naturales (eólica, solar, atómica, etc.) son transformadas en energía eléctrica mediante usinas, el propietario de estas será perjudicado mediante la sustracción clandestina de la electricidad que aquel distribuye a los usuarios, contra el pago de un monto determinado. Lo mismo sucede con la sustracción de gas (u otro elemento, como el gas), sin el acuerdo del concesionario y sin contraprestación, de la red de distribución instalada por este último. Así mismo, respecto a la generación de fuerza electromotriz por la acción de la luz (fotovoltaico), quien sustrae a su vecino la fuerza eléctrica que este produce, mediante los paneles solares que ha instalado en el techo de su casa, comete hurto. Si el legislador, en el artículo 185, "equipara" (considera equivalentes) estos productos (energías) a los "bienes" se debe a que estima que no son bienes ni corporales (cosas) ni inmateriales (derechos). Si los hubiera considerado iguales o de la misma índole, no hubiera necesitado mencionarlos expresamente. O en su caso, para evitar dudas, se hubiera limitado a indicarlos como ejemplos de bienes. En otros sistemas legales se busca salvar esta dificultad interpretativa estableciéndose disposiciones especiales. Así, en el CP francés, artículo 311-2, se dice: "La sustracción fraudulenta de energía en perjuicio de tercero es asimilada al hurto". El artículo 142, CP suizo, prevé un tipo penal especial para reprimir la sustracción de energía.

La deficiencia del artículo 185, párrafo segundo, es más grave cuando se refiere al "espectro electromagnético", porque su explotación no genera un producto sino que tiene lugar mediante la utilización de una frecuencia determinada. La misma que es concedida por el Estado, por ejemplo para la emisión radial o televisiva. El hurto se daría porque la posesión estatal de dicho espectro es violada por el uso indebido y no mediante la sustracción (imposible de realizar por la naturaleza del espectro electromagnético). En el caso de una emisora radial clandestina[11], esta disposición no fue aplicada porque resultó imposible cuantificar con precisión el perjuicio que representó para el Estado "el uso indebido del espectro electromagnético materia del ilícito". De esta manera se desnaturaliza

11 Exp. N.º 858-98, Lima, en *JurPeGaceta*, I, p. 257.

completamente el tipo legal del hurto y, por tanto, debería admitirse y tratarse dicho comportamiento como un delito particular.

Los minerales son bienes muebles cuando son extraídos de las minas. Según la Ley orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales (Ley N.º 26821), artículo 23, tercer párrafo, la "concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse". En su artículo 19, establece además que: "en cualquiera de los casos, el Estado conserva el dominio sobre estos, así como sobre los frutos y productos en tanto ellos no hayan sido concedidos por algún título a los particulares". En esta perspectiva, resulta poco claro que se pueda considerar la aplicación directa del artículo 885, inciso 53 CC (que reconoce como inmuebles a las minas y concesiones) y del artículo 19 de la Ley N.º 26821, ambos en relación al delito de hurto, ya que ello haría imposible calificar como hurto al hecho de sustraer productos minerales sin ser concesionario, pues el Estado conserva siempre el dominio sobre dichos bienes muebles. La ficción de que los minerales sustraídos sin autorización permanecen en el dominio del Estado, es inaceptable en derecho penal.

Es claro, por el contrario, que los mineros pueden ser víctimas de hurto, pues si bien ellos no son propietarios de los yacimientos mineros sino solo concesionarios, sí son propietarios de los productos extraídos del yacimiento minero y, por tanto, disponen de estos con plena libertad.

El artículo 886, inciso 5 CC, considera como bienes muebles a los "títulos valores de cualquier clase o los instrumentos donde conste la adquisición de créditos o de derechos personales". Estos últimos constituyen los certificados de participación en fondos mutuos y fondos mutuos de inversión en valores[12], conforme se prevé en el artículo 261, inciso 1, de la Ley de Títulos Valores (Ley N.º 27287). Los primeros son documentos que representan o incorporan derechos patrimoniales, establecidos conforme a las formalidades exigidas por la ley. Cuando figuran en un documento cartular, se les califica de títulos valores materializados[13]. Por el contrario, se les llama desmaterializados[14] si "requieren su representación y anotación en cuenta y su registro ante una institución de

12 Los certificados de participación en fondos mutuos son títulos valores representativos de un derecho de participación, conforme se prevé en el artículo 261 de la Ley N.º 27287, Ley de Títulos Valores.

13 Artículo 279, inciso 15, de la Ley N.º 27287, Ley de Títulos Valores.

14 Artículo 279, inciso 16, de la Ley N.º 27287, Ley de Títulos Valores.

compensación y liquidación de valores"[15]. En ambos casos los derechos de los titulares se encuentran representados materialmente (en documentos o en registro).

Si puede concebirse sin mayores dificultades que los títulos valores materializados pueden ser objeto de un hurto, es debido a que los documentos por ser objetos corporales son aprehensibles y susceptibles de valor económico. Por el contrario, resulta problemático imaginar que los títulos valores desmaterializados, reconocibles y comprobables únicamente por la inscripción legal, sean comprendidos como objetos del delito de hurto. No está de más repetir que cuando el legislador ha querido comprender, además de bienes muebles corporales, a los valores, los ha mencionado expresamente en el tipo legal correspondiente. Así, por ejemplo, en el artículo 190, apropiación ilícita, se refiere a "un bien mueble", a "una suma de dinero" y a "un valor".

En el ámbito penal, resulta interesante tomar en consideración ciertos casos particulares. Así, por ejemplo, la previsión respecto al hurto de la agravante consistente en la utilización de transferencia electrónica, de la telemática o de la violación de claves secretas (artículo 186, segunda parte, inciso 3). Esta regla constituye una muestra clara del desconocimiento teórico y deficiente técnica legislativa de parte del legislador. Desconocimiento, por ejemplo, de lo que son los delitos informáticos y, en particular, del mal denominado "hurto informático", lo que lo lleva a confundir un caso de esta figura delictiva *sui generis* con la del hurto previsto en el artículo 185.

La dificultad de considerar como hurto la transferencia electrónica de una suma de dinero de una cuenta a otra se ha debido, precisamente, a que el sistema bancario no funciona transfiriendo materialmente dinero (caudales o fondos) sino créditos. Cuando un cliente ordena a su banco que, de su cuenta 007, se transfieran cien mil soles a la cuenta 077 de XY, el bancario no toma físicamente dicha suma del "depósito" del primer cliente y la coloca materialmente en el "depósito" del segundo. Lo que hace en realidad es inscribir un débito y un crédito, respectivamente. Del mismo modo, quien ilegítimamente, mediante la utilización indebida del sistema informático del banco, transfiere fondos de la cuenta de un tercero a su propia cuenta (en el mismo banco o en otro), lo que hace es acreditar a su favor (mediante inscripción) un crédito por ese monto en su cuenta. Ahora bien, el artículo 186 solo sería aplicable si el término bien fuera interpretado comprendiéndose también los "derechos" (créditos). En caso

15 Avendaño, Francisco, "Artículo 886", en *Código Civil comentado*, t. V (*Derechos reales*), pp. 45 y ss.

contrario, el problema sería más bien de saber si ha habido sustracción, siempre y cuando se siga pensando, equivocadamente, que se trata realmente de la figura del hurto y no de un tipo especial de delito, por ejemplo, informático.

Debido a que no existe sustracción de "créditos", los legisladores, que han enfrentado problemas parecidos, prefieren hablar de "utilización de valores patrimoniales". Esto es lo que sucede cuando alguien recibe en su cuenta bancaria una suma de dinero que no le corresponde y, no devolviéndola, la saca del banco y se la gasta. Lo que entró en su posesión por error fue un crédito y no dinero efectivo. Tampoco sería de aplicación el artículo 192, inciso 2 (apropiación ilícita de bien perdido), porque no cabe interpretar el término "bien" en sentido amplio comprensivo de bienes corporales e inmateriales, muebles e inmuebles. Ya que resulta difícil admitir que, por ejemplo, el propietario ha "perdido" su casa; es decir que no sabe dónde está, ni puede acceder a ella.

Para conservar la relativa coherencia de las disposiciones referentes a los delitos contra la propiedad, no debería forzarse la interpretación al extremo de tratar de adecuar, cueste lo que cueste, el comportamiento previsto "como agravante" a la figura del hurto (artículo 186, segunda parte, inciso 3)[16]. Para no desnaturalizar el tipo legal, la descripción del comportamiento previsto como circunstancia agravante de este delito debería ser leída de manera diferente. La expresión "mediante" no debe ser interpretada en relación con la sustracción, sino más bien con el verbo principal "apoderarse". El apoderamiento se da mediante la utilización indebida de los "fondos" acreditados en la cuenta del autor. De modo que no se presenta la dificultad de si ha habido o no sustracción en el sentido estricto del primer párrafo del artículo 185. El agente se apodera de "fondos" (dinero, caudales, capital) por el medio peculiar de manipular uno de los sistemas de transferencia expresamente indicados. Estaríamos, sin embargo, frente a otro caso de equiparación analógica; esta vez no entre bienes muebles y energías (artículo 185, pf. 2), sino entre la sustracción y la utilización de sistemas electrónicos. Otra manera de lograr el mismo objetivo de coherencia es admitir que, por una defectuosa comprensión del comportamiento grave que se busca reprimir, los redactores del inciso 3 de la segunda parte del artículo 186 consideraron que los fondos (por ejemplo, el dinero) eran realmente objeto de la apropiación. Este sentido concuerda con el lenguaje común y no es incompatible con la descripción del delito de hurto.

16 Bramont-Arias Torres, Luis, *El delito informático en el Código Penal peruano*, Lima, 1997, pp. 61 y ss.

En cuanto al objeto del delito de hurto, se presenta también la cuestión de saber si tienen esta calidad los objetos, cosas, bienes que están fuera de comercio y, por tanto, no tienen un valor pecuniario. Este aspecto económico del bien mueble, objeto del hurto, se deduce, sobre todo, del segundo párrafo del artículo 185. En este se dice, expresamente, que los elementos equiparados a "bien mueble" (energía eléctrica, etc.) deben tener "valor económico".

Al respecto, se presentan dificultades, por ejemplo, cuando el objeto de la sustracción indebida es un cadáver. De acuerdo con el artículo 8 CC, "es válido el acto por el cual una persona dispone altruistamente de todo o parte de su cuerpo para que sea utilizado, después de su muerte, con fines de interés social o para la prolongación de la vida humana". La persona o institución beneficiada con este don adquiere la posesión y la propiedad del cuerpo (o de una de sus partes). Si alguien se apodera de este "bien" sustrayéndolo, cabe preguntarse si ha cometido un hurto. El bien hurtado no tiene valor económico (determinado por el mercado), debido a que está fuera de comercio, conforme al artículo 116 de la Ley general de salud (Ley N.º 26842). Según esta disposición, está "prohibido el comercio de cadáveres y restos humanos" (así se deducía también del artículo 22 del DS 014-88-SA). El cadáver es un objeto especial en cuanto carece de significado económico-patrimonial y, por ser diferente a todos los demás objetos, no es un bien y, por tanto, no cae en ninguna de las categorías en que se clasifican los bienes. Por tanto, el artículo 185 CP sería inaplicable. Lo que sería conforme a la regulación civil.

Sin embargo, el legislador penal se aleja de la ley civil cuando regula el delito de intermediación onerosa de órganos y tejidos (artículo 318-A), al describir esta infracción como el hecho de quien, "por lucro y sin observar la ley de la materia, compra, vende, importa, exporta, almacena o transporta órganos o tejidos humanos de personas vivas o de cadáveres".

Se trata, en buena cuenta, de un caso agravado del delito contra la paz de los muertos (artículo 318). Lo interesante respecto al carácter accesorio del derecho penal es que al modificarse el artículo 318, se establece, contrariamente a la regulación civil, que existen partes del cadáver (por tanto, también un cadáver completo) que pueden ser objeto de comercialización. Lo que significa que las actividades enumeradas deben ser comprendidas de manera semejante, pero no igual que las del derecho civil. De modo que podría también interpretarse el artículo 185 comprendiendo que el cadáver, íntegro o en partes, puede ser objeto del hurto, pues resultaría posible fijar un valor patrimonial de acuerdo a la comercialización indicada en el artículo 318.

Otra posibilidad de interpretación sería aceptar, conforme al criterio seguido por una minoría de civilistas (pero no por el ordenamiento legal pe-

ruano[17]), que los elementos que están fuera del comercio humano pueden satisfacer necesidades humanas y, por consiguiente, tienen calidad de bienes. De acuerdo con esto, tanto los órganos separados del cuerpo humano vivo, como los de un cadáver serían bienes, aun a pesar de que el ordenamiento legal prohíbe la asignación de un valor económico y su comercialización en el mercado. Si se admitiese el criterio minoritario, se lograría mayor armonía entre derecho civil y derecho penal, sin embargo es preferible reiterar que los factores civiles o comerciales que contienen los tipos legales penales deben ser comprendidos de acuerdo a las limitaciones, fundamentos y finalidades del derecho penal. Por tanto, en derecho penal, de acuerdo con las disposiciones penales citadas, el cadáver o una de sus partes puede ser objeto del delito de hurto porque, en el contexto social, son susceptibles de ser valorados económicamente, como lo admite en cierta forma el legislador al hablar de comercio de partes del cadáver.

Por último, resulta interesante destacar una de las condiciones para aplicar la nueva agravante relativa al delito previsto en el artículo 318, que el agente utilice "los medios de prensa escrito o audiovisuales o base de datos o sistema o red de computadoras". La misma que es semejante a la del hurto agravado, en la que el agente utiliza "sistemas de transferencia electrónica de fondos". En ambos casos, el objeto de la maniobra son bienes muebles: fondos (dinero, caudales, en consecuencia no simple créditos/derechos) y partes de un cadáver, respectivamente.

c. Apoderarse

Según el derecho civil, la adquisición de la posesión puede ser originaria o derivada. La primera, también llamada adquisición unilateral, es consecuencia de un hecho propio y exclusivo de la persona que lo ejecuta. En caso de bienes muebles, según los artículos 929 y ss. CC, debe tratarse de bienes abandonados, perdidos o *res nullius*. Al respecto, es oportuno recordar que en relación con la apropiación de muebles, el CC se refiere a "cosas libres", "objetos perdidos", "tesoro", "animales de caza y pesca"[18].

17 Avendaño, "Artículo 886", cit., n.16, p. 689.

18 Enumeración que corresponde a la que se hace en el artículo 192 CP, referente al caso de apropiación ilícita de un "bien perdido" o de un "tesoro" (inciso 1). Por esto, a pesar de que en esta disposición, se utiliza el término "bien" (perdido o ajeno), no puede comprenderse que también se refiere a bienes incorporales (por ejemplo, "derechos").

Por su parte, la adquisición derivada se da por la transmisión de la posesión de una persona a otra, razón por la que se le llama bilateral, y puede darse inter vivos o mortis causa. Esta se produce por la tradición que implica la entrega (material o simbólica) de la cosa, a título oneroso o gratuito. La posesión de quien la transmite puede ser a título legítimo o ilegítimo.

Según el artículo 901 CC, la tradición "se realiza mediante la entrega del bien a quien debe recibirlo o a la persona designada por él o por la ley y con las formalidades que esta establece". Además, en el artículo siguiente, se prevén dos sucedáneos de la tradición, disponiéndose que esta se considera realizada: primero, cuando cambia el título posesorio de quien está poseyendo y, segundo, cuando se transfiere el bien que está en poder de un tercero[19].

La adquisición originaria de la posesión puede producirse mediante autorización de la ley o contrariamente a esta. El caso típico del segundo caso es la posesión que se atribuye el ladrón de la cosa que ha sustraído a su legítimo titular. El acto de apoderarse, materialmente, consiste, por un lado, en privar definitivamente al propietario del poder efectivo de disponer del bien y, por otro, en crear una nueva posesión a favor propio o de un tercero. El autor debe querer estos dos hechos; de manera a comportarse como si fuera el propietario y, así, privar al propietario de toda posibilidad de ejercer su poder efectivo de disposición material sobre el bien. Con este criterio, se superan las diferentes propuestas realizadas en relación con la cuestión de si el objeto de la apropiación es el bien mismo (*Substanztheorie*), su valor (*Sachwerttheorie*) o, por último, ambos (*Vereinigung von Substanz-und Sachwerttheorie*). Quien substrae la libreta de ahorro de un tercero, decidido a devolvérsela, se comporta como propietario cuando retira dinero de la cuenta de ahorro. Así, se apodera de manera definitiva de la suma sustraída.

El hurto, de acuerdo a nuestro sistema, es un delito de resultado. Es consumado en el momento en que el ladrón adquiere el objeto sustraído y, como cuasi propietario, tiene la posibilidad de ejercer el poder de hecho de disponibilidad. Esto supone, en consecuencia, que el comportamiento del agente se desarrolla en dos fases: primero, la sustracción y, segundo, el apoderamiento. La aplicación unilateral de las superadas teorías tradicionales (*amotio, illatio, ablatio, contractatio*) no es útil para determinar cuando el ladrón tiene el poder de realizar actos dispositivos. Esto se debe a que la existencia del apoderamiento depende de las

19 En este caso, la tradición produce efecto, en cuanto al tercero, solo desde que es comunicada por escrito.

variadas formas en que puede efectuarse la exclusión (el desplazamiento) del propietario y la ocupación de la cosa por el ladrón[20].

d. Sustraer

La noción de apropiación está delimitada por la manera como debe proceder el ladrón para adquirir el poder de disposición sobre el bien: debe sustraerlo (*wegnehmen*). Acto que implica una violación de la esfera de influencia que tiene la víctima sobre sus bienes, privar al propietario de su poder efectivo de disposición. Dicho de otra manera, la sustracción se da por la transferencia del bien de la esfera de influencia del propietario a la esfera de influencia del ladrón. La apreciación del comportamiento calificado de sustracción está estrechamente relacionada con la noción de esfera de influencia o de posesión. La desmaterialización de la noción de esfera de influencia determina que el concepto de sustracción no deba ser necesariamente comprendido en un sentido objetivo o material.

Esto está igualmente condicionado por el hecho que en la ley no se indica expresamente la manera como debe practicarse la sustracción. En principio, todo medio es posible, salvo la utilización de la violencia o de la menaza sobre las personas que transforman el hurto en robo. Siendo la sustracción el medio para lograr el apoderamiento del bien, el hurto es consumado solo cuando el autor toma efectivamente el poder de disposición del bien; momento en el puede comportarse como si fuera el propietario.

De modo que, ante nuestra ley, no son decisivos los criterios tradicionales. Al respecto, ya en los años sesenta, se afirmaba que "el concepto de apoderamiento es un concepto abstracto, que debe ser determinado jurídica y no materialmente"[21]. En esta perspectiva se sostiene que al hablar de apoderamiento, "importa hacer una clara referencia a la posibilidad inmediata de realizar materialmente sobre la cosa actos dispositivos, posibilidad de la que se carecía antes de la acción, porque la cosa estaba en poder de otra persona, fuese poseedor o simple tenedor"[22]. Es en este contexto que debe comprenderse la afirmación que: "en consecuencia, el desplazamiento de la cosa en el espacio no es el criterio del hurto, sino el desplazamiento del sujeto que puede realizar los actos

20 Soler, *Derecho penal argentino*, cit., t. IV, p. 169.

21 Soler, *Derecho penal argentino*, cit., t. IV, p. 165, n. 21. En nota 26, este autor recuerda que Jiménez de Asúa afirmó correctamente que "la cuestión no está en el espacio sino en los actos jurídicos del agente".

22 Soler, *Derecho penal argentino*, cit., t. IV, p. 165, n. 21.

de disposición[23]. El hurto no está en la acción de tomar la cosa, sino en la de usurpar el poder sobre ella". Afirmación que se comprende más en relación con el apoderamiento que con la sustracción, ya que se habla de usurpar, "porque apoderarse no es solamente sustraer, sino algo más; esto es traer la cosa a la esfera del propio dominio de hecho"[24]. Al respecto, hay que recordar los ejemplos dados para mostrar cuando la cosa puede quedar en el espacio en que se proyecta el poder patrimonial de la víctima y, sin embargo, que esta haya sido despojada de su poder efectivo de hecho de propietaria. Estos criterios, sostenidos en base a la legislación argentina y aplicables a la nuestra, están también condicionados a que se considera como materia del hurto las cosas muebles corporales y con valor económico[25].

e. Objeto de la infracción

Conforme al tipo legal del hurto, previsto en el artículo 237 CP 1924, el objeto del apoderamiento debía ser una cosa mueble. A pesar del cambio efectuado en la definición del hurto en el CP de 1991 (artículo 185), los autores y la jurisprudencia han comprendido que debía tratarse de un objeto corporal susceptible de apropiación, sin consideración a su estado físico. Por tanto, las cosas líquidas o gaseosas solo debían ser consideradas si estaban debidamente delimitadas.

Debido a la constitución física de determinados elementos como los diversos tipos de energía, estos han sido equiparados a las cosas corporales para los efectos del hurto; llegándose a comprender expresamente el espectro electromagnético. Se trata de una ficción, frecuente en derecho, en el sentido que se tiene por cosa elementos que no lo son. No es cuestión de que jurídicamente se decida si se trata o no de la exactitud física de que la energía sea cosa corporal. Pero, si es de destacar "la ingenuidad jurídica consiste en buscar [como sucedió mucho tiempo] dentro de la física la fijación de un concepto jurídico"[26].

---

23 Soler, *Derecho penal argentino,* cit., t. IV, p. 165, n. 21. Afirmación literalmente reproducida tanto por Donna, Edgardo A., *Derecho penal. Parte especial,* Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, t. II-B, p. 31, como en el considerando N.º 9, *in fine,* de la Sentencia Plenaria de la Corte Suprema N.º 1-2005/DJ-301-A.I., del 30 de agosto de 2005, en Castillo Alva, José Luis (dir.), *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema,* Grijley, Lima, 2008, pp. 217 y ss.

24 Soler, *Derecho penal argentino,* cit., t. IV, p. 165, n. 15.

25 Donna, *Derecho penal. Parte especial,* t. II-B, cit., p. 31, n. 24.

26 Soler, *Derecho penal argentino,* cit., t. IV, p. 165, p. 179, n. 15.

Esta ampliación[27] de lo que podía ser hurtado fue propuesta, por primera vez, en el proyecto de CP de 1972, elaborado por el Ministerio de Justicia. En el artículo 237, segundo párrafo, se decía: "se equipara a cosa mueble la energía eléctrica y cualquier otra que tenga valor económico". Disposición que fue recogida en el proyecto de 1985, cuyo artículo 187, segundo párrafo, extiende dicha equiparación al gas, agua "y cualquier otro similar que tenga valor económico". El actual artículo 185, segundo párrafo, dispone: "Se equiparan a bien mueble la energía eléctrica, el gas, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético".

La idea común a este proceder de equiparación es la de la necesidad de reprimir comportamientos consistentes en el apoderamiento de elementos de naturaleza diferente a las cosas corporales, aunque relativamente análoga; pero que por tener cierta manifestación física no podían ser calificadas de inmateriales o de intelectuales. Esta solución legislativa resultaba incoherente, desde el proyecto de 1985, porque al establecer el tipo legal del hurto se remplazó el término "cosa" por el de "bien". Comprendido de manera amplia, se podía estimar que este último abarcaría desde las cosas corporales hasta los llamados bienes inmateriales, pasando por los "derechos reales". Lo que estaría, además, confirmado por el hecho que, en el proyecto de 1985, artículo 218, se reprimiera, como autor de un delito "contra el derecho autoral", a quien "hurta el contenido de una obra literaria, artística o. científica, para usarla y hacer con ella perjuicio de los derechos del autor o de sus herederos [...]".

Esta regulación, por la cual se suponía se dieran la sustracción y el apoderamiento, propios del hurto, no fue seguida por los redactores del Código actual. En este se habla de delitos contra los derechos de autor y anexos y, en el artículo 216, de publicación ilegal de obra. Además, se prevé como circunstancia agravante que "se inscriba en el Registro del Derecho de Autor la obra, la interpretación, producción o emisión ajenas, o cualquier otro tipo de bienes intelectuales como si fueran propios o como de persona distinta del verdadero titular de los derechos". Ratificándose así que no se trataba de hurto de bienes intelectuales.

Mediante la inserción del artículo 186 y en particular del inciso 3, parecería que se abrieran las puertas para una interpretación extensiva del círculo de las cosas o bienes que pueden ser objeto de hurto. Según dicho inciso, la pena se agravará cuando el ladrón "usa sistemas de transferencia electrónica de fondos,

27 De manera más coherente, otros legisladores establecieron nuevos tipos legales: por ejemplo, el español lo previó como defraudación de fluido eléctrico (artículo 255 CP) y el suizo, como "sustracción de energía" (artículo 146 CP).

de la telemática en general". De donde podría deducirse que el agente se apodera de "derechos" (créditos, forma escriptural), sustrayéndolos mediante el uso indebido de sistemas informáticos.

Sin embargo, si el apoderamiento, consistente en ejercer el poder efectivo de disponibilidad propio del propietario, debe ser entendido conforme las reglas de la vida social, hay que comprender que la circunstancia agravante fue establecida pensando en la sustracción de fondos. Además, la referencia a cosas corporales es manifiesta tanto en las otras agravantes del hurto y, en particular, del robo, así como en la demás disposiciones referentes a los delitos contra la propiedad. Diferente es la situación respecto a los delitos contra el patrimonio. En este sentido, se pronuncian de manera constante y uniforme los jueces y salas penales, como se puede constatar en la numerosa jurisprudencia de la Corte Suprema. Como ejemplo, vale recordar la Sentencia Plenaria de esta Corte, N.º 1-2005/DJ-301-A.I., del 30 de agosto de 2005. En su parte resolutiva, se decide: "12. Establecer como doctrina, respecto a los delitos de robo agravado que el momento consumativo requiere la disponibilidad de la cosa sustraída por el agente. Disponibilidad que, más que real y efectiva debe ser potencial, esto es, entendida como posibilidad material de disposición o realización de cualquier acto de dominio de la cosa sustraída. Los principios jurisprudenciales que rigen son los señalados en los párrafos 4 a 10 de la presente Sentencia Plenaria".

Como lo hemos resaltado, los jueces se refieren, expresamente en el breve párrafo trascrito, dos veces a la "cosa sustraída". La misma expresión la utilizan en los párrafos N.ºs 4 a 10 y, en particular, en el N.º 9. Al final de este último, en relación con la sustracción, se emplea justamente el término "cosa", se dice: "El desplazamiento de la cosa en el espacio no es el criterio definitorio del hurto, sino el desplazamiento del sujeto que puede realizar actos de disposición". Afirmación que no es el fruto de una interpretación moderna, sino por el contrario, es opinión expresada por Soler en la década de los 60 y, últimamente, retomada por Donna. Ambos autores argentinos, manifiestan su convicción teniendo siempre en cuenta que son los bienes muebles corporales el objeto de los delitos de hurto y de robo.

Los argumentos de los jueces de la Corte Suprema están dirigidos a establecer cuando los delitos de hurto y de robo son consumados y, así, distinguir la tentativa. Con este objeto, admiten el criterio de distinguir dos momentos sucesivos en la comisión de estos delitos: por un lado la sustracción y, por otro, el apoderamiento. En este contexto, la expresión "desplazamiento del sujeto que puede realizar actos de disposición" debe entenderse como el acto del ladrón de usurpar el poder de disponer del propietario o de realizar cualquier acto de

dominio sobre la cosa sustraída. Hacer perder al dueño la posibilidad de ejercer su dominio constituye por sí mismo una sustracción. Pero no implica que a esta pérdida corresponda la adquisición de dominio por parte del delincuente. En la adquisición de este dominio constituye, precisamente, el apoderamiento, segunda etapa del comportamiento delictuoso y con cuya realización se produce la consumación.

La propuesta de interpretar extensivamente la expresión "bien mueble" para comprender los bienes inmateriales, valores desmaterializados, nos recuerda algunas decisiones judiciales extranjeras en las que se admitía propuestas semejantes. Como muestra basta recordar el "caso Nehmad" (Nehmadfall) de la jurisprudencia suiza[28]. Los hechos consistían en que el titular de una cuenta corriente bancaria dispuso de una suma de dinero que había sido acreditada por error en su favor. La cuestión discutida fue si se le podía aplicar el artículo 141 CP (actual 139), disposición que reprimía como delito de apropiación ilícita a quien se apoderase de una cosa mueble ajena y que había caído en su poder a causa de una fuerza natural, de un error, caso fortuito o de cualquier otra manera independiente de su voluntad. Los jueces del Tribunal Federal sostuvieron que el artículo 141 (actual 139) era de aplicación, para lo cual consideraron como cosa un crédito bancario. Justificaron su decisión afirmando que el sentido "verdadero" de la disposición era el que se deduce de los valores en los que se inspira y de su finalidad. Por tanto, procede dar al término "cosa" un sentido que tenga en cuenta los factores económicos y, en consecuencia, más amplio que el considerado por el legislador. En esta perspectiva, sostuvieron que si bien, originalmente, el artículo 141 (actual 139) apuntaba a las apropiaciones ilegítimas de sumas de dinero pagadas en exceso por error, por ejemplo, en ocasión de compras o de cambio de divisas, "existe también apropiación ilícita plenamente caracterizada cuando el pago equivocado se hace por transferencia bancaria y que el destinatario se niega a rembolsar de mala fe. Desde el punto de vista económico, continuaban afirmando los jueces, la transferencia de un crédito de una cuenta a otra equivale a un pago en efectivo".

En nuestro medio, con relación a la apropiación de derechos, bienes inmateriales, títulos valores desmaterializados (acciones no establecidas en documento), se puede alegar algo parecido haciendo referencia a la realidad social o

28 ATF, 87 IV 115; ATF 116 IV 134; Hurtado Pozo, José, *Droit pénal. Partie spéciale*, 3.ª ed., Zurich, 1997, t. I, pp. 683 y ss.; Schubarth, Martín y Peter Albrecht, *Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Besonderer Teil*, t. II, artículos 137-172, artículo 141 N.º 4.

económica, a las técnicas modernas utilizadas en la transferencia de bienes en general.

Lo interesante del caso suizo es que los criterios de los jueces federales y su decisión favorable a la aplicación del artículo 141 (actual 139) fue fuertemente criticada por la doctrina y prácticamente ignorada por las instancias inferiores[29]. Se consideró que el principio de legalidad no era respetado por la ampliación abusiva del tipo legal, en la medida en que el sentido de la palabra era completamente desnaturalizado y que la expresión "apropiarse" era substituida por la de "disponer sin autorización". De modo que la incriminación penal de dicho comportamiento, semejante pero no idéntico al hurto, era de la competencia del legislador.

Ante esta situación, en una segunda sentencia el Tribunal Federal, en la que confirmaba su opinión precedente, afirmó que el legislador debía intervenir para esclarecer la disposición vigente o dictar una nueva. En el proceso de reforma de la parte especial del Código Penal, se propusieron diversas soluciones, por ejemplo, la de remplazar la fórmula "cosa mueble" por otra más general que permitiese reprimir la utilización sin derecho de una cuenta bancaria alimentada por error. El Consejo Federal y el Parlamento optaron por una solución diferente: mantener la expresión "cosa mueble"; en su opinión indisociable de las nociones penales de apropiación y propiedad, e introducir un nuevo artículo para reprimir "la utilización sin derecho de valores patrimoniales" (artículo 141bis).

Siguiendo este buen ejemplo (respetuoso, firme y mesurado del principio de legalidad), si se considera indispensable reprimir la apropiación, uso, sustracción o transferencia indebidos de bienes inmateriales, derechos, créditos, acciones desmaterializadas, debe modificarse el CP para prevenir, específicamente, la represión de tal comportamiento. Mediante la interpretación del tipo legal del artículo 185 no puede extenderse tanto su ámbito de aplicación, sin correr el riesgo de perturbar la seguridad jurídica y los derechos de las personas.

3. A manera de conclusión

La interpretación como proceso lógico-axiológico de atribución de un sentido al texto legal, entre aquellos que son sus sentidos posibles, supone una gran

29 Artz, Günther, "Vom Bargeld zum Buchgeld als Schutzobjekt im neuen Vemögensstrafrecht", en *recht* 13, 1995, p. 133; Niggli, Marcel, *Unrechtmässige Verwendung von Vermögenswerten*, Anmerkungen zu BGE 123 IV 125, AJP I, 1998, pp. 118 y ss.

libertada creadora del intérprete. Este puede llegar a formular una comprensión novedosa del texto, pues no está sujeto a seguir atribuyendo el sentido atribuido hasta entonces a los elementos del texto legal. Uno de los límites de esta libertad de interpretación es la exigencia tanto de que se adecue sistemáticamente el resultado, como que mediante la fundamentación con que se atribuye el sentido al texto legal no se desordene el sistema, en caso de aplicarse para resolver otros problemas interpretativos. La interpretación de ampliar los alcances del artículo 185 para reprimir el desplazamiento del titular de acciones (bienes inmateriales en general) no concuerda con la interpretación, primero, del resto de las disposiciones relativas a los delitos contra el patrimonio; segundo, con las disposiciones de otras leyes (especialmente, las referentes a los derechos reales). De modo que de acuerdo con Jakobs[30] hay que recordar que: "el intérprete está sujeto al hecho de que el fundamento de una interpretación no usual que él preconice tiene que ser generalizable, es decir, repetible en situaciones homólogas, sin que se desmorone el sistema" (global o particular a la disposición interpretada).

30 JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Berlín, 1993, 1/2, N.º 39. Este autor señala también oportunamente que el límite tolerable de la generalización es lo que mal se denomina "prohibición de la analogía", ídem, 1/2, N.º 33.

§ 13
DELITOS DE CORRUPCIÓN

I
Corrupción, confiscación y ayuda internacional*

Sumario: 1. Introducción. 2. Los hechos. 3. Confiscación. 4. Organización criminal. 5. A manera de conclusión.

1. Introducción

La corrupción, el tráfico de drogas o de armas, el terrorismo, en países como los nuestros, alcanzan proporciones alarmantes y producen graves daños para los intereses nacionales. En el ámbito económico, implican la transferencia de las ingentes cantidades de dinero, obtenidas ilícitamente, a instituciones bancarias y financieras extranjeras. Para recuperarlas, hay que recurrir a la ayuda internacional en materia penal. La presentación de algunos aspectos de este mecanismo de cooperación es el objeto de la presente nota. Con este objeto, nos referiremos al caso peruano. La necesidad de reprimir los responsables de los numerosos delitos cometidos durante el régimen fujimorista ha puesto en evidencia el desconocimiento tanto de las normas que rigen la ayuda internacional en materia penal como de su real funcionamiento. Deficiencia de graves consecuencias para los intereses nacionales, así como para la administración de justicia en particular;

---

* Publicado en *Ideele. Revista del Instituto de Defensa Legal*, N.º 142, noviembre, Lima, 2001, p. 22.

y respecto a la cual las instituciones encargadas de la formación de juristas y de jueces tienen una gran responsabilidad.

2. Los hechos

De las innumerables denuncias que han sido hechas ante los órganos judiciales peruanos resulta que Vladimiro Montesinos, sin ejercer oficialmente una función pública determinada, organizó y dirigió el Servicio Nacional de Inteligencia del Perú con el aval del presidente de la República y de los gobiernos que se sucedieron. Utilizando esta organización estructurada y secreta, ejecutó y fomentó la comisión de diversas actividades contrarias a los derechos fundamentales y constitutivas de infracciones penales (tráfico de armas, corrupción, tráfico de drogas, defraudaciones, agresiones, etc.). De esta manera, obtuvo ingentes cantidades de dinero; las mismas que empleó, por ejemplo, para corromper funcionarios, financiar medios de comunicación, llevar a cabo campañas políticas, atacar y aniquilar a la oposición. Parte importante de estas sumas ilegalmente obtenidas, las envió al extranjero, donde fueron depositadas, con la ayuda de terceros, en diversas cuentas corrientes bancarias abiertas ya sea a su nombre o a nombre de terceros.

En Zurich, Suiza, un procurador, sospechando el origen ilícito de diversas sumas de dinero e igualmente que el verdadero propietario era Montesinos, inició un procedimiento penal por delito de lavado de dinero. Para evitar que el dinero depositado en bancos suizos sea transferido al extranjero, dispuso el bloqueo de las cuentas bancarias respectivas.

Con la finalidad de avanzar en la investigación, el procurador suizo, a través de las vías administrativas correspondientes, solicitó ayuda a las autoridades competentes peruanas. A su vez, estas iniciaron diversos procesos penales y pidieron también ayuda a las autoridades helvéticas. Con la finalidad de avanzar en la investigación, el procurador suizo, a través de las vías administrativas correspondientes, solicitó ayuda a las autoridades peruanas competentes. A su vez, estas iniciaron diversos procesos penales y pidieron también ayuda a las autoridades helvéticas. A Suiza interesa, primero, reunir los elementos suficientes para afirmar que, en su territorio, se ha blanqueado dinero e individualizar a los posibles responsables; segundo, obtener ayuda internacional penal de parte de las autoridades peruanas; tercero, precisar el origen ilícito del dinero depositado en los bancos suizos para determinar si procede o no ordenar el decomiso o la confiscación del mismo. Este último interés está directamente vinculado al problema del destino de los valores patrimoniales ilícitos, objeto o producto de la actividad delictuosa. Problema que depende de si las autoridades suizas son

competentes tanto para perseguir los delitos como para decomisar y/o confiscar los bienes ilícitos que se encuentran en su territorio.

3. Confiscación

Según el artículo 59 del Código Penal suizo[1], tratándose de valores patrimoniales, la confiscación procede cuando constituyen el resultado de un delito o están destinados a incitar un tercero para que se decida a cometer un delito o a recompensarlo por haberlo cometido. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Federal y la mayor parte de los juristas, las autoridades suizas solo pueden aplicar esta disposición cuando son competentes para reprimir al responsable del delito en cuestión. Esta competencia depende, por una parte, de que el delito haya sido cometido en Suiza o de que, cuando haya sido ejecutado en el extranjero, el autor o la víctima sean de nacionalidad suiza. Así mismo, cuando Suiza se haya comprometido a reprimir el delito mediante una convención internacional, sin interesar el lugar de comisión, ni la nacionalidad de la víctima o del autor. Muy raras son las excepciones a esta dependencia de la confiscación de valores patrimoniales ilícitos con relación a la competencia para reprimir al delincuente. Un buen ejemplo es la excepción establecida en el artículo 24 de la Ley federal sobre estupefacientes. Según esta disposición, "los beneficios pecuniarios ilícitos que se encuentran en Suiza pertenecerán igualmente al Estado cuando el delito hubiera sido cometido en el extranjero".

Las autoridades penales suizas no son competentes para reprimir los delitos de corrupción, tráfico de drogas o de armas cometidos en el Perú, ya que no existe ningún elemento que los vincule con Suiza (nacionalidad del autor o de la víctima, etc.). En consecuencia, tampoco son competentes para confiscar los valores patrimoniales resultantes de dichos delitos cometidos fuera de Suiza. Por el contrario, son competentes plenamente en caso de blanqueo de dinero, en razón de que el delito ha tenido lugar en su territorio (los valores ilegales han sido depositados a nombre de un tercero en Suiza). El bloqueo del dinero en las cuentas bancarias procede en aplicación del artículo 59. Aún en relación con el lavado de dinero, la cuestión no es tan simple. Dificultades se presentan por la manera

1 TRECHSEL, Stephan, *Kurzkommentar, Schultez*, Zürich 1989; ZIMMERNANN, Robert, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, Staempfli, Berne, 1999; BERNASCONI, Paolo, "Les obstacles à la coopération judiciaire contre la criminalité organisée in Quelle politique pénale pour l'Europe ?", en BERNANSCONI, *Nuovi strumenti giudiziari contro la criminalità economica internazionale*, Nápoles, 1995; HARARI, Maurice, "Remise internationale d'objets et de valeurs: réflexions à l'occasion de la modification de l'EIMP", en *Etudes en l'honneur de Dominique Poncet*, Genève, 1997; CASANI, Ursula, "Le droit pénal suisse face à la corruption de fonctionnaires", en *Plädoyer* 3/1997.

como este delito ha sido definido en el artículo 305bis del Código Penal suizo. De conformidad con esta norma, el lavado de dinero consiste en obstaculizar la determinación del origen, el descubrimiento o la confiscación del producto de un crimen cometido en Suiza o en el extranjero. De lo que se trata es entonces de sancionar, por un lado, a quien obstaculiza la labor de las autoridades destinadas a establecer la relación entre el crimen previo al blanqueo y su producto que es el objeto del lavado y, por otro lado, a quien dificulta que el producto del delito caiga en manos de las autoridades.

En caso de depósitos de valores ilegales en cuentas bancarias en Suiza, la jurisprudencia y la doctrina predominante afirman que no se realiza el crimen de blanqueo de dinero cuando el delincuente hace esos depósitos en cuentas bancarias abiertas a su verdadero nombre. El crimen es, por el contrario, realizado cuando estas cuentas figuran a nombre de terceros. Por lo tanto, si el procesado depositó los valores patrimoniales obtenidos mediante su actividad delictuosa a su nombre en bancos suizos, no cometa lavado de dinero. Tampoco incurriría en simulación de bienes ilícitos ya que, según la legislación suiza, este delito solo se da cuando los valores simulados son el fruto de delitos contra el patrimonio.

Además, la aplicación del artículo 305bis plantea otro problema de interpretación, de cuya solución depende la amplitud de su aplicación. La cuestión es de saber si el comportamiento delictuoso cometido en el extranjero y al origen de los valores ilegales constituye o no un "crimen" tanto en Suiza como en el país donde se cometió (en nuestro ejemplo, el Perú).

Si el delito preliminar al blanqueo fue, por ejemplo, un homicidio, una estafa, una falsificación de documentos se puede afirmar que el responsable puede ser reprimido tanto en el Perú, donde delinquió, como en Suiza, de haber actuado en este país. Se trata pues de crímenes que tanto formal como concretamente son punibles en ambos países. Los actos de blanqueo del fruto pecuniario de estos delitos, cometidos depositándolo en cuentas bancarias en Suiza, caen dentro del ámbito de aplicación del artículo 305bis y, por lo tanto, sus autores pueden ser perseguidos penalmente por las autoridades suizas y los valores ilegales, confiscados. Pero, si el crimen, producto de los valores ilegales, es el de corrupción, el blanqueo de dinero no se da. Según la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria, las disposiciones del Código suizo que reprimen los casos de corrupción no son aplicables cuando el funcionario es un extranjero, ya que dichas normas solo tienen la finalidad de proteger el buen funcionamiento de la administración helvética. Por consiguiente, el depositar en Suiza las sumas de dinero obtenidas por un funcionario corrupto no constituye blanqueo de dinero. Por lo tanto, el dinero no puede ser confiscado.

Para remediar estas insuficiencias, se ha propuesto una interpretación diferente del artículo 59 del Código suizo. La finalidad es admitir que se puede confiscar valores ilegales independientemente de que las autoridades suizas sean o no competentes para reprimir a los responsables de los delitos que los han producido. De manera que la doble incriminación sería determinada por el simple hecho que formalmente las dos legislaciones (la suiza y la peruana) reprimen penalmente el comportamiento al origen de dichos valores, sin que sea por tanto indispensable que las autoridades suizas puedan realmente perseguir a los delincuentes. Esta interpretación no sería incompatible con la legislación suiza en la medida en que se admite, por ejemplo, la confiscación sin que la autoridad suiza sea competente para reprimir el delito en cuestión (artículo 24 de la Ley federal sobre estupefacientes, antes citado) y los acuerdos entre los Estados sobre la repartición de los valores patrimoniales decomisados *(sharing)*. Esta propuesta ha encontrado eco en la doctrina y la jurisprudencia, pero el Tribunal Federal no ha tomado posición clara en su favor; lo que significa que los jueces federales mantienen el criterio de que la confiscación (artículo 59) solo procede si la jurisdicción suiza es competente para reprimir al delincuente.

4. Organización criminal

De la manera como el responsable material del Servicio de Inteligencia Nacional ha organizado y dirigido las actividades delictuosas, que son imputadas tanto a él como a los miembros bajo su control, surge la posibilidad que haya incurrido en crimen de pertenecer o apoyar una organización criminal. En esta perspectiva, hay que tener en cuenta que las personas que intervinieron lo hicieron en el marco de una organización estructurada de manera secreta, la misma que tenía la finalidad de realizar actos violentos y fraudulentos para obtener beneficios indebidos. En este caso, según el artículo 59, inciso 3, del Código suizo, se presume que todo valor patrimonial del que disponga la organización criminal, primero, es de origen delictuoso y/o, segundo, que servirá a cometer nuevos delitos, por lo que debe ser confiscado. En este sentido, es considerado también como sometido al poder de la organización criminal, todo valor que pertenezca a una persona que ha participado en la organización criminal o la ha apoyado, salvo prueba en contrario. De allí el interés de precisar si ha existido una organización criminal.

5. A manera de conclusión

Es evidente que la realidad es más compleja que la descrita en esta nota y el mecanismo judicial (nacional e internacional) más complicado que la imagen

resultante de nuestras sucintas explicaciones. Sin embargo, creemos que estas pueden ser útiles para comprender algunos aspectos de los problemas relativos a la recuperación de las sumas de dinero bloqueadas en los bancos suizos. Esta no depende de la simple buena voluntad de las autoridades suizas, tampoco bastan los esfuerzos entusiastas de las autoridades peruanas, ni una campaña de imagen y relaciones públicas mediante la prensa. Depende de los resultados que se alcancen en los procesos judiciales tendientes a establecer la comisión de los delitos, la responsabilidad de los procesados y el vínculo entre dichas sumas de dinero y la actividad delictuosa de la que provienen. En cuanto al Perú, como para cualquiera de nuestros países que enfrente un problema parecido, esperamos, para bien del Estado de derecho y de las arcas nacionales, que los encargados de tan difícil y compleja tarea hayan contado y cuenten con la suficiente información y capacidad para iniciar y orientar las diversas vías procesales y administrativas que pueden llevar a recuperar una buena parte de dichos caudales.

II
Corrupción en el Perú: breve reseña histórica*

Sumario: 1. Introducción. 2. Ejemplos históricos. 3. Estado y corrupción. 4. Situación actual. 5. Bibliografía sucinta.

1. Introducción

Ante todo recordemos que, entre sus diversos significados, las palabras "corromper" y "corrupción" poseen una connotación significativa moral. Así, la primera significa tanto echar a perder, depravar, como sobornar o cohechar al juez o a cualquier persona, con dádivas o de otra manera. Corrupción designa, de un lado, la acción y efecto de corromper o corromperse y, de otro lado, el vicio o abuso introducido en las cosas no materiales (Diccionario de la Real Academia de la lengua española).

Cuando empleamos corrientemente el término "corrupción", pensamos entonces en el conjunto de comportamientos inducidos que crean un estado particular de funcionamiento irregular de las diversas instancias del Estado. Situación que implica, en particular, la alteración o la modificación (cualitativa o cuantitativa) de las vías por las cuales el poder político se manifiesta normalmente. El Estado es incapaz para responder a las exigencias de la sociedad, sus respuestas no corresponden a las expectativas de los grupos sociales o de los individuos o no respetan el procedimiento debido. Muchas veces, aun cuando este procedimiento es respetado y la respuesta es la adecuada, la intervención del

* Publicado bajo el seudónimo de José DU PUIT, en *Anuario de Derecho Penal 1995*, Lima, 1995, pp. 101 y ss.

Estado genera, a causa de la corrupción, resultados diferentes de los que deberían producirse regularmente.

Los medios a través de los cuales la corrupción es provocada son irrelevantes: pagos ilegales, chantaje, extorsión, connivencia, exacción. Es igualmente indiferente el hecho que aquellos que participan en la corrupción se encuentren dentro o fuera de la administración del Estado. Lo que es decisivo para caracterizar la corrupción es la valoración que permite considerar que la actuación o la intervención del Estado no es conforme, ni en el fondo ni en la forma, a las normas establecidas previamente y de acuerdo con las vías regulares.

En la medida en que existe de manera generalizada en todos los niveles del aparato administrativo del Estado, la corrupción no produce necesariamente la descomposición del Estado, situación caracterizada por el desorden y la desorganización.

Para comprender mejor el fenómeno social de la corrupción nos parece oportuno considerar dos tipos de corrupción: de una parte, la corrupción directa y, de otra parte, la corrupción institucionalizada. Se habla de corrupción directa cuando en los comportamientos concretos e individuales, los autores, las víctimas, el objeto y los móviles pueden ser identificados o determinados claramente. Dichos comportamientos están frecuentemente tipificados como delitos o faltas y los responsables deben ser, en principio, objeto de procesos penales.

Esta percepción directa y personal de la corrupción es posible, sobre todo, en el nivel inferior o intermedio de la jerarquía administrativa. Esto se debe a que las tareas de los funcionarios y servidores en este nivel consisten básicamente en ejecutar las decisiones tomadas por los altos funcionarios. En cuanto a la corrupción institucionalizada se tiene en cuenta, primero, la distorsión significativa que existe entre la sociedad que formula exigencias y el Estado que no puede o no quiere responder convenientemente a las mismas.

Luego, se señala que esta situación se debe a la actuación de agentes no identificados cuyo objetivo es desnaturalizar o perturbar el funcionamiento de los órganos del Estado. Este se ve debilitado y deviene ineficaz. Este fenómeno resulta de una ausencia de valores o de su violación frecuente; vale decir de una anomia social. Estos dos elementos (actuación irregular y anomia) se influencian y refuerzan recíprocamente.

Este tipo de corrupción se caracteriza entonces por su naturaleza oculta o disimulada y forma parte de la estructura institucional. Es difícil establecer un vínculo entre las causas y los efectos y de hacer una diferenciación entre lo correcto e incorrecto, lo moral y lo inmoral. Dicha corrupción es percibida, por ejemplo, cuando desde la perspectiva estructural global, se constata que deter-

minados mecanismos del Estado no funcionan correctamente, sin que se llegue a precisar la causa o a individualizar a los responsables.

2. Ejemplos históricos

Para tratar de comprender el fenómeno de la corrupción en un país como el Perú, consideramos oportuno comenzar por citar algunos ejemplos tomados del periodo republicano. El primero se refiere a las guerras de la independencia. Estas fueron financiadas, de una parte, por capitales extranjeros, principalmente ingleses y, de otra parte, por la confiscación de bienes y la imposición de contribuciones pecuniarias a determinados sectores de la población. Al finalizar estas guerras, el nuevo gobierno republicano tuvo que reconocer como deuda nacional interna, el valor de los bienes expropiados por el ejército libertador. Para cumplir con esta obligación, el gobierno recurrió sea a los créditos extranjeros, sea a los beneficios producidos por las riquezas naturales del país. En el primer caso, la deuda interna se transformó en deuda externa; mientras que en el segundo, implicó una distribución indebida del patrimonio de la nación. En el plano económico, la deuda interna se pagó mediante la instauración de un proceso tendiente a la creación de capitales nacionales a fin de promover la industria, la agricultura y el comercio. En realidad, el reconocimiento y pago de la deuda interna, constituyeron un caso escandaloso de corrupción: la existencia de acreencias y su monto no fue objeto de un control mínimo. El Estado fue de este modo engañado; se le defraudó con la participación interesada de sus propios órganos.

El segundo ejemplo concierne a la explotación del guano. Durante la segunda mitad del siglo XIX, esta riqueza natural era explotada por un sistema de concesiones que el Estado otorgaba a los particulares. El favoritismo, la influencia política, los vínculos de parentesco (nepotismo) eran los criterios decisivos para obtener el derecho de explotar y exportar guano. Estos privilegios eran dispensados y distribuidos ilegalmente por los políticos que se sucedían en el gobierno. Esta riqueza no fue en consecuencia utilizada para desarrollar la industria, la agricultura o el comercio. Así, una clase minoritaria se enriqueció en detrimento de la mayoría de la población. Después de la dilapidación de esta riqueza, el país se sumió nuevamente en la pobreza.

Citemos otros dos ejemplos de corrupción institucionalizada en el Perú del siglo XX. En los años 70, gracias a la corriente marítima de Humboldt, rica en plancton, el mar peruano contenía una gran riqueza pesquera. La pesca y la fabricación de la harina de pescado se convirtieron en una gran industria. El Perú llegó a ser el primer productor a nivel mundial. Los industriales nacionales y extranjeros se enriquecieron enormemente y el Estado peruano obtuvo grandes

ingresos. Estos fueron dilapidados por el Estado como si se tratara de un patrimonio inagotable.

Dichos recursos sirvieron para conceder ventajas, para satisfacer a los seguidores, para contentar a los militares. Sin embargo, la pesca industrial al no respetar el ciclo de reproducción de los peces determinó la extinción tanto de estos como de la industria de la harina de pescado. Por lo demás, el fin de este periodo estuvo marcado por el asesinato del pionero de esta industria, lo que provocó un escándalo político y financiero.

La corrupción institucionalizada resulta también del tráfico de drogas en razón a que el Perú es no solamente uno de los primeros productores de la hoja de coca sino también donde se elabora la pasta básica de cocaína. El poder económico de esta actividad ilícita permite a los traficantes adquirir una influencia política significativa a todos los niveles del Estado y de la organización social. Ministros y altos funcionarios de la policía han estado directamente implicados en el tráfico o en la protección de la red de traficantes. Esta infiltración en todos los engranajes de la sociedad hace que no sea posible distinguir la riqueza proveniente de una actividad legal o del tráfico de drogas. El funcionamiento de la economía se ve completamente distorsionado por el flujo de dinero sucio producido por el tráfico de drogas, al punto de condicionar la política económica de todo gobierno.

Esta situación se puso en evidencia cuando la mafia colombiana asesinó al ministro colombiano de Justicia, hecho que dio lugar a que el gobierno colombiano intensificara la guerra contra el tráfico de drogas. Con este objeto, se cerró la frontera peruana con Colombia y se bloquearon las pistas de aterrizaje clandestinas. Esto generó un cese del flujo de dólares colombianos provenientes del tráfico de drogas en el mercado peruano y, en consecuencia, la subida del curso del dólar y la devaluación de la moneda nacional. Frente a este fenómeno y, tal vez, para tranquilizar el país, el presidente de la República de aquel entonces declaró que la crisis monetaria cesaría cuando volvieran a ingresar, al país, dólares de Colombia. En cierto modo, el mismo Estado admitía el lavado del dinero sucio mediante el tráfico de divisas. El funcionamiento del mercado paralelo de divisas se explica, fuera de las causas económicas, por la corrupción de funcionarios, de jueces, de la policía y de los agentes económicos (bancos, agencias de cambio [...]).

3. Estado y corrupción

La corrupción, como todo fenómeno social, no puede ser comprendido sin considerar la perspectiva histórica. En particular, el origen y la evolución del Esta-

do. El Estado colonial era un Estado corporativo. Su organización política estaba sustentada en el principio que el rey otorgaba a sus vasallos españoles el poder de administrar el patrimonio conquistado. La conquista de tierras era ratificada por la conclusión de una "capitulación". Por este acto formal, el rey otorgaba a los conquistadores el poder de tomar posesión, en nombre de la Corona, de las nuevas tierras y de las personas que las habitaban, de incorporarlas a los dominios del rey a cambio del privilegio de explotarlas. Estas ventajas eran concedidas por el rey en contrapartida a los servicios que el beneficiario le había rendido o había prometido rendirle en el futuro. Este debía entregarle al rey los tributos y ser leal a la Corona. Así, una relación de tipo señor-vasallo se constituyó entre el rey y los vasallos, la misma que se reproducía en todos los niveles de la jerarquía social.

En efecto, en el marco de esta relación de orden patrimonial, el acceso a todo recurso económico debía ser objeto de un pedido ante una autoridad que tenía el poder de concederlo. Esta concesión era considerada como un favor que debía ser compensado por un servicio de orden personal.

Los funcionarios reales eran convertidos en cuasi propietarios de los bienes que administraban en favor del rey. El clero, los miembros de la Inquisición y del Tribunal de comercio colonial, los poseedores de minas, los propietarios de inmuebles, los corregidores, consideraban que sus obligaciones públicas eran en realidad derechos privados.

Esta organización del Estado colonial fue el resultado de una larga evolución. Desde el comienzo de la conquista, la Corona buscó delimitar y controlar el poder de los conquistadores que se repartían el botín de la guerra, constituido no solo por el oro y la plata, sino sobre todo por la tierra de los indios. Los conquistadores se convirtieron en señores feudales. Tenían cierta autonomía con relación con la Corona y un poder absoluto sobre los indios. Constituían un grupo social sólido.

De esta manera una sociedad caracterizada por una relación señor-vasallo de honor y aristocracia se reproduce. Pero la armonía aparente que reinaba entre los conquistadores fue destruida por las guerras civiles, motivadas por la lucha por el poder y los privilegios. Dicho estado de cosas decidió a la Corona a organizar un poder central representativo de sus intereses y por encima de los encomenderos. Esta empresa culminó con la fundación del Virreinato del Perú: el poder de los conquistadores-encomenderos fue reemplazado por el del virrey y los funcionarios.

El poder colonial se consolidó sobre la base de una administración centralizada y jerarquizada Los encomenderos devinieron "corregidores" de los indios,

encargados de administrar justicia y de representar al virrey en sus jurisdicciones. En tanto que rentistas, los encomenderos orientaron sus actividades hacia la agricultura, las minas y el comercio.

La implantación de la burocracia colonial se explica por la fuerte inmigración de españoles. Cada nuevo virrey que desembarcaba era acompañado por un grupo numeroso de españoles a la búsqueda de una "encomienda", de un cargo en la administración u otros privilegios. A medida que la Corona monopolizaba el poder y las riquezas (tierras, minas, etc.) se trasformaba en distribuidora principal de privilegios y cargos honoríficos. El prestigio social consistía entonces en poseer un puesto en la administración.

Sin embargo, a pesar de la centralización de la administración colonial, los funcionarios locales, los comerciantes ricos, los eclesiásticos, los grandes propietarios de tierras resistían. En efecto, ellos impedían frecuentemente la aplicación de los decretos, ordenanzas y leyes dictadas por la Corona. Compartían con la burocracia colonial las ventajas del principio según el cual la ley se acata pero no se cumple. Por ejemplo, los corregidores, los administradores, los notarios quedaban fuera de las leyes que limitaban sus derechos; se consideraban, por tanto, propietarios por el hecho que habían comprado sus cargos. De esta manera, los diversos grupos detentadores del poder, frecuentemente con intereses opuestos, provocaron la privatización del gobierno y la formación de sectores oligárquicos. Estos aceptaban su situación con relación a la monarquía, pero disputaban permanentemente el poder con la administración central mediante el mantenimiento constante de una corrupción generalizada. En resumen, la estructura política colonial, por su carácter corporativo y discriminatorio, provocó una divergencia de intereses sociales e impidió la formación de una identidad nacional.

A fines del siglo XVIII, según Julio Cotler, el Arzobispo de Michoacán Manuel Abad y Quipó –después de haber señalado que la sociedad colonial estaba formada por españoles bastante ricos e indios, negros y mestizos bastante pobres– afirmó: "Por consiguiente resulta entre ellos y la primera clase aquella oposición de intereses y de afectos que es regular entre los que nada tienen y los que lo tienen todo, entre los dependientes y los señores. La envidia, el robo, el mal servicio de parte de unos; el desprecio, la usura, la dureza, de parte de los otros. Estas resultas son comunes hasta cierto punto, en todo el mundo. Pero en América suben a muy alto grado, porque no hay graduaciones; son todos ricos o miserables, nobles o infames [...]. En este estado de cosas ¿qué intereses pueden unir a estas dos clases con la primera y a todas tres con las leyes y el gobierno? La primera clase tiene el mayor interés en la observancia de las leyes que le aseguran y protegen su vida, su honor y su hacienda o sus riquezas contra los insultos de la

envidia y los asaltos de la miseria. Pero las otras dos clases, que no tienen bienes, ni honor, ni motivo alguno de envidia para que otro ataque su vida y su persona ¿qué aprecio harán ellas de las leyes que solo sirven para medir las penas de sus delitos? ¿Qué afección, qué benevolencia pueden tener a los ministros de la ley que solo ejercen su autoridad para destinarlos a la cárcel, a la picota, al presidio o a la horca? ¿Qué vínculos pueden estrechar a estas clases con el gobierno, cuya protección benéfica no son capaces de comprender?".

Una vez instalada la República, la deterioración del orden patrimonial de la Colonia provocó la pérdida de la legitimidad política del grupo social dominante y la destrucción del aparato de producción. Esto reforzó a los grupos de poder local y regional frente al poder central "nacional" bastante débil. En este contexto, los jefes militares rodeados por pequeños grupos de partidarios ocuparon el primer plano de la escena política. Era suficiente tener un poco de dinero para organizar un grupo armado y hacerse del poder. A lo largo del siglo XIX, se establece un vínculo estrecho entre los grupos oligárquicos y las fuerzas militares. Este fenómeno determinó el perfil político y económico de la nueva República.

La desaparición de la burocracia colonial, la partida de los españoles y la eliminación de los criollos, partidarios de la Corona, dieron lugar al ascenso de las clases medias al poder. El desempleo debido a la parálisis del sector productivo empujó a los sectores pobres a buscar en la actividad militar y política la solución a sus problemas personales. Sus miembros se transformaron en soldados, funcionarios o ideólogos al servicio del caudillo militar en el poder. Desde allí podían obtener ventajas y escalar en la jerarquía social. Al mismo tiempo, los jefes militares buscaron acercarse a la población para ampliar su poder y su base social. Así se reconstituye la relación "señor-vasallo", que era propio del sistema colonial, en tanto base política de la organización social de la República en formación.

Así, el Estado republicano se convierte, igualmente, en un Estado patrimonial basado en la relación personal entre el señor y sus vasallos, entre el presidente o dictador y los ciudadanos. El tesoro público era administrado y distribuido como un patrimonio personal. Los beneficiarios recibían estas ventajas en pago de los servicios personales que realizaban en favor de quien detentaba el poder.

Uno de los objetivos del nuevo Estado peruano fue la reestructuración de los diversos grupos sociales. Esta orientación se evidenció en la voluntad política de constituir un Estado para todos los peruanos. En realidad, los grupos dominantes, social y económicamente, han utilizado el Estado para realizar una política paternalista caracterizada por la distribución de ventajas pecuniarias, sinecuras y privilegios.

La mayor parte de la riqueza producida u obtenida por el país ha alimentado las arcas de los grupos sociales dominantes. La población en su mayoría no ha recibido más que servicios sociales elementales (sanidad, educación), mediante un sistema burocrático que se ha visiblemente deteriorado. En razón de la crisis económica y política, el Estado no cumplió satisfactoriamente su función tradicional, sobre todo con respecto a los sectores sociales menos favorecidos. No sorprende, en consecuencia, que la mayor parte del pueblo haya considerado al Estado como una entidad que le es hostil o simplemente enemiga.

El Estado es percibido como un botín que es de conquistar y aprovechar. Para los grupos dominantes se trata de continuar gozando de las ventajas que representa controlar el Estado y para las otras clases sociales de utilizar al Estado en su lucha cotidiana por la supervivencia. Una mentalidad utilitaria e inmoral se ha desarrollado, los comportamientos son valorados positivamente en la medida que sean idóneos para alcanzar una ventaja, un privilegio o un provecho cualquiera prescindiendo de las normas sociales o jurídicas. La emancipación no ha constituido, por ende, una ruptura real y profunda con el sistema colonial.

4. Situación actual

Ante la imposibilidad de describir, aun de manera esquemática, la amplitud e intensidad actuales de la corrupción en la sociedad y Estado peruanos, nos limitaremos a señalar algunos de sus aspectos. Respecto a la administración pública y en razón al origen y evolución del aparato estatal, no sorprende que los empleados y funcionarios públicos sean considerados como personas incapaces de solucionar los problemas nacionales y que actúan frecuentemente motivados por la obtención de beneficios indebidos. Los ejemplos de corrupción en la administración pública son numerosos. Tienen relación con el funcionamiento de las licitaciones y adjudicaciones; la defraudación de los fondos públicos o de los recursos humanos y materiales del Estado, así como con el fraude fiscal.

Un caso notorio de corrupción institucionalizada es el de la administración de justicia. Todo empleado, funcionario o juez es considerado susceptible de ser sobornado. Lo mismo, a todo procedimiento o decisión se le atribuye un precio determinado. En las zonas rurales, la administración de justicia está estrechamente ligada al poder local. Los campesinos e indígenas no tienen las mismas posibilidades de acceder a la justicia. En la administración de justicia, no se distinguen claramente los pagos ilícitos de los que no lo son; el abogado es un intermediario necesario para encontrar una "solución" y no un auxiliar de la justicia; los peritos son pagados por las partes interesadas ya que el Estado no tiene los medios para hacerlo.

La descomposición moral de la policía es probablemente uno de los hechos que más ha marcado la conciencia social. Actualmente la población tiene la sensación que la policía no cumple su función de proteger a las personas, los bienes y la seguridad pública. En efecto, no solamente esta es ineficaz sino que sus miembros son con frecuencia autores de delitos graves (tráfico de drogas, robos, secuestros, chantajes, lesiones, homicidios, etc.). Es frecuente, por ejemplo, que los campesinos y comerciantes paguen gratificaciones a los policías para asegurar su protección o evitar amenazas.

La crisis económica, el tráfico de drogas y el terrorismo han agravado la situación. Los bajos sueldos favorecen la corrupción no solo de los agentes o subalternos sino también de los mandos superiores. El ejemplo más claro es el de la colusión de oficiales de alta graduación con malhechores y traficantes de drogas. Estos han logrado infiltrar a la Policía así como a otros sectores del Estado.

Esta revisión esquemática, nos permite confirmar que la corrupción es un fenómeno social de orden político y económico. Su explicación no puede hacerse sin indagar sus orígenes en la historia de cada sociedad. No se puede pretender darle una respuesta única. Esta afirmación evidente nos permite rechazar la idea, bastante extendida entre los juristas y políticos latinoamericanos, que considera al derecho y, en particular, al derecho penal como el instrumento eficaz de lucha contra la corrupción. La elaboración de leyes penales cada vez más severas, las reformas del sistema judicial, resultan siendo, al final de cuentas, medios tendientes a ocultar una realidad que se desea conservar para mejor aprovechar de ella. Como en el periodo colonial, "la ley se acata, pero no se cumple". La solución es, por tanto, más de orden político y social que jurídico penal.

5. Bibliografía sucinta

Las obras que se mencionan en seguida han servido de fuentes de información directa, sin que las referencias a las mismas aparezcan como notas de pie de página.

BURGA, Manuel y Alberto FLORES GALINDO, *Apogeo y crisis de la República Aristocrática,* Lima, 1980.

CARMAGNANI, Marcello, *Estado y sociedad en América Latina 1850-1930,* Barcelona, 1984.

COTLER, Julio, *Clases, Estado y Nación en el Perú,* 4.ª ed., IEP Ediciones, Lima, 1987.

DE SOTO, Hernando, *El otro Sendero,* Lima, 1986.

KALBER, Jeffrey, *Ética, abusos de poder y corrupción en el Perú. Una perspectiva histórica*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fundación Tinker, Lima, 1987.

MATOS MAR, José, *Desborde popular y crisis del Estado,* Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 1983.

PÁSARA, Luis, *Derecho y sociedad*, El Virrey, Lima, 1988.

PEASE, Franklin, G. Y., *Perú. Hombre e historia. Entre el siglo XVI y el XVIII*, vol. II, Lima 1992.

STEIN, Steve y Carlos MONGE, *La crisis del Estado patrimonial en el Perú*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 1988.

III
Corrupción, lavado de dinero y confiscación*

Sumario: 1. Introducción. 2. El procedimiento penal en Suiza. 3. Qué debería pasar con los valores patrimoniales ilícitos. 4. Las trabas, los problemas. 5. Una nueva interpretación como solución posible. 6. Finalmente, los procesos judiciales lo decidirán todo.

1. Introducción

¿Cómo recuperar para el Perú la suma de dinero que, por provenir de la corrupción del anterior régimen, actualmente está bloqueada en los bancos suizos? Pistas para una ruta adecuada aunque no simple, son planteadas por Hurtado Pozo, quien tiene la virtud de conocer bien tanto el ordenamiento legal peruano como el suizo, país este último en el que se desempeña como profesor de Derecho en diversas universidades.

De las innumerables denuncias que se han hecho ante los órganos judiciales, resulta que Vladimiro Montesinos, sin ejercer oficialmente una función pública determinada, organizó y dirigió el Servicio de Inteligencia Nacional con el aval del presidente de la República. Utilizando esta organización secreta, ejecutó y fomentó la comisión de diversas actividades contrarias a los derechos fundamentales y constitutivas de infracciones penales (tráfico de armas, corrupción, tráfico de drogas, defraudaciones, agresiones, etcétera).

---

* Publicado en *IDEELE, Revista del Instituto de Defensa Legal*, N.º 142, noviembre de 2001, p. 22 ss.

2. El procedimiento penal en Suiza

Así obtuvo ingentes cantidades de dinero que empleó, por ejemplo, para corromper funcionarios, financiar medios de comunicación, llevar a cabo campañas políticas y atacar y aniquilar a la oposición. Parte importante de estas sumas ilegalmente obtenidas la envió al extranjero, donde fue depositada, con la ayuda de terceros, en diversas cuentas corrientes abiertas ya sea a su nombre o a nombre de otros.

En Zurich, Suiza, un procurador, sospechando el origen ilícito de diversas sumas y que el verdadero propietario era Montesinos, inició un procedimiento penal por delito de lavado de dinero. Para evitar que lo depositado en bancos suizos fuese transferido al extranjero, dispuso el bloqueo de las cuentas bancarias respectivas.

Con la finalidad de avanzar en la investigación, el procurador suizo, a través de las vías administrativas correspondientes, solicitó ayuda a las autoridades peruanas competentes. A su vez, estas iniciaron diversos procesos penales y pidieron ayuda a las autoridades helvéticas.

A Suiza le interesa, primero, reunir las pruebas suficientes para establecer que en su territorio se había blanqueado dinero e individualizar a los posibles responsables; segundo, obtener ayuda internacional penal de las autoridades peruanas; tercero, precisar el origen ilícito del dinero depositado en sus bancos para determinar si procede o no ordenar su decomiso o confiscación.

3. Qué debería pasar con los valores patrimoniales ilícitos

Este último interés está directamente vinculado al problema del destino de los valores patrimoniales ilícitos, objeto o producto de la actividad delictuosa. Problema que depende de si las autoridades suizas son competentes tanto para perseguir los delitos como para decomisar o confiscar los bienes ilícitos que se encuentran en su territorio.

Según el artículo 59 del Código Penal suizo, tratándose de valores patrimoniales, la confiscación procede cuando estos son resultado de un delito o están destinados a incitar a un tercero para que se decida a cometer un delito o a recompensarlo por haberlo cometido. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Federal y de la mayor parte de los juristas, las autoridades suizas solo pueden aplicar esta disposición cuando son competentes para reprimir al responsable del delito en cuestión. Esta competencia depende, por una parte, de que el delito

haya sido perpetrado en Suiza o de que, cuando haya sido cometido en el extranjero, el autor o la víctima sean de nacionalidad suiza. Asimismo, cuando Suiza se haya comprometido a reprimir el delito mediante una convención internacional, sin interesar el lugar de comisión ni la nacionalidad de la víctima o del autor. Son muy raras las excepciones a esta dependencia de la confiscación de valores patrimoniales ilícitos con relación a la competencia para reprimir al delincuente.

Un buen ejemplo es la excepción establecida en el artículo 24 de la Ley Federal sobre estupefacientes. Según esta disposición, "los beneficios pecuniarios ilícitos que se encuentran en Suiza pertenecerán igualmente al Estado cuando el delito hubiera sido cometido en el extranjero".

4. Las trabas, los problemas

En el caso que hemos supuesto inicialmente, las autoridades penales suizas no son competentes para reprimir los delitos de corrupción, tráfico de drogas o de armas cometidos en el Perú, ya que no existe ningún elemento que los vincule con Suiza (nacionalidad del autor o de la víctima, etcétera). En consecuencia, tampoco son competentes para confiscar los valores patrimoniales resultantes de dichos delitos cometidos fuera de Suiza. Por el contrario, lo son plenamente en caso de blanqueo de dinero, en razón de que el delito ha tenido lugar en su territorio (los valores ilegales han sido depositados a nombre de un tercero en Suiza). El bloqueo del dinero en las cuentas bancarias procede en aplicación del artículo 59.

Aun en relación con el lavado de dinero, la cuestión no es tan simple. Se presentan dificultades por la manera como este delito ha sido definido en el artículo 305bis del Código Penal suizo. De conformidad con esta norma, el lavado de dinero consiste en obstaculizar la determinación del origen, el descubrimiento o la confiscación del producto de un crimen cometido en Suiza o en el extranjero. De lo que se trata es entonces de sancionar, por un lado, a quien obstaculiza la labor de las autoridades, destinada a establecer la relación entre el crimen previo al blanqueo y su producto, que es el objeto del lavado; y, por otro lado, a quien dificulta que el producto del delito caiga en manos de las autoridades.

En caso de depósitos de valores ilegales en cuentas bancarias en Suiza, la jurisprudencia y la doctrina predominante afirman que no se realiza el crimen de blanqueo de dinero cuando el delincuente hace esos depósitos en cuentas bancarias abiertas a su verdadero nombre. El crimen es, por el contrario, realizado cuando estas cuentas figuran a nombre de terceros. Por lo tanto, si el procesado depositó los valores patrimoniales obtenidos mediante su actividad delictuosa

a su nombre en bancos suizos, no ha cometido blanqueo de dinero. Tampoco habría incurrido en simulación de bienes ilícitos ya que, según la legislación suiza, este delito solo se da cuando los valores simulados son el fruto de delitos contra el patrimonio.

Además, la aplicación del artículo 305bis plantea otro problema de interpretación; la manera como este sea resuelto depende de la amplitud de dicha aplicación. El tema es saber si el comportamiento delictuoso cometido en el extranjero y el origen de los valores ilegales constituye o no un "crimen" en Suiza y en el país donde se cometió (en nuestro ejemplo, el Perú).

Si el delito preliminar al blanqueo fue, por ejemplo, un homicidio, una estafa o una falsificación de documentos, es posible afirmar que el responsable puede ser reprimido tanto en el Perú, donde delinquió, como en Suiza, de haber actuado en este país. Se trata pues de crímenes formal y concretamente punibles en ambos países. Los actos de blanqueo del fruto pecuniario de estos delitos, cometidos al depositar el dinero en cuentas bancarias en Suiza, caen dentro del ámbito de aplicación del artículo 305bis y, por lo tanto, sus autores pueden ser perseguidos penalmente por las autoridades suizas, y los valores ilegales, confiscados. Pero si el crimen producto de los valores ilegales es el de corrupción, el blanqueo de dinero no se da. Según la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria, las disposiciones del Código suizo que reprimen los casos de corrupción no son aplicables cuando el funcionario es un extranjero, ya que dichas normas solo tienen la finalidad de proteger el buen funcionamiento de la administración helvética. Por consiguiente, el depositar en Suiza las sumas de dinero obtenidas por un funcionario corrupto no constituye blanqueo de dinero. En consecuencia, el dinero no puede ser confiscado.

5. Una nueva interpretación como solución posible

Para remediar estas insuficiencias, se ha propuesto una interpretación diferente del artículo 59 del Código suizo. La finalidad es admitir que se puede confiscar valores ilegales independientemente de que las autoridades suizas sean o no competentes para reprimir a los responsables de los delitos que los han producido. De manera que la doble incriminación sería determinada por el simple hecho de que formalmente las dos legislaciones (la suiza y la peruana) reprimen penalmente el comportamiento al origen de dichos valores, sin que sea por tanto indispensable que las autoridades suizas puedan realmente perseguir a los delincuentes. Esta interpretación no sería incompatible con la legislación suiza en la medida en que se admite, por ejemplo, la confiscación sin que la autoridad suiza sea competente para reprimir el delito en cuestión (artículo 24 de la Ley

Federal sobre estupefacientes, antes citado) y los acuerdos entre los estados sobre la repartición de los valores patrimoniales decomisados (*sharing*). Esta propuesta ha encontrado eco en la doctrina y la jurisprudencia, pero el Tribunal Federal no ha tomado posición clara a su favor, lo que significa que los jueces federales mantienen el criterio de que la confiscación (artículo 59) solo procede si la jurisdicción suiza es competente para reprimir al delincuente.

De la manera como el responsable material del Servicio de Inteligencia Nacional ha organizado y dirigido las actividades delictuosas, que son imputadas tanto a él como a los miembros bajo su control, surge la posibilidad de que haya incurrido en el crimen de pertenecer o apoyar a una organización criminal. Desde esta perspectiva, es de tener en cuenta que las personas que intervinieron lo hicieron en el marco de una organización estructurada de manera secreta, que tenía la finalidad de realizar actos violentos y fraudulentos para obtener beneficios indebidos. En este caso, según el artículo 59, inciso 3, del Código suizo, se presume que todo valor patrimonial del que disponga la organización criminal, primero, es de origen delictuoso, o, segundo, servirá para cometer nuevos delitos, por lo que debe ser confiscado. Así, es considerado también como sometido al poder de la organización criminal todo valor que pertenezca a una persona que ha participado en la organización criminal o la ha apoyado, salvo prueba en contrario. De ahí el interés de precisar si ha existido una organización criminal.

6. Finalmente, los procesos judiciales lo decidirán todo

Resulta evidente que la realidad es más compleja que el simple ejemplo utilizado en esta nota, y el mecanismo judicial (nacional e internacional), más complicado que la imagen resultante de nuestras sucintas explicaciones. Sin embargo, estas pueden ser útiles para comprender algunos aspectos de los problemas relativos a la recuperación de las sumas de dinero bloqueadas en los bancos suizos. Esta no depende de la simple buena voluntad de las autoridades suizas; tampoco bastan los esfuerzos entusiastas de las autoridades peruanas. Depende de los resultados que se alcancen en los procesos judiciales tendientes a establecer la comisión de los delitos, la responsabilidad de los procesados y el vínculo entre dichas sumas de dinero y la actividad delictuosa de la que provienen. En cuanto al Perú, esperamos, para bien del Estado de derecho y de las arcas nacionales, que los encargados de tan difícil y compleja tarea hayan contado y cuenten con la suficiente información y capacidad para iniciar y orientar las diversas vías procesales y administrativas que pueden llevar a recuperar una buena parte de dichos caudales.

IV
Corrupción y derecho penal*

Sumario: 1. Introducción. 2. Explicaciones del fenómeno corrupción. a. Criterios generales. b. Percepción económica. 3. El recurso al derecho penal. 4. Contexto en el que se da la intervención penal. 5. Medidas generales para combatir la corrupción. 6. A manera de conclusión. 7. Bibliografía sucinta.

1. Introducción

El título dado a la presente exposición puede ser entendido en dos sentidos: de un lado, es posible comprender la corrupción como los comportamientos previstos en el Código Penal y designados con la expresión delitos contra la Administración pública y, más precisamente, con la de corrupción de funcionarios. De otro lado, la corrupción puede ser percibida como un fenómeno social amplio y complejo, del cual los comportamientos reprimidos en el Código Penal solo constituyen una parte. Así mismo, por derecho penal puede comprenderse el derecho penal en el sentido de derecho material o como el sistema de control penal, del cual el derecho penal material solo es uno de los medios con los que se trata de disminuir la corrupción y sus efectos negativos.

Cuando se tienen únicamente en cuenta los comportamientos reprimidos penalmente, la corrupción puede ser definida con cierta facilidad, en la medida en que se logra determinar cuál o cuáles son los bienes jurídicos perjudicados o puestos en peligro por dichas acciones. Por el contrario, la descripción de lo

---

* Versión corregida y completada de conferencia dictada en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en agosto 2000, inédita y difundida en internet: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140608_02.pdf.

que es la corrupción en sentido amplio presenta mayores dificultades. Se trata de determinar las características comunes a gran número de comportamientos, que en conjunto pueden ser considerados como un fenómeno endémico que se manifiesta en todas las estructuras políticas, económicas, jurídicas y sociales.

La tarea de definir la corrupción hace recordar mucho a los esfuerzos que se han llevado a cabo, en diferentes épocas, con respecto a las nociones de violencia y de terrorismo. En cuanto a esta última, hay que tener presente que, a semejanza de lo que sucede con la corrupción, fue utilizada frecuentemente para aludir de manera amplia los comportamientos diversos que tienen como nota distintiva común la potencialidad de intimidar por la violencia a las personas. Frente a esta noción, en el ámbito penal, se adoptaron dos actitudes.

La más conforme con el principio de legalidad excluyó, contrariamente a lo propugnado por la segunda actitud, la posibilidad de establecer una figura delictiva general que comprendiese el conjunto de actos calificados de terrorismo y, en consecuencia, sostuvo que lo mejor era de completar las leyes penales introduciendo, de un lado, nuevas figuras delictivas para prever los comportamientos que aún no habían sido incriminados. Así, junto a los tipos legales del homicidio, lesiones, rapto, secuestro, coacción, fabricación y empleo de explosivos, incendio, daños contra el patrimonio, etc., debían preverse, por ejemplo, la toma de rehenes, la piratería aérea. De otro lado, circunstancias agravantes para tener en cuenta la manera y los motivos que daban a los delitos comunes la connotación terrorista. Con relación a la corrupción, no se ha propuesto la inserción en las leyes penales de un delito de corrupción. Delito que sería descrito considerando que los actos calificados de corrupción se distinguen por constituir un intercambio ilícito entre actores pertenecientes tanto al sector público como privado y que implica un abuso de poder, cometido para alcanzar ventajas indebidas. Constantemente se ha preferido sistematizar mejor las figuras delictivas ya previstas y completarlas con otras (por ejemplo, el tráfico de influencias).

En la perspectiva del derecho penal, se puede considerar el fenómeno de la corrupción como conformado por múltiples comportamientos diferentes que pueden ser agrupados en sectores que constituyen círculos concéntricos. En el centro están situadas los delitos previstos en el Código Penal como delitos de corrupción propiamente dichos. En seguida, hay que distinguir los comportamientos delictivos que a niveles diferentes acompañan y fomentan la corrupción. Entre estos figuran, además de los diferentes delitos contra el patrimonio, los de falsificación, blanqueo de dinero, delito de iniciados, tráfico de drogas. Además, no es de olvidar que la corrupción no solo es propia al sector público, sino que también se da en el sector privado.

Por último, hay que tener presente la connotación moral que tienen los términos corromper y corrupción. Corromper significa echar a perder, depravar y, así mismo, sobornar o cohechar a un juez o a cualquier persona con dádivas o de otra manera. Mientras que corrupción indica tanto la acción y el efecto de corromper o corromperse, como el de vicio o abuso introducido en las cosas no materiales (Diccionario de la Real Academia Española). De modo que al utilizar este último término se alude al conjunto de comportamientos inducidos que crean y fomentan un estado particular de disfunciones en los diversos sectores sociales (públicos y privados).

2. Explicaciones del fenómeno corrupción

a. Criterios generales

Muchas han sido las propuestas hechas para comprender mejor los orígenes de la corrupción, así como en qué consiste. Grosso modo, pueden agruparse estas explicaciones en dos grandes tendencias, a las que se acostumbra designar como orientación liberal y orientación universal.

La primera afirma, en primer lugar, que la corrupción es fruto del retardo de las sociedades en modernizarse. Por modernización se comprende el imperio del mercado libre y la reducción del aparato estatal al mínimo indispensable. El Estado debe ser el árbitro del libre intercambio de bienes y servicios. Los comportamientos de corrupción son entonces percibidos como conductas económicas, en las que los participantes buscan obtener ventajas. La corrupción constituiría un mercado en el que se intercambian bienes que no deben legalmente intercambiarse. La mayor o menor falta de racionalidad y de conciencia respecto al bien público, propias a las sociedades retrasadas, subdesarrolladas y proteccionistas, fomenta la corrupción. Sin embargo, se considera que la corrupción juega un papel positivo en la medida en que contribuye a superar las barreras formales y rígidas de la burocracia propias a dichas sociedades. Así mismo, se estima que facilita la integración de los distintos sectores de la sociedad en los periodos de tránsito hacia la modernidad, de crisis económica o inestabilidad política que viven esas sociedades. Desde esta perspectiva, la corrupción sería sobre todo un fenómeno local condicionado por las circunstancias económicas, políticas y culturales de cada sociedad y en una época determinada [...].

La concepción liberal goza de una aceptación generalizada y ha sido seguida por diversos organismos internacionales (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional) al establecerse directivas y recomendaciones sobre la corrupción.

En este sentido y en relación a un problema particular, la Convención de la OCEDE define la corrupción como el hecho de "ofrecer, prometer u otorgar una ventaja indebida, pecuniaria u otra, directamente o por intermediarios, a un agente público extranjero, en provecho propio o ajeno, para que este obre o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales, en vista de conservar un mercado u otra ventaja indebida" (artículo 1.1).

Las explicaciones de orientación universal dan la prioridad al aspecto moral para caracterizar la corrupción. Consideran que la corrupción debe ser vista como un hecho contrario a los derechos humanos, los mismos que solo pueden ser eficazmente protegidos garantizando el principio de confianza entre los diversos elementos constitutivos de la sociedad, conservando y fomentando el sistema democrático, respetando la separación neta entre interés público o bien común e interés personal o particular. El Estado como garante de los derechos humanos debe ser neutral y justo en el ejercicio del poder. Desnaturaliza su papel institucional en la medida en que pone el interés público al servicio del interés privado. De esta manera, pierde legitimidad y crea la desconfianza entre los administrados. Estos disfuncionamientos del Estado son los factores más importantes para la aparición y el desarrollo de la corrupción. La misma que es entonces vista como un fenómeno social posible en todo tiempo y sociedad.

La mayor dificultad que enfrentan los sostenedores de la orientación universal es cómo conciliar la descripción objetiva y general de la corrupción con las diversidades culturales que condicionan tanto el fenómeno social en sí mismo como las maneras cómo es percibido. Para superar estas dificultades es de rechazar, de un lado, el relativismo cultural extremo y, de otro lado, el universalismo absoluto. Optando por un relativismo atemperado es factible aceptar la existencia de valores universales y la posibilidad de intercambios culturales, así como reconocer cierto aspecto positivo al proceso de aculturación. En todo caso, hay que prestar atención al hecho de que si bien el aspecto moral (garantizar los derechos humanos), contrariamente a lo que puede admitirse en base a la concepción liberal, permite rechazar toda tolerancia respecto a la corrupción (por considerarse que juega un papel positivo), supone un desarrollo social y político que comporte una consolidación suficiente del Estado de derecho.

Definir a la corrupción como violación de los derechos humanos tiene la ventaja, por ejemplo, de facilitar la negación de toda validez a los actos estigmatizados por la corrupción; así como, de hacer superflua la distinción entre corrupción en el sector público y corrupción en el ámbito privado. La corrupción sería identificada con abuso de poder y mala fe de quienes intervienen en el acto corrupto para beneficiarse personalmente. Sin embargo, esta concepción supone, conforme a los principios del Estado de derecho:

Primero, la presencia clara del interés público y la existencia de una sociedad civil sólida. De modo que el interés común sea al servicio de la comunidad y no sea objeto de actos de corrupción. Los que detentan el poder y tienen a cargo la gestión del interés público verán muy limitadas sus posibilidades de disponer indebidamente de este en favor de particulares en la medida en que la sociedad civil sea suficientemente fuerte y ordenada.

Segundo, la legitimidad del Estado basada en la relación de confianza que debe existir entre este y sus administrados. El Estado debe ejercer el poder de administrar y garantizar el interés común con equidad y sin discriminar individuos o grupos sociales.

Tercero, la existencia de un sistema democrático; es decir, de instituciones estables, partidos políticos capaces de representar los diversos intereses sociales, administración de justicia y medios de comunicación eficaces e independientes.

b. Percepción económica

El hecho de destacar la dimensión moral de los actos de corrupción no significa ignorar su aspecto económico. Dichos actos se presentan como un intercambio de intereses en el que quien posee el poder dispone ilegalmente de bienes o servicios, pertenecientes al sector público o privado, en favor de otro con el fin de obtener una ventaja indebida. El afectado por dichos actos es sea el Estado (e indirectamente los ciudadanos) o particulares (por ejemplo, una empresa).

La percepción económica de la corrupción es capital en la medida que esta puede ser difícilmente comprendida sin el establecimiento y desarrollo de un sistema mercantilista y monetario. El dinero permite que las transacciones legales o ilegales tengan un carácter reservado. Siendo el dinero compresible, puede ser transferido sin mayores problemas a otra persona. Así mismo, hace factible que los intercambios sean realizados sin la presencia personal de los interesados en el lugar donde se realiza el acto de corrupción.

Como ya lo hemos indicado, los actos de corrupción buscan la obtención de ventajas indebidas. De modo que se ha afirmado que el agente corrupto se decide a actuar después de calcular que obtendrá una ganancia significativa, la misma que justifica correr los riesgos que implica el acto de corrupción. Sin embargo esta observación debe ser completada considerando que las estructuras del mercado condicionan la corrupción. Esta no se da si existe una competencia libre y equilibrada entre los actores sociales, ya que no habría razón para ofrecer o realizar pagos indebidos para obtener el bien o el servicio que se quiere obte-

ner. No sería un buen negocio. Lo mismo sucede en el caso contrario del sistema de monopolio. Quien es el titular de este no tiene interés alguno de recurrir a subterfugios para ser favorecido con el intercambio, en la medida que es el intermediario inevitable.

Además, no solo se debe percibir la corrupción como actos de individuos aislados. Percepción que es asumida en el ámbito del derecho penal porque, en razón de la concepción democrática, se incriminan actos y se pena en base a la responsabilidad personal. La corrupción como fenómeno económico y social se presenta, igualmente, como la actividad común de redes de funcionarios y particulares que desempeñan los papeles de corruptores y corrompidos. En este caso, estas personas no se deciden a actuar solo en función a los beneficios y desventajas que el acto individual implica, sino que lo hacen sobre todo en consideración de su pertenencia a un sistema paralelo de poder político, económico y social basado en la solidaridad y compensación entre sus miembros. Al respecto, un aspecto decisivo es el de la responsabilidad penal de los entes colectivos (personas jurídicas, empresas, etc.).

3. El recurso al derecho penal

De acuerdo con el criterio de la *ultima ratio*, el poder punitivo solo debería ser utilizado para reprimir los ataques más graves contra los bienes jurídicos más importantes. De esta manera, sirve de complemento a los esfuerzos que se hacen para reforzar las reglas de comportamiento implícitas en las normas jurídicas. Un efecto importante de estos esfuerzos es desarrollar la confianza y la lealtad al orden jurídico.

La represión de los actos de corrupción tiene justamente la finalidad de evitar que quienes detentan cargos públicos aprovechen de su posición de poder para gestionar el interés común en favor de intereses particulares propios o ajenos. Así, se busca consolidar la legitimidad del Estado, la confianza de los administrados en la administración pública y evitar las desigualdades que provocan los actos de corrupción.

Cuando en el Código Penal se agrupan los comportamientos de corrupción incriminado bajo el título de Delitos contra la administración pública, solo se tiene en cuenta la corrupción en el sector público. Por tanto, no la que consiste en actos en los que tanto el corrompido como el corruptor pertenecen al sector privado (por ejemplo, el dirigente de una empresa que en detrimento de los intereses de esta realiza intercambios con un tercero y en favor de sus propios intereses).

En vista de precisar el bien jurídico protegido mediante las normas del Código Penal, se puede afirmar que están dirigidas a eliminar la venalidad en la Administración pública, para que pueda servir con objetividad y eficacia a los intereses generales de la comunidad. Se reprime tanto al servidor público corrupto y a los que manifiestan su inclinación a la corrupción, como a los particulares que corrompen o intentan corromperlos.

El marco constitucional de las normas represoras está constituido, en particular, por los artículos 39 a 42. En estos, se establece, por ejemplo, que "[t]odos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación" (artículo 39, ab initio). También, se dispone en función a la corrupción que "[e]s obligatoria la publicación periódica en el diario oficial de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios, y otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos" (artículo 40, último párrafo). Así mismo, que los servidores públicos que indica la ley o que "administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por este deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar los mismos" (artículo 41, primer párrafo). En caso de presunción de enriquecimiento ilícito, se prevé que el fiscal de la Nación, de oficio o por denuncia de terceros, formule cargos ante el Poder Judicial (artículo 41, párrafo segundo). Con la finalidad de una eficaz represión, se duplican los plazos de prescripción en los casos de delitos contra el patrimonio del Estado (artículo 41, *in fine*).

De acuerdo con la sistemática del Código Penal, los delitos contra la Administración pública son clasificados en tres grupos: los dos primeros están determinados por el hecho si son cometidos por particulares o funcionarios. El tercero está constituido por los delitos contra la Administración de justicia. Estos últimos son subdivididos en delitos contra la función jurisdiccional, prevaricato y denegación y retardo de justicia. Los delitos cometidos por los particulares contra la Administración pública son ordenados en delitos de usurpación de autoridad, violencia y resistencia a la autoridad y desacato. En cuanto a los realizados por funcionarios, se les clasifica en delitos de abuso de autoridad, concusión, peculado y de corrupción de funcionarios. Estos últimos son el cohecho propio e impropio, la corrupción pasiva y activa, el aprovechamiento indebido de cargo, el tráfico de influencias y el enriquecimiento ilícito. Un caso agravado de corrupción consiste en la corrupción activa cometida por abogado.

Siguiendo la orientación represiva del Código Penal, las penas son severas. Así, por ejemplo, respecto a los delitos de corrupción de funcionarios el mínimo generalmente previsto es el de tres años de pena privativa de libertad. El más alto es de seis años y el más bajo de 2 años. El máximo de la pena varía entre 4 y 15

años. Además, según los delitos, se dispone que se imponga la inhabilitación y la multa.

Si se compara el Código peruano con otros Códigos, se puede considerar que el arsenal de disposiciones penales es bastante completo. Por ejemplo, siguiendo al Código español, prevé el delito de tráfico de influencias que no es generalmente previsto en Códigos calificados de avanzados.

Además, la técnica utilizada en la configuración de las figuras delictivas es correcta, en la medida en que sigue el criterio según el cual basta la oferta de una ventaja indebida o el pedido de la misma para que se consuma la corrupción activa o pasiva. Poco importa, entonces, que el funcionario corrupto realice la prestación negociada en el intercambio corrupto. De esta manera, no se ha seguido el criterio del pacto, conforme al cual para la consumación del delito de corrupción es necesario que exista un pacto entre corruptor y corrompido (Código Penal italiano), ni el que sostiene que es indispensable que el funcionario viole efectivamente los deberes de su cargo. Este último criterio es denominado "criterio del acto" porque la ejecución de un acto es indispensable para que se dé la violación de dichos deberes (Código Penal derogado). A diferencia del criterio admitido en nuestro Código, el criterio del pacto hace mucha más difícil la represión porque es más problemático aportar la prueba de que ha habido acuerdo entre las personas concernidas. Lo mismo sucede con el criterio del acto, ya que se restringe la intervención penal mediante la exigencia de la realización de un acto que viola el deber del cargo.

Si se observa lo que acontece tanto en los países desarrollados como en los subdesarrollados, se llega al convencimiento que la eficacia del derecho penal no es muy grande. La corrupción en el ámbito del financiamiento de los partidos políticos, de la privatización de empresas estatales, de las subastas públicas nacionales e internacionales relativas a realización de obras o prestación de servicios, del comercio de armas, de la distribución de las donaciones internacionales en caso de catástrofes o de guerras, de la negociación de prestamos y de la utilización de los obtenidos, se diversifica y multiplica. Si en los países desarrollados, debido a la estabilidad de las instituciones políticas y sociales, la corrupción no llega al extremo de institucionalizarse, como sucede en los países subdesarrollados, sí produce graves disfuncionamientos en el sistema político y social.

A pesar del carácter subsidiario de la protección penal y del estado actual de la legislación penal, pueden estimarse necesarias algunas medidas destinadas a hacer más eficaz la represión de los actos de corrupción.

El bien jurídico debe ser precisado, para lo cual resulta indispensable modificar la sistemática actual del Código Penal. En sentido estricto, primero, debería

precisarse que la corrupción atenta contra la objetividad e imparcialidad de las actividades públicas. Si se considera que es también conveniente de considerar la corrupción en el sector privado, debería consecuentemente ampliarse la noción del bien jurídico protegido.

Prever normas para reprimir los actos de corrupción en las relaciones comerciales. El hecho de no tener en cuenta esta corrupción privada tiene el efecto negativo de debilitar la represión de la corrupción en el sector público, ya que las personas los perciben como banales.

La definición y clasificación de los tipos legales en términos de corrupción activa y de corrupción pasiva deberían ser corregidos. Los participantes a los actos de corrupción, verdaderos actos de intercambio de bienes y servicios, intervienen activamente, de modo que resulta anacrónico establecer escalas de penas diferentes para ambos casos.

Incorporar la responsabilidad penal de los entes colectivos (personas jurídicas, empresas), en razón al papel cada vez más importante que asumen en la criminalidad económica y en la organizada.

La regulación de las penas complementarias y la de multa debe ser revisada para adecuarlas mejor a la represión de la corrupción.

4. Contexto en el que se da la intervención penal

Debido a que la corrupción afecta directamente el sistema administrativo estatal y se instalan redes en todos los sectores y niveles del mismo, el recurso al derecho penal solo constituye un gesto vacuo o simbólico porque las condiciones materiales no existen para su aplicación eficaz y, en particular, por ausencia de una verdadera voluntad política para combatir la corrupción.

La política criminal a llevar a cabo debe contemplar la complejidad del fenómeno de la corrupción para poder obtener buenos resultados. En el ámbito del derecho, deben adoptarse medidas no solo penales, sino también y quizás sobre todo en el derecho público y el derecho privado.

A nivel de derecho público y más precisamente del derecho constitucional, es indispensable hacer los esfuerzos necesarios para consolidar el Estado de derecho, ya que los sistemas dictatoriales, centralizados y burocráticos son terreno fértil para el desarrollo de la corrupción. La política contra la corrupción supone un determinado contexto institucional general y medidas específicas. En primer lugar figura una vida política con bases sanas y un financiamiento claro de los partidos políticos. También la gestión pública compartida y controlada demo-

cráticamente. La acumulación excesiva de poder es propicio para la corrupción. Es indispensable la presencia de un equilibrio de poderes y de procedimientos claros y contradictorios.

En este sentido es de recordar, nunca está demás, que el Estado de derecho implica la vigencia y consolidación de ciertos principios estrechamente relaciones entre ellos:

- La división y la limitación del poder.
- La garantía de las libertades y derechos fundamentales (generalmente inscritos en la Constitución o en una Declaración internacional).
- El control jurisdiccional, mediante una jurisdicción independiente, de todas las decisiones públicas.
- La libertad de expresión.
- La obligación del titular de un cargo público de rendir cuentas de sus actos y la existencia de diversos mecanismos para evitar los actos arbitrarios (control parlamentario, acceso a documentos públicos).

El funcionamiento del Estado necesita un sistema de servidores públicos eficaces e íntegros. Entre las reglas básicas aplicables a estos servidores se encuentran la obediencia a las instrucciones, la neutralidad e imparcialidad, el deber de confidencialidad, la moderación en la manifestación pública de opiniones políticas, la prohibición de ejercer otras actividades, la lealtad y honestidad. Sería no solo ilusorio, sino también contraproducente pensar en la aplicación rígida y estricta de tales reglas. Así, el deber de obedecer no es absoluto, debido a que ciertas órdenes pueden ser ilegales. El deber de reserva debe ser conciliado con los imperativos de transparencia y de respeto del derecho a ser informados de los administrados. La lealtad hacía el Estado no significa fidelidad incondicional a un determinado partido político o al hombre fuerte del régimen.

Un factor que no debe ser descuidado es de orden cultural: quienes ejercen el poder y los servidores públicos deben tener una formación moral adecuada que les haga reflexionar convenientemente sobre las ventajas de cumplir sus deberes en función del interés común. Deben comprender que la corrupción merece ser condenada, además, porque implica la degradación de la persona, la violación de los derechos fundamentales, la debilidad e ineficacia del aparato estatal. El apego de la colectividad a valores éticos, como el de los funcionarios a un espíritu de servicio y de probidad, ofrece una defensa eficaz contra los riesgos de corrupción.

5. Medidas generales para combatir la corrupción

Frente a las diversas formas en que surge, se desarrolla e implanta la corrupción, las medidas para combatirlas necesariamente deben ser de índole diversa. Esquemáticamente, pueden ser clasificadas en dos grandes sectores: de un lado, las de carácter general y estructural, como la consistente en la consolidación del Estado de derecho o la disminución de la injusticia social mediante la mejora sustancial de la situación económica y, de otro lado, las de orden concreto y particular dirigidas a eliminar o neutralizar los factores que favorecen los actos de corrupción.

Entre estas últimas, merecen señalarse a título de ejemplo las siguientes:

- Instaurar un sistema de control e investigación administrativo-financiero, que intervenga cada vez que se presenten indicios serios de corrupción respecto a sectores en los que se dé un alto riesgo.
- Fomentar una técnica de investigación que permita a los órganos competentes realizar controles cruzados, con el objeto de comprender a todos los actos y personas relacionados posiblemente con el caso particular. Con este objeto, la cuestión es la de saber si es de tener en cuenta las denuncias anónimas.
- Las instancias de control e investigación deben ejercitar todas las acciones civiles, fiscales, administrativas contra las personas sospechosas de actos de corrupción.
- Establecer un régimen claro y estricto de incompatibilidades para los servidores públicos respecto a sus intervenciones en actividades o negocios que estén comprendidos en el ámbito en el que ejercen sus funciones públicas. Así mismo, instaurar un sistema de rotación en los cargos, sobre todo, en los sectores con bastante riesgo de corrupción.
- Organizar un sistema de control eficaz del nivel de vida de los funcionarios, así como el de sus familiares; en particular de aquellos que participen en la toma de decisiones en asuntos susceptibles de ser corrompidos.
- Declarar la nulidad de todos los actos jurídicos subsecuentes a un acto de corrupción.

Todas estas medidas son total o parcialmente contenidas en nuestro ordenamiento jurídico. La cuestión consiste en que no son debidamente aplicadas. Además su aplicación estricta resulta casi imposible por la falta de medios personales y materiales. Así mismo, hay que preguntarse en qué medida su real aplicación obstaculizaría el funcionamiento del sistema administrativo y político.

El modelo de Estado de derecho, debido a los mecanismos de control propio tradicionales, presenta flancos vulnerables frente a la corrupción, fenómeno de carácter secreto, de gran fuerza económica. Obligado a respetar los derechos humanos con relación a toda persona (delincuente o no, corrupto o incorruptible), su intervención resulta poco eficaz; por ejemplo, las cautelas derivadas de las garantías procesales.

La regulación cada vez más amplia y compleja de diversos sectores (economía, finanzas, medio ambiente, transportes, mercado bursátil, etc.) y en la que se multiplican los controles y las autorizaciones para llevar a cabo las diversas actividades amplía el poder de decisión de los funcionarios. Al mismo tiempo se intensifican los contactos con el sector privado y los intereses organizados en dominios estratégicos como las subastas públicas, las transacciones financieras y los contratos de servicios públicos. Esto crea ocasiones y tentaciones múltiples, susceptibles de dar lugar a conflictos de intereses y de promover la corrupción. Sin embargo, los mecanismos de control pueden convertirse en un instrumento peligroso si el régimen estatal es autoritario y antidemocrático. Así mismo, considerar y hasta fomentar las denuncias anónimas pueden conducir a la intimidación de funcionarios que conservan una actitud neutra y honesta en un asunto financiero o de independencia frente al partido político o la camarilla en el poder.

La independencia y la neutralidad de la administración no son efectivamente realizadas y, por tanto, no constituyen obstáculos eficaces contra la corrupción. Esta deficiencia es, frecuentemente, el resultado de la marcada politización de los servidores públicos, del clientelismo y nepotismo.

Las debilidades del sistema político liberal son congenitales. Por ejemplo, el pluralismo político y las actividades que origina (campañas electorales, entre otras muchas) requieren de medios financieros cada vez más grandes. Para obtenerlos los responsables políticos buscan proveedores de fondos, lo que crea un engranaje de corruptela debido al juego de compensaciones en que se basa.

El control que se pide que ejerza el Poder Judicial no constituye el medio más eficaz por su propia índole. Cuando verdaderamente se realiza, no deja de ser excepcional. La fuerza de esta intervención radica entonces en el efecto de prevención general que provoca. Esta limitación depende de la manera restrictiva como se define legalmente la corrupción. Fuera de la intromisión de los otros poderes en el Poder Judicial, el conformismo de sus miembros constituye un grave defecto. Este conformismo se presenta como un profundo temor a la independencia que se manifiesta en el hecho que ni siquiera se esperan las recomendaciones o imposiciones extrañas a la administración de justicia, sino que se adelantan espontáneamente a preverlas y satisfacerlas.

También resulta poco eficiente el control que se supone lleva a cabo la prensa. No solo porque las mismas debilidades pueden presentarse, sino porque son igualmente objeto de la corrosión debida a la corrupción y por las restricciones que el poder político impone muchas veces. No basta en consecuencia que se declare vigente la libertad de prensa y se dé como ejemplo el hecho que todos pueden decir lo que quieran sin ser reprimidos; es indispensable que los medios de comunicación tengan la necesaria independencia frente al poder político.

6. A manera de conclusión

A pesar de las debilidades que, por su propia naturaleza, presenta el Estado de derecho, no se puede dejar de reclamar que el límite absoluto de su intervención es el respeto de los derechos humanos. La gravedad de los efectos de la corrupción y su implantación endémica en el cuerpo social y estatal no justifican que se utilicen medios arbitrarios y contrarios a la dignidad humana. La idea de la desigualdad de armas entre el Estado de derecho y la corrupción tampoco es argumento que sea correcto y decisivo.

Las medidas que se adopten, incluidas las penales, deben establecerse teniendo en cuenta la necesidad de la transparencia que debe tener toda intervención del Estado. Es indispensable perfeccionar y completar los órganos estatales que tienen a su cargo dicha intervención, pero no debe recurrirse a medios extremos como el de los servicios secretos. Adoptar este tipo de medidas significa un deslizamiento sensible hacia un sistema dictatorial.

Combatir la corrupción es una tarea que sobrepasa el derecho penal tanto en relación a sus fines como a sus medios. Como recurso de *ultima ratio*, la represión penal solo puede ser eficaz si es empleada en un contexto social y político adecuado. En un Estado gangrenado por la corrupción de manera importante, es seguro que no existe la voluntad política para combatirla. Las modificaciones legales relativas a las figuras delictivas o a las penas solo constituirán el velo que oculta el real sistema corrupto que impera en la comunidad.

7. Bibliografía sucinta

BAUHOFER, S., QUELOZ, N., y E., WYSS (Eds.), *Wirtschaftskriminalität-Criminalité économique*, Zürich/Chur, Verlag Rüegger, 1999.

BECQUART-LECLERCQ, J., *Victimes de la corruption*, *Projet*, Hiver 1992-93, N.º 232, "Attention, corruption!", pp. 28 y 36.

BERNASCONI, P. (Ed.), *Responding to Corruption. Social Defence, Corruption and the Protection of Public Administration and the Independence of Justice, Napoli*, La Città del Sole, 2000.

BERNASCONI, P., *Nuovi strumenti giudiziari contro la criminalità economica internazionale*, Napoli, La Città del Sole, 1995.

BORGHI, M., *Droits de l'homme: fondement universel pour une loi anti-corruption;* le cas de la Suisse, en Borghi M., Meyer-Bisch p. (Eds.), *La corruption, l'envers des droits de l'homme*, Fribourg, Editions Universitaires, 1995.

BORRICAND, J., *Criminalité organisée et ordre dans la société*, Aix-Marseille, Presses universitaires, 1997.

CARTIER-BRESSON, J., "Causes et conséquences de la délinquance financière 'grise': le cas de la corruption, Les Cahiers de la sécurité intérieure", en *Noir, gris, blanc: les contrastes de la criminalité économique*, N.º 36, 1999.

CASSANI, U., "Combattre le crime en confisquant les profits: nouvelles perspectives d'une justice transnationale", en BAUHOFER, S., QUELOZ, N., y E., WYSS (Eds.), *Wirtschaftskriminalität-Criminalité économique*, Zürich/Chur, Verlag Rüegger, 1999.

CLAUSSEN, H.R., *Korruption im öffentlichen Dienst,* Köln, Carl Heymanns Verlag, 1995.

D'AUBERT F., *Rapport de la commission d'enquête parlementaire sur les tentatives de pénétration de la mafia en France,* París, N.º 3251, 28 janvier 1993.

DELLA PORTA D., y Y., MÉNY, *Démocratie et corruption en Europe,* París, La Découverte, 1995.

DELLA PORTA D., y A., VANNUCCI, *Corruzione politica ed amministrazione pubblica: Risorse, meccanismi, attori,* Bologna, Il Mulino, 1994.

DJALILI, M.R., "Mondialisation de la corruption et de la criminalité", en BLUNDO G. (sous la direction de), *Monnayer les pouvoirs. Espaces, mécanismes et représentations de la corruption*, Genève/París, Nouveaux Cahiers de l'IUED et PUF, N.º 9, 2000.

ETCHEGOYEN, A., *Le corrupteur et le corrompu,* París, Julliard, 1995.

EUROPEAN COMMITTEE ON CRIME PROBLEMS, *Project Group Europe in a time of change: crime policy and criminal law, Final Activity Report, Strasbourg, Council of Europe*, March, 1996.

GODIVEAU, Y., "Du blanchiment d'argent à l'économie criminelle, Les Cahiers de la sécurité intérieure", en *Noir, gris, blanc: les contrastes de la criminalité économique*, N.º 36, 1999.

HEIDENHEIMER, A.J., *Political Corruption*, Nueva York, Transaction Publishers, 1989.

KAHLERT J. *et al.*, *Korruption in Deutschland. Ursachen, Erscheinungsformen, Bekämpfungstratregien*, Berlín, Friedrich-Ebert-Stiftung, 1995.

KILLIAS, M., Korruption: "Vive la Répression! Oder was sonst?", en SCHWIND H.D. et al. (Eds.), *Kriminologie an der Schwelle zum 21. Jahrhundert – Criminology on the Threshold of the 21st Century, Festschrift für Hans Joachim Schneider*, Berlín/Nueva York, de Gruyter, 1998.

LASCOUMES, P., *Corruptions*, París, Presses de Sciences Po, 1999.

MÉNY, Y., *La corruption dans la vie publique, Problèmes politiques et sociaux*, 1997.

OCDE (Organisation de coopération et de développement économiques), *La corruption dans le secteur public. Panorama international des mesures de prévention*, París, Editions de l'OCDE, 1999.

PIETH, M., y D., FREIBURGHAUS, *Die Bedeutung des organisierten Verbrechens in der Schweiz, Bericht im Auftrag des eidgenössischen Bundesamtes für Justiz*, Bern, 1993.

QUELOZ, N., "Corruption et droits de l'homme: regard criminologique", en BORGHI M., MEYER-BISCH P. (Eds.), *La corruption, l'envers des droits de l'homme*, Fribourg, Editions Universitaires, 1995.

QUELOZ, N., "La corruption en Suisse, une plaisanterie?", en BLUNDO G. (sous la direction de), *Monnayer les pouvoirs. Espaces, mécanismes et représentations de la corruption*, Genève/París, Nouveaux Cahiers de l'IUED et PUF, N.º 9, 2000.

ROBERT, PH., "La corruption entre la sociologie du crime et celle de la politique", en CARTUYVELS Y., DIGNEFFE F., PIRES A., ROBERT PH. (Eds.), *Politique, police et justice au bord du futur*, París, L'Harmattan, 1998.

RÜGEMER, W., *Wirtschaften ohne Korruption? Frankfurt am Main*, Fischer Taschenbuch Verlag, 1996.

SAPELLI, G., *Cleptocrazia. Il meccanismo unico della corruzione tra economia e politica*, Milano, Feltrinelli, 1994.

SCHAUPENSTEINER, W., *Gesamtkonzept zur Eindämmung der Korruption, Neue Zeitschrift für Strafrecht*, N.º 9, 1996.

VAHLENKAMP, W., KNAUSS I., *Korruption – Hinnehmen oder handeln?* Wiesbaden, BKA–Forschungsreihe, Band 33, 1995.

VAN DUYNE, P., Organized crime, corruption and power, *Crime, Law and Social Change*, N.º 26, 1997.

VANUCCI, A., *Il mercato della corruzione. I mecanismi dello scambio occulto in Italia*, Milano, 1997.

WYSS, E., "Der Graubereich zwischen Legalität und Illegalität in der Wirtschaft", en BAUHOFER, S., QUELOZ, N., y E., WYSS (Eds.), *Wirtschaftskriminalität-Criminalité économique*, Zürich/Chur, Verlag Rüegger, 1999.

WYSS, E., *Kriminalität als Bestandteil der Wirtschaft*, Pfaffenweiler, Centaurus Verlag, 1999.

V
Delito de tráfico de influencias: artículo 400 CP del Perú*

Sumario: 1. Introducción. 2. Materia de interpretación. a. Artículo 400 CP. a) Evolución legislativa. 3. Doctrina extranjera. 4. Insuficiencias formales. a. Deficiencias de redacción. b. Indeterminación de los comportamientos incriminados. 5. Posición sistemática del artículo 400. 6. Finalidad de la protección penal. a. Objeto del delito. b. Bien jurídico. 7. Dificultades relativas a la participación delictuosa. a. Intervención necesaria del tercero. b. Instigación. c. Complicidad. d. Aspecto subjetivo. e. Represión del tercero como participante secundario. 8. A manera de conclusión. 9. Bibliografía sucinta.

1. Introducción

La amplitud y la profundidad de la corrupción fue una de las características esenciales del régimen autoritario de los años noventa. Uno de los sectores más afectados fue el de la administración de justicia, que fue sometida a los intereses del poder político así como a los intereses personales de quienes detentaban el poder. De esta manera, personajes muy importantes, ocupando formal o informalmente puestos en la cima del Estado, influyeron en los órganos judiciales o administrativos para obtener que, en numerosos procesos, se dictarán decisiones favorables a favor de ellos o de terceros. Esta manera de proceder se convirtió, en buena cuenta, en un instrumento de gobierno.

---

* Versión elaborada en base de un informe jurídico relativo a: Informe sobre delito informático, falsedad documental, administración fraudulenta de personas jurídicas, defraudación genérica, Lima, Publicado en *Anuario de Derecho Penal 2005. Interpretación y aplicación de la ley penal*, pp. 685 ss.

Conocida y aceptada o soportada como un hecho congénito al sistema por la mayoría de personas, fue utilizada y propiciada para superar situaciones sociales o financieras críticas, originadas por la deficiencia y lentitud de la administración de justicia. Los intereses que se buscaba salvaguardar bien podían ser lícitos o ilícitos.

Uno de los comportamientos más frecuentes consistía en que la persona interesada en obtener influencias para resolver algún proceso pendiente —en tanto persona individual o representante de una empresa o persona jurídica— buscase la ayuda de algún personaje influyente y se entrevistara personalmente con él. No era raro que —dando ventajas o prometiéndolas—, aquel personaje influyente hiciera o prometiera hacer lo necesario para obtener una decisión favorable al interesado.

Tras la caída del régimen dictatorial, los órganos competentes iniciaron procesos con la finalidad de reprimir a los responsables de los diversos comportamientos corruptos cometidos en agravio del Estado. Entre estos, el denominado *tráfico de influencias* fue uno de los más frecuentemente considerados. Sin embargo, no prosperaron por diversas circunstancias, por ejemplo, la índole peculiar de los hechos imputados a los procesados, la aparente dificultad para considerarlos como casos claros de peculado o corrupción y, por último, la manera amplia y difusa en que se describe el tráfico de influencias en el artículo 400 CP.

La experiencia ha mostrado, desgraciadamente, que la impunidad sigue siendo la regla, sobre todo, respecto a la corrupción. La ineficacia —salvo en algunos pocos casos— del sistema de control penal y, en particular, de la administración de justicia se debe, en primer lugar, a la falta de voluntad política para combatirla efectivamente: tanto el Poder Ejecutivo como el Legislativo no han hecho lo necesario e indispensable para organizar un sistema eficaz e idóneo; en segundo lugar —y más concretamente— hay que destacar las dificultades encontradas —aun entre los decididos a obrar correctamente— por los órganos de persecución o de juzgamiento en la determinación de los hechos y en la comprensión de las disposiciones legales aplicables.

En este contexto, se puede justificar la tarea que tratamos de cumplir en el presente trabajo: presentar y explicar las dificultades para interpretar y aplicar el artículo 400 CP. Con este fin, mostraremos las diversas etapas del proceso de interpretación y esclareceremos los diversos elementos del tipo legal del tráfico de influencias. Por tanto, no abordaremos los diversos problemas de la interpretación de los hechos, aspecto esencial de la real aplicación de la ley. La comprensión de los hechos supone la correcta interpretación de la ley, pues,

solo así el órgano competente puede precisar cuáles son los hechos que deben ser debidamente probados. Cuando dicho órgano no logra satisfacer estas dos condiciones, esta deficiencia influye negativamente en el desarrollo del debido proceso, y prolonga los procesos al extremo de dar lugar a que prescriba la acción penal y, por tanto, también da lugar a la impunidad de los responsables.

2. Materia de interpretación

a. Artículo 400 del Código Penal

Esta disposición prescribe: "El que, invocando influencias, reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido, un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años". De acuerdo con el principio de la legalidad, el punto de partida y el marco de todo proceso de interpretación es el texto escrito de la ley penal. No obstante, como el lenguaje —medio inevitable para expresar el mandato legal— se caracteriza por su ambigüedad y polisemia, la disposición legal no constituye un límite preciso a priori de los alcances de lo que ley prohíbe u ordena. En este sentido, los tipos legales son, en cierta forma, indeterminados; pero no dejan de constituir el ámbito dentro del cual debe establecerse el contenido de la norma. El intérprete no debe desnaturalizar el sentido convencional del lenguaje utilizado por el legislador a pesar de la textura abierta de este lenguaje.

El proceso de interpretación desemboca siempre en la constatación que el texto legal puede ser comprendido en dos o más sentidos posibles entre los cuales el intérprete debe escoger para atribuírselo a la disposición. Esta decisión no es de índole arbitraria. El intérprete debe proceder teniendo en cuenta cuál de esos posibles sentidos realiza mejor el valor justicia, en concordancia con los criterios constitucionales y de política criminal en que se basa el sistema penal.

La interpretación de la ley no solo es un proceso lógico realizado con la ayuda de los diversos métodos de interpretación, sino también, y sobre todo, axiológico. El resultado al que llegue el intérprete no puede ser calificado de sentido único ni el solo verdadero de la ley[1]. La fuerza de su decisión radica

1 ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia,* 1995, pp. 134 y ss.

en la claridad y coherencia de los argumentos que debe presentar para hacerla valer como la más conveniente entre todas las demás posibles, para aplicar de manera justa, igual y transparente la ley. De esta manera, garantizará el respeto de los derechos de las personas al momento de dictar su mandato o sentencia.

Para comenzar a comprender lo dispuesto en el artículo 400 conviene analizar en detalle la redacción y estructura de su texto. La importancia de este primer paso, en el caso que nos ocupa, reside en la complejidad de la disposición, debida a la diversidad de actos y de circunstancias con los que el legislador ha descrito los comportamientos incriminados.

En el texto legal, se prevén los siguientes casos alternativos:

- El que, invocando influencias **reales** recibe, hace dar o prometer **para sí** donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo un caso judicial o administrativo.
- El que, invocando influencias *simuladas* recibe, hace dar o prometer **para sí** donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que haya conocido un caso.
- El que, invocando influencias **reales** recibe, hace dar o prometer **para un tercero** donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo un caso judicial o administrativo.
- El que, invocando influencias *simuladas* recibe, hace dar o prometer **para un tercero** donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que haya conocido un caso judicial o administrativo.

Los factores comunes a todas estas hipótesis son los hechos de invocar influencias, ofrecer interceder ante un funcionario o servidor público y el objeto del delito ("cualquier ventaja"). Se distinguen por lo siguiente: a) las influencias son reales o simuladas; b) la ventaja es para el mismo autor o para un tercero; c) el funcionario sobre el que se influye conoce o ha conocido el caso; d) la índole de este último es judicial o administrativa.

Entre estos factores intercambiables, dos juegan un papel decisivo: por un lado, el relativo a la naturaleza de las influencias (reales o simuladas); por otro, el referido a que el funcionario ante el cual el agente ofrece interceder esté conociendo el asunto o lo haya ya conocido.

Según estas circunstancias, hay que distinguir cuatro hipótesis:

- Recibir [...] invocando influencias **reales** y ofreciendo interceder ante funcionario que **conoce** proceso.
- Recibir [...] invocando influencias **reales** y ofreciendo interceder ante funcionario que **ha conocido** proceso.
- Recibir [...] invocando influencias **simuladas** y ofreciendo interceder ante funcionario que **conoce** proceso.
- Recibir [...] invocando influencias **simuladas** y ofreciendo interceder ante funcionario que **ha conocido** proceso.

b. Evolución legislativa

La comprensión del texto legal requiere que se determine el proceso de su elaboración y, en particular, de las fuentes nacionales o foráneas que el legislador ha tomado en cuenta. De esta manera, se abre el camino para calar en el sentido de la norma gracias a las similitudes y diferencias que se constaten respecto a disposiciones precedentes.

Nuestro Código de 1924 no contenía disposición similar al artículo 400. El antecedente inmediato de esta norma fue introducido, como artículo 353-A CP 1924, mediante el D. Leg. N.º 121, del 12 de junio de 1981. Este decreto fue dictado por el Poder Ejecutivo en virtud de las facultades legislativas delegadas por el Parlamento (Ley N.º 23230, del 15 de diciembre de 1980), con la finalidad de que se revisen los diversos decretos leyes dictados por la dictadura militar en materia penal. En el proyecto elaborado y discutido por la comisión —designada por el Ministerio de Justicia y de la cual formábamos parte— no figuraba dicha disposición. Esta fue introducida por funcionarios en el texto definitivo que se dictó. Por tanto, no se discutieron a fondo las razones para estatuirlo. Constituyó una expresión de la idea políticamente predominante entonces, que apuntaba a facilitar la represión eficaz de los funcionarios que durante el fenecido gobierno militar habían cometido delitos contra los intereses del Estado. Con este fin, se consideró que —ya desde la manera de elaborar los tipos legales— era necesario disminuir las dificultades que podrían surgir para probar la comisión de los tradicionales delitos contra la Administración pública.

La labor del o de los redactores de dicha disposición no fue creadora, en la medida en que tuvieron en cuenta la manera en que el tráfico de influencias había sido descrito en leyes extranjeras. Al respecto, hay que tener en cuenta que el artículo 147 CP Colombia, vigente en el momento en que se modificó

el Código peruano, es el más próximo al artículo 353-A. La disposición colombiana reprimía a quien "invocando influencias reales o simuladas, reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero, dinero o dádiva, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte del servidor público en asunto que este se encuentre conociendo o haya de conocer [...]". A diferencia del colombiano, en el texto peruano se hace referencia a "donativo, promesa o cualquier otra ventaja" y no a "dinero o dádivas"; asimismo, se sustituye el elemento subjetivo de "con el fin de obtener cualquier beneficio" por el elemento objetivo de "con el ofrecimiento de interceder ante funcionario o servidor público"; y, por último, en lugar de "haya de conocer" se dice "haya conocido".

El legislador colombiano modificó y finalmente descartó el artículo 147 al dictar el Código Penal de 2000. En su artículo 411, reprime como tráfico de influencias, el hecho de que un "servidor público [...] utilice indebidamente, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público en asunto que este se encuentre conociendo o haya de conocer". El cambio es esencial, porque la descripción ha sido simplificada y se ha precisado su índole de delito especial. De acuerdo con la nueva disposición, solo puede ser cometido por un servidor público y no por cualquier particular, como era el caso según la disposición anterior.

La fuente del artículo 147 del Código colombiano —e indirectamente del artículo 353-A de nuestro Código Penal derogado— fue el artículo 346, primer párrafo, del Código Penal italiano, que prevé el delito de *millantato credito.* Este artículo estatuye: "Chiunque, millantando credito presso un pubblico ufficiale, o presso un pubblico impiegato che presti un pubblico servizio, riceve o fa dare o fa promettere, á sé o ad altri, denaro o altra utilitá, come prezzo della propria mediazione verso il pubblico ufficiale o impiegato, e punito con la reclusione [...]".

La defectuosa recepción del artículo 147 colombiano por parte del legislador peruano se revela en los cambios que hace respecto a las expresiones "dinero o dádivas" y "con el fin de obtener cualquier beneficio", que el legislador colombiano había utilizado para expresar las fórmulas italianas de "denaro o altra utilitá" y "come prezzo della propria mediazione". La versión peruana es menos fiel al texto italiano, en la medida en que se refiere a "donativo, promesa o cualquier otra ventaja" y a "con el ofrecimiento de interceder".

De manera incorrecta se ha sostenido que la fuente de inspiración de la disposición peruana es el artículo 404 bis, letra c, CP español. En esta disposición, se prescribía reprimir a "los que, ofreciendo hacer uso de influencias

cerca de los funcionarios o encargados de servicios públicos, solicitaren de terceros dádivas o presentes o aceptaren ofrecimiento o promesa [...]". Tampoco lo es el artículo 476 CP español de 1928 —fuertemente influido por la legislación italiana— en el que se establecía: "El que aparentando crédito, influencia o relaciones cerca de las autoridades, agentes de estas o funcionarios públicos, recibiere o se hiciere prometer dinero u otras cosas, como recompensa de su mediación o resolución favorable de un asunto que de aquellos dependa [...]".

Al respecto, hay que señalar que esta versión es más cercana al artículo 346, primer párrafo, del CP italiano: "millantando credito" es traducido como "aparentando crédito"; "riceve o fa dare o fa promettere" como "recibiere o se hiciere prometer"; "denaro o altra utilitá" como "dinero u otras cosas"; por último, "come prezzo della propria mediazione" es traducido por "como recompensa de su mediación".

Volviendo al Derecho español, conviene destacar que el legislador, consciente de las dificultades que podía provocar, suprime la expresión "hacer dar". Los legisladores colombiano y peruano la mantuvieron sin mayor reflexión.

En el artículo 430 CP español vigente, abandonando parcialmente el modelo italiano, se reprime a "los que ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimientos o promesa". La disposición española recuerda al artículo 178 del CP francés derogado (según *Ordenance* 45-191, del 8 de febrero de 1945) y que reprimía a:

> [...] toute personne qui aura sollicité ou agréé des offres ou promesses, sollicité ou reçu des dons ou présents pour faire obtenir ou tenter de faire obtenir des décorations, médailles, distinctions ou récompenses, des places, fonctions ou emplois ou des faveurs quelconques accordées para l'autorité publique, des marchés, entreprises ou autres bénéfices résultants de traités conclu avec l'autorité publique ou avec l'administration placée sous le contrôle de la puissance publique ou, de façon générale, une décision favorable d'une telle autorité ou administration et aura ainsi abusé d'une influence réelle ou supposée.

Esta descripción no ha sido conservada en el nuevo Código Penal francés. En su artículo 433-1, se considera como comportamiento delictuoso el hecho de:

> [...] proposer, sans droit, directement ou indirectement, des offres, des pro- messes, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour

obtenir d'une personne dépositaire de l'autorité publique chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public: [...]

2.° Soit qu'elle abuse de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable.

3. Doctrina extranjera

La individualización de la fuente legal de una disposición determinada es indispensable para utilizar adecuadamente la doctrina extranjera. Esta, como toda elaboración dogmática, tiene como base un sistema legal particular. Por lo tanto, si se quiere justificar la atribución de un sentido a una disposición invocando la opinión autorizada de un autor determinado, es necesario constatar si esta se basa en una disposición idéntica o similar a la disposición en cuestión. Lo mismo debe hacerse respecto a los criterios jurisprudenciales foráneos. Citar a estos solo es pertinente cuando se tiene en cuenta la semejanza o diferencia existente entre la disposición materia de dichos criterios y el artículo que se interpreta.

Así, en nuestro caso, las opiniones doctrinarias o jurisprudenciales emitidas por los juristas y jueces colombianos serán útiles para interpretar el artículo 400, sobre todo, si se refieren al artículo 147, que sirvió de modelo a nuestro legislador, y no tanto las concernientes al artículo 411, que difiere bastante del nuestro. Las semejanzas del artículo peruano con el artículo 346 del CP italiano, aun cuando permiten comprender algunos aspectos de la disposición de nuestro Código, no deben conducir a una recepción automática de las afirmaciones hechas por los juristas italianos respecto a esta disposición.

Tanto el hecho de no prestar debida atención a esta manera de recurrir a las fuentes doctrinarias, como las similitudes lingüísticas del artículo 400 con la regulación española han inducido a que de manera oficiosa se designe el delito con el nombre de *tráfico de influencias*[2], y hasta que se siga de cerca las opiniones de los juristas hispanos. En la primera hipótesis del artículo 430 CP español, el verbo principal es *solicitar*, y el medio, el hecho de *ofrecer*. Por tanto, el delito se consuma con el acto de solicitar y no con el de ofrecer. De

2 Es esta una denominación que no concuerda con todas las formas en que puede materializarse el delito previsto en el artículo 400, por lo que en lo posible tratamos de no usarla.

modo que, por ejemplo, el verbo *invocar* de nuestro artículo 400 no debe ser comprendido como 'solicitar' y tampoco puede ser considerado como el verbo que indica la acción incriminada central (recibir, hacer dar o prometer).

Lo mismo debe señalarse respecto a la legislación y doctrinas francesas. Aun cuando respecto al derogado artículo 178 CP francés es interesante destacar que se hablaba de solicitar o aceptar ("solliciter ou agréer", "cualquier favor" ("des faveurs quelconques"), y de "influencia real o supuesta" ("influence réelle ou supposée"). Es asimismo interesante que el legislador galo prevea agregar, en los proyectos de reforma en curso, la expresión "en todo momento". Su objetivo es facilitar la represión simplificando la prueba de los elementos del delito.

De lo expuesto, aparece, por tanto, como más conveniente —debido a las diferencias existentes— tener en cuenta los análisis hechos sobre la base de las disposiciones legales más parecidas al artículo 400. Dichas diferencias imponen que se haga una interpretación conforme a las peculiaridades de nuestra ley y al contexto normativo en que está inserta.

4. Insuficiencias formales

a. Deficiencias de redacción

Las deficiencias del artículo 400 se deben tanto a que el legislador ha descrito el comportamiento incriminado de tal modo que puede realizarse de diversas maneras, como también a la redacción deficiente y a la peculiar terminología utilizada. Estas deficiencias resultan de la manera incorrecta de utilizar las fuentes legales, hecho que aumenta la dificultad de utilizar los aportes teóricos foráneos.

El artículo 400 —en el ámbito de los delitos contra la administración pública— no es el único caso de defectuosa técnica legislativa. Otro es el del artículo 399, en el que se describe el delito mediante las palabras "el que trata de corromper a un funcionario", lo que da a entender que se reprime la tentativa como delito consumado, sin que quede del todo claro el límite del comportamiento punible. Además, la situación empeora debido a la manera en que se han introducido nuevas formas delictuosas en el Código Penal.

Uno de los principales malentendidos provocado por la deficiente redacción concierne a la determinación del verbo típico principal. Con frecuencia se afirma que el comportamiento central es el de invocar, cuando en realidad

constituye uno de los medios, junto al ofrecimiento de interceder para llevar a cabo el hecho de recibir, hacer dar o hacer prometer una ventaja cualquiera. Otro equívoco consiste en considerar indispensable que el comportamiento se efectúe, sucesivamente, por los actos de invocar y ofrecer, mediante los que debe determinarse al tercero interesado a entregar, dar o prometer una ventaja cualquiera, comportamientos que deben desembocar en los actos de recibir, hacer dar o prometer de parte del agente[3].

Resulta preferible considerar, más bien, que los comportamientos incriminados están expresados por los verbos *recibir, hacer dar, hacer prometer.* No se trata, pues, solo de "verbos rectores complementarios".[4] Cada uno designa un comportamiento que puede ejecutarse de manera simultánea a la utilización de los medios previstos en el tipo legal o como una consecuencia del empleo de estos últimos.

Para comprender esta manera de leer el tipo legal del artículo 400, se debe prestar mucha atención a la redacción del texto. En primer lugar, al empleo del término *invocando,* que también fue utilizado en el derogado artículo 147 CP colombiano. En el artículo 476 CP español de 1928, por el contrario, se hablaba de "aparentando influencias". Sin embargo, los tres artículos se inspiran en el texto del artículo 346 CP italiano, en el que se dice "chiunque millantando".

Expresión que significa "alegando, exagerando" tener influencias. Si bien el texto español es más fiel al italiano, no significa que la palabra *invocando* deba ser comprendida en el sentido de "aparentando". Lo impide el hecho de que en nuestro texto legal, a diferencia del español, se alude expresamente tanto a influencias reales como simuladas y, por tanto, sería un contrasentido decir, respecto a las segundas, que el agente actúa "aparentando influencias simuladas" (dar a entender lo que no es).

El término *invocando* debe ser comprendido, en consecuencia, teniendo en cuenta —además de las referencias hechas al derecho comparado— la particular manera como es utilizada por el legislador peruano: el gerundio del verbo *invocar.* Esta forma significa simultaneidad o anterioridad del hecho de invocar respecto al de recibir o hacerse prometer. Es decir, comunica a la acción verbal una dimensión de duración. Esto permite afirmar que la acción de

3 Cfr. Rojas Vargas, *Delitos contra la administración Pública,* Grijley, Lima, 2001, pp. 436 y ss.

4 Cfr. Rojas Vargas, *Delitos contra la administración Pública,* cit., 2001, pp. 437.

invocar, por ejemplo, puede tener lugar con anterioridad, pero también puede darse de manera simultánea a la de recibir, hacer o prometer.

El sentido en que debe ser entendido el término *invocar* no debe ser el primero que señala el Diccionario de la Real Academia Española[5]: "Demandar ayuda mediante una súplica vehemente". Es, más bien, el interesado en que se influya sobre un funcionario quien, con frecuencia, recurre a solicitar favor o auxilio para resolver sus problemas judiciales o administrativos. Por el contrario, resulta más coherente tener en cuenta el segundo significado indicado en dicho diccionario, en la medida en que se refiere a alegar (por ejemplo, cuando se cita una ley, costumbre o razón), en el sentido de demandar ayuda mediante una súplica vehemente. Así, se comprendería que el agente del artículo 400 expone al tercero las influencias de que dispone, por ejemplo, para convencerlo de que tiene la capacidad de interceder en su favor ante el funcionario o servidor público.

No es necesario, por tanto, atribuir al término *invocar* el sentido de convenir o acordar la venta de influencias (por influencia de la expresión "venta de humo", no conforme a nuestra ley). El aspecto de acuerdo o convenio del comportamiento delictuoso está indicado, como luego lo veremos, por los verbos principales del tipo legal. El factor central es el de recibir, hacer dar o prometer ofreciendo interceder y no la invocación de influencias (medio delictivo)[6].

La posibilidad de concebir el comportamiento también como un conjunto de actos que se producen en forma paralela es, asimismo, reforzada por la manera en que se hace referencia al "ofrecimiento de interceder". El agente, al mismo tiempo de recibir, hacer dar o prometer una ventaja de parte del tercero, le ofrece interceder. De este modo, refuerza el convencimiento con que interviene el tercero, el mismo que puede, previamente, haber ofrecido la ventaja.

Por la manera en que está redactado el texto se puede pensar, primero, que el agente invoque, reciba y, luego, ofrezca interceder; segundo, que invoque y que al recibir ofrezca interceder; tercero, que en un mismo lapso —indistinta y estrechamente relacionados— se produzcan los tres actos. En todo caso, lo interesante por ahora es subrayar que la referencia al ofrecimiento de una ventaja

5 Vigésima segunda edición, 2001.

6 Fiandaca y Musco, *Diritto penale. Parte speciale,* reimpresión, Bolonia, Yunichelli, 1993, p. 311. Cfr. Ferreira, *Delitos contra la administración Pública,* 1995, p. 116.

permite atribuir al artículo 400 el sentido amplio que proponemos: realización sucesiva o simultánea de los actos en cuestión.

En el artículo 147 CP colombiano, tomado en cuenta por nuestro legislador, en lugar de prever el elemento objetivo de ofrecer, se preveía un elemento subjetivo con las palabras "con el fin de obtener favor de un empleado". De este modo, el agente, al invocar influencias, debía hacerlo con el móvil de lograr ese objetivo. El acto material de ofrecer interceder —contrariamente a lo previsto en nuestra ley— no necesitaba realizarse porque no constituía un elemento objetivo del tipo legal. La simultaneidad de estos factores era evidente. Por ejemplo: recibir la ventaja para lograr que el empleado dicte una resolución en un sentido determinado.

También se percibe esta posibilidad de simultaneidad en la descripción contenida en el artículo 404 bis, letra c, CP español derogado. Se dice "los que ofreciendo hacer uso de influencias [...] solicitaren dádivas [...]". Al momento de solicitar, el agente bien puede justificar su pedido de pago afirmando que puede intervenir ante el funcionario respectivo. No implica, por tanto, que necesariamente alegue primero tener influencias y luego reclame la dádiva a la persona interesada.

En el artículo 346 CP italiano no se menciona que el agente ofrezca interceder, ni que su fin sea obtener favor de un empleado, sino que considera que el dinero o utilidad debe ser, por ejemplo, recibida por el agente "como precio de su propia mediación". Lo que implica, en buena cuenta, que se trata de un elemento muy relacionado al hecho de que exista un vínculo con la intervención del tercero.

En la hipótesis de simultaneidad de actos —en especial, tratándose del caso en el que las influencias son reales— el comportamiento delictuoso, descrito en el artículo 400, consiste en un comportamiento complejo en el que el agente y el tercero —sin importar quién es el que toma la iniciativa— actúan simultáneamente con la finalidad de lograr, por parte del autor, recibir, hacer dar o prometer una ventaja, invocando influencias y ofreciendo interceder; y por parte del tercero proponer, pedir al agente para que ejerza influencia y dar o prometer la ventaja. La segunda hipótesis es que los actos se desarrollen sucesivamente: el agente alega que tiene capacidad de influir, ofrece interceder ante funcionario y determina al tercero para que haga un acto de disposición en favor del agente o de un tercero.

De esta manera, el legislador ha buscado comprender en el tipo legal las diversas formas en que tienen lugar, generalmente, los comportamientos diri-

gidos a influir de manera indebida en la toma de decisiones de los órganos de la Administración pública, comportamientos que son cometidos casi en secreto y que se presentan como negociaciones en las que se discuten y establecen las condiciones (servicio y contraprestación) respectivas.

b. Indeterminación de los comportamientos incriminados

Los problemas de comprensión de la descripción del comportamiento delictuoso surgen, también, debido a la manera en que se enumeran las acciones incriminadas, enumeración alternativa y que implica que para la consumación del delito basta que el agente haya cometido una de las acciones mencionadas, no que haya utilizado uno de los medios (invocar, ofrecer interceder).

El artículo 400 dice que el agente "recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja [...]". La coma después de la palabra *recibe* figura en el artículo 147 CP colombiano, pero no en el artículo 346 CP italiano. Por el contrario, en esta última disposición la expresión "para si o para otro" aparece entre comas. Con ello se comprende, con cierta claridad, que concierne a los tres comportamientos. Por el contrario, en el texto peruano puede pensarse que dicha expresión solo está referida a *hacer proceder* o *prometer,* y no así a *recibir,* que está separada (esta última forma) por comas en el texto.

En esta perspectiva, se puede entender el artículo 400, primero en el sentido de que, por un lado, el agente recibe del tercero la ventaja para su beneficio personal y, por otro, hace que el tercero dé a otra persona la ventaja o que prometa conceder una ventaja a otra persona (no puede pensarse que se trate de hacer prometer que haga una promesa de dar a un tercero); segundo, en el sentido de que la acción de recibir también está relacionada con la expresión "para sí o para otro", lo que significa, entonces, que el agente puede recibir la ventaja tanto para su beneficio personal como para entregarla a un tercero. Sin embargo, en ese caso no aparece claro que el agente se haga dar por el tercero la ventaja para sí mismo, pues esto no es diferente de que la reciba (primera forma verbal).

Mediante el uso del verbo *recibir* el legislador ha pensado, en primer lugar, que la iniciativa proviene generalmente del tercero que da la ventaja. Mediante el acto de entregar —en caso de no existir pedido de parte de quien recibe— el que da empuja al agente a aceptar y recibir la ventaja, ocasión en que este último ofrece interceder, es decir, hacer lo que le pide el tercero. En este contexto —y globalmente— el comportamiento aparece como una negociación, en la

que agente y tercero interactúan para alcanzar sus objetivos personales. Hablar de *tráfico de influencias* es incorrecto si con ello se busca hacer admitir que se trata, por un lado, de comerciar, negociar con dinero y mercancías y, por otro, de negociar de modo que se produzca un beneficio estrictamente patrimonial.

Las tres formas verbales escogidas por el legislador ponen en evidencia que la idea que este se hacía del desarrollo del comportamiento delictuoso era que podía también consistir en la simultaneidad de actos. De esta manera, pensaba abarcar el mayor número de variantes. Ese modo de proceder lo ha conducido —al menos con respecto a algunas de dichas variantes— a no respetar convenientemente el principio de legalidad.

5. Posición sistemática del artículo 400 CP

La comprensión de una disposición puede ser facilitada mediante la consideración de la ubicación que el legislador le ha dado, en general, dentro del ordenamiento jurídico y, en particular, al interior de una ley (en nuestro caso, en el Código Penal). El sitio escogido muestra las relaciones que la disposición tiene con las demás normas legales y, asimismo, pone en evidencia su finalidad. Esto último ocurre debido a que en el Código Penal las disposiciones de la parte especial son clasificadas de acuerdo con los bienes jurídicos protegidos.

Debido a la complejidad del tipo legal previsto en el artículo 400, su colocación entre las disposiciones relativas a los delitos contra la Administración pública no resulta muy coherente. Si se tiene en cuenta que estas infracciones se distinguen según sean cometidas por particulares o por funcionarios, no es claro por qué los comportamientos incriminados en el artículo 400 han sido colocados en el segundo grupo, ya que según el texto legal pueden ser cometidos por cualquiera. Dicho de otra manera: en ninguna de las hipótesis contenidas en el artículo 400 la comisión del delito supone la violación de un deber especial de función. Sin embargo, si se trata de un funcionario, este no debe actuar en el ejercicio de sus funciones, sino como un particular cualquiera; en caso contrario, incurrirá en un delito contra los deberes de función y, según las circunstancias, en concurso con lo previsto en el artículo 400.

A diferencia de otras leyes, en el artículo 400, a diferencia de lo que se prevé en otras disposiciones, no se exige de modo expreso que el agente tenga la capacidad de influir en la decisión del funcionario o servidor público. De manera implícita se toma en cuenta esta capacidad en el caso relativo a influencias reales, ya que estas hacen suponer que el agente puede efectivamente ejercer una influencia sobre el funcionario o servidor público. Sin embargo,

la persona que simula tener influencias ante un funcionario determinado no tiene esa capacidad. Este proceder significa que el agente finge tener una capacidad que en realidad no posee.

Si no es equivocado, al menos sí es muy confuso hablar respecto al artículo 400, sobre todo en relación con los casos de simulación de influencias de un sujeto activo sui géneris, en el sentido de que este solamente es "la persona que puede invocar la influencia". Cualquiera puede presentar una cosa fingiendo, imitando lo que no es (que las influencias son reales). En cambio, para alegar influencias reales es indispensable poseerlas verdaderamente. Es decir, la condición de autor está determinada por la diversidad de las hipótesis previstas en el artículo 400.

6. Finalidad de la protección penal

a. Objeto del delito

Los defectos del texto legal —señalados de manera repetida— también repercuten en la determinación de lo que debe ser considerado como "objeto del delito" (cosa, relación, persona, por ejemplo, sobre la que recae la acción delictuosa).

En el artículo 400, el bien que el agente recibe y el tercero da es indicado por el legislador peruano —igual que en los otros tipos legales de los delitos de corrupción de funcionarios— con las palabras "donativos, promesa o cualquier otra ventaja", los que no corresponden a los vocablos usados por el legislador italiano "denaro o altra utilitá". Mientras tanto, el legislador colombiano utiliza las expresiones "dinero o dádivas". En realidad, el legislador peruano prefirió seguir utilizando la terminología del Código de 1924 (artículo 349 y ss.).

El término *donativo* está mal empleado, pues proviene del verbo *donar* que significa "traspasar graciosamente a otro algo o el derecho que sobre ello tiene"[7]. Por lo tanto, *donativo* significa "Dádiva, regalo, cesión, especialmente con fines benéficos o humanitarios"[8]. En la disposición analizada, no se trata de ninguno de estos casos. El tercero no entrega gratuitamente al agente la cosa (en el caso de "recibir"), sino como precio o retribución del ofrecimiento

7 Diccionario de la Real Academia Española, 2001.

8 Diccionario de la Real Academia Española, 2001.

de interceder ante el funcionario o servidor público. Lo que debe retenerse es que el objeto materia del acto es algo de valor que beneficia a quien lo recibe.

Tampoco es acertado el uso de la palabra *promesas* para designar el objeto del delito. En primer lugar, porque si bien se pueden recibir o hacer dar promesas, no es coherente, como ya lo hemos destacado, hablar de "hacer prometer promesas". En segundo lugar, porque no se indica el contenido de la promesa. Hay que pensar que se trata de promesas referentes a donativos o a cualquier otra ventaja. Esta incongruencia se debe a que el legislador se inspiró sin mayor reflexión en el Código Penal colombiano e, indirectamente, en el italiano, en los que se hablaba de "hacer prometer", pero en referencia a dinero, dádivas u otra utilidad. Ignorar el término *promesas* no afecta la economía de la disposición; más bien, permite comprender mejor su sentido.

La expresión "otra ventaja" juega el papel de cláusula general que completa la breve lista constituida por "donativos y promesas" (mencionados casi a título de ejemplos). De esta manera, el legislador ha buscado evitar vacíos teniendo en cuenta las innumerables formas en que puede consistir la contrapartida del ofrecimiento de interceder que hace el agente, más aún, de los medios que se pueden utilizar para corromper a los funcionarios (razón por la cual son mencionados en los tipos legales de los delitos de corrupción).

La expresión puede entenderse de manera restringida o amplia. En el primer caso, se trataría solo de las ventajas de orden patrimonial o, al menos, material. En el segundo, mientras tanto, cualquier prestación que comporte un beneficio al agente o a un tercero. Ninguno de estos criterios debe ser aceptado como tal[9], ya que el segundo extiende demasiado el campo de aplicación de la disposición y lleva a considerar realizada la condición aun cuando la utilidad o beneficio para el agente sean insignificantes. La comprensión restringida disminuiría en exceso la esfera de protección penal. Además, nada impide que un beneficio no patrimonial sea una ventaja relevante para la realización del comportamiento incriminado. El aspecto decisivo es que la ventaja dada o prometida sea válida como compensación al ofrecimiento de interceder[10]. Dicha ventaja debe, en cierta manera, desempeñar el mismo papel que los donativos, por lo que deben tener cierta materialidad. En el Código Penal francés[11] —siguiendo una tradición legislativa— se enumeran largamente las

9 Fiandaca y Musco, *Diritto penale. Parte speciale,* cit., p. 164.

10 Cfr. Riccio, *Millantato credito. Novissimo Digesto italiano*, Bologna, 1964, t. X, p. 694.

11 Un caso muy citado y discutido en Francia es el de las ventajas de orden sexual. Cfr. JCP 1968 II 15359; nota sobre esta sentencia: Sígalas 1969: 329; comentario: Vitu. En Italia, igualmente, Cass. 8 de junio de 1965, Foro Italiano, 1966, II, p. 312.

ventajas que el traficante de influencias puede beneficiar. En su artículo 433-1 (artículo 178 CP precedente) se mencionan "distinciones, empleos [...] o toda otra decisión favorable".

Por todas estas razones hay que comprender la expresión "cualquier otra ventaja" en el sentido de comprender tanto beneficios patrimoniales como no patrimoniales[12], pero que impliquen una utilidad apropiada para que el agente convenga en recibirla o aceptarla como objeto de la promesa de parte del tercero.

b. Bien jurídico

Como se desprende de todo lo expuesto anteriormente, los sentidos en que se ha considerado que deben ser corregidas la imprecisiones del texto o completadas sus lagunas solo son propuestas de cómo —desde nuestra perspectiva— debe escogerse uno de los posibles sentidos para atribuirle un contenido. Dichas proposiciones están determinadas por criterios de valor (por ejemplo, justicia, oportunidad, probidad en el ejercicio de un cargo público, debido funcionamiento del sistema de control penal). Estos criterios se ponen en evidencia, por ejemplo, cuando se fija cuál es el bien jurídico que se protege mediante la represión del delito previsto en el artículo 400.

En la doctrina comparada[13] —basada en legislaciones diferentes aunque con rasgos comunes— la determinación del bien jurídico protegido ha dado lugar a una discusión profunda y aún persistente. En realidad, se trata de precisar cuál de los aspectos de la Administración pública es el concernido. Algunos han sostenido[14] que se tutela su prestigio ante el hecho de que el delincuente hace aparecer falsamente al funcionario como corruptible. Otros, considerando que se trata de una *vendita di fumo,* afirman que el bien protegido es el patrimonio del tercero[15]. Del mismo modo, se ha sostenido que se tutela el buen y transparente funcionamiento de la administración pública[16].

12 Rojas Vargas, *Delitos contra la administración Pública,* cit., p. 367.

13 Semeraro, *I delitti di millantato credito e traffico di influenza,* 2000, pp. 23 y ss.

14 Manzini, *Trattato di diritto penale italiano, Die delitti contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia,* 1950, t. V, p. 535; Riccio, *Millantato credito. Novissimo Digesto italiano,* cit., 1964, p. 695.

15 Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale II,* Ed. De L. Conti., Giuffrè, 1995, p. 371.

16 Pedrazzi, "Millantato credito: trafic d'influence, influence peddling", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1968, p. 968; Tagliarini, "Millantato crédito", en *Enciclopedia del diritto,* Milano, Giuffrè, 1976, t. XXVI, p. 316.

Para pronunciarse sobre esta cuestión es indispensable tener en cuenta el contexto legislativo y constitucional en el que se ha regulado el comportamiento previsto en el artículo 400. El primer paso consiste en analizar su ubicación en la parte especial del Código Penal. Como ya lo hemos señalado, el legislador ha abandonado el criterio —vigente aún en el Código Penal derogado— de considerar el delito analizado como un caso de atentado contra el patrimonio (a título de delito de estafa). Lo ha ubicado en el título XVIII (sobre delitos contra la Administración pública). Dicho título está constituido por cuatro capítulos, de los cuales los dos primeros clasifican los delitos según sean cometidos por particulares o funcionarios. Como ya lo hemos destacado, el delito previsto en el artículo 400 ha sido insertado entre los últimos, a pesar de que las personas que participan necesariamente son particulares o deben obrar como tales.

Como lo indica la designación del título XVIII, en principio, habría que considerar que el comportamiento en cuestión constituye, en general, un atentado contra la Administración pública, ataque que, por no preverlo el tipo legal, no necesita producir un resultado física y temporalmente separado de la acción.

Ahora bien, veamos qué sucede respecto a las diversas hipótesis previstas en el artículo comentado. Si el agente invoca influencias reales, significa que tiene la capacidad, es decir, el poder efectivo de influir sobre el funcionario; si, además, su ofrecimiento de interceder ante este es serio, se puede admitir que este comportamiento podría afectar el funcionamiento de la Administración pública, en particular si el funcionario o servidor público conoce el caso. El aspecto estrictamente concernido sería el proceso de la toma de decisiones por parte de los órganos de la Administración pública.

No se puede sostener lo mismo en el caso de que el funcionario o servidor público haya conocido el caso, pues ya no depende de él cómo continuará desarrollándose el proceso judicial o administrativo. Esta hipótesis supone, más bien, que quien otorga la ventaja o la promete ignora realmente el estado en que se encuentra su caso, o que haya sido engañado por el agente. En ambas situaciones, no es más la marcha o el funcionamiento de la Administración pública (el proceso de tomar decisiones) lo que es comprometido, salvo que se suponga que dicho funcionario puede aún, de alguna manera, influir sobre los actos del funcionario que en su lugar tendrá a su cargo el proceso. De lo contrario tendría que pensarse que el objetivo del legislador, en cuanto a esta hipótesis, es proteger el prestigio del funcionario y, por tanto, el de la administración a la que pertenece.

Con mayor razón es posible negar que dicho efecto puede producirse cuando el agente simula influencias, lo que implica un engaño o fraude e, igualmente, que su oferta de interceder no es seria porque carece de capacidad real para influir en la decisión del funcionario o servidor público, y menos aún cuando este ya no conoce más el caso. Si algún lejano peligro para el funcionamiento correcto de la Administración pública podría aún imaginarse en la hipótesis del párrafo precedente, la creación de este peligro resulta muy poco probable. Más aún, en esta perspectiva resulta poco verosímil que la acción sea adecuada para perjudicar la Administración pública.

De todo esto no se puede deducir que el artículo 400 contradiga al principio de lesividad[17], pues hay que admitir que de alguna manera los comportamientos descritos en el tipo legal tienen que ver con el funcionamiento de la Administración pública[18]. El vínculo está dado por el hecho de que la Administración pública requiere gozar de la confianza de los administrados para desarrollar normalmente y con transparencia sus actividades, en beneficio del tratamiento igual de todos los que recurran a ella o estén sometidos a sus órganos. Invocar influencias —reales o simuladas— con el ofrecimiento —serio o no— de interceder ante un funcionario o servidor público supone hacer comprender al tercero que este es corruptible, y de esta manera se menoscaba la credibilidad de la Administración pública. Este hecho ha sido considerado por el legislador como un factor que puede crear un ambiente desfavorable para el buen funcionamiento de la administración, en especial del proceso de toma de decisiones. Así, en esta perspectiva se puede afirmar que se trata de un delito de peligro abstracto.

Otra cuestión es saber si todas las hipótesis previstas en el artículo 400 son propias para crear dicho peligro de un modo tal que sea justo recurrir al derecho penal para reprimir a los responsables. La respuesta solo puede ser afirmativa, sin duda, cuando las influencias invocadas sean reales, ya que el agente tiene la capacidad de ofrecer con seriedad interceder ante el funcionario y, llegado el caso, de hacerlo realmente (de suceder así se podría configurar aun otro delito contra la Administración pública).

17 En relación con el derecho español, cfr. Cugat Mauri, *Las desviaciones del interés general el tráfico de influencias*, 1997, pp. 240 y ss., y la bibliografía ahí citada.

18 Es interesante indicar que en una reciente sentencia de la sala de casación penal de la Corte Suprema de Colombia, del 19 de marzo de 2002, se afirma que el tráfico de influencias (ahora, caso agravado de estafa) "sigue considerándose punible por el legislador [en el nuevo Código Penal], es lesiva y merece reproche, por afectar preponderantemente el bien jurídico del patrimonio y en otro plano los bienes jurídicos de la administración pública y la administración de justicia".

Por el contrario, la respuesta es negativa en los casos en que se trata de influencias simuladas. Aquí el peligro de perturbar de manera efectiva la decisión de parte de un funcionario o servidor público se presenta muy lejano, más aún si el ofrecimiento de interceder es completamente vacuo, en razón, precisamente, de la ausencia de poder para influir sobre el funcionario. Respecto a esta segunda hipótesis, el artículo 400 prevé de manera muy amplia un delito de peligro abstracto, lo que lleva —conforme al criterio de la *ultima ratio*— a plantear la cuestión, por un lado, de si es correcto de reprimir, como lo ha hecho el legislador peruano, todos los casos previstos en el artículo 400 y, por otro, si no debería hacerlo, como nosotros lo creemos. En las hipótesis en que no existe la posibilidad de que el agente interceda ante el funcionario o servidor público para influir en sus decisiones. Hacerlo constituye una violación del principio de que solo debe recurrirse al derecho penal cuando un bien jurídico fundamental es perjudicado o puesto en peligro de manera significativa.

Tratar de impedir la aplicación del artículo 400 calificándolo globalmente como contrario a la Constitución o a los principios de lesividad o de proporcionalidad de penas no es del todo correcto por no ser cierto respecto a todo su contenido. Si los jueces ejercieran realmente su poder, podrían al menos no aplicar el artículo 400 respecto a los casos insignificantes por no representar un peligro serio para el funcionamiento de la Administración pública (reducción teleológica del tipo legal).

7. Dificultades relativas a la participación delictuosa

a. Intervención necesaria del tercero

Su deficiente redacción, su equivoca ubicación sistemática y su imprecisa terminología han dado lugar a numerosas y diversas opiniones respecto al papel atribuido al tercero que interviene en la comisión del delito. Materialmente, este debe realizar el acto que constituye la contrapartida de los verbos típicos *recibir, hacer dar o hacer prometer* una ventaja para el agente mismo o para un tercero (no necesariamente el funcionario o servidor público concernido).

Mediante su comportamiento, el tercero hace que el accionar del agente se consume, de modo que su intervención es indispensable para la realización completa del delito. Se trata, pues, de un delito plurisubjetivo, en el sentido de que —conforme al texto legal— su realización no puede producirse sin la participación de dos o más personas. Esta manera de concebir la realización

del delito es utilizada por el legislador en el Código Penal de diferentes modos y con diversos objetivos.

Por ejemplo, el delito previsto en el artículo 315 solo puede tener lugar si un número indeterminado de personas se reúnen de manera tumultuosa y cada una es autor, aun cuando ellas mismas hayan sido objeto de violencia sobre sus personas. Por el contrario, en el caso de la estafa (artículo 196), si bien el delito requiere la participación de quien sufre el prejuicio patrimonial —motivada por el comportamiento fraudulento del estafador—, solamente este es reprimido como autor de estafa, mientras que quien actúa bajo la influencia del engaño es la víctima del delito.

La estructura del delito previsto en el artículo 400 es casi la misma que la del delito de estafa, sobre todo en las hipótesis en que el agente simula influencias y, por tanto, no puede ofrecer seriamente interceder ante el funcionario o servidor público. La similitud es casi perfecta cuando la ventaja dada o prometida constituye un bien patrimonial. Por ello, conforme al Código Penal de 1924, se reprimía este tipo de comportamiento como un caso de estafa (influencia mentida, artículo 244) y defraudación "con pretexto de supuesta remuneración a los jueces o empleados públicos" (artículo 245.8)[19].

No es el caso, por el contrario, cuando el agente alega influencias reales y el tercero, sabiendo que efectivamente es así, consciente y voluntariamente concede la ventaja confiando en que el ofrecimiento del agente de interceder ante el funcionario o servidor público es serio. Su intervención no puede ser comparada ni con la de quienes participan en reunión tumultuosa (no son considerados como autores al mismo título que el agente que recibe ventaja alegando influencias) ni con la de quien es engañado en caso de la estafa porque no es víctima sino, más bien, potencial o real beneficiario del ofrecimiento del agente.

El legislador no ha establecido expresamente si y cómo el tercero debería ser considerado penalmente responsable; como lo hace, por ejemplo, en el caso del delito de matrimonio ilegal. La ejecución de este delito implica la participación necesaria de dos individuos. ¿Qué responsabilidad penal atribuirles? Si ambos son casados no hay problema, ya que realizan en conjunto el delito

19 En el Código Penal vigente ha sido previsto el antiguo tráfico de influencias (artículo 147) como un caso agravado de estafa. En la sentencia del 19 de marzo de 2002 de la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, se afirma: "la conducta ontológica consistente en invocar influencias reales o simuladas con el pretexto o con el fin de obtener de un servidor público un beneficio en asunto que este se encuentre conociendo o haya de conocer, fue recogida bajo el *nomen iuris* de estafa agravada por los artículos 246 y 247 del nuevo Código Penal".

y, por tanto, cada uno es autor (no coautores). Si el varón es casado y oculta a la mujer su estado civil, será reprimido conforme al artículo 139, párrafo primero. Pero si se trata de una soltera, que actúa de buena fe o engañada por el varón, queda impune a pesar de que sin su intervención el delito no hubiese sido consumado. El engaño, conforme al párrafo segundo de esta disposición, constituye una circunstancia agravante. En cambio, si hubiera actuado sabiendo que el varón era casado y si, hipotéticamente, imaginamos que el legislador no hubiese regulado este caso, habría sido indispensable determinar si y cómo reprimirla. No hubiera sido posible considerarla autora del delito porque no reúne la condición de casada. La cuestión se hubiese tenido que plantear en el nivel de la participación delictuosa secundaria o accesoria. El legislador ha respondido de manera expresa previendo que esta conducta será reprimida a condición de que se contraiga el matrimonio sabiendo que el otro contrayente es una persona casada.

Como el legislador ha omitido regular de manera explícita la situación respecto al artículo 400, se puede, sin embargo, sostener que el tercero —por la manera en que se individualiza al agente— no puede ser considerado autor individual ni coautor. La coautoría supone un acuerdo previo, el *animus autoris* de cada participante y el dominio de hecho de la realización de la infracción. Estas condiciones no pueden darse en el caso analizado. Sin embargo, queda abierta la cuestión de si podría responsabilizarse al tercero de acuerdo con las reglas de la participación secundaria (instigación o complicidad).

b. Instigación

Según el artículo 24, es instigador quien, consciente y voluntariamente, determina a otro a cometer un hecho punible de manera que mediante sus actos debe hacer que el instigado realice el comportamiento delictuoso concreto. Poco importa —salvo casos graves de violencia— el medio que utilice el instigador. El aspecto decisivo es que cree las circunstancias apropiadas para que el tercero decida pasar a la ejecución del delito. También lo es que quiera la comisión de la infracción, infracción que debe ser ejecutada con intención por el instigado. Evidentemente, la persona que ya está decidida a cometer el hecho delictuoso concreto proyectado por el "instigador" no puede ser instigado. Por el contrario, un delincuente a sueldo, en principio dispuesto a cometer delitos por recompensa, puede ser convencido para que cometa un crimen determinado[20]. Lo mismo puede acontecer con quien hace de la corrupción de funcionarios el medio para beneficiarse personalmente. El

20 Hurtado Pozo, *Nociones básicas de derecho penal de Guatemala,* cit., 2000, p. 548.

factor decisivo es, como dice la ley (artículo 24), "el hecho punible" (concreto). De no admitirse este criterio, para evitar la represión —cuando no se está dispuesto a ejecutar personalmente el delito— bastaría con dirigirse a uno de estos personajes para hacer que lo cometa.

En el caso del artículo 400, y en relación con la intervención del tercero interesado en que se ejerza influencia sobre el funcionario o servidor público, el análisis de si este funcionario puede actuar o no como instigador depende mucho de la manera en que se comprende la descripción del comportamiento contenida en dicha disposición. Así, si se entiende que el comportamiento consiste siempre y únicamente en la secuencia de —primero— invocar influencias, —segundo— ofrecer interceder y —tercero— decidir al tercero a, por ejemplo, entregar una dádiva, resultará difícil admitir que la iniciativa proviene del tercero con la finalidad de persuadir al agente a realizar el delito previsto en el mismo artículo 400. Dicho de otra manera, si se considera que el verbo principal es *invocar,* no es admisible que el tercero persuada, convenza al agente para que este invoque ante el mismo tercero influencias reales o simuladas y que le ofrezca interceder ante el órgano de la Administración pública ("invoca ante mí, ofréceme interceder y persuádeme de que te dé una ventaja cualquiera"). Aun cuando la comparación no es del todo correcta, por razones prácticas se puede decir que sería como admitir, en el ejemplo de la estafa, que la persona estafada pueda persuadir al delincuente para que la engañe.

En cambio, si constatamos, primero, como lo hemos planteado, que el comportamiento delictuoso está individualizado por los verbos *recibir, hacer dar o prometer,* y que la descripción del comportamiento delictuoso en el tipo legal comprende también los casos en que los participantes necesarios (agente y tercero) actúan con simultaneidad, de modo que se influyen recíprocamente, luego podríamos afirmar que los hechos revestirían la forma de una negociación en la que, por ejemplo, quien está en posición de ejercer influencia sobre un órgano de la Administración pública trata con la persona interesada en que se resuelva favorablemente para sí un caso judicial, y le sugiere que tal vez pueda interceder ante el juez que conoce el caso, ocasión en que ambos exponen lo que pueden hacer, uno para influir y el otro para compensar, hasta que logran ponerse de acuerdo, y concluye con la acción de recibir, hacer dar o hacer prometer una ventaja.

Vistas las cosas en esta perspectiva (diferente a la que se tiene cuando se trata de invocar influencias simuladas), se trataría, en buena cuenta, de un conjunto de actos destinados a torcer la marcha de la Administración pública. La coincidencia de las voluntades del agente y del tercero no se debe a que el

agente persuade a este último a dar la ventaja, ni a un acuerdo previo propio de la participación en coautoría, sino a la influencia del tercero sobre el agente para que este se decida (instigación) o para reforzar su decisión delictuosa (complicidad psíquica o intelectual). En caso de lograrse que, por ejemplo, el juez dicte la resolución buscada, esto puede constituir, según las condiciones concretas, un caso de participación en la infracción especial consumada (corrupción, cohecho, por ejemplo), circunstancia en que se presentaría una cuestión de concurso de delitos.

Así, de no tener lugar, por diversas razones, el acto judicial o administrativo esperado por el tercero interesado, puede admitirse —de acuerdo con los hechos indicados y con las diferentes hipótesis comprendidas en el artículo 400— que este último ha propiciado que el agente alegue, explique qué influencias puede ejercer para ayudarlo y que le prometa interceder en su favor y, así, obtenido que acepte recibir la ventaja que está dispuesto a darle o prometer a un tercero. Esta interpretación es factible y admisible, como lo hemos subrayado, en razón de que el legislador ha redactado el tipo legal con la finalidad de comprender los diversos casos de tráfico de influencias y permitir la represión, debido a que resulta más fácil probar los hechos.

c. Complicidad

En esta perspectiva, es posible, asimismo, sostener que el tercero puede ser responsabilizado a título de complicidad, en caso de no haber ido tan lejos en su intervención, como en el ejemplo dado, de manera que pueda configurarse la instigación. Esto se explica por el simple hecho de que sin su colaboración no se hubiera cometido el delito (artículo 25), intervención voluntaria que debe hacerse sabiendo que se contribuye a que se cree la situación de peligro, y que implica la posibilidad de que el agente influya indebidamente en el funcionario o servidor público. Así, esta argumentación concierne a los casos en que se trata de influencias reales en oposición a los casos de influencias simuladas. La responsabilidad a título de complicidad es facilitada porque esta puede ser de orden material o intelectual. En cuanto a esto último, mediante su contribución estimula la decisión del agente y así contribuye a la realización del delito.

d. Aspecto subjetivo

En el aspecto subjetivo, la complicidad y la instigación son comportamientos dolosos, conforme a las exigencias expresas de la ley (artículos 24 y 25).

El instigador debe tener tanto el dolo de instigar como el de que el instigado ejecute el comportamiento delictivo[21]. En los dos niveles, el instigador puede incurrir en un error sobre los elementos del tipo legal objetivo[22], caso en el que desaparecería la intención y, por tanto, no se daría la instigación. Sin embargo, dada la manera en que está estructurado el tipo del artículo 400, resulta difícil imaginar que, por ejemplo, quien busca ayuda ante quien tiene el poder de influir sobre un funcionario no sepa que sus actos (propuestas, pedido, acuerdo) no empujan a aquel a aceptar el donativo o la promesa de una ventaja para sí o para otro.

Ser consciente de lo que se hace o de su significación es importante en el nivel de la culpabilidad, ya que puede influir en la formulación del reproche que se hace al agente de no haber actuado conforme a derecho teniendo la capacidad de hacerlo. En este nivel lo importante es saber si el imputado tenía razones suficientes para creerse con derecho a actuar de la manera como lo hizo (error sobre el carácter ilícito del acto típico)[23]. Como en principio sabe que su comportamiento es contrario a derecho, puede acontecer que crea actuar bajo la protección de una circunstancia de justificación (legítima defensa, estado de necesidad, acto permitido u ordenado por la ley, etc.). No es suficiente, por el contrario, el hecho de que se trate de un comportamiento frecuentemente permitido y tolerado (no reprimido eficazmente) para creer que ha dejado de ser ilícito, sobre todo, cuando en la realización de la infracción está comprometida una persona que forma parte del aparato estatal que, por su función, debería hacer respetar los mandatos del ordenamiento jurídico (el hecho de que los "pillos" tengan la vía libre no significa que todos pueden contribuir a que cometan sus fechorías y a aprovecharse de ellas).

e. Represión del tercero como participante secundario

Ahora bien, aun cuando sea posible poder calificar de instigación o complicidad la intervención del tercero, queda abierta la cuestión de si el legislador ha admitido o excluido su represión en tanto que partícipe.

Cualquiera que sea la manera en que el delito ha sido descrito en la ley, los autores han respondido de modo diferente a esta cuestión. Así, se puede afirmar que el texto legal, aunque base del principio de la legalidad, no im-

21 Hurtado Pozo, *Droit pénal. Partie générale*, Zürich. Schulthess, 2002, t. II, pp. 802 y ss.

22 Hurtado Pozo, *Droit pénal. Partie générale*, cit., 2002, pp. 221 y ss.

23 Hurtado Pozo, *Droit pénal. Partie générale*, cit., 2002, pp. 536 y ss.

pone una sola respuesta, sea afirmativa o negativa. Esta constatación es, en realidad, superflua, ya que constituye una simple confirmación de lo que es la interpretación de la ley.

Se afirma la impunidad del tercero, al considerar que los actos de este y del agente deben ser valorados de modo distinto, y que, en realidad, lo realizado por el tercero no afecta al bien jurídico protegido. Por tanto, solo el agente merece ser reprimido penalmente. Esta puede haber sido la percepción del legislador. Este argumento constituye, en buena cuenta, una consecuencia del principio de la legalidad (artículo 1) y, a veces, es reforzado al destacarse que la instigación no se da o, al menos, puede no darse en la medida en que aparece coherente "con la struttura della norma, incardinata sulla nota modale della millanteria"[24]. Esta opinión es admisible de acuerdo con la manera en que el delito ha sido tipificado en el artículo 346, párrafo 1 del CP italiano (al cual se refiere la opinión citada), en la medida en que *millanteria* implica hasta cierto punto un comportamiento fraudulento (jactarse, vanagloriarse, farolear de tener influencias). De este modo, se acerca, en cierta manera, al actuar del estafador. Por lo tanto, es admisible que en este contexto se niegue la posibilidad de que se dé la instigación. Pero este no es el caso del artículo 400 CP peruano, sobre todo en la hipótesis en que el autor, por ejemplo, recibe una ventaja y para lo cual invoca (alega, manifiesta tener) influencias reales, así como tiene el propósito firme de interceder ante el funcionario que debe decidir.

Respecto al criterio de la impunidad basada en la aplicación del principio de legalidad, hay que destacar que ciertos autores que rechazan que se aplique de manera general y absoluta a todos los delitos plurisubjetivos. Proponen[25], por el contrario, que se tenga en cuenta la *voluntas legis,* es decir, mediante la verificación de si dicha impunidad corresponde o no a la finalidad de la norma. Con este objetivo se deberá tener en cuenta si lo realizado por el partícipe es solo el mínimo requerido para que se consuma la infracción (entregar el dinero solicitado por el delincuente) o si su comportamiento va más allá de este límite legal[26]. En este sentido, el hecho de que el tercero intervenga de

24 Di Martino, *La pluralità soggettiva tipica. Una introduzione. L'indice penale,* vol. IV, N.º 1, 2001, p. 164.

25 Es el caso de Antolise, *Manuale di diritto penale. Parte speciale II,* cit., p. 497, aunque niega la instigación en caso de la millanteria conforme al derecho italiano.

26 En la doctrina —en particular en la alemana— se discute el problema respecto a la noción de Mindestmitwirkung, cfr. Roxin 2003: § 26 N.º 50 y ss. También se habla de rollenüberschreitende Teilnahme, cfr. Jakobs 1991: 24/12.

manera más consecuente y decisiva justifica que se aplique la regla referente a la instigación.

Asimismo, se sostiene, por un lado, que teniendo en cuenta que el delito reprimido es la "venta de humo", el tercero (comprador de humo) es la víctima del delincuente y, en consecuencia, no debe ser reprimido[27]; por otro lado, negando que el tercero sea víctima, ya que participa en el perjuicio del bien jurídico, se preconiza su impunidad por razones de política criminal, en particular, para permitir que sea el mismo tercero quien denuncie al delincuente[28] (una especie de derecho penal premial).

Estos criterios, tradicional y ampliamente expuestos en la doctrina, han sido fuertemente cuestionados debido a su falta de concordancia con la ley y al carácter apriorístico de las afirmaciones expresadas[29]. Así, respecto a nuestra ley, resulta simplista afirmar que en todos los casos considerados en el artículo 400, el tercero sea la víctima del delincuente, por ejemplo, cuando se sabe que aquel tiene el poder de influir en el funcionario y está dispuesto a obtener la intervención más favorable para sí, cualquiera sea la contraprestación. Como lo hemos sugerido, se está casi ante un caso de "negocio delictuoso", en el que el tercero actúa "como promotor del tráfico de influencias" en la medida en que es él quien demanda la intervención del delincuente y es el potencial beneficiario. Ambos se colocan en el mismo plano, lo que hace posible y hasta conveniente reprimir al tercero[30]. Lo mismo no puede sostenerse, con igual énfasis, cuando las influencias alegadas son falsas y en la medida en que el ter-

27 MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano, Die delitti contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia,* cit., pp. 544 y ss.

28 Defendida también respecto a delitos más graves. Cfr. LEONE, "Punti fermi e punti in discussione della prossima riforma del codice penale italiano", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1966, p. 16.

29 No existe unanimidad, por ejemplo, en la doctrina italiana (salvo que solo se tengan en cuenta los criterios tradicionales, error en el que incurre ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración Pública*, cit., p. 439). Por ejemplo, FIANDACA y MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 238, n. 22 y TAGLIARINI, "Millantato crédito", en *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 332, se manifiestan a favor de la represión del tercero. En España, cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, "Artículo 428", en Cándido PUMPIDO FERREIRO, 1997, t. III, p. 4041; CUGAT MAURI, *Las desviaciones del interés general el tráfico de influencias*, Cedecs, Barcelona, 1997, p. 244, quien cita a MORILLAS y PORTILLA s. d.: t. XVI, p. 241. Según estos últimos, la persona a la que se solicita la remuneración o bien la que efectúa una promesa es cooperador o inductor, pero no autor, ya que según el Código Penal español, solo se reprime el "tráfico pasivo".

30 PEDRAZZI, "Millantato credito: trafic d'influence, influence peddling", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1968, p. 937. Cfr. TAGLIARINI, "Millantato crédito", en *Enciclopedia del diritto*, cit., pp. 316, 332.

cero es engañado. En estos casos, es posible considerarlo —dentro de ciertos límites, y a semejanza de lo que sucede respecto al estafado— una víctima del delito, por lo que no puede ser reprimido en estos casos como partícipe.

También se ha argumentado, en relación con tipos legales como los del artículo 400, que tratándose, en realidad, de actos preparatorios reprimidos como delitos autónomos son inadmisibles la instigación y la complicidad. El punto de partida de esta afirmación es que, en principio, los actos preparatorios son impunes porque solo se deberían reprimir cuando se ha comenzado a ejecutar el delito (definición legal de la tentativa) por razones de política criminal y prácticas. Por su carácter ambiguo, en los actos preparatorios aún no es posible constatar, con seguridad, la voluntad criminal del autor.

Debido a la necesidad de combatir ciertas formas graves de delincuencia, desde hace unas décadas se tiende a castigar los actos preparatorios en forma limitada[31]. Se utilizan dos técnicas legislativas, una que propugna que se prevea una disposición en la parte general del Código Penal (como en el caso de la tentativa, instigación, etc.) y otra que —alegando mayor seguridad jurídica— prefiere que se establezca una o diversas disposiciones en la parte especial. Fuera de esta discusión, lo cierto es que en todo tiempo se ha extendido la represión a situaciones que solo constituyen actos preparatorios o tentativa respecto a otros delitos ya previstos en la ley penal.

Cabe citar como ejemplos los delitos de tráfico de drogas y terrorismo. Respecto a ellos, ciertos casos claros de comportamientos que constituyen la preparación de la ejecución de reales actos de terrorismo o tráfico son equiparados a la consumación de estos. Así, en el artículo 296, párrafo segundo, se sanciona a quien comercializa materias primas o insumos destinados a la elaboración de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, cuya fabricación o tráfico son reprimidos en el primer párrafo de la misma disposición. Entre los delitos tradicionales es oportuno señalar el caso de aquellos contra la fe pública, respecto a los cuales se reprimen los actos preparatorios como fabricar, introducir, conservar "útiles o instrumentos, destinados a la falsificación de [...] cualquier especie valorada" (artículo 439).

Tratándose de modificaciones de las reglas sobre el proceso ejecutivo del delito en el sentido de desplazar el límite entre los actos impunes (actos preparatorios) y los punibles (desde que el accionar importa el inicio de la ejecución del delito), es claro que no pueden aplicarse dichas reglas a los casos de actos preparatorios elevados a la condición de delitos independientes. Esto se dedu-

31 Hurtado Pozo, *Droit pénal. Partie générale*, cit., 2002, pp. 645 y ss.

ce tanto de la ley como de la definición misma de actos preparatorios: el hecho de realizar —conforme a una idea o plan delictuoso— actos de disposición de orden técnico o de organización de tal naturaleza y amplitud que indican que el agente se alistaba a comenzar la ejecución del delito (siguiendo el artículo 260bis CP suizo). Se trata de una etapa previa a la tentativa, por lo que es excesivo y contrario a la sistemática misma del Código afirmar que se reprime el hecho de "comenzar la ejecución" de actos preparatorios.

En cuanto a la participación secundaria (instigación, complicidad), los autores no son contestes. Algunos sostienen que, en este caso, los partícipes deben permanecer impunes porque se trata de formas lejanas de intervención[32]. Otros afirman que deben ser reprimidos debido a que, a diferencia de lo que sucede respecto al proceso de ejecución del delito, el estatuir la represión —excepcional— de actos preparatorios en nada influye sobre la regulación legal relativa a la participación delictuosa[33].

No existe, al menos en nuestro derecho —aunque tampoco en otros—, razón de política criminal ni de interpretación legal que excluya necesaria y de manera general la aplicación de las disposiciones sobre instigación y complicidad. De lo contrario, habría que aconsejar que para evitar ser reprimido por falsificación de especies valoradas, lo inteligente es, por ejemplo, limitarse a proporcionar los fondos para que se fabrique o importen instrumentos que serán utilizados para falsificar dichas especies, ya que solo se podría reprimir a quien comete el "acto preparatorio" de fabricar o importar dichos instrumentos (artículo 439). Este no puede haber sido el fin de política criminal del legislador.

La aplicación de estos criterios al delito previsto en el artículo 400 depende de que se afirme o rechace que prevé también un caso de "actos preparatorios, reprimido a título de delito autónomo con el fin de extender el límite de la punibilidad de los actos tendientes a realizar un delito contra la administración pública. Al respecto hay que considerar que los comportamientos reprimidos en el artículo 400 no se encuentran en relación, por ejemplo, con los delitos de corrupción de funcionarios, de la misma manera en que vinculados los actos reprimidos en el artículo 439 respecto a los delitos contra la fe pública. Fabricar o introducir instrumentos "a sabiendas" de que son útiles para la falsificación es uno de los medios para ejecutar uno de los delitos de falsificación. Es decir, el comportamiento reprimido por el artículo 400 no está en relación de medio a fin con la corrupción del funcionario. Esto es claro sobre todo en las hipótesis en que se invocan influencias simuladas, debido a que el agente no tiene capa-

32 Stratenwerth 2000: § 40 N.º 14; Schwenter 1983: 297.

33 Baumgartner 2002: artículo 260bis, N.º 17.

cidad de interceder ante el funcionario o servidor público, aún más cuando el mismo ofrecimiento de interceder ante estos no es posible. Cuando el agente invoca influencias reales tampoco se puede afirmar que el comportamiento del agente sea siempre una etapa de la ejecución del delito contra la Administración pública (corrupción, cohecho, etc.), en la medida en que el agente no debe necesariamente tener el designio de cometer uno de estos delitos. Y menos aún, en las hipótesis en que el funcionario (el blanco del ofrecimiento de interceder del agente) ya no conoce el asunto en el que el tercero tiene interés. El funcionario ya no puede resolver el caso en favor de los intereses del tercero, salvo que se imagine que puede servir de intermediario para influir sobre el funcionario que después de él conoce el asunto. Sin embargo, en este caso se está lejos de una relación directa de medio a fin.

En el caso de que una vez consumado el delito del artículo 400 (por ejemplo, recibida la dádiva) el agente que ha simulado tener influencias o que estaba decidido a no interceder, a pesar de tener realmente poder de influir sobre el funcionario, procede a corromper a este último para obtener la decisión querida, y evitar así una eventual denuncia de parte de quien entregó la dádiva, incurre en dos delitos en concurso real heterogéneo. El segundo delito (corrupción) tiene lugar después de que se ha consumado el primero (conforme al artículo 400).

En este sentido, y dentro de los límites indicados, el delito previsto en el artículo 400 no es uno de los casos excepcionales en que el legislador tipifica actos preparatorios como delitos independientes. Por tanto, las reglas sobre la participación secundaria son aplicables debido a que no son incompatibles[34] con la manera en que el legislador ha regulado, en el artículo 400, al menos en el caso de influencias reales, el comportamiento incriminado.

Otra cosa es que para reprimir al instigador o al cómplice, cuando se trata de un delito "acto preparatorio", sea necesario que este sea consumado, y que no basta, como en el caso de todos los demás delitos, que el agente haya, al menos, iniciado la ejecución del delito. La razón es, precisamente, que la tentativa es imposible en caso de delitos que constituyen en sí "actos preparatorios".

8. A manera de conclusión

La interpretación, como proceso de atribución de un sentido a una disposición legal, tiene como punto de partida y contexto el texto legal. Por esto,

34 Cfr. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale II*, Ed. De L. Conti., Giuffrè, 1995, p. 541.

desde la elaboración de este se debe prestar particular atención a la manera en que se va expresar el mandato legal. Con conciencia de la "natural" imprecisión del lenguaje, se debe tratar de utilizar términos apropiados, redactar de manera adecuada y describir de manera simple los actos y situaciones reguladas. El artículo 400 CP Perú constituye un ejemplo claro de cómo no deben redactarse las disposiciones legales.

A la imprecisión del lenguaje hay que agregar el hecho de que la vida social es mucho más fecunda en la producción de comportamientos y relaciones que la imaginación del más previsor de los legisladores. Así, la comprensión de la norma y la determinación de los hechos que se han de juzgar no corresponden al tradicional silogismo jurídico, utilizado para explicar la aplicación de la ley a un caso concreto. El deficiente entendimiento del artículo 400 —como si previera un solo comportamiento delictuoso— muestra el descuido con el que son analizadas este tipo de disposiciones legales. No se trata de un tipo de tráfico de influencias, sino de varias formas puestas en el mismo nivel de represión.

La comprensión de la disposición legal no puede limitarse a la simple delimitación del significado literal de las palabras y frases empleadas en su redacción. Su imprecisión no debe llevar a no prestarles la debida atención. Hacerlo conduciría a un anarquismo político que negaría la existencia misma de las normas. Estas existen y, a pesar de su ambigüedad y polisemia, constituyen el marco que todo intérprete debe respetar. La confusa redacción del artículo 400 y la imprecisa terminología empleada no pueden invocarse para negar su existencia y, por tanto, su aplicación. Al desmontar las diversas hipótesis que contiene, hemos podido constatar que unas son más criticables que otras, pero no que todas ellas sean contrarias a los principios fundamentales del derecho penal.

Las propuestas hechas para comprender el artículo 400 muestran que es indispensable recurrir tanto a criterios históricos como valorativos. Así, la determinación de la fuente legal de la regla establecida permite calar en la materia objeto de la regulación, lo que permite tanto percibir mejor el fin de política criminal perseguido como utilizar adecuadamente la doctrina foránea. Sin precisar qué normas de conducta se busca reforzar o qué intereses individuales o sociales se trata de proteger, resulta imposible escoger entre los diferentes sentidos posibles del texto legal cuál debe ser atribuido a este como su contenido más conforme a los criterios de justicia.

La modificación del artículo 400 es indispensable para respetar mejor el principio de legalidad. Pero no en la creencia de que se logrará establecer un

texto que delimite con claridad los comportamientos punibles, sino en la idea de que se debe establecer una base más apropiada para que el juzgador pueda argumentar mejor sobre la conveniencia de la solución interpretativa que plantea al condenar o absolver al procesado.

Sin embargo, la mejor comprensión de la ley, el adecuado esclarecimiento del sentido que le es atribuido, la justa apreciación de los intereses en conflicto son suficientes para la aplicación correcta de la disposición legal, es decir, para que los órganos competentes castiguen a los responsables y traten debidamente a los inocentes. La voluntad política de todo el aparato estatal es indispensable para que esto se haga realidad.

9. Bibliografía sucinta

ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di diritto penale. Parte speciale II*, Ed. De L. Conti., Giuffrè. 1995.

BAUMGARTNER, Hans, artículo 260bis, en Marcel Niggli/Hans Wigprächtiger, Kommentar. Strafgesetzbuch, Basel-Genf. 2002. [cit. BAUMGARTNER 2002: artículo 260bis, N.º 17]

CUGAT MAURI, Miriam, *Las desviaciones del interés general el tráfico de influencias*, Cedecs, Barcelona, 1997.

DI MARTINO, Alberto, *La pluralità soggettiva tipica. Una introduzione. L'indice penale*, vol. IV, N.º 1.

FERREIRA, Francisco José, *Delitos contra la administración Pública*, Temis, Bogotá, 1995.

FIANDACA, Giovanni y Enzo MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Reimpresión, Bolonia, Yunichelli, 1993.

HURTADO POZO, José, *Droit pénal. Partie générale*, t. II, Zürich. Schulthess, 2002.

HURTADO POZO, José, *Nociones básicas de derecho penal de Guatemala. Parte general*, Consejo del Poder Judicial, 2000.

JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2. Auflage, Berlín-Nueva York, 1991. [cit. JAKOBS 1991: 24/12].

LEONE, Giovanni, "Punti fermi e punti in discussione della prossima riforma del codice penale italiano", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1966.

López Barja de Quiroga, Jakobo, artículo *428*, en Cándido Pumpido Ferreiro, t. III, 1997.

Manzini, Vincenzo, *Trattato di diritto penale italiano*, t. V, Die delitti contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia. Turin. Unione Tipografico Editrice Torinese, 1950.

Pedrazzi, Cesare, "Millantato credito: trafic d'influence, influence peddling", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1968.

Riccio, P., *Millantato credito. Novissimo Digesto Italiano*, t. X, Bologna, 1964.

Rojas Vargas, Fidel, *Delitos contra la administración Pública*, Grijley, Lima, 2001.

Roxin, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre, 3.ª Ed., Münich, Beck, 2003. [cit. Roxin 2003: § 26 N.º 50 y ss].

Schwenter, Jean-Marc, *Des quelques problèmes réels ou imaginaires, posés par les nouvelles dispositions réprimant les actes de violence*, RPS (1983) 100, pp. 281 y ss. [cit. Schwenter 1983: 297].

Semeraro, Pietro, *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, Giuffré, Milano, 2000.

Stratenwerth, Günther, *Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil I*, 5.ª ed., Zürich, Stämpfli, 2000.[cit. Stratenwerth 2000: § 40 N.º 14].

Tagliarini, C., "Millantato crédito", en *Enciclopedia del diritto*, t. XXVI, Milano, Giuffrè, 1976.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, Trotta-Comunidad de Madrid, Consejería de Educación y Cultura, Madrid, 1995.

§ 14
DELITOS DE FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS

I
Delitos de falsificación de documentos y delitos informáticos*

Sumario: 1. Introducción. 2. Delito informático. 3. Sucesión temporal de normas. 4. Delito de fraude informático. 5. Delito de falsificación de documentos privados. 6. Delito de falsedad genérica.

1. Introducción

La realidad supera con frecuencia la imaginación. Por lo que resulta de mucho interés el analizar algunas situaciones desde la perspectiva del derecho penal. Son hechos que quizás nunca sean objeto de un pronunciamiento judicial, pero no dejan de tener consecuencias en el contexto en el que se presentan. Habiendo tenido ocasión de pronunciarnos sobre un caso parecido al que describimos en seguida, nos parece provechoso compartir algunas de las consideraciones que tratamos. Claro está, sin la pretensión de creer que las interpretaciones realizadas son siempre correctas o las únicas posibles.

---

* Versión elaborada en base de un informe jurídico relativo a: Informe sobre delito informático, falsedad documental, administración fraudulenta de personas jurídicas, defraudación genérica, Lima, octubre 2014.

Los hechos pueden ser resumidos, aunque de manera incompleta, como sigue: por la lectura de una serie de mensajes electrónicos, se constató que uno de los técnicos de la sección Informática ingresó, utilizando una clave perteneciente a un tercero, en la base de datos de la compañía y eliminó un documento digitalizado concerniente a un contrato de trabajo, reemplazándolo por otro en el que se había insertado cláusulas de penalidad inexistentes en el documento destruido.

En base del nuevo documento incorporado, se solicitó el pago de las penalidades indebidas. Las mismas que fueron canceladas por la compañía agraviada. Los representantes de esta al enterarse de la falsificación de documentos, debido a una copia fotostática simple del documento reemplazado, y de la manipulación de la base de datos informáticos denunciaron los hechos.

Estos hechos aparecen como una operación organizada y planeada por quienes se favorecerían económicamente. En la que intervinieron quienes elaboraron el documento digitalizado con las cláusulas de penalidad, penetraron en la base de datos y manipularon los documentos informatizados, así como quienes exigieron el pago de dichas penalidades en su favor.

Mediante este procedimiento global y fraudulento, comprende, de esta manera, diversas acciones parciales de relevancia penal: la elaboración de contratos de locación de servicios falsos; el acceso indebido a una base de datos informática; la alteración de esta base de datos mediante la supresión de datos informáticos y la inserción de otros nuevos, y los requerimientos maliciosos de que se hagan efectivas las cláusulas de penalidad.

2. Delito informático

Para comprender mejor en qué consisten los delitos informáticos de acuerdo con nuestra legislación, conviene tener en cuenta la evolución legislativa de su regulación en nuestro país. De acuerdo con el texto original del artículo 207-A, se reprimía a quien:

> "[U]tiliza o **ingresa** indebidamente a una base de datos, sistema o red de computadoras o cualquier parte de la misma, para diseñar, ejecutar o alterar un esquema u otro similar, o para interferir, interceptar, **acceder** o copiar **información** en tránsito o **contenida en una base de datos**, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de 2 años o con prestación de servicios comunitarios de 52 a 104 jornadas".

El hecho de introducirse en una base de datos, utilizando una clave que no está autorizado a emplear, realiza el tipo legal objetivo y es de índole contraria al

orden jurídico (por actuar contra la voluntad del derechohabiente). El término "acceder" no debe ser comprendido en el sentido de "entrar en un lugar", ya que implicaría entenderlo como si expresara lo mismo que "ingresar" (que es el verbo utilizado para indicar una de las formas del comportamiento delictuoso, "[e]l que [...] ingresa indebidamente a una base de datos"). "Acceder" debe, entonces, ser interpretado en el sentido de "llegar o alcanzar a conocer información"[1], contenida en datos informáticos. El autor se introduce en el sistema, penetra burlando las seguridades previstas por el titular del sistema. El comportamiento delictuoso es realizado cuando no existen más barreras informáticas que podrían seriamente impedirle tomar conocimiento de los datos informáticos[2].

Lo mismo hace con el tipo legal subjetivo, en la medida en que obra con dolo y la finalidad de suprimir y substituir datos informáticos, que debió ubicar y reconocer en la base de datos. Por lo que, necesariamente, tenía el propósito de "acceder" a la información, uno de los objetivos indicados en el artículo 207-A (propósito de "interferir, interceptar, **acceder** o copiar información en tránsito o contenida en una base de datos").

Si el autor obra "con el fin de obtener un beneficio económico", incurre en la agravante del segundo párrafo del artículo 207-A:

> "Si el agente actuó con el fin de obtener un beneficio económico, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de 3 años o con prestación de servicios comunitarios no menor de 104 jornadas".

De conformidad con el artículo 207-B:

> "El que utiliza, **ingresa** o interfiere indebidamente una **base de datos**, sistema, red o programa de computadoras o cualquier parte de la misma **con el fin de alterarlos**, dañarlos o **destruirlos**, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 3 ni mayor de 5 años y con 70 a 90 días multa".

---

1 Ver: Suárez-Mira Rodríguez, Carlos; Judel Prieto, Ángel y José Ramón Piñol Rodríguez, *Delincuencia informática. Tiempos de cautela y amparo*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 170 y 171. Ver: Meek Neira, Michael, *Delito informático y cadena de custodia*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2013, p. 80. Son interesantes los comentarios de este autor, pues trata de la legislación colombiana (artículo 269 CP) en la que el delito de acceso abusivo es descrito utilizando el verbo "acceder" y no ingresar.

2 Hurtado Pozo, José, *Droit pénal. Partie spéciale*, Schulthess, Zurich, § 36, N.° 1062, p. 319. Cfr. Meek Neira, Michael, *Delito informático y cadena de custodia*, cit., p. 81.

El tipo legal es realizado cuando: (i) se ejecuta uno de los comportamientos mencionados en el tipo legal; (ii) el objeto sobre el que se actúa es "una base de datos" y (iii) se tiene el propósito específico de alterar, dañar o destruir los datos (dice el texto legal, con el "fin de alterarlos, dañarlos o destruirlos [...]"). El móvil puede ser doble, por un lado, "acceder a la información" (artículo 207-A) y, por otro, "alterar la base de datos suprimiendo datos informáticos" (artículo 207-B). El hecho que estas sean efectivamente suprimidas (en el contexto determinado por la ley entonces vigente) solo hubiera implicado que hubiera incurrido en una circunstancia que debería tenerse en cuenta al individualizar la pena, pero no para tipificar el comportamiento.

Así mismo, puede considerarse que incurrió, en la medida en que aprovechó la situación que tenía en la empresa para obtener la clave o usuario electrónico de un tercero, en la circunstancia agravante prevista en el artículo 207-C, inciso 1:

> "En los casos de los artículos 207-A y 207-B, la pena será privativa de libertad no menor de 5 ni mayor de 7 años, cuando:
>
> 1) El agente accede a una base de datos, sistema o red de computadora, haciendo **uso de información privilegiada, obtenida en función a su cargo**".

Sea que se consideren las formas simples o agravadas, debería por tanto aplicarse el artículo 207-B por presentarse, en principio, un concurso aparente, en el que la forma más grave del comportamiento consume la más leve (prevista en el artículo 207-A), de acuerdo con las penas estatuidas en estas disposiciones.

3. Sucesión temporal de normas

Los artículos 207-A, 207-B y 207-C, incorporados en el Código Penal mediante la Ley N.º 27309 (del 17 de julio de 2000), fueron derogados por la Ley de Delitos Informáticos, Ley N.º 30096 (del 22 de octubre de 2013), por lo que corresponde evaluar si, para efectos del presente caso, esta modificación legislativa constituye una descriminalización de los comportamientos típicos previstos en los artículos derogados.

Al respecto es de considerar que, al mismo tiempo, la Ley N.º 30096, en su artículo 2, prescribió:

> "El que accede sin autorización a todo o parte de un **sistema informático**, siempre que se realice con vulneración de medidas de seguridad

establecidas para impedirlo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 1 ni mayor de 4 años y con 30 a 90 días multa.

Será reprimido con la misma pena el que accede a un sistema informático excediendo lo autorizado."

Esta disposición reprime el hecho de acceder o ingresar a un sistema informático, el mismo que comprende siempre una base de datos. Si bien difiere formalmente del texto del artículo 207-A, para los efectos del presente caso, las diferencias carecen de significación esencial en la medida en que, por un lado, el verbo "acceder" comprende el hecho de "ingresar" previsto en la disposición derogada y que la expresión "sistema informático" abarca la de "base de datos"[3] (así como las otras mencionadas en el artículo 207-A). Y, por otro, que la referencia, contenida en el artículo 2, a que el agente obre "sin autorización" corresponde a la de "indebidamente" empleada en el artículo derogado.

El artículo 2 fue luego modificado por la Ley N.º 30171. La nueva versión de esta disposición, dice:

"El que **deliberada e ilegítimamente** accede sin autorización a todo o parte de un **sistema informático**, siempre que se realice con vulneración de medidas de seguridad establecidas para impedirlo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con treinta a noventa días multa.

Será reprimido con la misma pena el que accede a un sistema informático excediendo lo autorizado".

El único cambio es que se introduce la expresión: el que "deliberada e ilegítimamente accede". El término "ilegítimamente" debe ser interpretado en el sentido de que, al menos de manera estricta, el autor actúe "indebidamente", "sin autorización", como se decía en las dos versiones modificadas, respectivamente. La expresión "deliberada" precisa el elemento esencial del tipo legal subjetivo, pues en dos de las disposiciones no se hacía expresamente referencia al dolo, en función de que el artículo 14 CP prevé que se reprimen solo las infracciones

3 La Convención del Consejo de Europa sobre Delincuencia Informática o Convención de Budapest (del 23 de noviembre de 2001) señala que "datos informáticos son toda representación de hechos, informaciones o conceptos expresados bajo una forma tratable informáticamente, incluido el programa destinado a hacer que un sistema informático ejecute una función". Cfr. Morales García, Óscar, "Delincuencia informática. Problemas de responsabilidad", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, IX, CGPJ, Madrid, 2002, p. 307.

dolosas (salvo que la ley disponga expresamente también la represión a título de culpa). Por tanto, con el término "deliberadamente" solo se excluye la posibilidad de admitir el dolo eventual, que no entra en consideración en este caso.

Para completar el análisis, se debe tomar en cuenta que en la Ley N.º 30096 se preveía un artículo 3. Según esta disposición:

> "El que, a través de las tecnologías de la información o de la comunicación, introduce, borra, deteriora, altera, suprime o hace inaccesibles datos informáticos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 3 ni mayor de 6 años y con 80 a 120 días-multa".

Esta regla fue modificada mediante la Ley N.º 30171, en el sentido siguiente:

> "El que deliberada e ilegítimamente, daña, introduce, borra, deteriora, altera, suprime o hace inaccesibles datos informáticos, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de 3 ni mayor de 6 años y con 80 a 120 días multa".

La interpretación de esta disposición, en relación con los hechos resumidos en la introducción de este análisis, es bastante complicada. Se presentan, por lo menos, dos posibles maneras de comprender su sentido.

Mediante la primera, se puede considerar que el comportamiento también se subsumiría dentro de este tipo legal debido a que, "borró" o "suprimió" el contrato de trabajo ("datos informáticos"). Con este fin accedió a la base de datos en la cual estos fueron tratados o salvaguardados (objetos del delito). Debido a la imprecisión del texto legal, cabría comprender que es indiferente que el agente esté autorizado a acceder a la base de datos o que se introduzca de manera indebida. Sin embargo, en consideración a que se fija el medio que debe utilizar ("a través de las tecnologías de la información o de la comunicación"), debe ser interpretada restrictivamente en el sentido que el acceso tiene que ser indebido, sea porque el agente se excede en el uso de la autorización que detenta o recurre a medios y procedimientos indebidos.

En este sentido, se podría argumentar que las diferencias formales que distinguen este dispositivo del artículo 207-B, para los efectos del presente caso, no son tampoco de significación esencial. Por un lado, porque el verbo típico "alterar" de la nueva ley supone tanto la conducta típica "ingresar" y "el fin de alterarlos" que es el propósito con el que debe actuar el agente, previstos en la disposición derogada.

Por otro, la expresión "a través de tecnologías de la información o de la comunicación" abarca la de "base de datos" (así como el sistema, red o programa de computadoras, mencionadas en el artículo 207-B). Tal es así que la doctrina especializada sostiene que las tecnologías de la información o de la comunicación (TIC) son "los modernos desarrollos que tienen por objeto el tratamiento de información en forma automatizada, tanto en su recolección como en su acceso, uso, consulta o difusión"[4], y que estas permiten "el tratamiento, procesamiento, almacenamiento y transferencia de la información y los datos que la representan, tanto desde la perspectiva de los soportes físicos (*hardware*) como lógicos (*software*)"[5]. Es patente que el concepto de TIC incorporado en la Ley N.º 30096 abarca sin duda la referencia a "base de datos" que previó la norma derogada.

Además, se puede también alegar que el citado artículo 3 hace referencia a la expresión "datos informáticos" no utilizada en el artículo 207-B, de acuerdo con la definición contenida en la Convención de Budapest, citada anteriormente[6]. Definición que abarca el concepto "base de datos" al que se refiere el artículo 207-B. En suma, la conducta imputada al procesado podría subsumirse en el artículo 3 de la Ley N.º 30096 por lo que la derogación del artículo 207-B no implica la descriminalización de los hechos imputados contra esta persona.

En relación con la modificatoria del artículo 3 (llevada a cabo mediante la Ley N.º 30171) se podría afirmar, *mutatis mutandis* lo mismo en relación con la expresión "datos informáticos" (definidos por la Convención de Budapest) prevista en la Ley N.º 30096. Así mismo, el que la frase "a través de tecnologías de la información o de la comunicación" no exista más en el texto modificado, no tiene relevancia para la subsunción.

---

4 Palazzi, Pablo, *Delitos informáticos*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 235.

5 Rovira del Canto, Enrique, "Tratamiento penal sustantivo de la falsificación informática", en López Ortega, Juan (dir.), *Internet y derecho penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, N.º X, CGPJ, Madrid, 2001, p. 477. En el mismo sentido sostiene Romeo Casabona: "Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) han ido incorporándose a lo largo de las últimas décadas en la vida social con el efecto de favorecer un más eficaz tratamiento y gestión de la información" (Romeo Casabona, Carlos, *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Comares, Granada, 2006, p. XI); así también, Francisco Pinochet: "Las tecnologías de la información, al permitir un manejo rápido y eficiente de gran cantidad de datos, facilitan el almacenamiento automático de estos" (Pinochet Cantwell, Francisco, *El derecho de internet*, Editorial de Derecho de Chile, Santiago, 2006, p. 305).

6 Ver, n. 3.

El término "ilegítimamente" del artículo 3 (conforme a lo expuesto con relación al artículo 2 de la Ley N.º 30171) abarca sin duda una actuación efectuada "indebidamente", como la calificaba el derogado artículo 207-B. Lo mismo se predica de la expresión "sin autorización" que se encuentra comprendida, a su vez, por el término "indebido" que se utilizó en la ley derogada. Así mismo, con la palabra "deliberada" del texto modificatorio, no contenida ni en el artículo 207-B ni en la Ley N.º 30096, el legislador se ha referido al tipo subjetivo. De forma tal que con dicha expresión, conforme a lo ya sostenido, solo se precisa la exclusión de admitirse la tipicidad subjetiva de dolo eventual.

Finalmente, el elemento que diferencia al artículo 207-B, vigente en el momento de los hechos, en relación con las dos versiones del artículo 3 de la Ley de Delitos Informáticos es el del propósito con el que debe actuar el agente. En el texto derogado, se establecía "con el fin de alterarlos, dañarlos o destruirlos". Con lo que se restringía su campo de aplicación. En el artículo 3, por el contrario, la conducta reprimida es el hecho de quien "deliberada e ilegítimamente [...] altera [...] datos informáticos". Por lo que debería comprenderse que este comportamiento equivale al de "ingresar indebidamente a una base de datos con el fin de alterarla". Lo que permitiría afirmar que el comportamiento imputado es conforme a esta disposición, en la medida en que ingresó a la base de datos y alteró datos informáticos suprimiendo los documentos PDF de los contratos de locación de servicios.

Mediante la segunda posibilidad de comprender los hechos y el texto legal, aún admitiendo en gran parte lo afirmado respecto a la primera posible interpretación, se puede contraargumentar objetando, justamente, lo sostenido en el párrafo precedente. La argumentación allí desarrollada es incorrecta por ser analógica, por lo que va más allá del posible sentido del lenguaje utilizado para describir los comportamientos incriminados. No es lo mismo o análogo decir que se actúa con "el propósito de alterar" que afirmar que se debe "alterar" (hecho y no simple deseo o móvil).

De modo que la diferencia, últimamente indicada, entre el artículo 207-B con las dos versiones del artículo 3 es sustancial debido a que se refiere al comportamiento mismo que es tipificado. En el primero, se trata de un delito formal o de pura actividad consistente en "acceder" y, subjetivamente, caracterizado por el propósito con el que debe actuar el agente: "con el fin de alterarlos, dañarlos o destruirlos". Mientras que en el artículo 3, se trata de un delito de resultado. El agente no solo debe introducirse en el sistema informático con dicha finalidad, sino que debe realmente dañar, introducir, borrar, deteriorar, suprimir o hacer inaccesibles datos informáticos.

Esto no solo implica que se restringe el campo de aplicación del artículo 207-B, sino que el artículo 3 estatuiría un nuevo tipo legal, al describir un comportamiento que no estaba previsto en el momento en el que se cometió el hecho delictivo. Entonces se sancionaba solo el acceso indebido a una base de datos informáticos.

Debe preferirse la segunda interpretación por ser más favorable a todo posible procesado. Por lo que el hecho de haber suprimido e introducido datos informáticos constituye un hecho ilícito (contrario al orden jurídico) pero atípico respecto al artículo 3 y, por tanto, penalmente irrelevante. Esta deficiencia legislativa no debía ser corregida mediante el razonamiento analógico o cualquier otro medio interpretativo incompatible con el principio de la legalidad. Para reprimir ese comportamiento (alterar datos informáticos) era necesario que se dictara un nuevo tipo legal, como se hizo con el artículo 3 comentado.

En todo caso, si se compara los márgenes de pena establecidos en las disposiciones en conflicto, hay que admitir que la aplicación de los artículos 2 y 3 es menos favorable que la de los artículos 207-A y 207-B (pena privativa de libertad no mayor de 2 años o con prestación de servicios comunitarios de 52 a 104 jornadas). Esto aun cuando se aplique la circunstancia agravante prevista en el segundo párrafo del artículo 270-A: "Si el agente actuó con el fin de obtener un beneficio económico" (pena privativa de libertad no mayor de 3 años o con prestación de servicios comunitarios no menor de 104 jornadas).

4. Delito de fraude informático

En la Ley N.º 30096, se integró una nueva disposición (artículo 8) para reprimir ciertos casos que la doctrina, generalmente, denomina fraude informático. Comete este delito:

> "El que, a través de las tecnologías de la información o de la comunicación, procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero mediante el diseño, introducción, alteración, borrado, supresión, clonación de datos informáticos o cualquier interferencia o manipulación en el funcionamiento de un sistema informático, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de 3 ni mayor de 8 años y con 120 días-multa".

El legislador precisó esta disposición mediante la Ley N.º 30171 incorporando, por un lado, el elemento subjetivo "deliberadamente", que califica la intencionalidad con la que debe actuar al agente (requisito que se presuponía en el texto original, de acuerdo con el artículo 12 CP) y, por otro, la referencia a la ilicitud del comportamiento. Así, se dispone:

> "El que **deliberada e ilegítimamente** procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero mediante el diseño, introducción, alteración, borrado, supresión, clonación de datos informáticos o cualquier interferencia o manipulación en el funcionamiento de un sistema informático, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de 3 ni mayor de 8 años y con 120 días-multa".

La previsión de esta disposición fue indispensable ante la imposibilidad de reprimir el comportamiento descrito aplicando los artículos referentes a los fraudes y, en especial, a la estafa (artículo 196 CP). De esta manera, el legislador prefirió, en lugar de ampliar simplemente el artículo 196, elaborar una nueva figura delictiva para tener en cuenta las peculiaridades de las nuevas formas del comportamiento delictuoso[7].

El fraude informático tiene, debido a sus orígenes, relaciones estrechas con la estafa, en la medida en que consiste en procurar para sí o para terceros un provecho ilícito. Se diferencian respecto a los recursos fraudulentos utilizados. En la estafa, por ejemplo, el engaño, la astucia, el ardid, mientras que en el fraude informático se trata de manipulación del sistema informático. Aunque se asemejan nuevamente en que los actos fraudulentos deben causar el acto de disposición patrimonial de parte de la víctima y el perjuicio correlativo[8].

La supresión de los datos correspondientes al contrato de trabajo original y su reemplazo por la versión informática del contrato falsificado (escaneados y tratados en el sistema informático), implica haber introducido, borrado y suprimido "datos informáticos". Comportamiento comprendido en el artículo 8. Esto se habría realizado "a través de las tecnologías de la información o de la comunicación".

Sin embargo, esta acción es tan solo el medio por el cual el agente debe realizar la acción indicada por el verbo típico principal. En este caso, el **procurar** "para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero". Este enriquecimiento indebido debe ser originado, provocado por el hecho de manipular los datos informáticos de la manera indicada en el tipo legal. Lo que debe comportar que el agente cree o aumente un riesgo indebido y que el resultado, obtener para sí o para otro un enriquecimiento indebido, sea la concretización de ese riesgo no autorizado o tolerado.

---

7 PICA, Giorgio, *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, UTET, Torino, 1999, pp. 139 y s.

8 Cfr. PECORELLA, Giorgio, *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, UTET, Torino, 1999, pp. 49 y s. PICA, *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, cit., p. 144.

En consideración de la diferencia destacada entre el artículo 8 y el artículo 196, hay que subrayar, en consecuencia, que el provecho ilícito con que se benefician les resulta de la exigencia formal que hicieron para que se hagan efectivas las penalidades establecidas en los contratos fraudulentos y que no figuraban en los contratos originales. De modo que se trataría más bien de una estafa. Pues, dicha ventaja patrimonial no se debe a las manipulaciones de los datos informáticos. Por lo que no procede imputárseles objetivamente la realización del tipo legal previsto en el artículo 8.

En cuanto a la imputación subjetiva, si bien es evidente que se ha obrado con consciencia y voluntad, en grado de dolo directo ("deliberadamente", excluyente del dolo eventual), la intencionalidad estaba dirigida solo a vulnerar y alterar los datos informáticos de modo ilícito. Al mismo tiempo, se sabía que el comportamiento no era apropiado para producir directamente un beneficio patrimonial a favor de sí mismo o de Dyer, en el sentido del tipo legal.

5. Delito de falsificación de documentos privados

Para calificar los hechos descritos es de recurrir, en principio, al artículo 427 CP:

> "El que hace, en todo o en parte, un documento falso o adultera uno verdadero que pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho, con el propósito de utilizar el documento, será reprimido, si de su uso puede resultar algún perjuicio, con pena privativa de libertad no menor de 2 ni mayor de 10 años y con 30 a 90 días-multa si se trata de un documento público, registro público, título auténtico o cualquier otro trasmisible por endoso o al portador y con pena privativa de libertad no menor de 2 ni mayor de 4 años, y con 180 a 365 días-multa, si se trata de un documento privado".

El hacer en todo o en parte un documento[9] es el comportamiento típico que debe tomarse en consideración. El autor, mediante la creación de un documento, comete una falsedad material o una falsedad ideológica (reprimida de

9 Según el Tribunal Constitucional, en "líneas generales un documento puede ser definido como aquel escrito en el que constan datos o se recoge información de tipo fidedigna, la cual puede ser utilizada con la intención de probar algún hecho", STC EXP. N.º 03742-2007-PHC/TC PUNO.

manera agravada, en caso tratarse de un documento público). Para esto, imita un documento preexistente o elabora uno conforme a su propia imaginación.

Se crea un documento falso cuando una persona fabrica un documento cuyo autor real no coincide con el autor aparente. La falsedad intelectual consiste en el establecimiento de un documento por parte de su autor aparente, pero que es engañoso debido a que su contenido no corresponde a la realidad[10].

Si se toma como referencia el contrato original, en nuestro caso, este no es alterado ni mutilado en su contenido. Más bien se crea uno a su semejanza y en el que se inserta una nueva cláusula conteniendo la penalidad. Documento adulterado que luego es utilizado, una vez informatizado, para reemplazar la versión original en la base de datos.

Debido a que el nuevo contrato es firmado por las mismas personas que suscribieron la primera versión, podría considerarse que no se altera el "origen del documento", pues se aparenta que procede de quien lo había establecido. Sin embargo, la modificación de la presentación de la realidad radica en que quien suscribe y asume las obligaciones del contrato original son los representantes de la compañía, mientras que el documento creado con posterioridad es firmado por personas naturales sin actuar en el nombre de la empresa. Esta diferencia normativa no cambia por el hecho de que los firmantes sean físicamente las mismas personas. Además, se falsea también el contenido o sentido de los documentos, al alterarse, al hacerse pasar por verdadero, lo estatuido en las cláusulas penales que no figuraban en los contratos originales.

Justamente, respecto a las personas jurídicas y debido a que la voluntad de estas se manifiesta mediante sus órganos, es indispensable tener en cuenta que si personas (por ejemplo, empleados) no autorizados a comprometerla establecen y suscriben un documento falso como si emanara de la persona jurídica, crean un documento falso[11].

El documento creado por los imputados dio origen a pretensiones jurídicas indebidas, sirvió para probar un hecho y fue realizado con el propósito de utilizarlo (para probar la exigencia de que se pague como penalidad un monto por el cambio de propietario de la empresa). De esta manera, se vulneraba la expectativa de los participantes en el sistema del tráfico jurídico de bienes y servicios de que los documentos sirvan de prueba de la existencia de obligaciones y

10 SCHUBARTH, Martin, "Zur Auslegung der Urkundendelikte", en *RPS*, N.º 113, 1995, pp. 387 y ss.

11 LACKNER, Karl, *Strafgesetzbuch*, 21ª ed., Munich, 1995, § 267, N.º 19.

derechos. El procedimiento recuerda al hecho de suplantar o completar datos en un documento original "para que aparezcan en una fotocopia a ser legalizada"[12]. En el caso analizado, se hace aparecer una cláusula inexistente en el original para presentarla como verdadera, al insertar el documento falsificado como dato informatizado en la base de datos violada indebidamente.

6. Delito de falsedad genérica

La argumentación precedente parte de la hipótesis que existen físicamente tanto los documentos originales como los adulterados. De modo que, al compararlos directamente, sería posible establecer sus diferencias y semejanzas. Así, se constataría que no solo se imitó la versión original sino que se falseó su contenido. Vulnerándose, al mismo tiempo, la autenticidad y la veracidad de los documentos.

Sin embargo, el problema que se plantea es que solo existen copias de las versiones informatizadas del contrato, de modo que la comprobación del falseamiento realizado se realizaría utilizando solo las trazas informáticas de la manipulación de la base de datos, la versión digitalizada del documento falseado y las copias de los documentos originales.

En esta perspectiva, resulta difícil determinar cómo se procedió a "hacer los documentos falsos", pero queda en evidencia que de alguna manera se manipuló la base de datos donde habían sido archivados electrónicamente. Esto es, como "documentos informáticos", los cuales pueden ser definidos como representaciones "de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenado en un medio idóneo para permitir su uso posterior"[13]. Datos que pueden ser vistos y leídos con la ayuda de equipos especiales y reproducidos en copias impresas, esencialmente iguales al documento original. Respecto a los cuales se admite, en general, que solo se diferencian de los documentos en papel en cuanto a la corporeidad de los mismos[14]. Su valor ha sido reconocido de manera fragmentaria en diversos ámbitos mediante diversas

12 Cfr. SCS Exp. 253-95 Lima.

13 Pinochet Cantwell, *El derecho de internet*, cit., p. 423; Canelo, Carola; Raúl Arrieta; Rodrigo Moya y Rodrigo Romo, "El documento electrónico. Aspectos procesales", en *Revista Chilena de Derecho Informático*, N.º 4, Universidad de Chile, Santiago, pp. 85 y ss. Cfr. Bramont-Arias Torres, Luis, *El delito informático en el Código Penal peruano*, Fondo editorial PUCP, Lima, 1997, pp. 427, 429 y ss.

14 Aguilar Cabrera, Daniel, *Valor probatorio y efectos legales del documento informático*. Versión en línea: http://bit.ly/1EV3QlG.

disposiciones legales[15]. Una referencia importante es el artículo 234 del Código Procesal Civil, según el cual:

> "Son documentos los escritos públicos o privados, los impresos, fotocopias, fascímil o fax, planos, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas, microformas tanto en la modalidad de microfilm como en la modalidad de **soportes informáticos**, y otras reproducciones de audio o video, la telemática en general y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o su resultado".

Documentos que si bien no caen del todo en la noción de documento implícita en el artículo 427, sí pueden sin embargo ser utilizados para cometer falsedad "simulando, suponiendo, alterando la verdad". Comportamiento previsto en el artículo 438 CP:

> "El que de cualquier otro modo que no esté especificado en los Capítulos precedentes, comete falsedad simulando, suponiendo, alterando la verdad intencionalmente y con perjuicio de terceros, por palabras, hechos o usurpando nombre, calidad o empleo que no le corresponde, suponiendo viva a una persona fallecida o que no ha existido o viceversa, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 2 ni mayor de 4 años [...]"[16].

---

15 La Ley de Títulos Valores (Ley N.º 27287), en su artículo 2 en su inciso 2.1, regula los valores desmaterializados. El Decreto Legislativo N.º 681, valida el uso de tecnologías avanzadas en materia de micrograbación. Además, en su capítulo V, artículo 14, prevé que las empresas de derecho privado pueden organizar sus archivos mediante las tecnologías de las microformas. El Decreto Legislativo N.º 702 y el Decreto Ley N.º 26095 (y su Reglamento) incluyen dentro de la legislación de telecomunicaciones los documentos electrónicos. El Decreto Legislativo N.º 773 (que aprueba el Nuevo Código Tributario), reconoce expresamente las normas vigentes sobre efectos legales y valor probatorio de las microformas que incluyen documentos informáticos.

16 Disposición que, con ciertas variaciones de redacción, reproduce lo dispuesto en el artículo 227 CP de 1863. Respecto al cual, José Viterbo Arias, después de indicar que "nuestro Código y el argentino, entre los que estudiamos, son los únicos que contienen esta disposición subsidiaria", enumeraba a título de ejemplo una serie de casos en los que era aplicable. Además, justificaba la manera en que el legislador buscaba evitar "vacíos", diciendo que lo había hecho "por ser imposible prever la multitud de formas que la mala fe puede tomar". Su mantenimiento en el Código vigente se explica mejor si se considera que permite abarcar las nuevas y modernas formas de describir y constatar hechos en diversos tipos de documentos.

La penetración indebida en la base de datos, la manipulación de los documentos informáticos (hechos comprobados con las "huellas" constatadas) y la existencia de una versión de los contratos originales (sin cláusula de penalidad), muestran que se ha buscado presentar una versión de la realidad que no es la "verdadera". Esta falsedad no es una simple mentira inocua, sino que tiene efectos jurídicos y patrimoniales semejantes a los que se producen mediante la falsedad de documentos previstos en el artículo 427 CP.

El documento verdadero, en su versión electrónica, ha sido sustraído, destruido y no imitado o alterado. De esta manera, se ha impedido "la prueba de la verdad que puede ser verificada por el propio documento, cuya presencia hubiera llevado a distinta conclusión"[17]. Se provoca una apreciación, un juicio, equivocados "de la situación de hecho que el documento probaría"[18]. Esta manera de falsear la verdad (delito de falsedad genérica) constituye una forma especial de falsedad situada entre la falsedad material y la ideológica[19].

Debido a que no es comprendida por ninguna de las disposiciones que reprimen la "falsificación de documentos en general" (Título XIX Delitos contra la fe pública del Libro Segundo del CP), se debe afirmar que los investigados han incurrido en "falsedad genérica", debido a que han recurrido a "otro modo" para falsear la representación de la "verdad" (artículo 438 CP).

Esta disposición prevé un tipo legal "residual" de los delitos contra la fe pública, denominado en la doctrina como tipo legal "de recuperación" (*Auffangtatbestand o Aufgreiftatbestand*)[20]. Se trata de una disposición subsidiaria, cuyas condiciones son simplificadas, y que son aplicadas cuando el comportamiento del autor no está comprendido por la disposición penal principal. Las dificultades de prueba que implica la complejidad de esta última son aligeradas por la restricción de los elementos típicos del tipo legal de recuperación.

17 Donna, Edgardo Alberto, *Derecho penal. Parte especial*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004, t. IV, p. 245.

18 Molinario-Aguirre Obarrio, Alfredo, *Los delitos*, preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Tea, Buenos Aires, 1999, t. III, p. 518.

19 Soler, Sebastian, *Derecho penal argentino*, cit., t. V, p. 155.

20 Tiedemann, Klaus, *Wirtschaftsstrafrecht* - EAT, 2014, pp. 190 y ss.

§ 15
EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES

I
El blanqueo de capitales y operaciones transnacionales delictivas*

Sumario: 1. Introducción. 2. Crimen organizado. 3. Crimen organizado en Suiza. 4. Corrupción. 5. Lavado de dinero. 6. Tráfico de drogas. 7. Medidas a nivel Europeo. 8. Esfuerzos suizos. a. A nivel nacional. b. A nivel internacional. c. Volumen de comunicaciones. d. Reacción judicial. 9. A guisa de conclusión.

1. Introducción

Del título dado a este trabajo se desprende con claridad que deberíamos tratar tres temas: el lavado de dinero, la actividad delictuosa de las organizaciones criminales (crimen organizado) y el tráfico de drogas. Lo que significaría que tendríamos que analizar el tráfico de drogas como fuente de obtención de capitales ilícitos; luego, el lavado de los valores y bienes obtenidos ilícitamente; y, finalmente, la utilización de estos en la ejecución de operaciones transnacionales delictivas. Sin embargo, esta secuencia, aparentemente clara, es de una gran complejidad. El lavado de dinero y el tráfico de drogas son delitos cometidos,

* Texto utilizado para la conferencia dictada en la Universidad de Guanajuato, México, 2006.

a nivel transnacional, por las organizaciones criminales y, al mismo tiempo, los beneficios obtenidos son total o parcialmente invertidos en la ejecución de otros delitos o en actividades lícitas.

Por esto, resulta indispensable, en primer lugar, presentar en qué consiste el crimen organizado, con la finalidad de precisar su actividad delictiva y los ámbitos en los que actúa. En segundo lugar, determinar la amplitud del tráfico de drogas y sus consecuencias económicas para esclarecer de qué manera es un fin para enriquecerse o un medio para cometer otros delitos. A medida que aclaremos estos fenómenos delictivos, deberemos simultáneamente establecer cuáles son los vínculos estrechos que los unen.

Para no hacer una simple y general descripción de problemática tan extensa, nos referiremos a título de ejemplo al caso suizo con la finalidad de mostrar cómo se implanta y desarrolla el crimen organizado, como busca lavar los valores y bienes patrimoniales que obtiene con su actividad delictuosa y, así mismo, analizar cómo las autoridades helvéticas combaten en particular el lavado de dinero.

2. Crimen organizado

El crimen organizado favorece y aprovecha las debilidades democráticas y burocráticas de los Estados, de la complejidad y amplitud de los mercados nacionales e internacionales y, en general, de las relaciones sociales. Mediante, sobre todo, la corrupción confisca el Estado de derecho a favor de un grupo, el mismo que se coloca por encima de la ley. Los miembros del Estado obtienen beneficios indebidos mediante el ejercicio del poder otorgado por la función que ocupan y se someten a los dictados e intereses de los delincuentes organizados.

La organización criminal puede ser comprendida como un conjunto de agentes vinculados entre sí de manera estable y estructurada, los cuales actúan con cierta autonomía con la finalidad de asegurarse un enriquecimiento máximo, en particular, mediante la explotación sistemática y coordenada de ocasiones calificadas como delictuosas por el sistema de control social. Para identificar la organización criminal puede recurrirse a diversos indicadores, por ejemplo, el número de participantes, la frecuencia de sus acciones delictuosas y la procedencia de la mayoría de agentes, comprendido el estatus de estos.

Ante la necesidad de contar con un criterio adecuado para establecer y coordinar los esfuerzos necesarios para combatir esta forma de delincuencia, se ha buscado establecer una definición de base de crimen organizado. Así, por ejemplo, la Secretaría internacional de Interpol, a la ocasión del primer Colo-

quio internacional sobre la criminalidad organizada (Francia, mayo 1988), la ha definido diciendo que "es todo grupo o asociación de personas dedicadas a la práctica continua de actividades ilícitas, con el fin de obtener provechos sin respetar las fronteras nacionales. En la misma perspectiva, la Unión Europea la concibe como una "asociación estructurada, constituida por dos o más personas y por un lapso determinado, que actúa de manera concertada con la finalidad de cometer infracciones penadas con prisión no menor de cuatro años. Estas infracciones deben constituir un fin en sí mismas o un medio para obtener ventajas patrimoniales y, llegado el caso, influenciar en el funcionamiento de las autoridades públicas".

En los últimos años, la criminalidad organizada se ha desarrollado de manera considerable tanto cuantitativamente (aumento de delitos violentos, de negocios fraudulentos y de corrupción, tráfico de drogas, lavado de dinero, etc.) como cualitativamente (internacionalización de redes, profesionalización y racionalización). Terreno favorable para este desarrollo ha sido la mundialización de intercambios comerciales y financieros, la movilidad intensa de personas y bienes, el perfeccionamiento de las comunicaciones, el abandono de las fronteras nacionales. Además, los cambios sociales y políticos son rápida y eficazmente explotados por el crimen organizado para profundizar y extender sus actividades. Por ejemplo, las crisis políticas son aprovechadas para filtrar el aparato estatal mediante la corrupción. En los países subdesarrollados es notable, por ejemplo, la influencia que logra tener el crimen organizado en los procesos electorales.

La globalización de los intercambios comerciales y la creación de mercados comunes (Mercosur) han favorecido la aparición de economías paralelas, que sirven para reciclar y disimular las inmensas riquezas obtenidas mediante comportamientos delictuosos. En esta perspectiva, hay que la organización y profesionalización de la delincuencia internacional se perfeccionan aprovechando, por un lado, los progresos realizados en dominios como la gestión empresarial, como la técnica de la producción y de la comunicación. Así, para escapar de la represión y lograr mayor eficacia, los grupos criminales flexibilizan su organización, constituyéndose en pequeños grupos bien relacionados entre sí, pero sin una jerarquización piramidal rígida. Por esto, actualmente, la lucha contra los peligros que representan las actividades de la criminalidad organizada resulta extremadamente difícil, en particular, por su clandestinidad, poder financiero e infiltración del sistema de control estatal.

Un hecho interesante es que el crimen organizado explota los efectos inesperados que tiene la dación de leyes de diversos tipos. Por ejemplo, las leyes relativas a la comercialización y tráfico de drogas o las que aumentan los impuestos sobre

el tabaco. El carácter represivo de las primeras conduce a las mafias a desplazarse para mejor traficar y las segundas dan lugar a la ampliación e intensificación del contrabando de cigarrillos. En esta misma perspectiva, puede considerarse que los avances técnicos, por ejemplo en el dominio de la informática, ofrecen tanto medios modernos como ámbitos nuevos para el perfeccionamiento y extensión de la criminalidad organizada. Caso típico es el empleo de la red para el comercio ilegal de mercaderías y medicamentos, así como para el lavado de dinero mediante la creación de "bancos virtuales", que escapan a casi todo control.

3. Crimen organizado en Suiza

En Suiza, las organizaciones criminales actúan, sobre todo, en el sector financiero, comprendiendo bancos, seguros y el sistema paralelo bancario. Las redes de procedencia francesa utilizan de manera preponderante el sistema bancario como ámbito de sus actividades, mientras que las de procedencia colombiana, rusa o norteamericana lo hacen en los servicios financieros especializados, fuera del sistema bancario, como los seguros, agentes de cambio, abogados, notarios, gestores de sociedades. De modo que en Suiza, las actividades del crimen organizado se limitan a sectores específicos y a ciertos cantones. Sin embargo, se nota una cierta difusión y expansión en todo el territorio de la Confederación, lo que resulta muy preocupante.

La manera como está constituido el crimen organizado y cómo actúa ha sido ampliamente estudiada. Sin embargo, debido a su carácter clandestino, complejidad y constante mutación, los resultados obtenidos son diversos de acuerdo con la región estudiada. Si bien hay centros de control de la actividad de grupos delictivos, el sistema funciona como una "franquicia" más o menos controlada por el centro. De modo que se presenta constituido por un centro director y una multiplicidad de "pequeñas redes" operativas. Así, se puede decir que la organización criminal "moderna" funciona en un sistema de delegación, lo que le permite obtener grandes ganancias, sin necesidad de gastar mucho dinero y energías para controlar el todo de manera centralizada. Cada una de las subredes puede utilizar de sus competencias según las modalidades correspondientes a las necesidades de sus socios. La Suiza es utilizada de manera extensiva por subgrupos que se ocupan del lavado de dinero o de protección, organizando y gestionando los contactos para luego presentar los resultados al centro de la organización respectiva.

Un aspecto interesante a destacar, aunque no propio al caso suizo, es el hecho que el pasaje de la zona "blanca" (economía legal) a una zona "negra" (economía ilegal) se hace a través de una zona "gris", que está constituida por

un conjunto de relaciones y de mecanismos poco conocidos. Se trata de una zona franca en la que una multitud de actores actúan legalmente en razón a las diversas legislaciones vigentes en cada uno de los diversos territorios. Sin embargo, sus actividades se desarrollan entre la legalidad y la ilegalidad y devienen en "actores libres", que son utilizados por cualquiera (agente público, persona privada, empresario, etc.). Pero también recurren a ellos los miembros de las redes delictuosas con el objeto de recorrer el camino inverso: pasar de la ilegalidad a la legalidad. Estos actores son calculados en un número de 2000, lo que ofrece grandes posibilidades para legalizar lo ilícito, utilizando esquemas de acción que recurren a relaciones de confianza ya existentes o creadas completamente.

La Suiza es un país demasiado pequeño, superparcelado; pero también muy utilizado por las redes criminales. Su estructura social y económica presenta elementos que la transforman en lugar propicio para la actividad de las organizaciones criminales. Por ejemplo, debido a su organización federal la policía y la administración de justicia dependen de cada cantón, no existiendo una policía federal. De modo que resulta difícil que los órganos judiciales y policiales puedan cumplir cabalmente las tareas que el legislador les ha confiado.

4. Corrupción

Actualmente, se llega a considerar a la delincuencia organizada como el "principal enemigo de la seguridad nacional" (***La nueva seguridad internacional***, Adolfo Aguilar Zinser). Se le caracteriza tanto por el hecho de atacar en cualquier lugar y de utilizar las instituciones, de aprovechar la globalización y de simularse en una apariencia de respetabilidad. Esta criminalidad es, sobre todo, activa en el tráfico ilegal de drogas, el contrabando de armas, el lavado de dinero, el tráfico de personas, la pornografía infantil, la prostitución, el secuestro, el robo de automóviles e, igualmente, el terrorismo. Su manera de proceder es descrita como una práctica muy bien coordinada y bastante intensa en el ámbito internacional.

Uno de los factores que explota el crimen organizado es la corrupción institucionalizada. Corrupción que no solo consiste en el aprovechamiento indebido de los recursos del Estado, sino también en la intervención en la red delictiva debido a la ampliación de clientelas y complicidades, la misma que facilita el lavado de los beneficios pecuniarios ilícitos en el sistema financiero, en el mercado inmobiliario, el comercio, la actividad industrial y de servicios. De este modo, el crimen organizado busca someter las instituciones oficiales y privadas al servicio de los intereses delictivos, creando así un peligro importante para la estabilidad, la soberanía y los intereses del país.

La complejidad de las sociedades modernas impulsa a la criminalidad organizada a desarrollar sus actividades tanto en la economía subterránea (por su índole ilícita) como en la economía legal. En esta última, aprovecha la evolución del nuevo tipo y sistema de empresas. Para ocultar y financiar sus actividades criminales infiltra las empresas existentes o crea otras nuevas (Catanzaro, *Il delitto come impresa*, Padova, 1988). De esta manera, comete o promueve una serie de delitos económicos como los delitos societarios o el delito de iniciados (*insider*) y, así mismo, lo crímenes de lavado de dinero, financiamiento de terrorismo, tráfico de drogas, de armas o de personas.

En consideración a la magnitud del problema que plantea la criminalidad organizada, los medios para combatirla deben también ser suficientemente coordinados y ampliados a nivel internacional. Este combate no puede ser concebido como asunto particular de cada uno de los Estados, sino más bien como una acción conjunta. La misma que implica el establecimiento de una red eficaz de acuerdos internacionales de cooperación, no solo en el ámbito específico de la delincuencia sino y sobre todo en convenidos mucho más amplios como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, con Estados Unidos y Canadá; con Colombia y Centroamérica, con España.

Estas formas de delincuencia se caracterizan por su organización transnacional, su estructura compleja y estratificada, sus ramificaciones con las diversas actividades políticas, su clandestinidad y violencia. Después del fin de la denominada guerra fría, esta nueva forma de criminalidad se ha convertido en motivo de preocupación con relación a la seguridad y a la estabilidad del nuevo orden económico y político mundial. Nada extraño, en consecuencia, que figure como punto importante en las agendas de discusión de la Organización del Atlántico Norte (OTAN) y de la Organización por la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE).

5. Lavado de dinero

La denominación utilizada corresponde muy bien al proceso mismo que se busca designar y que consiste en someter una cantidad de dinero ilegal o de valores ("sucios") a un ciclo de transacciones ("hecho de lavar") con la finalidad de transformarlo en legal ("limpios"). Dicho de otra manera, ocultar el origen de los bienes y valores obtenidos ilícitamente mediante operaciones financieras sucesivas, hasta lograr hacerlos aparecer como beneficios legítimos.

De manera anecdótica, señalemos que en Suiza se discutió sobre la manera de designar esta actividad delictuosa. Si nos limitamos a la terminología en fran-

cés, por ejemplo, el término *blanchiment* ha sido preferido al vocablo *blanchissage*. Este último significa lavar para limpiar, mientras que el primero designa el hecho de reemplazar un color por otro. Matices de significación que no se han presentado en la terminología española.

Generalmente, se distinguen tres etapas en el proceso de lavado de dinero:

- Primero, invertir para introducir valores o bienes ilícitos en el sistema económico y financiero legal.
- Segundo, realizar una serie de operaciones diversas para ocultar el origen ilícito de los fondos.
- Tercero, hacer reaparecer los fondos lavados para utilizarlos, luego de haberles dado la apariencia de tener un origen lícito.

Esta descripción simple y clara no revela completamente, sin embargo, la índole de la actividad delictuosa, en la medida en que no permite percibir la complejidad del fenómeno y porque permanece dentro de un esquema tradicional de consumo y reinversión. Las ingentes sumas de dinero lavadas no pueden y no son siempre reintroducidas al circuito legal, sino que también son utilizadas para desarrollar otras actividades delictuosas.

Para superar estas deficiencias se ha propuesto que el lavado de dinero sea abordado en relación con los objetivos de los agentes (lavanderos), el estatus de los fondos y la factibilidad de utilizarlos. De esta manera, el interés se dirige a esclarecer los circuitos que han recorrido los fondos ilícitos y no solo el proceso de transformación de los mismos en fondos legales. Esto permitiría, por ejemplo, de aprehender mejor el caso del financiamiento del terrorismo.

6. Tráfico de drogas

Entre los ámbitos fuertemente explotados por la criminalidad organizada, se encuentra, desde hace mucho tiempo, el tráfico de drogas. Se estima que este tráfico constituye alrededor del 50 % de sus actividades delictuosas. Las Naciones Unidas han calculado que esto representa 400 mil millones de dólares, suma que equivale al producto interior bruto de España (8 % del comercio mundial). Esta actividad es particularmente importante en Europa, en donde se ha constatado la existencia de alianzas estratégicas a largo plazo entre redes mafiosas rusas y colombianas o turcas y albanesas, así como con las mafias locales (sicilianas o marsellesas).

El Observatorio geopolítico de drogas, en abril de 2000, señaló que el espacio Schengen se había transformado en "el más importante mercado de drogas

del mundo". Mientras que el Observatorio europeo de drogas y toxicomanías (OEDT, Lisboa) constató que "más de 40 millones de personas en la Unión Europea habían consumido marihuana o hachís. El mismo tipo de constataciones se hacían respecto a la cocaína como a las drogas artificiales (éxtasis).

En el seno de la Unión Europea, se ha constatado que a pesar de los esfuerzos hechos para luchar contra el tráfico de drogas, principalmente realizado por organizaciones criminales, no se han obtenido buenos resultados. Lo que se debería a la ausencia de una política integral. En noviembre de 2002, el Consejo de la Unión estimó que la lucha contra el tráfico "debería basarse sobre hechos concretos y ser claramente dirigida hacía la anticipación, la continuidad, la coherencia y la eficacia. Mediante una comprensión integral y multidisciplinaria se debería tratar de reducir la demanda, obstaculizar la oferta, prevenir el consumo, cuidar de los toxicómanos y castigar a los traficantes" (CORDROGUE 80).

Se debate fuertemente sobre la despenalización y legalización de drogas, considerándose, por varios expertos, que la prohibición de las drogas las convierte en producto escaso y caro, lo que favorece el tráfico rentable. En España, Italia, Luxemburgo y Portugal, se ha despenalizado el cultivo y el consumo del canabis con fines personales. En los Países Bajos y en Suiza, se ha parcialmente legalizado la posesión de drogas destinadas al consumo personal.

El Parlamento europeo ha considerado que "la larga historia de prohibición ha demostrado claramente que el hecho de confiar sobre todo en la acción estatal, mediante el derecho penal y policía, solo tiene un efecto marginal sobre el control del abuso de estupefacientes y substancias psicotrópicas". En su opinión, "la clandestinidad y la consumación de substancias ilegales obstaculizan con frecuencia la labor de prevención", mientras que "la necesidad económica y la presión enorme de parte del crimen organizado conducen a los consumidores a transformarse en pequeños traficantes, lo que aumenta el consumo de drogas". Por esto, ha solicitado a los Estados miembros a iniciar la revisión de las Convenciones de las Naciones Unidas (a la ocasión de la conferencia ministerial de abril de 2003).

La lucha contra el tráfico en Europa, como en el resto del mundo, no será eficaz que cuando se logre combinar eficazmente diversas formas de acción. Para esto, debe atacarse las causas económicas, sociales y psicológicas del consumo; reducirse las desigualdades entre Norte y Sur. También, continuando la lucha contra los grandes traficantes sin dejarse influenciar por intereses económicos y estratégicos, los mismos que impulsan a condescender con Estados, clientes o aliados, que están directamente comprometidos con el tráfico de drogas o que son complacientes con las actividades que se desarrollan en sus territorios.

Hasta aquí hemos, mal que bien, descrito los fenómenos sociales designados con las expresiones crimen organizado, corrupción, tráfico de drogas, lavado de dinero. Términos que permiten calificar sendos conjuntos de comportamientos individuales que son considerados como socialmente negativos, contrarios a los intereses o bienes jurídicos privados y públicos y, por tanto, requiriendo la reacción de la sociedad políticamente organizada. Reacción que necesita ser polivalente y que uno de sus aspectos es de índole penal.

Este último consiste, entre otros muchos y diversos recursos, en la incriminación de ciertos comportamientos, constitutivos de los fenómenos sociales antes descritos, en cumplimiento del principio de la legalidad: no hay delito, no hay pena sin ley previa. Esto significa que la descripción de los hechos sociales, designados como crimen organizado, corrupción, terrorismo, etc., no constituyen la definición legal de delitos, la misma que solo será establecida en cada uno de los tipos legales de las disposiciones que se dicten.

Así, el legislador suizo ha previsto, en el Código Penal o en leyes especiales complementarias los diferentes tipos delictivos relacionados con las nociones sociológicas de "crimen organizado", "terrorismo", "corrupción". En función de los objetivos del presente análisis, me limitaré a presentar, primero, el caso del "crimen organizado".

Mediante la Ley penal federal del 24 de marzo de 2000, se introdujo en el Código Penal un nuevo artículo 260ter, por el que se reprime como crimen contra la paz pública el hecho de, por un lado, formar parte de una organización que conserva tanto su estructura como a sus miembros en secreto y que tiene como fin cometer actos de violencia criminal o de procurarse beneficios mediante actos delictuosos; y, por otro, apoyar a una de estas organizaciones en su actividad criminal. La pena es la reclusión no mayor de cinco años o la de prisión.

El crimen reprimido no es, por tanto, el de "crimen organizado", sino el hecho de formar parte o de apoyar a una organización criminal y respecto al cual se aplicarán todos los recursos dogmáticos relativos a la autoría y a la participación criminal.

Por el contrario, en los países en los que no se ha previsto un tipo legal como el suizo y este parece ser el caso en México, sería necesario recurrir a planteamientos desarrollados por Claus Roxin para determinar la responsabilidad de quienes cometen delitos en el contexto descrito en la perspectiva sociológica.

El segundo caso que presentaré es el del lavado de dinero. Crimen descrito en el artículo 305bis del Código Penal suizo (introducido por la Ley federal del 23 de marzo de 2000), Según dicha disposición, será sancionado con la pena de

prisión (3 días a 3 años) "quien hubiera cometido un acto capaz de dificultar la identificación del origen, el descubrimiento o la confiscación de valores patrimoniales, sabiendo o debiendo presumir que provienen de un crimen". La pena es agravada a la de reclusión no mayor de cinco años, cuando el delincuente actúe "como miembro de una organización criminal".

Así, el lavado de dinero es descrito como uno de los delitos contra la Administración de justicia, consistente en impedir o dificultar la identificación del origen, el descubrimiento o la confiscación de valores patrimoniales provenientes de una actividad delictuosa. El criterio de base es que el delincuente impide establecer el camino que conduce al verdadero origen de los fondos, realizando una serie de manipulaciones económicas o financieras. La represión de este comportamiento es restringido de manera significativa mediante la exigencia que los fondos deben provenir de un crimen, que es la forma delictiva más grave y reprimida con la pena de reclusión como la sanción la más severa.

Si bien la inserción de esta nueva infracción se hizo en el marco de la lucha contra el crimen organizado, su objetivo —de acuerdo con previsión en la sección agrupando los delitos contra la Administración de justicia, la sustracción de valores patrimoniales de las manos de las autoridades penales (Wertbegünstigung) (Cassani, artículo 305bis, N.º 2)— no es su única finalidad. También, se orienta a proteger los intereses patrimoniales de la víctima de la primera infracción, cuando los valores o bienes sustraídos a la confiscación proceden de crímenes contra intereses individuales (ATF 129 IV 322).

La condición de que los fondos deben provenir de un crimen ha creado dificultades en su determinación. Pues, si resulta fácil admitir que los valores provenientes directamente de la comisión de un crimen son objeto del lavado de dinero, resulta menos claro cuando se trata, por ejemplo, del dinero proveniente de la recompensa recibida para cometer un delito o de valores que han substituido los fondos obtenidos directamente del crimen. En todos los casos se admite el lavado de dinero. Como límite del proceso de substitución se considera que en caso de los substitutos puede admitirse el lavado de dinero en la medida en que la relación entre estos y el crimen preliminar pueda ser claramente comprobada (Cassani, artículo 305bis, N.º 23).

7. Medidas a nivel europeo

En la Unión Europea, un aspecto importante del espacio de seguridad que se busca garantizar es la lucha contra la criminalidad organizada. Así, por ejemplo, en el artículo 31 del Tratado de Ámsterdam, referente a la cooperación

judicial en materia penal, se establece que esta debe comprender "la adopción progresiva de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico de drogas".

Hay que tener en cuenta que el espacio común europeo creado en Maastricht ha fomentado la libertad de movimiento tanto de personas como de bienes. Sin embargo, no se ha organizado un sistema penal europeo, lo que da lugar al efecto contraproducente de abrir las fronteras lo que permite el libre desplazamiento de los delincuentes y, al mismo tiempo, cerrarlas para los funcionarios penales. De modo que si bien la desregulación de los mercados financieros, la libertad de movimiento de capitales, las redes internacionales de comercio, la apertura de fronteras dentro de los espacios comunes constituyen elementos consustanciales de la economía mundial actual, también son terreno propicio para la delincuencia en general y, en particular, la criminalidad organizada. Esta se distingue, precisamente, por la manera como explota toda debilidad del sistema para llevar a cabo sus actividades delictuosas con las que obtiene ingentes beneficios. Los mismos que le permiten consolidarse y desarrollarse en detrimento de todo el sistema social.

Mediante diversas Recomendaciones (por ejemplo la Rec (81)12 y Rec (88)18), la Unión Europea ha instado a los países miembros a prever sanciones punitivas para reprimir la delincuencia económica en general y, en especial, la ejecutada en el ámbito de las actividades de las empresas, tomando en consideración la índole de la infracción, la intensidad de la responsabilidad y la gravedad de las consecuencias perjudiciales. Para que esta política criminal sea efectiva es indispensable armonizar las legislaciones penales nacionales, evitar así vacíos normativos; y, a nivel de organización, instaurar un sistema de control eficaz, por ejemplo, extendiendo las facultades de Europol.

Uno de los delitos concomitante a la criminalidad organizada es el lavado de dinero. Esto se debe, principalmente, por la creciente interacción entre los mercados financieros. Por tanto, la lucha contra el lavado de dinero ha devenido una preocupación importante en el nivel internacional. Un aspecto esencial es el combate contra el financiamiento del terrorismo.

Junto a la necesidad de luchar contra los actos terroristas, se requiere enfrentar el grave problema de las fuentes de financiamiento de dichos actos. Las entidades terroristas deben establecer redes financieras para obtener los fondos que necesitan, los mismos que deben ser lavados en caso de provenir de actos delictuosos. Pero así mismo deben utilizar canales semejantes para ocultar la procedencia de fondos lícitos destinados a adquirir los medios necesarios o a organizar la comisión de actos terroristas y no despertar sospechas. Respecto a este último

procedimiento se ha hablado de un proceso inverso al lavado de dinero, ya que fondos lícitos son destinados a la ejecución de actos delictuosos (*noirciment*). El descubrimiento de este tipo de actividades resulta bastante difícil, debido a que los delincuentes recurren a sistemas financieros paralelos que funcionan legalmente, por ejemplo los *hawalas*, debido a que son bastante opacos y no dejan casi huellas de las operaciones financieras realizadas.

De acuerdo con las directivas del GAFI, las medidas de prevención y vigilancia son similares en el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo: el intermediario financiero y la entidad declarante están obligados a identificar, esclarecer y anunciar los casos en los que se sospecha que los fondos pertenecen o sirven a fines terroristas. Además, hay que agregar una lista impresionante de nombres de personas sospechosas como terroristas. La política sobre lavado de dinero es idéntica a la del financiamiento del terrorismo. Presenta dos aspectos: primero, preventivo, integra las reglas de diligencia a las referentes al blanqueo de dinero para evitar que el sistema financiero no sea utilizado para financiar el terrorismo y, segundo, represivo, incrimina el acto de financiamiento y los actos de violencia que produce.

8. Esfuerzos suizos

a. A nivel nacional

Para combatir el lavado de dinero, los esfuerzos suizos se dan tanto en el dominio internacional como nacional y se busca reforzar las obligaciones de diligencia aplicables en el sector financiero.

Estos esfuerzos han consistido en la intervención del Gobierno suizo en la armonización de las directivas y reglas de vigilancia, como en la organización de autoridades de vigilancia y de persecución penal, así como colaborando con los operadores legales extranjeros mediante la ayuda judicial penal internacional y la asistencia administrativa. Sobre el secreto bancario, uno de los puntos sensibles del sistema, se debe indicar que este es levantado cuando se trata precisamente de prestar ayuda judicial para luchar contra la delincuencia. Sus iniciativas legislativas y administrativas de los años setenta han influenciado de manera importante la elaboración de las 40 recomendaciones de la Convención relativa a la obligación de diligencia de los bancos (1990), relativas a la lucha contra el lavado de dinero.

El sistema suizo constituye un conjunto bastante complejo, conformado, por un lado, de las medidas penales antes indicadas, y, por otro, de medidas

preventivas. El ámbito de la prevención está a cargo tanto de las autoridades de vigilancia y de los organismos de autorregulación reconocidos por la Autoridad de control y del Oficio de comunicación en materia de lavado de dinero, como de que los intermediarios pertenezcan o no al sector bancario. La eficacia de los esfuerzos contra el lavado de dinero, en la idea del gobierno suizo, solo serán eficaces si todos los intermediarios financieros cumplen debidamente con vigilar las operaciones financieras, verificando la identidad de los clientes y de los beneficiarios finales de los valores (*ayants droits économiques*), para lo cual deben examinar atentamente los documentos de estos, haciendo así posible la persecución penal.

En la Ley federal relativa a la lucha contra el lavado de dinero en el sector financiero (LBA), del 10 de octubre de 1097, se han introducido dos importante medidas preventivas: primero, se ha impuesto el respeto de las obligaciones de vigilancia, previstas en un inicio solo respecto a los bancos, a los intermediarios no bancarios. Mediante ley federal, se ha encargado a la Autoridad de control en materia de lucha contra el lavado de dinero de ejercer este control. Segundo, la obligación, en caso de sospecha de lavado de dinero, de informar a la Oficina de comunicación en materia de blanqueo de dinero (MROS), creada por la misma ley.

Las obligaciones de diligencia destinadas a prevenir el lavado de dinero consisten en verificar la identidad de los cocontratantes y del verdadero titular del derecho económico, en la renovación de la verificación de identidad, el deber de clarificación particular. Así mismo, determinan el deber de documentar las operaciones, la obligación de los intermediarios financieros de establecer en sus empresas un sistema apropiado de seguridad y control, así como de comunicar las sospechas que tuvieran de la comisión de lavado de dinero.

La LBA es aplicada en su aspecto preventivo inicial por la Comisión federal de bancos (CFB), el Oficio federal de seguros privados (OFAP), la Comisión federal de casas de juego (CFMJ) y la Autoridad de control. Las tres primeras aplican las leyes especiales a sus sectores y la LBA. Las facultades atribuidas a la última autoridad están previstas en la LBA y comprenden la vigilancia que debe ejercer sobre los intermediarios financieros que están directamente sometidos a ella y sobre los organismos de autorregulación que ella reconoce (OAR), los mismos que a su vez deben vigilar los intermediarios financieros que se hayan afiliado a cada organismo.

La LBA es una ley general (*cadre*), en la que se enuncian los principios fundamentales, por ejemplo los referentes a las obligaciones de vigilancia. Las reglas de aplicación de estos principios son establecidos por las autoridades antes mencio-

nadas. La ventaja de esta solución radica en el hecho que cada una de estas puede adecuar las reglas a las peculiaridades de las actividades de su propio sector. Los OAR determinan, en sus reglamentos, las obligaciones que se derivan de la LBA.

La obligación de comunicar las sospechas que tengan los intermediarios financieros es una medida clave para luchar contra el lavado de dinero. Las sospechas pueden consistir en una simple duda o en la certitud de la procedencia delictuosa de los valores. El intermediario que conoce o presume, en base de las sospechas, de la procedencia ilícita de los valores, materia de una transacción o relación de negocios, tiene la obligación de ponerlo en conocimiento a la autoridad de control (cf. artículo 305ter al. 2 CP).

En ocasión de tales operaciones financieras, el intermediario debe identificar a las partes sobre la base de documentos justificativos (carta de identidad, pasaporte o documento semejante). Esta identificación formal debe hacerse, por ejemplo, cuando una operación de caja supera el monto fijado por la autoridad de vigilancia competente (en el artículo 3 inciso 3 pf. 2 y 3, se fija el límite de cinco mil francos suizos). El intermediario debe solicitar al cocontratante que declare por escrito quién es el beneficiario final si existieran dudas al respecto. En buena cuenta, cada vez que se presenten dudas en el desarrollo de la operación.

Cuando el intermediario financiero autorizado no respeta las condiciones de la autorización, viola las obligaciones de diligencia y/o la de comunicar que la ley le impone, la Autoridad de control debe tomar las medidas necesarias para restablecer la legalidad. Si es necesario, puede iniciar el procedimiento destinado a liquidar al intermediario financiero. Así mismo, si un OAR descubre que un intermediario viola las obligaciones establecidas en la LBA, lo excluirá de su organización. Entonces, el intermediario cae bajo la vigilancia de la Autoridad de control, la cual aplicará las medidas que considere necesarias. La LBA prevé también multas imponibles a quien no respete sus disposiciones. Se trata de sanciones administrativas que se aplican a quienes fungen de intermediarios sin contar con la autorización respectiva, o teniéndola no se han afiliado a un OAR, o si no se cumple con la obligación de comunicar. Estos comportamientos no son comprendidos por las disposiciones del Código Penal (artículo 305bis et artículo 305ter) que reprimen el lavado de dinero o la falta de vigilancia en materia de operaciones financieras.

b. A nivel internacional

A nivel internacional, la Suiza participa activamente en la lucha contra el lavado de dinero. Lo hace interviniendo en la elaboración de numerosas normas

internacionales en colaboración con otros países y en las negociaciones concernientes a las grandes convenciones internacionales relativas a la lucha contra el lavado de dinero y el terrorismo.

Los objetivos que persigue pueden ser resumidos de la manera siguiente:

Reforzar la lucha contra el lavado de dinero y contra el financiamiento del terrorismo mediante la colaboración internacional;

Armonizar las normas internacionales tratando de elevarlas al nivel de la legislación suiza, para preservar las condiciones de concurrencia debida a escala mundial (*level-playing field*);

Promover la reputación de la plaza financiera suiza como plaza de calidad, regida conforme a los estándares internacionales destinados a prevenir la utilización de mercados financieros con fines de lavado de dinero o financiamiento del terrorismo.

El organismo internacional más importante de lucha contra el lavado de dinero es el Grupo de acción financiera sobre lavado de capitales (GAFI, fundado por el G7 en París en 1989). Su misión consiste en identificar los métodos de lavado de dinero, elaborar recomendaciones proponiendo medidas de lucha apropiadas y armonizar las políticas nacionales estableciendo estándares internacionales mínimos.

Esta institución intergubernamental tiene como misión el concebir y promover, tanto a nivel nacional como internacional, estrategias de lucha contra el blanqueo de capitales y el financiamiento del terrorismo. Con este objeto, busca impulsar la voluntad política indispensable para reformar y completar las legislaciones nacionales en el ámbito de sus competencias. Así mismo, vigila la adopción y aplicación de las medidas necesarias por parte de sus miembros, analiza las técnicas y medidas para combatir el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo, impulsa a sus miembros a perfeccionar este combate a nivel nacional.

El 7 de febrero de 1990, el GAFI adoptó 40 directivas, las que fueron modificadas en junio 2003. En ellas, define, por ejemplo, las exigencias mínimas que deben respetarse en materia de definición de infracciones subyacentes, de identificación de clientes y de titulares económicos, de medidas a aplicarse en las relaciones y transacciones comportando ciertos riesgos especiales, de conservación de la documentación, de comunicación de las relaciones o transacciones sospechosas, de ampliación del régimen mínimo aplicable a los intermediarios financieros a ciertas profesiones del sector no financiero (abogados, contadores,

agentes inmobiliarios, etc.), de tratamiento de las acciones al portador y de los trusts. Las medidas tomadas por la Suiza y señaladas anteriormente siguen, precisamente, las directivas del GAFI tanto respecto al lavado de dinero como al financiamiento del terrorismo.

c. Volumen de comunicaciones

Para percibir un aspecto de este sistema, resulta interesante observar cómo se cumple el deber de comunicar los casos sospechosos detectados por las entidades o intermediarios financieros.

A partir de 2001, se nota un aumento notable del número de comunicaciones en comparación con la progresión del 5% anual de los años anteriores. Por ejemplo:

- 1'999 303 comunicaciones
- 2'000 311 comunicaciones
- 2'001 417 comunicaciones (+34%)
- 2'002 652 comunicaciones (+56%)

Hasta agosto de 2003, el aumento alcanzaba casi el 50% respecto al 2002.

Es así mismo interesante destacar que las comunicaciones provenientes de los intermediarios financieros no bancarios han superado las del sector bancario. Hecho que es debido, en gran parte, al reforzamiento de la práctica de realizar comunicaciones por parte de dichos intermediarios en el ámbito del tráfico internacional de pagos. Lo que permite afirmar que, en oposición a los bancos que tienen una larga experiencia en el combate del lavado de dinero, los intermediarios financieros no bancarios asimilan progresivamente las disposiciones destinadas a combatir esta actividad delictuosa.

d. Reacción judicial

De las investigaciones efectuadas por la sección Análisis, de la Oficina federal de policía sobre las decisiones judiciales federales y cantonales dictadas en base de los artículos 305bis y 305ter CPS, se pueden deducir algunas apreciaciones interesantes. De 1134 procesos, según las informaciones proporcionadas, en virtud del artículo 29 inciso 2 LBA, entre abril de 1998 y julio de 2003, 537 culminaron en condenas de acuerdo con el artículo 305bis, de las cuales 481 por lavado de dinero simple, 8 por caso agravado por participación en una

organización criminal y 48 por caso agravado debido a comisión en banda o como profesional (*métier*). De las 587 restantes, 120 terminaron con absoluciones, 329 con declaraciones de no haber lugar y 133 con decretos de no entrar en materia. Además, 35 estaban suspendidas en el momento que se efectuó el análisis (2004). La suspensión era debida, frecuentemente, al hecho que un procedimiento estaba pendiente en el extranjero contra el autor del lavado de dinero precedente y que los valores patrimoniales estaban depositados en Suiza. Lo que obligaba a las autoridades helvéticas a esperar la decisión extranjera para decidir si ejercían la acción penal y, mientras tanto, aseguraban la ayuda internacional en materia penal.

Esto muestra que un poco más de la mitad de los procesos que terminan con una sentencia no culminan con la condena de los procesados. Situación que se explica por las dificultades prácticas que representa, sobre todo en materia de pruebas, la aplicación del artículo 305bis del CPS.

Además, hay que destacar que Zúrich, Ginebra, Ticino, grandes plazas financieras, no son necesariamente los cantones que reprimen más el lavado de dinero. Más bien, es en el cantón de Vaud en donde se han dictado el mayor número de sentencias condenatorias por lavado de dinero. Estas diferencias a nivel cantonal se explican tanto por las disparidades existentes entre los cantones en materia policial y procesal, como por el hecho que el cantón de Vaud es el centro neurálgico del tráfico ilícito de drogas. Al respecto, las autoridades de este cantón persiguen, automáticamente, a los pequeños traficantes (*dealers*) por blanqueo de dinero.

En gran parte de casos, los delitos previos al blanqueo de dinero estaban relacionados con el tráfico de estupefacientes y, en disminución progresiva, con la estafa, el robo, la corrupción y la rapiña. Además y de manera aislada, con los delitos de tráfico de seres humanos y de tráfico de armas.

En muy pocos casos, las condenas se han debido al caso agravado de lavado de dinero por haber actuado el procesado como miembro de una organización criminal (artículo 260ter CPS). Este es el resultado de las decisiones de segunda instancia que han anulado sentencias de primera instancia. Medida que se explica por la peculiaridad como, en el mencionado artículo, se describe la agravante de la "organización criminal", lo que hace muy difícil que se prueben los elementos del tipo legal y, así mismo, por la dimensión internacional de la criminalidad organizada y del lavado de dinero que están vinculados. En estos casos, si los países concernidos no prestan a las autoridades suizas la ayuda necesaria, estas no pueden continuar sus investigaciones y, en consecuencia, se verán obligadas a dictar decisiones de no haber lugar.

Los procesos suspendidos son, generalmente, aquellos en los que la persecución penal ha comenzado en el extranjero contra el autor del delito preliminar al lavado de dinero, mientras que los fondos se encuentran en Suiza. Entonces, las autoridades suizas deben esperar la decisión de las autoridades extranjeras antes de iniciar un proceso penal, pero garantizando siempre la ayuda al país extranjero.

Los modos de operar y las sumas implicadas, según el análisis de los expedientes, varían de manera importante. Hay que destacar, sin embargo, que casi la mitad de los fondos en cuestión no han circulado por las redes financieras legales. De lo que cabe deducir que la Suiza no solo ha sido utilizada para la ejecución de la segunda etapa del lavado (manipuleo del origen criminal de valores), sino también para la primera (depositar e invertir los capitales ilícitos).

9. A guisa de conclusión

Como hemos visto la complejidad del fenómeno delictivo descrito es enorme, su tratamiento penal bastante complicado, la reacción social, tanto preventiva como represiva, amplia y deficiente. A manera de moraleja, hay que afirmar fuertemente que, como ha tratado de hacerlo la Suiza, los gobiernos deberían tener muy presente algunas de las medidas establecidas por el GAFI. Así, deberían "adoptar medidas similares a las previstas en la Convención de Viena y de Palermo, incluyendo medidas legales, para que sus autoridades competentes puedan decomisar los activos lavados, el producto del lavado de activos o de delitos subyacentes, los instrumentos utilizados o destinados al uso en la comisión de estos delitos, o bienes por un valor equivalente, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe". Para lo cual deben comprender que dichas medidas deberían incluir "la facultad de: (1) identificar, localizar y valorar los activos objeto del decomiso; (2) implementar medidas provisionales, tales como el congelamiento y el embargo, para impedir cualquier comercialización, transferencia o disposición de dichos bienes, (3) adoptar medidas que impidan o eviten actos que perjudiquen la capacidad del Estado para recuperar bienes sujetos a decomiso y (4) tomar medidas de investigación apropiadas". Además, deberían adoptar y completar sus legislaciones penales, sus sistemas judiciales y policiales.

Solo así podría tenerse la esperanza de poder limitar el progreso de este tipo de criminalidad organizada.

§ 16
LA PROBLEMÁTICA DE LAS DROGAS

I
La problemática de las drogas en Suiza*

Sumario: 1. La legislación. a. Evolución legislativa. b. La Ley federal de 1975. a) El control administrativo. b) La represión del tráfico ilícito. c) Represión del consumo de estupefacientes. 2. La toxicomanía en Suiza. a. Generalidades. a) Introducción. b) Consumo de estupefacientes. c) Consumo de estupefacientes y delincuencia. d) Costo económico del tráfico ilícito de estupefacientes. b. Situación actual de la lucha contra el tráfico de drogas. a) Autoridades encargadas. b) Prevención. c) Represión. c. Discusión sobre la problemática de las drogas. a) Introducción. b) Reforma legislativa. c) Represión del consumidor. d) Problema del Sida. 3. A manera de conclusión.

1. La legislación

a. Evolución legislativa

La primera Ley federal, del 2 de octubre de 1924, fue dictada para cumplir las obligaciones internacionales estatuidas en la Convención del opio (La Haya

---

* Publicado en *La actual política criminal sobre drogas. Una perspectiva comparada*, José Luis Díez Ripollés/Patricia Laurenzo Copello (coordinadores), Tirant le Blanch, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología-Valencia, 1993, pp. 295-341.

1912). La Confederación, para justificar su competencia legislativa en la materia, invocó los artículos 69, 69bis y 64bis de la Constitución federal. Uno de los criterios decisivos fue el de considerar las drogas como fuentes de peligro para la salud pública[1]. El artículo 69, por ejemplo, autoriza a la Confederación a dictar leyes destinadas a combatir la propagación de enfermedades peligrosas para las personas y los animales.

A diferencia de la Convención del opio, cuyo artículo 20 solo preveía la incriminación de la "posesión ilegal" de estupefacientes, la Ley federal de 1924 contenía diversas disposiciones penales. Estas fueron redactadas siguiendo el modelo francés. Por ejemplo, según el artículo 11, se reprimía a quien, sin autorización, hubiese fabricado, preparado, importado o exportado, comprado, poseído, conservado, vendido, cedido gratuitamente u ofrecido vender o ceder las substancias mencionadas en la ley.

Esta ley fue modificada, en 1951, para hacer posible la ratificación de la Convención de 1936. Convención que, además de normas de orden administrativo, contenía diversas disposiciones sobre la organización de la lucha contra el tráfico ilícito, los comportamientos que deberían ser incriminados y la cooperación penal internacional. Si bien, en la redacción de la nueva ley, se tuvo en cuenta la nueva orientación establecida en dicha Convención, las disposiciones penales fueron redactadas siguiendo ampliamente la Ley de 1924.

Estas disposiciones penales debieron ser revisadas, en 1968, para cumplir con las obligaciones impuestas por la Convención única sobre estupefacientes de 1961 y, luego en 1975[2], para hacer frente a los urgentes problemas creados por las nuevas formas del abuso de drogas. Esta última reforma refleja las ideas contradictorias que la motivaron y propugnaron: aumentar los medios terapéuticos destinados a la prevención, acentuar la severidad de la represión del tráfico como muestra de una clara reprobación social y atenuar la represión en caso de los consumidores.

1 Lucchini, Riccardo, *Drogues et société. Essai sur la toxicodépendance*, Editions Universitaires, Fribourg, 1985, pp. 16 y ss.

2 Conseil fédéral, *Message* 1973 I, p. 1305. Esta reforma fue motivada, en parte, por la Convención sobre las substancias sicotrópicas.

b. La Ley federal de 1975

a) El control administrativo

El dominio de aplicación de la ley está determinado por la enumeración y clasificación de las substancias sometidas a control. La lista detallada es establecida por el *Service fédéral de la higiene publique*, el que –por delegación del *Conseil fédéral*– puede someter a control substancias que, aun cuando no generan dependencia por sí mismas, pueden ser transformadas en uno de los productos mencionados en el artículo primero. Este Service también puede suprimir, total o parcialmente, dicho control respecto a ciertas substancias (artículo 3, inciso 2). La determinación de los límites de este control es fundamental para la aplicación de las disposiciones penales, pues estas solo conciernen las substancias sometidas a dicho control[3]. Estos límites han sido ampliados de manera significativa en 1975: los halucinógenos (LSD-25, mescalina, etc.) y los estimulantes del sistema nervioso central que tienen efectos anfetamínicos han sido asimilados a los estupefacientes ya considerados en la anterior ley. Esto implica necesariamente una extensión notable de la represión; pues la incorporación o sustracción de una substancia a dicho control comporta respectivamente la inserción o la eliminación de un comportamiento punible.

El control administrativo de los estupefacientes aparece así como el primer y más importante medio para limitar la utilización de dichas substancias solo con fines médicos y científicos[4]. Este control se basa en el sistema de la autorización previa: para realizar cualquier actividad relacionada con estupefacientes debe, previamente, recabarse el permiso respectivo. Teniendo en cuenta la situación especial de las personas que ejercen profesiones médicas, la ley reconoce a los médicos, dentistas, veterinarios, farmacéuticos, dentro de los marcos del ejercicio de su profesión, amplias facultades para procurarse, conservar, utilizar y ceder estupefacientes (artículo 9). En este campo, la evolución legislativa está marcada por una tendencia restrictiva.

El objetivo de estas medidas es tanto el de limitar el acceso al mercado oficial de estupefacientes únicamente a las personas o entidades autorizadas, como el

3 Las fuentes de información referentes a los estupefacientes son *L'Ordennance du Service fédéral de la santé publique concernant les stupéfiants et autres substances et préparations du 8 novembre 1984* y su anexo establecido el 1 de julio de 1975, Receuil systématique du droit fédéral 812.121.2; la última modificación data del 17 de octubre de 1988.

4 DELACHAUX, Max, *Drogues et législation: évolution des mesures de contrôle et des mesures répressives prévues par les conventions internationales et la législation fédérale sur les stupéfiants*, Le Book Production Unit, Lausanne, 1977, p. 74.

de vigilar y controlar todas y cada una de las etapas de las operaciones relativas a los estupefacientes (producción, fabricación, importación, comercialización, donación, etc.). Una consecuencia lógica de este sistema es la prohibición de todo estupefaciente que no sea terapéuticamente útil o que sea más nocivo que útil.

b) La represión del tráfico ilícito

En el artículo 19, inciso 1, se prevén dos grupos de infracciones: el primero está constituido por una serie de comportamientos que pueden ser agrupados bajo el rubro de tráfico ilícito (*lato sensu*) y el segundo por dos conductas vinculadas con el tráfico: la provocación pública al consumo y la revelación pública de las posibilidades de procurarse o de consumir estupefacientes. Se reprimen tanto la realización intencional como la culposa de estas infracciones (artículo 19, inciso 3). La persecución es de oficio.

En los incisos 1 a 7, de acuerdo al modelo de la Convención de 1936 y de la Convención única de 1961, se enumeran las infracciones de tráfico ilícito, pero sin emplear necesariamente la misma terminología. La exigencia de que el agente debe actuar "sin derecho", confirma a la "autorización previa" como base del control del mercado de estupefacientes.

Las actividades incriminadas no constituyen comportamientos autónomos, sino más bien eslabones de una misma operación. Es raro, en consecuencia, que la comisión de uno de los comportamientos no implique la realización de algún otro; por ejemplo, la venta ilegal de estupefacientes supone, evidentemente, que la substancia haya sido adquirida, importada o conservada sin derecho durante un lapso determinado. Siendo previstas las infracciones como delitos de peligro, la cantidad o el tipo de estupefaciente, objeto del tráfico, no es un elemento constitutivo del tipo legal. Este elemento es decisivo solo para la apreciación de la gravedad de la infracción.

Además del cultivo, la producción y el comercio, se reprimen los actos preparatorios destinados a cometer uno de los comportamientos enumerados en los cinco primeros incisos del artículo 19 (artículo 19, inciso 6: "*celui qui prend des mesures a ces fins*"). Esta norma es conforme a los convenios internacionales y busca facilitar la pronta y oportuna intervención de las autoridades represoras. Según esta disposición ya sería punible quien propone a otro, seriamente, una transacción sobre estupefacientes, instala un sistema de doble fondo en un coche para exportar estupefacientes o se asocia a otros para traficar [...]. Además, de acuerdo al inciso 7 de la misma disposición, constituye delito el hecho de financiar una operación de tráfico ilícito o de servir de intermediario de tal financiamiento (agente financiero, corredor de bolsa, etc.).

La idea es de sancionar de la misma manera cada una de las etapas en que puede consistir el tráfico ilícito (considerado globalmente), ya que todos estos comportamientos ponen en peligro la salud pública (bien jurídico protegido mediante la ley).

Las penas previstas para los casos simples es la de prisión (máximo de tres años) o la de multa (máximo de 40,000 francos suizos). Este sistema de penas alternativas da al juez un amplio poder para individualizar la represión según la índole del caso concreto. En los casos graves (artículo 19, inciso 1, N.º 9, e inciso 2), la pena es la de reclusión (de uno a 20 años) o la de prisión (de uno a tres años). A esta pena el juez puede siempre acumular una multa de hasta un máximo de un millón de francos. La agravante no está cabalmente definida en la ley. En esta solo se señala, a modo de ejemplo, tres casos: una cantidad de estupefaciente capaz de poner en peligro la salud de numerosas personas, el cometer la infracción como afiliado a una banda formada para traficar ilícitamente estupefacientes y el obrar *par métier*, realizando una ganancia importante.

c) Represión del consumo de estupefacientes

Este aspecto constituye, sin duda, el más discutido respecto a la conveniencia de la intervención penal[5]. Antes de la revisión de 1975, el consumo de drogas no era reprimido en cuanto tal. Sin embargo, el consumidor era sancionado de manera indirecta: por el hecho de haber, antes del consumo, adquirido o conservado estupefacientes en su poder[6]. En consecuencia, era tratado como un traficante. Con el fin de despenalizar el consumo de drogas, el legislador incorporó, en 1975, el artículo 19a. En su primer inciso se prevé como falta (contravención) el consumo de estupefacientes[7] o la realización de una de las infracciones previstas en el artículo 19 para asegurar el propio consumo. En este último caso, el consumo no debe haberse aún producido y no se establece un límite determinado en cuanto a la cantidad de droga. En el artículo 19b, se prevé, tratándose de cantidades mínimas de droga, la no represión del agente que se limita a preparar para sí mismo el consumo de estupefacientes o a permitir a

5 DELACHAUX, *Drogues et législation*, cit., pp. 172 a 177.

6 *Affaire Michel*, RO 95 (1969) IV 179.

7 En oposición al proyecto del Conseil fédéral, la mayoría de la Comisión del Conseil des Etats estaba en favor de la descriminalización del consumo. Al final primó el criterio del gobierno, enmendado por el Conseil National: Bull. sténo. CdE 1973, pp. 700 y ss.; Bull. sténo. Cons. Nat. 1974, pp. 1419 y ss.; Conseil fédéral, Message 1973, I 2, pp. 1321 y ss.

terceros que consuman en grupo la droga que él les ha dado gratuitamente. De esta manera, se descarta la aplicación del artículo 19; pero el consumo puede ser aún reprimido. No beneficiará a la aplicación del artículo 19a, inciso 1, el agente que cometa una de las infracciones previstas en el artículo 19 con el fin de obtener los medios que le permitan consumir drogas. En este caso, el agente favorece o asegura el consumo de drogas de la parte de terceros y será, por tanto, sancionado como traficante (artículo 19).

La despenalización del consumo, mediante el abandono de la represión indirecta y su calificación como falta, ha sido completada con la previsión de intervenciones médico-sociales en relación con el consumidor. En los casos de poca gravedad (*cas bénin*), se permite a la autoridad competente suspender el procedimiento penal y renunciar a toda pena (artículo 19a, inciso 2). Así mismo, se prevé, de un lado, la posibilidad de renunciar al proceso penal cuando el consumidor se haya sometido o acepta someterse a medidas de protección controladas médicamente (artículo 19, inciso 3) y, de otro lado, la de ordenar el internamiento en un establecimiento sanitario de los drogodependientes (artículo 19, inciso 4). Estas medidas reflejan, en relación con los delincuentes que abusen de las drogas, la orientación preventiva señalada por el Protocolo de 1972 y la Convención sobre las substancias sicotrópicas de 1971. Es de recordar que esta contradicción ha sido establecida por la reforma de 1975. Así, se prevé en la ley la asistencia médica de los consumidores (en particular, de los drogodependientes) y, al mismo tiempo, la punibilidad del consumo de drogas[8].

De acuerdo con las disposiciones generales del Código Penal, el juez tiene además la posibilidad, según las circunstancias del caso particular, imponer al agente una medida de seguridad (por ejemplo, si se trata de un toxicómano).

Es reprimible a título de falta quien, intencionalmente, persuade o trata de persuadir una persona a consumir drogas sin derecho. Esta disposición se explica en la medida que se reprime el consumo como una infracción *sui generis*. Se trata, de un lado, de un caso de instigación a cometer esta contravención reprimible de acuerdo con las normas generales del Código Penal y, de otro lado, una derogación al artículo 24, inciso 2 que solo prevé la represión de la tentativa de instigación en caso de crímenes.

En los artículos 20 a 24, se prevén infracciones de menor gravedad que el tráfico ilícito. Los dos primeros incisos del artículo 20 tienen en cuenta el

8 Schultz, *Avis de droit concernant le "Stations pour toxicomanes"*, Berna, 1989, p. 10. Según este autor, la contradicción debe resolverse en favor de la prevención, p. 11.

tráfico internacional. El primero sanciona el hecho de formular una solicitud en base a datos falsos con la finalidad de obtener o de procurar a un tercero una autorización de importación, de tránsito o de exportación. De acuerdo con el segundo inciso, se reprime a quien cambie, en el interior del país o en el extranjero, la destinación de los estupefacientes para los cuales el agente posee un permiso de exportación suizo. Por último, el inciso 3 del artículo 20 reprime los médicos, veterinarios o dentistas que aplican o, en cuanto a los dos primeros, recetan estupefacientes fuera de los casos en que la ciencia lo prescribe. Así mismo, se castiga al farmacéutico que, sin receta de un médico o de un veterinario, expende estupefacientes al público (obligación prevista en el artículo 13).

Las obligaciones referentes al control, previstas en los artículos 16 y 17, son reforzadas penalmente mediante el artículo 21. En el inciso primero de esta disposición, se prevé la represión de quien no establezca los boletines de entrega o no practique los controles prescritos, así como a quien inscribe indicaciones falsas o descuida de consignar aquellas que son exigidas por los artículos 16 y 17. En el inciso segundo, se sanciona a quien utilice boletines de entrega y registros conteniendo datos falsos o incompletos.

Para evitar lagunas en la represión, el legislador ha previsto en el artículo 22 una disposición subsidiaria. Según esta regla será reprimido, con la pena de detención o de multa hasta por un monto de 10,000 francos (contravención), quien viole, intencionalmente, las disposiciones de la ley o sus normas de ejecución, en la medida que su comportamiento no constituya una de las infracciones previstas en los artículos 19 a 21. Es el caso, por ejemplo, de la importación, exportación, fabricación, producción [...], sin autorización, de las substancias y de los preparados que tienen un efecto parecido al producido por las substancias y preparados mencionados en el artículo primero de la ley (artículo 7).

Para facilitar las investigaciones policiales, se prevé, en el artículo 23, inciso 2, la impunidad del funcionario que acepte una oferta de estupefacientes o tome posesión de estos sin revelar su condición de policía. No se trataría de un caso de "agente provocador" (comportamiento que sería siempre sancionado), pero los límites fijados entre ambos casos no son tan claros como para evitar una aplicación abusiva. En la práctica, este tipo de operaciones, de gran riesgo para el Estado de derecho, no es de gran utilidad para llegar hasta los escalones superiores del crimen organizado.

2. La toxicomanía en Suiza

a. Generalidades

a) Introducción

A inicios del presente siglo, la toxicomanía no representaba una amenaza seria. Suiza era, por el contrario, un gran productor y exportador (en un 95 %) de estupefacientes. Así, las medidas concernientes a la vigilancia de la producción y el comercio de estupefacientes, al control aduanero y a la represión penal, impuestas por la Convención de La Haya de 1912, fueron estatuidas (mediante la ley de 1924) más por razón de solidaridad internacional que por necesidad interna.

Como ya lo hemos señalado, la revisión de 1951 (fecha en la que se establece el texto aún en gran parte en vigor) y las modificaciones de 1968 y de 1975 han sido realizadas también para poder suscribir las nuevas Convenciones internacionales. Sin embargo, la situación de la toxicomanía era entonces ya bien diferente. El abuso de estupefacientes, hasta los años 60, constituía un fenómeno poco frecuente y practicado por determinados grupos de personas, sobre todo por los socialmente desfavorecidos. La adicción era, casi exclusivamente, a una droga determinada (monotoxicomanía). Hasta los años 70, las estadísticas referentes a los toxicómanos conocidos por las autoridades y adictos al opio o a sus sucedáneos eran personas adultas cuya adicción se originaba, generalmente, en perturbaciones psíquicas, en el tratamiento de alguna enfermedad grave o en su actividad profesional. De un total de 128 toxicómanos conocidos, en 1970, ninguno era menor de 20 años y la mayoría (70) tenía más de 50 años, 27 de ellos pertenecían a una profesión médica o paramédica[9]. Por el contrario, la progresión del consumo abusivo de medicamentos, somníferos, hipnóticos, analgésicos, anfetaminas [...], fue importante. Junto a este fenómeno, se desarrolló igualmente un abuso excesivo de bebidas alcohólicas. En 1969, se llegó a constatar que 100,000 personas necesitaban un tratamiento médico por esta razón[10]. A partir de la década del 60, se desarrolla en Suiza, como en los demás países industrializados, una nueva forma de abuso de estupefacientes caracterizada por la edad de los consumidores (sobre todo adolescentes y jóvenes) y por el consumo simultáneo de diversos estupefacientes o farmacos (politoxicomanía).

9 *Groupement romand d'études sur l'alcoolisme et les toxicomanies*, Jeunesse, pp. 197 y ss.

10 Solms, Hugo, *Alcoolisme et pharmaco-dépendance: journées médico-sociales romandes, 22-23 mars 1968*, Médecine & Hygiène, 1968.

Si la marihuana es la droga más consumida, el consumo de la heroína constituye el caso socio-médico más grave. El alcoholismo se extiende entre los jóvenes y adolescentes toxicómanos; entre los adultos, la situación se agrava críticamente.

Este fenómeno, común a los países industrializados, no constituye en sí mismo un fenómeno social extraño. El consumo de estupefacientes y el estado de dependencia que, con relativa frecuencia, se produce son un fenómeno sociocultural inherente a todo orden social. De acuerdo a la naturaleza de este contexto, tal fenómeno adquiere características particulares. En los países industrializados, se constata el consumo de drogas adictivas fuertes, producidas o transformadas artificialmente, que producen graves problemas individuales y sociales.

Estas dificultades son provocadas, sobre todo, por la dependencia física y/o síquica que produce el consumo de estupefacientes. Dependencia que se origina por la combinación de diversos factores: individuales (características personales congénitas, experiencias durante la infancia, etc.), sociales (familia, situación económica, marco normativo, etc.) y los vinculados con la droga (índole de sus efectos, accesibilidad, precio, etc.). Sin embargo, en la mayor parte de los casos de consumidores de substancias sicoactivas, se trata de un consumo controlado practicado con fines terapéuticos o placenteros. En estos casos los problemas médicos o síquicos son menos graves, salvo en caso de accidentes debidos a un consumo inadaptado a ciertas situaciones.

b) Consumo de estupefacientes

Para mejor apreciar los datos referentes al consumo de drogas ilegales, resulta conveniente tener en cuenta, al menos parcialmente, la situación respecto a las drogas legales[11]. El consumo anual de alcohol en Suiza es calculado en 10,5 litros de alcohol puro por habitante. En 1979, Suiza figuraba en el décimo lugar entre los países europeos donde más se consumía alcohol[12]. En cuanto a la edad de los consumidores, es de señalar que el 10 % de personas de 15 a 74 años bebe aproximativamente la mitad del alcohol consumido. El 11 % son abstemios y más del 25 % bebe a diario bebidas alcohólicas. En los años setenta, se ha

11 Respecto a los datos estadísticos no está de más recordar que deben ser apreciados con mucha prudencia. En general, solo permiten una observación parcial que debe ser completada con otros medios. En cuanto a las estadísticas oficiales en Suiza, se ha señalado como causa de su carácter incompleto "in einer bewussten Verschleierungsstrategie der Polizei", mediante la cual busca "das 'schneeweisse' Image der Schweiz su bewahren", Schwarzenegger, NZZ, p. 23.

12 ISPA, *Alcoolisme et autre toxicomanies. Données statistique*, Lausanne, 1981.

constatado una disminución del consumo de alcohol entre los hombres suizos alemanes, mientras que entre los suizos franceses la tendencia es al aumento. En la década del 80, el consumo fue de no menos de 11, 1 litros de alcohol puro por habitante y por año. Si solo se consideran las persona de 15 o más años de edad, la cantidad fue entre 13,4 y 13,6. En 1985, ocupó el séptimo lugar con relación a los demás países.

El número de cigarrillos consumidos anualmente en Suiza es de 2,400 por habitante (1979). Entre las personas de 15 a 74 años de edad, el 46 % son hombres y el 31 %, mujeres. En el grupo de jóvenes de 15 a 24 años, las fumadoras son mayoría. El 42 % de fumadores y el 33 % de fumadoras consumen más de 20 cigarrillos diarios. Esto constituye más de la mitad del consumo total.

El consumo de medicamentos[13], sin prescripción médica o en dosis excesivas, concierne sobre todo los somníferos (hipnóticos), los analgésicos, los sedantes (tranquilizantes) y los estimulantes. Estadísticas precisas sobre este fenómeno no existían. La primera indagación sobre toda Suiza ha sido realizada, en primavera de 1981, por Schweizerische Fachstelle für Alkoholprobleme (SFA, ISPA). La muestra representativa estuvo constituida por 1081 personas cuyas edades fluctuaban entre 15 y 74 años. Según esta encuesta, el 7,5 % de la población adulta (120,000 hombres y 240,000 mujeres) consume diariamente somníferos, analgésicos, tranquilizantes o incitantes. El consumo crece en la medida que aumenta la edad, salvo en el caso de los estimulantes. Las mujeres consumen, claramente, más medicamentos que los hombres. El empleo de medicamentos acompaña, frecuentemente, el consumo de alcohol o de estupefacientes.

Respecto al consumo de drogas ilegales no existen aún trabajos completos sobre el consumo global en Suiza. Solo a partir de investigaciones parciales se pueden formular estimaciones sobre la situación general.

Los productos derivados del cannabis son los más consumidos entre los jóvenes. Las encuestas realizadas entre grupos representativos de jóvenes suizos (de 16 a 20 años) muestran que cerca del 30 % ha consumido una o varias veces drogas ilegales. A escala general, se estima que el 11 % de personas de 15 a 74 años han probado algún derivado del cannabis. Según una encuesta efectuada sobre personas de 15 años o más, en 1987, este porcentaje ha notoriamente aumentado. Se calculó que el 27 % había fumado *haschich* (15 % de hombres,

13 MUSTER, *Zahlen und Fakten,* pp. 46 y 47; Sous-commission "Drogue", Rapport 1983, pp. 19 y ss. La amplitud del consumo indebido de medicamentos no es fácil de detectar; por ejemplo, a pesar de la existencia de una prescripción médica no se puede descartar un abuso en el consumo. Uno de cada cinco consumidores lo hace sin receta médica.

12 % de mujeres). En el grupo de personas de 15 a 24 años, el porcentaje era de 41 (22 % de hombres y 19 % de mujeres). A partir de los años 80, se constata una progresión del consumo del *hachisch* e, igualmente, del empleo de la cola, disolventes y cocaína[14].

Sin embargo, de estos consumidores ocasionales solo un pequeño número deviene consumidor habitual y un número aún más reducido se dedica a consumir drogas duras (*drogues dures*). En orden decreciente de la cantidad consumida, se deben mencionar el *hachisch*, la heroína, los alucinógenos, la cocaína. Según una encuesta realizada por el Office fédéral de la santé publique entre los Cantones, resulta que, en 1979, existían 5,700 casos graves de drogodependencia, en su mayoría heroinómanos. En 1985, esta cifra había aumentado a 9,50tf[15].

Comparando la situación con la de otros países, se presume que entre el uno por mil o dos por mil de la población es drogodependiente; es decir, entre 6,000 y 12,000 personas. Si se considera que son pocos los casos de drogadictos curados, resulta que el número de drogadictos crece constantemente. Este hecho es confirmado por el aumento de la cantidad de drogas en el mercado negro.

Los primeros datos globales sobre la situación en Suiza datan del año 1967[16]. Según estas informaciones, entre los jóvenes de 15 a 16 años, cerca del 12 % están dispuestos a consumir productos obtenidos del cannabis y el 5 %, opiáceos y cocaína. El consumo parece más elevado en la zona germánica que en las zonas francesas o italianas. Tal vez, esto se deba a la diferencia en las políticas cantonales. En los cantones francófonos y en el Ticino, se sigue una política más represiva que en los cantones de habla germánica[17].

Un índice claro de la gravedad del problema está dado por el aumento de las muertes debido al consumo ilegal de estupefacientes. Estos decesos se

14 Müller, *Therapeutische Umschau*, N.º 39, 1982, pp. 602 y ss.

15 A la encuesta del Office fédéral de la santé, no respondieron 7 Cantones: Glaris, Grissons, Neuchátel, Oberwald, Solothurn, Ticino y Uri. El 50 % de casos son politoxicómanos. Así mismo, es de tener en cuenta que las "cifras negras" son bastante elevadas. Cf. Office fédéral de la santé public, La drogue en Suisse, tema N.º 3.

16 Conseil fédéral, Rapport 1989, p. 20.

17 Esta situación crea un cierto malestar: por ejemplo, el comité central de la Fédération suisse des fonctionnaires de police (representativa de 17,500 agentes e inspectores) ha manifestado, últimamente, su desasosiego frente a las diferencias cantonales en la aplicación de la ley federal de estupefacientes, La Liberté, Fribourg, 25 y 26 de mayo de 1991, p. 3.

producen sobre todo en los cantones con gran densidad urbana[18]. De las 205 muertes acontecidas en el año 1987[19], 176 se han producido en diez cantones; en el siguiente orden: Zürich, Genéve, Vaud, Bern, Bale-Ville, St. Gall, Argovie, Tessin, Lucerne, Soleure. En 1989, se produjeron 248 muertes y, en 1990, 280. Confirmándose la tendencia de los últimos años, el año pasado, el mayor número de estos decesos fue debido a una sobredosis de heroína. La politoxicomanía fue la causa en 37 casos. Del total de fallecimientos, 250 se han producido en solo 12 cantones: en Berna, se ha producido el aumento más grande (58 muertes, en lugar de 33 en 1989); en Zürich, por el contrario, el número a descendido de 70 (1989) a 66. Estos datos confirman la intuición de que los casos graves de drogadicción tienden a aumentar. El consumo de drogas duras, en particular de la heroína, constituye el problema más agudo en el ámbito médicosocial. Esta situación dramática no debe hacer olvidar que el consumo de drogas legales provoca efectos iguales o más graves; por ejemplo, si se calculaba, en 1983, 100 muertes anuales debido al consumo ilícito de drogas, 1,200 eran provocadas por el consumo de alcohol y 4,800 debidas al tabaco[20]. Estas últimas eran calculadas, en 1986, en más de 5,000 (de las cuales 4,711 debidas a cáncer a la laringe, bronquitis crónica e infarto al corazón).

c) Consumo de estupefacientes y delincuencia

Existe casi unanimidad en señalar la estrecha relación que existe entre el consumo de drogas y la comisión de delitos; así por ejemplo en el caso del consumo de bebidas alcohólicas con relación con los delitos contra la vida, la salud, el patrimonio, la libertad sexual y a las infracciones culposas. El consumo de estupefacientes como causa criminógena es mucho más complejo y, tal vez, menos conocida. Se estila distinguir tres formas principales de delincuencia relacionada con las drogas: el tráfico ilícito, la delincuencia de aprovisionamiento y aquella debida a los efectos de una droga[21].

Sobre el tráfico ilícito no se cuenta con estadísticas suficientes para comprender su magnitud. Actualmente, se caracteriza por constituir una actividad

18 Ver anexo N.º 3.

19 La determinación de estas cifras es bastante difícil. El consumo abusivo no es siempre la única causa del deceso. Los casos en que la muerte es debida únicamente a dicho consumo fueron calculados, en 195 (1987), 136 (1986), 120 (1985), 133 (1984), 144 (1983), 109 (1982), 107 (1981). Cf. Muster, Zahlen und Fakten, p. 43.

20 Conseil fédéral, Rapport 1983, p. 4.

21 Delachaux, Drogues et législation, p. 43.

cada vez más organizada por bandas de delincuentes profesionales e internacionales, así como por el recurso cada vez mayor a la violencia por parte de estos delincuentes. El caso del traficante-consumidor es bastante frecuente. El tráfico de drogas progresa de manera constante.

La delincuencia de aprovisionamiento está constituida por los actos delictivos cometidos para agenciarse las drogas necesarias al consumo: por ejemplo, robos con violencia en las farmacias o consultorios médicos, falsificación de recetas médicas, infracciones contra el patrimonio para obtener los medios financieros indispensables.

La delincuencia debida a los efectos del consumo de drogas está formada, sobre todo, por los delitos violentos: contra la vida, la integridad corporal y la salud, la libertad sexual, [...]. Un caso especial es el de los delitos culposos o aquellos que atentan contra la circulación vehicular. No está de más señalar que el consumo de drogas lleva con frecuencia a la prostitución y otros comportamientos asociales.

d) Costo económico del tráfico ilícito de estupefacientes

Se distingue, generalmente, entre costos económicos y aquellos que no pueden ser valorados financieramente. Este último es el caso, por ejemplo, del costo en vidas humanas que comporta el consumo de drogas.

El costo económico global del consumo de alcohol es estimado[22] en 1,500 millones de francos suizos por año y el del consumo de tabaco en 600 a 800 millones de francos. De estas sumas, 700 millones, en caso del alcohol, y 150 millones, en caso del tabaco, representan el costo social.

En cuanto al consumo de drogas ilegales, las estimaciones también carecen del rigor científico necesario. Esto es cierto, en particular, respecto al consumo global en el ámbito suizo. Algunos cálculos se han hecho en relación con el consumo de algunas drogas, en especial de la heroína. Para tener datos más exactos sería necesario conocer el costo de los tratamientos, de las investigaciones policiales y judiciales, los gastos efectuados por los centros de detención y por los

22 Leu, R. y Lutz, P., "Aspects économiques de la consommation d'alcool en Suisse", Bulletin des Eidg. Gesundheitsamtes vom 29.10.1977 (in Deutsch und Französisch). Wieder abgedruckt in Maul, Dieter (Hrsg.), Alkohol am Arbeitsplatz, Hamburg: Neuland, 1979; Leu, R., *Rauchen und Gesundheit.* Eine volkswirtschaftliche Analyse. Institut fürt Sozialswissenschaften, Universitat Basel, 1985.

servicios de asistencia social, los costos de la delincuencia vinculada a la droga, la disminución del producto neto nacional, [...].

La Sous-commission fédérale "Drogue", en su informe de 1983, afirmaba que podía hacerse la siguiente estimación burda del costo de adquisición directa de la heroína: si el consumo individual medio es de 0,5 gr., el precio en la calle de 4)0 francos y el número de heroinómanos de 6,000, el costo anual de adquisición sería de 400 millones por lo menos. Recientemente, la revista *Cash* especializada en materia económica calcula, refiriéndose a datos proporcionados por la Policía y el Ministerio Público del Cantón de Zürich, que el consumo anual suizo de heroína es de 5,5 "Gassen-Tonnen"[23] y el de cocaína de 4,5 "Gassen-Tonnen". Un "Gassen-Gramm" de heroína cuesta 500 francos y solo contiene 10 % de heroína pura. Si se calcula, en Zürich, el número de heroinómanos en 5,000, la ración diaria en 0,5 "Gassen-Gramm" y su precio en 250 francos, el costo diario de adquisición es de 1,25 millón de francos y de 456 millones por año (912 "Gassen-Grammen"). Para calcular el costo a nivel nacional, conforme a estimaciones generalmente admitidas, es de multiplicar por seis: 5,5 "Gassen-Tonnen" de heroína valorada en 2 mil 700 millones de francos y 4,5 "Gassen-Tonnen" de cocaína valorada en mil 300 millones de francos. Si se considera que el tráfico ilícito supone, por lo menos, cuatro etapas intermedias y, así mismo, el "*Wertschopfung*" de la droga, el beneficio neto obtenido es de 2,700 %: para obtener 5,5 "Gassen-Tonnen" de heroína solo son necesarios 350 kg., de heroína pura o 785 kg., de heroína importada (70 % de concentración). Considerando que el kilo cuesta 120,000 francos, el costo de producción sería de 95 millones de francos. El precio de venta asciende a siete veces el costo de producción. Estos datos permiten afirmar que, de ser considerada como una empresa común, la o las mafias que monopolizan el tráfico ilícito de drogas constituyen un enorme poder económico, cuyos beneficios anuales (3,500 millones de francos considerando el tráfico de heroína y cocaína) la colocarían en el 29 lugar de la lista de empresas suizas, inmediatamente después de Bührle (en 1989, los beneficios de Nestlé se cifraban en 2,500 millones, los de Ciba-Geigy en 1,557 millones).

Como última referencia, señalemos el costo de la readaptación de un drogadicto. Se trata bien entendido, de una simple estimación, pues no se cuenta con los datos concretos indispensables. El costo diario en una comunidad terapéutica o en una clínica varía entre 100 y 150 francos. Por un tratamiento de un año, el monto asciende por lo menos a 50,000 francos. Si el número de plazas

23 Esta expresión se refiere a la droga tal como se comercializa en la calle.

disponibles, en 1983, se calculaba en 300, la suma dedicada a la readaptación de drogados era de 15 millones de francos por año.

El aspecto económico no constituye sin embargo el problema más grave. Junto a este adquieren una singular importancia los aspectos médico, social y psicológico.

b. Situación actual de la lucha contra el tráfico de drogas

a) Autoridades encargadas

El gobierno federal asume la función de apoyo y coordinación. El *Office fédéral de la santé publique* asiste a los cantones en la aplicación de la ley, fomenta y ayuda a la creación de las instituciones de asistencia, tratamiento e información. Coopera en la formación y especialización del personal destinado a luchar contra el abuso de las drogas. Así mismo, fomenta la investigación científica. Para este año, se prevé una suma de seis millones de francos[24] (5 millones para la prevención y la asistencia; un millón para la investigación). Estos montos se elevaran, en 1992, a 6,5 millones y 2 millones, respectivamente. Para los años siguientes, se prevé la suma de 8,7 millones.

De acuerdo con el sistema federal, son los cantones quienes se encargan de llevar a cabo la prevención (asistencia, información, tratamiento) y la represión del abuso de estupefacientes. Hasta hace unos años, su actividad se orientaba principalmente hacia el tratamiento de alcohólicos y de personas adictas al uso de medicamentos. El aumento vertiginoso del tráfico y consumo de drogas, acompañado de graves problemas sociales, ha obligado a los cantones a crear una serie de instituciones para enfrentar esta grave situación. Es, sin embargo, del ámbito privado de donde provinieron las primeras iniciativas. Las autoridades siguieron este movimiento.

b) Prevención

En un inicio, se creyó que la ola de toxicomanía sería detenida mediante una campaña de información pública sobre las causas de la drogadicción. Pero, como era de esperar, esta campaña no tuvo una influencia significativa entre los consu-

24 Fuera del monto necesario para la creación de puestos administrativos en el sector salud, prevención; cf. Communiqué de presse du département fédéral de l'intérieur, février 1991.

midores. Esto ha conducido a los responsables a cambiar la índole y la orientación de la información al público. Se han desarrollado programas de educación sanitaria e introducido en las escuelas "maestros-mediadores" para ayudar y aconsejar los alumnos en situación conflictiva o con problemas de consumo de drogas. Un programa de prevención global no existe, hasta ahora, en diversos cantones. Estas deficiencias son notorias respecto a la educación de los padres, a la prevención en las empresas y en la evaluación de los programas de prevención[25].

El tratamiento de establecimientos especializados ha evolucionado, igualmente, de acuerdo a los cambios producidos en el consumo de drogas. La politoxicomanía ha determinado el abandono de los tratamientos tradicionales de drogadictos monodependientes. Después de innumerables experiencias, se ha establecido un tratamiento centrado en los aspectos sicosociales y sicoterapéuticos, acompañado de una reintegración progresiva programada para una duración bastante larga. Según los datos oficiales, se calcula en 588 las plazas disponibles para este tratamiento de larga duración[26]. Dichas plazas se hayan repartidas en diversas comunidades terapéuticas y clínicas.

Deficiencias notables se constatan en la asistencia a los toxicómanos internados en centros penitenciarios. Ellos constituyen el tercio de la población carceral. Esta situación es negativa tanto para el buen funcionamiento de tales establecimientos como para el tratamiento de los delincuentes toxicómanos[27].

También dejan mucho que desear los programas de asistencia posterior a un tratamiento o a la liberación de los detenidos. Existe una deficiencia grave, especialmente, en albergues y plazas de trabajo para los liberados. Esto impide ayudar de manera eficaz al drogadicto para que abandone la droga y consiga su autonomía social.

El tratamiento ambulatorio está a cargo de centros de consultación especializados. Además de encargarse del tratamiento, el personal de estos centros absuelve consultas y practica despistajes precoces en personas en riesgo de devenir consumidores. Junto a estos centros, es de considerar los diversos centros médico-sociales (cantonales o comunales), centros de consultación para jóvenes, etc. Estas instituciones se encuentran desigualmente repartidas en territorio suizo. El tratamiento ambulatorio de la dependencia a una droga es raramente eficaz; constituye sin embargo un elemento fundamental para la preparación del

25 Cf. Robert, Ch. N., RPS, N.º 93, 1977, pp. 60 y ss.

26 Office fédéral de la santé publique, La drogue en Suisse.

27 Muff, RPS, N.º 100, 1983, pp. 177 y ss. Consultar también el artículo que con el mismo título y en la misma revista (pp. 159 y ss.) publica Osterwalder.

tratamiento en un establecimiento especializado. Los centros que practican el tratamiento ambulatorio constituyen el lugar de encuentro con el toxicómano, donde se evalúa la gravedad de su dependencia y su disponibilidad a someterse a un internamiento para ser tratado. Por último, son útiles para desarrollar una política de motivación hacia la realización del tratamiento apropiado.

El financiamiento de los programas contra la toxicomanía ha notablemente mejorado desde que el diezmo (díme) al alcohol ha sido totalmente entregado a los cantones. En el año 1986-87, los cantones han recibido de la Régie fédérale des alcools 27,7 millones de francos para combatir las causas del consumo de substancias produciendo dependencia. El 30 % de esta suma, alrededor de ocho millones, debe consagrarse a la lucha antidroga.

Una de las últimas medidas tomadas a nivel federal es la realización de una campaña nacional de sensibilización para hacer que las personas comprendan mejor y acepten los problemas relacionados con las drogas, la prevención, el tratamiento y la asistencia que debe ser brindada a los toxicómanos. Esta decisión ha sido tomada dentro de un marco más amplio tendiente a reforzar la política en materia de drogas. El Conseil fédéral, en esta ocasión, se ha fijado, hasta 1993, el objetivo de estabilizar el número de toxicómanos y, para 1996, de reducirlo en un 20 %[28].

c) Represión

Mediante la represión se busca, de un lado, restringir la oferta de estupefacientes en el mercado negro (persecución de productores, contrabandistas, comerciantes, intermediarios, etc.) y, de otro lado, limitar la demanda de dichas substancias (sancionando a los consumidores principiantes, ocasionales y dependientes).

La acción represiva, en las últimas décadas, se ha caracterizado, sobre todo, por la persecución de los pequeños traficantes-consumidores y consumidores, en detrimento de la lucha contra el tráfico organizado. Esta situación ha sido puesta en evidencia, en los últimos años, por una serie de escándalos relativos al lavado de dinero de origen ilícito. Entre los factores señalados, cabe destacar las insuficiencias de la organización y del personal del Ministerio Público de la Confederación, así como la inexistencia de una verdadera Policía federal. La situación no es mejor a nivel cantonal. Los órganos de represión cantonales, de-

28 Communiqué de presse, février 1991, n.36.

bido a los limitados recursos de los cantones, no se encuentran suficientemente preparados, personal y materialmente, para luchar eficazmente contra esta delincuencia internacional.

En 1969 y en toda Suiza, se registraron 500 denuncias por violaciones de la ley sobre las drogas. En 1975, 1980 y 1988, 5,000, 8,000 y 18,000, respectivamente. En la década del 70, el 90 % de las denuncias se refería a infracciones relacionadas con los productos del cannabis; en la actualidad, constituyen alrededor de la mitad. El tráfico y el consumo de la heroína son los que más han aumentado (por ejemplo, en 1988: 6,428 casos). Lo mismo sucede, desde hace poco, con los delitos concernientes a la cocaína. Por el contrario, el "crack" no ha hecho aún su aparición de la misma manera[29]. La situación no ha variado demasiado en los dos últimos años: en 1990, se han formulado 18,880 denuncias. Respecto al año pasado, el número de extranjeros denunciados ha aumentado en un 22,7 %; mientras que el de los nacionales ha disminuido. Lo mismo sucede en cuanto a los consumidores: el número de extranjeros ha subido en un 21,8 % con respecto a 1989. Se ha acentuado igualmente esta diferencia en relación con los traficantes. Más de la mitad de los inculpados (12,936) por consumo de drogas está conformada por reincidentes. El número de primarios ha aumentado en un 2,4 % y el de los dependientes denunciados en un 13,7 %.

La incautación de drogas ha seguido, naturalmente, la misma progresión. En 1973, las incautaciones anuales de *hachisch* se elevaban a 477 kg, las de marihuana a 70 kg., las de opio a 4,4 kg., las de heroína a 650 gr. y las de alucinógenos a 10,800 dosis. Según la misma fuente, en dicho año se registraron, de un total de 4,836, 95 denuncias sobre tráfico ilícito y 1,882 de tráfico y consumo. En los años siguientes, la cantidad de drogas incautadas ha progresado continuadamente. Si en 1980, se incautaron 18 kilos de heroína, en 1988 ya fueron 42,9 kilos y, en 1989, 50,4 kilos. Las de cocaína, en el mismo periodo, pasaban de 14 kilos a 226, 1 kilo y, en 1989, 306, 1 kilo[30]. Respecto a 1990, se ha constado una diferencia entre el volumen de las incautaciones de drogas duras con respecto al de drogas blandas. Esto es debido, en particular, a que los órganos de represión han concentrado, en los dos últimos años, sus actividades en el tráfico de la heroína y de la cocaína. De 274, 1 kilo de marihuana y de 608,9 kilos de haschich, en 1989, se ha descendido a 52 kilo y 461,8 kilos, respectivamente, en 1990. Las incautaciones de drogas duras han aumentado: de 50,4 kgs. de heroína (1989) se han pasado a 186,2 kgs., de 306, 1 kgs. de cocaína a 339,3 y de 1492 dosis

29 Ministére publique de la Confédération, Statistique 89, Avant-propos.

30 Ministère publique de la Confédération, Statistique 90.

de LSD a 2207. Según la misma fuente, el crack y la *free-base* son fabricados y consumidos inmediatamente en el medio toxicómano, lo que explica la ausencia de incautaciones.

A nivel judicial (2,324 sentencias en materia de drogas en 1986), el mayor número de condenas conciernen a los consumidores. El número de casos relativos al *hachisch* es siete vez mayor que el referente a la heroína. Los condenados son, sobre todo, adolescentes y jóvenes.

Los casos de procesos judiciales por tráfico ilícito son significativamente menos numerosos. Los casos graves de tráfico (artículo 19, inciso 2) constituyen un 21 % de las condenas por tráfico. La gran mayoría de casos conciernen formas leves de delincuencia. Es casi imposible de saber en cuántos casos se ha interrumpido el proceso o se ha absuelto al acusado por falta de pruebas. Las penas privativas de libertad (de más de 3 meses de duración) son cuatro veces más numerosas que la imposición de un tratamiento ambulatorio o de un internamiento en un establecimiento apropiado. Las razones por que no se aplican más frecuentemente estas medidas resultan igualmente desconocidas.

En el sistema internacional del tráfico, Suiza se ha transformado en un país de tránsito, cuya importancia es considerada desmesurada con relación al tamaño del país. Debido a que el nivel medio de la red de distribución está controlada por extranjeros, las investigaciones e infiltraciones policiales resultan bastante problemáticas. La importancia de la plaza suiza está, igualmente, marcada por el elevado precio de las drogas en el mercado clandestino helvético, bien superior al de los demás países europeos y aún al de EE.UU. Así mismo y de acuerdo con la tendencia que se constata en el tráfico internacional, los traficantes ya han llegado a establecer centros de producción en Suiza; es el caso, por ejemplo, de los laboratorios desmantelados en Paccots (heroína), en el Ticino (morfina) y Estavayer du Lac (cocaína). Por último, no es de olvidar que la importante industria farmacéutica suiza produce pastillas de *methaqualone* y de *rohypnol*, materias de un importante contrabando hacia los países del tercer mundo[31].

c. Discusión sobre la problemática de las drogas

a) Introducción

Un amplio debate en todos los sectores de la población ha sido generado por la crítica situación actual, agudizada por la aparición de lugares públi-

31 Conseil fédéral, Rapport 1989, p. 30.

cos[32] donde se comercializan drogas y se distribuyen a los toxicómanos, con miras a prevenir el sida, por ejemplo, jeringas, desinfectantes, preservativos. Las opiniones manifestadas por especialistas, funcionarios, políticos, profesionales y legos son diversas, ya sea por su simplicidad o complejidad. Por lo que resulta, de un lado, casi imposible resumir el debate en detalle y, de otro lado, insuficiente presentarlo como el enfrentamiento de dos grupos opuestos: los represivos y conservadores frente a los liberales y progresistas. En los grupos más importantes, sin consideración de concepciones, se destaca la necesidad de intensificar la prevención y la lucha contra las causas de la toxicomanía[33].

b) Reforma legislativa

Aunque no siempre por las mismas razones, una mayoría importante considera que la ley sobre los estupefacientes debe ser revisada; quienes se oponen sostienen que no es fundamentalmente necesario. En general, se admite que el problema de las drogas no será resuelto con la simple modificación de la ley, cualquiera sea la orientación en que sea realizada. Existe casi unanimidad sobre la necesidad, desde la perspectiva médica como psicosocial, de reglamentar el uso de drogas y de prever medidas sancionatorias para hacer respetar esta reglamentación. Es, igualmente, opinión general que las disposiciones penales en vigor han sido poco eficaces para combatir este fenómeno; por lo que resulta necesario acentuar la política de prevención. Teniendo en cuenta el carácter internacional del fenómeno, la mayoría es conteste en estimar que la solución no puede ser buscada solo a nivel nacional. Esto lleva a proclamar la solidaridad de Suiza con los demás países en el marco de las convenciones internacionales en vigencia. En este dominio, el Conseil fédéral proyecta proponer la ratificación de la Convención sobre las substancias sicotrópicas de 1971, El Protocolo de 1972 modificatorio de la Convención única de 1969 y la Convención sobre el

32 En las principales ciudades de la zona alemánica, tales centros han sido instalados o están en proyecto de serlo (Berne, Zürich, Lucern, St. Gall, etc.). Actualmente, se nota sin embargo un cierto cambio de actitud entre las autoridades. Esto es debido, en parte, al lugar donde se hallan ubicados dichos centros; por ejemplo, en Berna, junto a la terraza del Palacio federal (desplazados a un lugar más alejado el 17 de abril 1991). Este año, la negativa del pueblo a conceder un crédito destinado a las actividades en el dominio de la toxicomanía, ha determinado el fin de la experiencia del Fixerstübli que venía funcionando en St. Gallen (ATS, La Liberté del 4 marzo de 1991).

33 Prises de positions au sujet du rapport de la Sous-Commission "Drogue" des aspects de la situation de la politique en matière de drogue en Suisse, p. 1; anexo al Communiqué du département de l'intérieur, février 1991.

tráfico ilícito de estupefacientes y substancias sicotrópicas del 19 de diciembre de 1988. Para la ratificación de estas convenciones, se hace necesario replantear algunos aspectos de la legislación. Por ejemplo, en la Convención de 1988, a diferencia de las anteriores, se establece la obligación de reprimir el consumo de estupefacientes. Se deberá, en consecuencia, mantener la represión del consumidor o plantear su incompatibilidad con los derechos constitucionales de libertad e igualdad[34].

A partir de 1983, año de publicación del primer informe de la Sous-Commission fédérale "Drogue", diversas iniciativas parlamentarias y particulares han sido presentadas. La revisión de algunos aspectos tratados en ellas permite hacerse una idea aproximada de las preocupaciones y de las perspectivas que se consideran[35]. La moción Hegg propone la revisión de la ley, la agravación de las penas previstas para los grandes traficantes, la separación de los lugares de ejecución de las penas y las medidas de tratamiento para los toxicómanos y los detenidos no drogadictos, la creación de establecimientos excluyendo las posibilidades de tráfico y evasión. La moción Grendelmeier trata de la revisión de la ley con miras a mejorar las posibilidades de descubrir el lavado de dinero sucio y la agravación de las penas. La moción Fetz trata de la despenalización del consumo y de la posesión de drogas destinadas al uso personal. Las interpelaciones Landolt se refieren al tratamiento en base a la metadona, a la uniformidad de su aplicación y su financiamiento por los seguros de enfermedad. El postulado de la Comisión de peticiones del Consejo de los Estados concierne la revisión de la ley respecto, sobre todo, a la forma de ejecución de las penas impuestas a los consumidores, la represión más severa del tráfico ilícito, el tratamiento diferenciado de las drogas duras y de las blandas, la administración de drogas de substitución acompañadas de medidas apropiadas. La iniciativa Rechsteiner propone la liberalización del consumo y del comercio de drogas. La política suiza respecto al tráfico internacional y al reforzamiento de los órganos de control y lucha son objeto de diversas otras mociones o iniciativas.

En cuanto a las iniciativas no parlamentarias, conviene citar, por ejemplo, la proposición de los juristas Pierre Joset y Peter Albrecht, retomada por la Asociación suiza de interventores en toxicomanía. Se trata de un proyecto concreto de revisión de la ley y sus puntos principales son la restricción de la definición de actos incriminados y la atenuación de los límites máximos de las penas, la impunidad del consumo de estupefacientes y la despenalización parcial de la venta de

34 SCHULTZ, *Avis de droit concernant le "Stations pour toxicomanes"*, cit., p. 16.

35 CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport 1989, pp. 32 y 38.

productos derivados del cannabis. Esta propuesta es completada por la exigencia de cambiar de actitud respecto a las personas tóxico-dependientes. Se trata de permitir a estas personas, que no pueden o no quieren renunciar al consumo de drogas ilegales, de vivir dignamente y para lo cual es de poner a su disposición los medios necesarios (empleo, habitación, lugares de encuentro, cocinas populares, distribución de drogas de substitución o posibilidades de obtener material de inyección). La Comunidad suiza de asociaciones de jóvenes preconiza la despenalización de la compra, el consumo y la posesión de drogas destinadas al consumo personal y la consumación; así como la distribución reglamentada y controlada por el Estado. El Conseil d'Etat del Cantón de Berna, en un pedido dirigido al Conseil Fédéral, propone se restrinja el número de delitos al mínimo posible, la disminución del límite máximo de las penas, la despenalización del consumo y de los actos preparatorios en vista del aprovisionamiento personal, la atenuación de las penas para los delincuentes toxicómanos, la posibilidad de considerar el cannabis como estupefaciente legal[36]. Por su parte el Conseil d'Etat del Cantón de Genéve, plantea que la ley no sea revisada, destaca el riesgo que implicaría para los jóvenes la despenalización, la insuficiencia de las disposiciones existentes y propone el reforzamiento tanto de la prevención como del tratamiento.

Las posiciones en favor de la liberalización son sobre todo preconizadas por las personas que trabajan en el medio toxicómano ya sea en establecimientos especializados o en centros de tratamiento ambulatorio. Las direcciones cantonales de la justicia y de la Policía no presentan uniformidad de criterios. Son partidarias de la revisión de la ley, pero no se da una mayoría neta en favor de una orientación determinada. La mayoría de los funcionarios judiciales no desean la revisión de la ley, ni que se diferencie entre drogas duras y blandas. Los representantes de las autoridades cantonales y comunales, encargadas de la aplicación de la ley tanto penal como administrativa, son en su mayoría favorables al *statu quo*[37].

36 Estos criterios han sido reafirmados y ampliados últimamente: Direction de l'hygiéne publique, Aide et répression, p. 49. La necesidad de modificar la Ley federal es repetidamente exigida y se señalan como medidas: la despenalización de la consumación y de la detención; estrategias de reglamentación del comercio; posibilidades de conmutar las penas en medidas; penas menos severas para los consumidores que se dedican al comercio en detalle para satisfacer sus propias necesidades; programas de metadona en las prisiones; legalización de los derivados del cannabis; y prescripción de estupefacientes bajo control.

37 Office fédéral de la santé publique, Enquéte, p. 7.

Según los resultados de una encuesta, practicada por el Institut de recherche de la société suisse pour le marketing GfM[38] entre mil personas (habitantes tanto en la zona francófona como germanófila), resulta que la mayoría (63 %) rechaza la despenalización de la compra, del consumo y de la posesión de drogas blandas (*drogues douces*) (marihuana y *hachisch*). Al respecto los suizos franceses son menos favorables (19 %) que los suizos alemanes (33 %). Por el contrario, una mayoría de 59 % se muestra favorable a la distribución gratuita de heroína, bajo control médico, entre los toxicómanos en estado de dependencia grave. La diferencia entre los dos grupos de suizos es aquí mucho más acentuada: 23 % de suizos franceses y el 71 % de los suizos alemanes la aprueban. Las mujeres (63 %) están más dispuestas a aceptar esta medida que los hombres (55 %). Una mayoría simple de 50, 1 % se manifiesta en favor de la creación de lugares destinados a los toxicómanos y sin vigilancia policial (al estilo de la Platzspitz[39] de Zürich o de la Kleine Schanze de Bern). Al respecto, la diferencia entre suizos franceses y suizos alemanes es notoria: los primeros se pronuncian en pro de esta medida en un 31 %, mientras que los segundos lo hacen en un 56 %. Por último, es de señalar que una gran mayoría (68 %) considera el consumo del alcohol y del tabaco tan grave como el consumo de drogas. En este punto, los suizos alemanes son más severos que los suizos franceses; el 57 % de estos, contra 72 % de los primeros, acepta esta asimilación. El hecho que el 79 % de las personas interrogadas hayan tenido una opinión sobre los puntos materia de la encuesta muestra claramente la extensión e intensidad del debate que se desarrolla actualmente.

c) Represión del consumidor

La penalización, a título de falta, del consumo de drogas en el artículo 19a de la ley sobre estupefacientes de 1975 se basó en los argumentos siguientes: esta penalización debía producir un efecto de prevención general, la identificación del traficante debía ser lograda por intermedio del consumidor y la no incrimina-

38 GRAFF, J. P., *Construire*, N.º 14, 3 de abril 1991, p. 36.

39 Según un informe, fechado en marzo de 1991, sobre el plan piloto de intervención contra el sida (Zipp-Aids), el número de personas afectas por este mal y que frecuentan la Platzspitz (Zürich) ha disminuido. De acuerdo a los test realizados, en 1989, el 17 % de los toxicómanos eran seropositivos y, en 1990, 11 %. Entre los que se drogan desde, por lo menos, hace dos años, los enfermos son pocos (0 a 4%); por el contrario, entre los que se drogan desde hace cinco o diez años, el número es mayor (entre 25 y 41 %). Cf. Office fédéral de la santé, Bulletin 19, pp. 272 y ss., y Bulletin 20, pp. 321 y ss.; Infothéque Sida, 3/91.

ción del consumo podía constituir un indicador no deseado de la liberalización del consumo de drogas. La aplicación de la ley no ha revelado la corrección de este análisis, el mismo que es frecuentemente criticado por diversos especialistas: el efecto disuasivo esperado no se ha producido, la relación represión-terapia se ha acentuado en detrimento de esta última, la represión de los traficantes no se ha visto favorecida y, más bien, los comportamientos asociales de los consumidores han aumentado[40]. Esta posición es aceptada, en su informe de 1989, por la Sous-commission fédérale "Drogue". Por unanimidad recomienda renunciar a la incriminación del consumo de drogas (en general), así como de la posesión y aprovisionamiento de drogas para el propio consumo.

La mayoría de cantones (quince contra once) y de partidos políticos (cinco contra 4) son favorables a la despenalización del consumo en relación con todas las drogas. Lo mismo sucede entre las autoridades comunales. Una mayoría importante de organizaciones o instituciones ocupadas en materia de drogas, así como de asociaciones activas en este dominio, es favorable a dicha despenalización. Lo mismo sucede entre los particulares que han respondido a la encuesta[41].

La mayoría de los miembros de la comisión estima que toda forma de tráfico ilícito debe continuar siendo castigada. Una minoría considera que el tráfico en pequeña escala de cannabis debería ser tolerado. Para evitar que Suiza se convierta en el paraíso del turismo de la droga, esta medida no debería ser tomada, según la mayoría de miembros de la comisión, sino en concertación con los demás países. Países que, conforme a las convenciones internacionales, se oponen a decretar tal impunidad.

Una gran mayoría de cantones desean que todo tipo de tráfico continúe siendo reprimido penalmente. Seis se pronuncian por la impunidad del pequeño tráfico, del tráfico para consumo personal o el tráfico de drogas blandas. Una mayoría relativa de partidos políticos preconiza la despenalización del pequeño tráfico de cannabis. Las autoridades comunales son, en su gran mayoría, contrarias a toda forma de despenalización del tráfico. Por el contrario, las or-

40 Schultz, *RDS* 68 (1972), pp. 229 y ss.; Joset, *RPS* 100 (1983), pp. 189 y ss.; Joset, Pierre/ Albrecht, Peter, *RDS* 105 (1986), vol. I, pp. 247 y ss.; Robert, *RPS* 93 (1977), pp. 57 y ss.

41 *Prises de positions au sujet du rapport de la Sous-Commission "Drogue"*, p. 1. Los cantones favorables a la despenalización del pequeño tráfico de cannabis son BE, BS, GL, SZ, UR, ZH. ZG propone que se estudie la distribución de droga bajo permiso. Sobre la posición de las direcciones cantonales de justicia y policía, de los representantes de las autoridades cantonales y comunales, de los interventores en toxicomanía, ver: Office fédéral de la justice, *Enquête*, pp. 9 y ss.

ganizaciones o instituciones, a excepción de dos, se manifiestan en favor de la despenalización del pequeño tráfico. Un equilibrio entre partidarios y opositores a la despenalización del tráfico se da entre las asociaciones, grupos o particulares.

Respecto a la proposición de despenalización de la Sous-Commission "Drogue", el Conseil fédéral, antes de tomar una decisión definitiva y teniendo en cuenta los resultados de la encuesta, ha encargado a un grupo de trabajo para que examine si los consumidores de drogas, por primera vez en conflicto con la ley, deberían ser sometidos a un tratamiento o sometidos a un control en lugar de ser reprimidos. De esta manera, según los consejeros, se podría evitar que los consumidores, en particular los jóvenes, sean estigmatizados como delincuentes desde el primer momento y, al mismo tiempo, se les daría una oportunidad de alejarse del mundo de la droga.

La discusión sobre la despenalización del consumo y posesión de drogas ha girado en torno a algunos aspectos particulares. El argumento esencial es la ineficacia de la represión con relación a la actividad terapéutica. De un lado, los toxicómanos dependientes de drogas duras son sobre todo enfermos que son más fácilmente reconocibles a través de los servicios sanitarios de consulta y ayuda. Lo mismo se puede decir de quien aún no ha llegado a dicho estado de dependencia. De otro lado, los consumidores de productos derivados del cannabis no tienen generalmente el sentimiento de actuar ilegalmente y dichas substancias no contienen ninguna propiedad que conduzca necesariamente al consumo de drogas más peligrosas. De esta manera, se rechaza la noción de "*drogue palier*" (droga puente o intermedia): entre la substancia que se consume antes de pasar a otra (tabaco en relación con el *haschisch*, este con respecto a la heroína o cocaína) no solo existiría una relación cronológica sino también una relación de causa a efecto. Se considera que esta noción carece de base científica.

Para evitar que se crea que tal descriminalización comporta una actitud de permisividad respecto a las drogas, se propone como medida complementaria esencial la represión estricta y severa del tráfico ilícito y del tráfico cometido por codicia. Con este objeto, se considera indispensable la organización de un control eficaz en las fronteras, la creación de una policía federal de estupefacientes, el reforzamiento de la colaboración a nivel internacional y de los medios procesales penales para hacer efectiva la represión judicial. Entre estas últimas medidas, se mencionan por ejemplo la instauración de la instrucción secreta y la modernización de los medios de coerción.

En este contexto, se discute igualmente sobre los aspectos penales y los efectos preventivos de medidas como la distribución de drogas duras bajo control médico y la aceptación de los "locales para toxicómanos". Una tendencia clara-

mente en favor o en contra no existe, aunque parece que cada vez se toma más conciencia de su necesidad para evitar grave daño, tanto para la salud de los toxicómanos como para la salud pública, así como para mejorar las condiciones de vida o de supervivencia de los drogodependientes graves.

Además de las modificaciones relativas a la ley sobre estupefacientes y las normas procesales, se estima necesario modificar algunas normas del Código Penal. En relación con los delincuentes toxicómanos, para quienes se propone también la atenuación de la pena, se estima necesario mejorar el artículo 44 del Código Penal para hacer posible que un condenado toxicómano, suficientemente motivado para someterse a un tratamiento terapéutico, pueda ser trasladado de un establecimiento penitenciario a una institución terapéutica. En la práctica, actualmente, este tratamiento no es ordenado por el juez en razón de que el acusado prefiere, inicialmente, una pena de duración determinada en el tiempo a una medida cuya duración es relativamente indeterminada. En previsión de un posterior cambio de actitud, se trata de concretizar la modificación antes señalada. Ante la urgencia de hacer posible tal cambio de práctica, se recomienda su aplicación provisoria inmediata sobre la base del artículo 397bis del Código Penal. Según esta disposición, el Conseil fédéral puede, "con la finalidad de mejorar el régimen de ejecución de penas o medidas de seguridad, autorizar a modo de ensayo y por un lapso determinado métodos no previstos en el Código Penal".

En cuanto a los delincuentes toxicómanos que trafican para satisfacer su toxicomanía, una mayoría clara en favor de una atenuación de la represión no se desprende de las respuestas dadas por los cantones a la encuesta sobre el informe de la *Sous-Commission* "Drogues". Los que se oponen, fundamentan su respuesta en el hecho que las disposiciones legales en vigor (artículo 63 CP, artículo 19a y artículo 19b de la ley sobre estupefacientes) permiten reducir las penas. La mayor parte de los partidos políticos se pronuncian en favor de esta atenuación[42].

d) Problema del sida

El problema de la drogadicción y la discusión que provoca han sido fuertemente influenciados por la epidemia del sida. Suiza es, en relación a su población (seis millones), uno de los países europeos más afectados por esta epidemia. Desde 1983 y hasta febrero 1991[43], 1730 casos de sida (1405 hombres y 325

42 Departement fédéral de l'intérieur, Prises de position, p. 3.

43 OFFICE FÉDÉRAL DE LA SANTÉ PUBLIQUE, *Bulletin* 11, 25.3. 1991, p. 150. Hasta marzo de 1989, el número de casos declarados fueron de 806, de los cuales el 29 % eran

mujeres). Han fallecido 1009, de los cuales el 60 % tenían entre 25 y 34 años de edad y 46 % entre 25 y 34 años. Los fallecidos pertenecían a tres sectores sociales: 46 % de hombres homo o bisexuales (468), 36 % de toxicómanos (362) y 11 % de heterosexuales (109). Se calcula que del total de casos de sida, el 29 % son toxicómanos y que entre los toxicómanos que se inyectan la droga, los contaminados constituyen, por lo menos, el 50 %. Una situación igual o más grave se presenta en los centros penitenciarios.

En un reciente trabajo sobre los toxicómanos que frecuentaban la Platzspitz (Zürich), se ha constatado que de los 660 (de un total de 979) que respondieron a la encuesta el 20 % (94) declaró que era seropositivo. Este porcentaje aumenta rápidamente en proporción a la duración de la dependencia: alcanza el máximo de 48 % entre quienes se drogan desde hace diez años. Ninguno de los consumidores de cannabis (63, es decir el 11 %) indicó ser seropositivo.

Considerando que el contagio se produce sobre todo por el intercambio de jeringas, las relaciones sexuales sin preservativo y, en caso de las mujeres en cinta, durante el embarazo o el nacimiento del niño, se discute actualmente sobre la eficacia de las campañas de educación e información y la índole de las medidas de prevención que resulta necesario aplicar. Los criterios divergen de manera notable y un consenso sobre una política global parece, por ahora, difícil de ser alcanzado. Criterios mayoritarios o unánimes existen, sin embargo, sobre algunos aspectos del problema. Por ejemplo, todos están de acuerdo en privilegiar la prevención; pero no hay consenso sobre los medios de alcanzarla y la manera cómo estos deben ser utilizados.

Los criterios expuestos por la *Sous-Commission fédérale* "Drogue" reflejan bastante bien los aspectos sobre los cuales existe un relativo consenso. Señalemos, por ejemplo, que se considera indispensable aumentar las posibilidades de contacto y consultación, en lugares cercanos a la escena de la droga y donde se acojan abiertamente las personas toxicómanas, así como a las personas en peligro (por ejemplo, prostitutas). Lo mismo debe lograrse respecto al tratamiento ambulatorio (comprendido el tratamiento de substitución en base a la metadona) y al tratamiento en establecimientos apropiados. En ambos casos, todas

toxicómanos. Cf. Rapport 1989, p. 88, n. 16. En el Bulletin 20, p. 301, se señala, a fines de 1990, la tasa acumulada de 243 casos por millón de habitante. Para esa fecha, 12,839 resultados positivos al test VIH habían sido declarados por los laboratorios de confirmación. Según recientes estimaciones, 12,000 a 24,000 infecciones VIH se habrían producido durante los años 80. Se preven 5,000 a 10,000 casos de sida acumulados hasta fines de 1995.

estas medidas de contacto y tratamiento deben estar debidamente encuadradas en medio terapéutico y deben existir en número suficiente y en forma variada.

También surge un cierto consenso respecto a la política de información sobre las maneras como se trasmite la enfermedad. Menos clara es la actitud respecto a la manera como debe ponerse a disposición de los toxicómanos preservativos y el material para inyectarse la droga. Una vez admitido el principio general, la modalidad de aplicarlo es de la competencia de los cantones. Para lograr buenos resultados, aparece como necesario que las personas (médicos, asistentes sociales, etc.) reciban una formación complementaria que les permita cumplir mejor con sus tareas de información y tratamiento.

3. A manera de conclusión

A pesar de la ambigüedad de la concepción predominante (prevención y represión), la terminología generalmente empleada muestra aún una tendencia hacia la lucha, el combate, la guerra contra los estupefacientes. Parece que el fin perseguido, olvidando la larga experiencia de la "lucha contra la delincuencia", fuera la eliminación de la delincuencia relativa a las drogas y, por tanto, del consumo de drogas. Sin embargo, un movimiento se perfila hacia el abandono del esquema represivo y en favor de una actitud a considerar el consumo de drogas como un fenómeno sociocultural con el que hay saber cohabitar y los drogodependientes como personas que tienen derecho a vivir dignamente. Ambas concepciones buscan encontrar una solución al problema creado por la deficiente política practicada frente al notable aumento del consumo de drogas.

Esta deficiencia reside tanto en la ineficacia de la legislación represiva como en la insuficiencia de los programas de prevención y tratamiento. La amenaza penal se ha revelado incapaz de disuadir a los delincuentes de continuar traficando y de motivar los consumidores a renunciar a la droga. Lo primero está claramente demostrado por la mínima cantidad de denuncias policiales y de condenas judiciales por tráfico ilícito (en 1983, solo el 5 % de denunciaciones eran por tráfico ilícito, 23 % por consumo y tráfico y 72 % solo por consumo ilícito). Es decir que los principales y medianos traficantes escapan a la represión penal. Esta se centra, especialmente, en los pequeños traficantes (generalmente, consumidores al mismo tiempo) y los consumidores. Esto pone en evidencia el peso político-económico de los que manejan y controlan el tráfico, la ineficacia de los órganos estatales de control y represión.

En cuanto a la prevención del consumo, la simbiosis establecida legalmente entre represión y tratamiento terapéutico impide que los medios de prevención

previstos por la ley sean percibidos por los consumidores como una ayuda o solución atrayente. La coerción no es la medida idónea para decidir a un toxicómano para que se someta a un determinado tratamiento ni para que no abandone un tratamiento ya comenzado. Esta relación entre reacción judicial y tratamiento terapéutico es, en particular, nociva en la medida en que se fundamenta en la idea que todo consumidor de drogas es un toxicó-dependiente y que todo toxicómano es un enfermo irresponsable. Para romper esta relación inconveniente entre medidas judiciales y tratamiento es indispensable una modificación no solo de las disposiciones pertinentes de la ley sobre drogas (artículo 15 ss), sino también de las normas generales del Código Penal referentes a las medidas de seguridad (artículo 44) y del artículo 397a del Código civil que autoriza privar de libertad a una persona con fines de asistencia. Además, se debe aumentar y diversificar las posibilidades de tratamiento con la finalidad de, mediante un adecuado programa de información, motivar a los consumidores a someterse a un tratamiento alejado de la amenaza penal, del aislamiento y de la promiscuidad. Uno de los aspectos esenciales, es el de crear las condiciones personales y materiales para brindar, en los casos graves y desesperados, la posibilidad de una supervivencia humanamente digna. En esta perspectiva, no se puede dejar de pensar en la necesidad de proveer gratuitamente de drogas a toxicómanos sin medios económicos para procurarse la ración que necesitan y evitar así que cometan delitos, se prostituyan o incurran en otros actos asociales que los llevan a la marginalización[44].

Este abandono de la represión supone, igualmente, renunciar a establecimientos terapéuticos cerrados y presididos por el tratamiento forzado; y así mismo, aceptar que los establecimientos penitenciarios o las secciones especiales de seguridad y tratamiento no constituyen el lugar donde deben ser mantenidos los consumidores o los toxicodependientes. Su presencia en estos locales (155 que encierran anualmente, más o menos, 2,900 detenidos; de los cuales un pro-

44 Es interesante el criterio expuesto por los responsables de la política sanitaria del Cantón de Berna, Direction de l'hygiéne publique, Aide et répression, p. 1 s. Según esta opinión: "En la imposibilidad de impedir todo consumo de drogas, es necesario de organizar nuevas estrategias que no partan del principio que la plaga podría ser erradicada mediante medios jurídicos. Estas nuevas estrategias deben emanar de una actitud clara y coherente, evitando al máximo las contradicciones. No se tiene el derecho de condenar en bloque aquellos que han superado el límite, menos nítido de lo que se pretende, entre abstinencia y dependencia. Por el contrario, se debe ayudarles a regresar lo más pronto a tierra firme. Y no es necesario someter a una represión más severa a quienes son incapaces de tratar de salir de la toxico-dependencia. Lo que es de hacer es liberarlos del círculo vicioso del tráfico ilegal de la droga, para que no sean un peligro para ellos mismos y para los demás."

medio de 30 % –860– han infringido la ley sobre drogas) hace impracticable la ejecución de las penas conforme a los principios de resocialización y reeducación (artículo 37, inciso 1 CP). Esto es sobre todo inevitable debido a que en ciertas prisiones el porcentaje es superior al promedio indicado (entre 35 a 40 %, y, en las cárceles de mujeres, más del 50 %). Si se tiene en cuenta que, en su mayor parte, se trata de consumidores (comprendidos los consumidores-traficantes), resulta indispensable replantearse la política represiva practicada contra este grupo de personas. Grupo que no es, en buena cuenta, sino una mínima parte del real número de personas que consumen estupefacientes ilegales.

El consumo no debe ser ni directa (aún a título de contravención) ni indirectamente reprimido (sancionando los actos preliminares y necesarios al consumo). Esta idea gana, notoriamente, terreno respecto al consumo de cannabis y de sus derivados (este comportamiento motiva anualmente el 53 % de las denuncias por violaciones a la ley sobre drogas). Lo mismo se nota respecto a los consumidores-traficantes. Esto se debe a la constatación que se trata, muy frecuentemente, de consumidores que trafican, a pequeña escala, para financiar sus propias necesidades de consumo y que están lejos de hacerlo con la finalidad de obtener pingües ganancias. En un primer momento parece reforzarse el criterio de atenuar sensiblemente la pena respecto a estas personas, ya sea previendo marcos penales menos severos o aplicando la atenuante de la responsabilidad restringida. Estas medidas, resultan interesantes en la medida en que la criminalidad generada por el consumo de drogas no solo es aquella descrita por la ley sobre drogas sino también la delincuencia común (tipificada en el Código Penal).

La no penalización del consumo pone en cuestionamiento la conveniencia de reprimir el tráfico de drogas entre adultos, ya que los menores requieren una política especial. La aceptación o la tolerancia de que las personas consuman drogas sería una ficción si se criminaliza su tráfico o no se prevén la posibilidades para su adquisición. Esto supone, de un lado, la organización de un sistema administrativo adecuado para controlar su producción y comercialización y, de otro lado, la represión de las violaciones más graves a este sistema. Uno de estos casos sería, por ejemplo, el tráfico ilícito practicado por codicia o de una cantidad importante de droga que aparece desmesurada en relación a las necesidades personales de consumo.

A nivel legislativo, deben evitarse los excesos y errores cometidos al elaborarse la legislación vigente. Por ejemplo, la fijación de penas extremadamente severas que no tienen en cuenta ni la condición de infracciones de peligro abstracto que se atribuye a las infracciones a la ley sobre drogas, ni el grado de importancia del bien jurídico que se pretende proteger. La salud es menos importante que

la vida; sin embargo, en el Código Penal se prevén penas menos severas para ciertos atentados contra la vida que las previstas para la mayor parte de casos de tráfico ilícito (artículo 19). Otro ejemplo, es la técnica legislativa empleada para la elaboración de los tipos legales o de las circunstancias agravantes. Esta manera de legislar, así como ciertas medidas procesales, no es del todo conforme, en particular, a los principios del derecho penal liberal (legalidad, proporcionalidad, etc.) y, en general, al Estado de derecho (por ejemplo, cuando se autoriza la intervención policial hasta casi los límites prohibidos del "agente provocador").

La despenalización del consumo y del tráfico entre adultos sin fines lucrativos (en el sentido restrictivo de codicia) tendrá efectos importantes sobre el actual mercado negro de la droga. La demanda clandestina se extinguirá progresivamente, lo que determinará la baja de los desorbitantes precios actuales y hará menos interesante el tráfico. Por esta vía, se debilitaría notablemente o se eliminaría la base en que se apoya la prosperidad actual de la red de traficantes que monopolizan el mercado negro[45].

Entre las medidas económicas destinadas a modificar la situación actual, se propone, de acuerdo a la política seguida por los Estados Unidos desde hace unas décadas, la erradicación de los cultivos de plantas (coca, amapola, etc.) que son la materia prima para la producción de estupefacientes. Esta medida supondría prestar a los países afectados la ayuda financiera necesaria para producir y comercializar productos de substitución. Algunos partidarios de esta medida parten de la idea simplista consistente en creer que si hay consumidores es debido a que existe la producción y el tráfico de drogas. La cuestión podría ser planteada a la inversa: si hay producción es debido a la existencia de consumidores. Lo cierto es que la existencia y el funcionamiento del mercado de la droga es una realidad bastante más compleja. Mercado perfectamente integrado al sistema económico mundial que se caracteriza por la marcada desigualdad entre países industrializados y países productores de materias primas. Esta realidad muestra que, tanto al nivel nacional como internacional, la respuesta al problema de las drogas debe ser polivalente: social, económica, terapéutica, judicial y educativa.

45 Consultar: Kleinewefers, Henner, Einer freier Drogenmarkt hilft nicht nur den Süchtigen, in Die Weltwoche, N.º 14, del 6 de abril de 1989, p. 23; Pommerehne, Werner W./ Hartmann, Hans C., Ein okonomischer Ansatz zur Rauschgiftkontrolle, in Jahrbuch für Sozialwissenschaften 31 (1980), pp. 103 y ss. Sobre el particular existe, en algunos sectores, una idea clara del problema. Un ejemplo es la opinión, aunque esquemática, del responsable de la Direction de la santé publique del Cantón de Berna. Según él, "el mercado negro y el reclutamiento de nuevos consumidores solo existen debido a que la interdicción de la droga asegura ganancias colosales", Direction de l'hygiéne publique, p. 2.

§ 17
DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA

I
Delitos contra la seguridad pública*

Sumario: 1. Generalidades. a. Incendio y otros estragos. b. El delito de incendio (artículos 261 y 262). c. El delito de explosión (artículo 264). d. El Uso delictivo de explosivos (artículo 264). e. El delito de fabricación, ocultación y transporte de explosivos (artículo 265). f. El uso delictivo de explosivos mediante culpa (artículo 266). g. Causación de inundación, derrumbe de edificio, sumersión o varadura de naves (artículo 267). h. *Ex cursus*: Decreto Ley N.º 19049. 2. Delitos contra las comunicaciones públicas. a. Generalidades. b. Impedir o perturbar la circulación pública (artículo 268). c. Impedir o perturbar el servicio de ferrocarriles (artículo 269). d. Interrumpir o perturbar la comunicación telegráfica o telefónica (artículo 270, pf. 1). e. Interrumpir o perturbar la comunicación telegráfica o telefónica destinada al servicio de un ferrocarril (artículo 270, pf. 2). f. Impedir o perturbar la explotación de una empresa pública (artículo 271).

1. Generalidades

Quizás una nota distintiva de la legislación penal moderna es el prever, cada vez con más frecuencia, como infracciones el simple hecho de exponer a un

---

* Publicado en la *Revista del Foro*, Colegio de Abogados de Lima, Año LX, enero/abril, N.º 1, 1973, pp. 112 y ss.

peligro los bienes jurídicamente protegidos. Anteriormente, el Derecho penal se preocupaba solo de los daños causados por el delincuente.

El estudio de tales infracciones no ha merecido, sin embargo, la atención necesaria por parte de los especialistas. Los que ha dado lugar, como muy bien lo decía el profesor Giacomo Delitala en su informe general al Coloquio preparatorio del Décimo Congreso Internacional de Derecho Penal, a una cierta incertidumbre en tomo al concepto mismo de peligro; a la justificación teórica y criminológica de dichos delitos; a la técnica legislativa empleada en su configuración; al escogimiento de la clase de pena, etc. Entre nosotros rarísimos son los trabajos dedicados a estos delitos, y nuestros tribunales en muy pocos casos han aplicado las disposiciones de la Sección Séptima del Libro Segundo de nuestro Código Penal, que regula, los delitos que tienen en común la creación de una situación de peligro. Del Informe preliminar N.º 1, del mes de setiembre de 1972, de la "Oficina de Estadística y Evaluación del Poder Judicial", se desprende que los Juzgados de Instrucción de Lima no conocieron, en el quinquenio de 1966-1970, causas por delitos contra la seguridad pública. Afirmar, por ejemplo, que en nuestro medio, no se cometen delitos contra la circulación o la salud públicas, o que la persecución penal no se realiza como es debido, sería muy difícil admitirlo sin un estudio profundo del problema en todos los aspectos. No se puede descartar un error en las estadísticas, por cuanto de ellas también se deduce que los juzgados de instrucción limeños no han conocido (en el indicado periodo) causas por delitos contra el honor. La simple revisión de los libros de sentencias de los mismos juzgados demuestra lo contrario.

Con el objeto de contribuir al conocimiento de estas infracciones, nosotros hemos estudiado dogmáticamente las disposiciones de nuestro Código Penal que regulan los delitos contra la seguridad pública. Nos ocupamos en sendos capítulos de los delitos de incendio y otros estragos, de los delitos contra la circulación pública, de los delitos contra la salud pública, de la piratería y la legislación complementaria.

En este número de la revista, ofrecemos solo las páginas consagradas a las secciones primera (incendio y otros estragos), y segunda (delitos contra la circulación pública) de la Sección séptima del Libro segundo de nuestro Código Penal.

Estos comentarios fueron elaborados con ocasión del dictado del Curso de Derecho penal III, en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos el año pasado, y que impresos, a mimeógrafo, tuvieron una restringida difusión.

a. Incendio y otros estragos

a) Bien jurídico tutelado

De acuerdo con la técnica legislativa de mencionar en el título el bien jurídico tutelado, nuestro legislador ha denominado las infracciones comprendidas en la Sección séptima del Libro segundo de nuestro Código Penal con el nombre: "Delitos contra la seguridad pública"[1].

Para esta denominación otros legisladores han optado por recurrir al medio o manera de lesionar el bien jurídico tutelado. En los Códigos alemán y suizo se les designa con el nombre de "crímenes y delitos de peligro común"[2]. José Peco considerando deficientes estas denominaciones, prefiere llamarlos "delitos de peligro común contra personas o bienes determinados"[3].

Con el término "seguridad pública", se designa al conjunto de condiciones garantizadas por el orden jurídico, necesarias para conservar la integridad de todo bien (vida, integridad corporal, salud, patrimonio, etc.), considerando como sus titulares a todos y cada uno de los individuos, independiente de su pertenencia a alguno de ellos[4].

La seguridad pública, como bien jurídico tutelado por las disposiciones contenidas en la Sección séptima de la Parte especial de nuestro Código, no

---

1 Cf. Códigos Penales del Brasil, de la Argentina y de Italia.

2 "Gemeingefährliche Verbrechen und Vergehen".

3 Proyecto de Código Penal argentino-Exposición de motivos, La Plata, 1942, p. 378. Este jurista rechaza el término seguridad pública porque "sugiere la existencia de un peligro para las instituciones", igual hace con la denominación "delitos de peligro común". Fundamenta el nombre que les da en el hecho de que el vínculo que los une es el peligro común, y que el bien jurídico amparado es una pluralidad indeterminada de personas o de bienes.

4 Cf. Abastos, Manuel G., "Prevención y represión de los delitos de tránsito", en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Año XVI, N.os I-II-III, Lima, 1952, p. 333; Manzini, Vincenzo, *Trattato di Diritto Penale italiano*, vol. VI, Torino, 1946, p. 207; Zerbeglio, Adolfo, "Delitti contro l'incolumità pubblica", en *Trattato di Diritto penale*, cordinado por E. Florian, Milano, 1935, p. 83; Antolisei, Francesco, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 1957, t. II, pp. 430 y 431. Este tratadista crítica la noción de incolumidad pública, dada por los otros autores italianos citados, por considerarla demasiado abstracta; según él, los delitos contra la incolumidad pública son infracciones pluriofensivas, es decir que tienen múltiples objetos jurídicos y precisamente, de un lado, el interés general de la incolumidad pública, de otro, los intereses particulares que son lesionados o puestos en peligro por las acciones delictuosas.

debe ser confundida con la "general seguridad jurídica que protege el derecho en general y el derecho penal en forma más intensa"[5].

Es de subrayar que la seguridad pública constituye, para esas disposiciones, el bien jurídico más importante a proteger. Otras disposiciones describen conductas que constituyen, igualmente, ataques a la seguridad pública; pero ellas tienen como fin principal la protección de otros bienes jurídicos, por ejemplo, los artículos 302 y 307, en los que el legislador ha previsto los delitos de rebelión y sedición, respectivamente.

b) Concepto de peligro

La simple lectura de las disposiciones reunidas bajo el título de "Delitos contra la seguridad pública", nos permite constatar, que la característica común a todas las infracciones descritas es la producción de una situación capaz de poner en peligro diversos bienes jurídicos. "Peligro" es una situación singular, la cual, de acuerdo a las circunstancias concretas presentes, hace temer la producción de un evento dañoso[6]. En relación a la naturaleza del peligro, merece destacarse el error en que incurren ciertos juristas[7], quienes afirman: mientras el hecho correspondiente al peligro no se ha realizado, el peligro no se ha producido, el peligro no es sino una presunción, aunque máxima. Desde este punto de vista, el peligro real no existe, solo existe el peligro subjetivo. Lo cierto es que un juicio (apreciación subjetiva) es necesario para destacar la situación de peligro; juicio que se formula mediante la apreciación sintética de las circunstancias y relaciones reales. Es decir, que "debe ser demostrada la subsistencia de las circunstancias y condiciones reales, que hacen posible el daño"[8]. El peligro es una situación real.

Cuando la ley exige la creación de un peligro que amanece determinado bien jurídico, se habla de un peligro individual. Es el caso de la exposición o abandono de un niño o de una persona incapaz de valerse por sí misma, prevista en el artículo 179. Por oposición a esta noción, se dice que se trata de un peligro colectivo cuando los bienes jurídicos amenazados son varios. El artículo 268,

---

5 SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., t. IV, p. 441.

6 MAURACH, Reinhart, *Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil*, Karlsruhe, 1969, p. 520; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch-Kommentar*, 15.ª ed., München, 1970, p. 1529, E. ROCCO, citado por ZERBOGLIO, op. cit., p. 92.

7 Por ejemplo, FINGER, citado por SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, cit., t. IV, p. 517.

8 FORIAN, E., "Dei delitti contro la publica incolumita", en *Enciclopedia del Diritto penal italiano*, vol. VI, Utet, 1909, p. 174.

párrafo segundo, prevé como circunstancia agravante del delito de impedir o perturbar la circulación pública, que el "delincuente hubiere puesto a sabiendas en peligro la vida o la salud de un gran número de personas". Por el contrario, el párrafo primero de esta disposición se refiere, como lo hacen la mayoría de disposiciones de la sección séptima, a poner "en peligro la vida o la salud de las personas". Si en este caso fuese también necesario constatar la puesta en peligro de varios bienes, no se comprendería la naturaleza de la agravante establecida por el legislador en el párrafo segundo.

En este caso consideramos que el legislador ha creído suficiente para la consumación del delito que el peligro, creado por un medio capaz de dañar bienes de un gran número de personas (el artículo 152 –asesinato– dice: "fuego, explosión u otro medio capaz de poner en peligro la vida o la salud de un gran número de personas"), amenace realmente un solo bien. Este criterio es admitido, generalmente; por los juristas suizos, quienes comentan disposiciones casi idénticas a las nuestras (nuestro legislador copió fielmente las disposiciones correspondientes al Proyecto suizo de 1918) y que siguen la opinión dominante en Alemania. El Código Penal de este país, hasta 1964, contenía una disposición que definía el peligro colectivo como "el peligro para la integridad corporal o la vida, aunque sea una sola persona, o para bienes importantes pertenecientes a otro cuya destrucción es perjudicial al interés general" (artículo 315, párrafo 3). Esta noción, muy criticada por contradictoria e insuficiente, ha sido suprimida por el legislador alemán.

Al mismo tiempo ha disminuido el número de figuras delictivas que exigen la producción de un peligro colectivo. De esta manera, por ejemplo, los artículos 311 y 315 exigen solo la creación de un peligro individual (*dadurch Leib oder Leben eines anderen oder fremde Sachen von bedeutendem wert gefährdet*). Antes consideraban, expresamente, como elemento de tipo la producción de un "peligro público"[9]. Este no es el caso de las disposiciones respectivas de nuestro Código Penal.

Esta distinción entre peligro individual y colectivo, si bien es posible en relación con los delitos de peligro abstracto, tiene solo importancia práctica en materia de delitos de peligro concreto.

c) Peligro concreto, abstracto

De acuerdo a la naturaleza de la puesta en peligro, se distinguen dos clases de delitos: delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto. Los peligros,

9 Ver: H. SCHRÖDER, en *Revue Internationale de Droit pénal*, 1969, pp. 7 y 31.

están constituidos por actos propios, de manera general, para dañar los bienes jurídicos. El peligro es considerado "como necesariamente derivado de ciertas situaciones, de ciertas acciones y, sobre todo, del empleo de ciertos medios"[10]. En estos casos, basta que el evento descrito en la disposición legal sea realizado para que el delito se considere ejecutado. La puesta en peligro de los bienes no juega ningún rol en tanto que elemento constitutivo de la infracción[11]. La doctrina de inspiración italiana prefiere hablar de delitos de peligro presunto[12]. Ejemplo de este tipo de infracción es el incendio (artículo 274).

Cuando afirmamos que un acto es, generalmente, propio para lesionar un bien, nosotros formulamos un juicio que constituye un pronóstico. Para este juicio no es fundamental la casualidad efectiva, sino la posible casualidad. Son tomadas en consideración, igualmente, las posibilidades lejanas de provocar la lesión. El juez al juzgar el caso particular solo debe tener en cuenta los factores cuya existencia era conocida por el autor, o con cuya posible producción este debería contar (pronóstico *ex ante*). Así comprendido, el peligro abstracto es un elemento de la causación adecuada (relación de casualidad) y es, por tanto, comprendido en el peligro concreto y en la lesión efectiva[13].

Se habla, por el contrario, de delitos de peligro concreto, cuando los bienes se encuentran, efectivamente, en la esfera de influencia los bienes se encuentran, efectivamente, en la esfera de influencia nociva del acto, o solo pueden ser protegidos de esta influencia mediante una actividad especial. Como en los delitos de peligro abstracto es también necesario que en el momento del acto sea previsible, objetivamente, la lesión del bien; pero en los delitos de peligro concreto es decisivo el curso causal real, que no debe, sin embargo, culminar con la lesión del bien (observación *ex post*). La situación de peligro es considerada un elemento constitutivo del delito y su existencia debe ser comprobada en caso particular.

El legislador se refiere al peligro concreto cuando exige, expresamente, en el tipo legal la puesta en peligro de los bienes. Si tal referencia expresa no existe, nos encontramos ante un caso de peligro abstracto.

---

10 Soler, Sebastian, *Derecho penal argentino*, cit., t. IV, p. 443.

11 Thormann-Von Overbeck, *Das Schweizerische Strafgesetzbuch*, Zürich, 1941, t. II, p. 255.

12 V. Rocco, *L'oggetto del reato*, Bocca, 1913, p. 305; Antolisei Francesco, op. cit., p. 341.

13 Schwander, Vital, *Das Schweizerische Strafgesetzbuch*, Zürich, 1962, pp. 445 y 453.

d) Los delitos contra la seguridad pública en la legislación peruana

En el Código Penal derogado no figuraba un capítulo que agrupase a los delitos contra la seguridad pública. Algunos de ellos estaban reunidos en la Sección cuarta del Libro segundo, intitulada "De los delitos contra la salubridad pública" y en el Título quinto "De los incendios y otros estragos" de la Sección duodécima, intitulada "De los delitos contra la propiedad particular".

El Proyecto de revisión de 1877 no significó un cambio de sistemática. Pero, en el Proyecto de 1900-1902 el Capítulo XXV del Libro segundo fue denominado "Delitos contra la seguridad pública". El contenido de este capítulo es bastante heterogéneo. Como elemento común de las infracciones previstas en este capítulo puede considerarse el hecho, de que constituyen ataques o exponer al peligro a las personas, en especial su salud. Es de señalar, sin embargo, que ya regula el delito de corromper o envenenar el agua potable de uso común, o cualquier cosa destinada a la alimentación. Este es un verdadero delito contra la seguridad pública.

En su primer proyecto (1916), Víctor Maúrtua agrupó, siguiendo muy de cerca el anteproyecto suizo –texto de agosto de 1915– en la Sección séptima del Libro segundo las infracciones que atentan contra la seguridad pública. El título de esta sección era "Delitos que producen peligro colectivo" (traducción literal del texto suizo: "*Délits créant un danger collectif*"). Esta sección comprendía dos títulos: "Incendio y otros estragos" y "Delitos contra la salud pública".

El Código Penal vigente sigue la misma vía. La Sección séptima del Libro segundo, denominada "Delitos contra la seguridad pública" (nombre tomado del Código Penal argentino de 1921) comprende cuatro títulos: "Incendio y otros estragos", "Delitos contra las comunicaciones públicas", "Piratería" y "Delitos contra la salud pública".

Esta evolución legislativa se repite, en líneas generales, igualmente, en otros países. Está, pues, Soler en lo cierto cuando afirma: "La constitución de esta categoría de delitos como una familia perfectamente individualizada es obra de la legislación moderna"[14].

14 SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., t. IV, p. 513.

b. El delito de incendio (artículo 261 y 262)

a) Fuente legal

Casi todos los Códigos penales del siglo XIX, siguiendo los modelos españoles o italiano, regulan el delito de incendio mediante fórmulas casuísticas. Ellos enumeran una serie de casos teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes, los móviles del autor y, a veces, nociones antojadizas[15]. El legislador, al redactar nuestro vigente Código Penal, rechazó esta técnica legislativa y adoptó, por el contrario, la técnica suiza, de describir en términos amplios la conducta delictuosa.

Los artículos 261 y 262 que contienen las formas dolosas y culposas del delito de incendio, tienen como fuente de inspiración los artículos 187 y 188 del Proyecto de Código Penal suizo de 1918.

b) Sujeto activo

El delito de incendio puede ser cometido por toda persona natural. La ley habla de "El que [...]". No se distingue, pues, entre el propietario de la cosa incendiada y el que no lo es. Ya nuestro Código Penal de 1863 estatuía en su artículo 360: "El culpable de incendio o estragos no se eximirá de las penas impuestas en este título, aunque, para cometer el delito, hubiere incendiado o destruido bienes de su propiedad".

El propietario no es el titular del *jus abutendi* romano. La constitución en su artículo 34 estatuye que la propiedad debe ser usada en armonía con el interés social. En algunas legislaciones, como la italiana, el propietario que incendia uno de sus bienes solo será castigado si el hecho pone en peligro la incolumidad pública. José Peco, quien admite en su proyecto de Código Penal argentino esta distinción, expresa: "Si la característica de estos delitos es el peligro común, pareciera injusto, ilógico e inconveniente distinguir entre el bien propio y el bien ajeno. Mas este distingo en el fondo obedece no solamente a una especie de contemporización entre el derecho de propiedad y el peligro común contra los bienes"[16]. Los defensores de este criterio consideran que el acto de incendiar un bien propio cabe dentro de la "licitud jurídica". Este principio es evidente-

15 Peco, José, *Proyecto de Código Penal argentino. Exposición de motivos*, La Plata, 1942, cit., p. 382.

16 Peco, *Proyecto de Código Penal argentino*, cit., p. 383.

mente inaceptable entre nosotros, en razón de las limitaciones constitucionales al derecho de propiedad.

c) Bien jurídico tutelado

La seguridad pública es el bien directamente protegido por las disposiciones que comentamos. Es evidente que ellas protegen igualmente otros diversos bienes, como la vida, la salud, la propiedad, etc. Sin embargo, esta protección es secundaria, puesto que ella es directamente realizada por otras disposiciones.

d) Elemento material

El autor debe causar un incendio. Se considera que existe incendio cuando el fuego logra tal magnitud que escapa al control de quien lo originó. El autor no domina el elemento destructor y no es posible decir donde cesarán sus efectos[17]. Las características esenciales del incendio son: sus grandes proporciones, su tendencia a progresar y difundirse, y la dificultad para apagarlo[18].

i. Peligro

El legislador peruano ha considerado, al configurar el tipo básico (artículo 261, párrafo 1), que el peligro común es la consecuencia normal del incendio; mas no lo considera como uno de sus elementos legales diferenciales. El peligro debe ser comprendido como la "capacidad destructiva que deriva de la extensión y difundibilidad del fuego encendido"[19]. No es pues necesario para castigar a alguien por delito de incendio, comprobar si efectivamente diversos bienes han corrido peligro. El delito de incendio es por tanto, según nuestra ley penal, un delito de peligro presunto (ver *supra* 1.a.c)).

17 *Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de Code pénal - Suisse, 1918*, p. 53.

18 Camaño Rosa, "Delitos contra la seguridad pública", en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, 1967, t. LXV, p. 34; Battaglini, "Pericolo effetivo e pericolo presunto nel delitto di incendio", en *La giustizia penale*, t. XXXVIII, col. 821, Roma, 1932; Relazione Ministeriale al Codice penale italiano de 1930, parte II, p. 465; Clerc, François, *Introduction à l'étude du Code pénal suisse. Partie spéciale, II*, Neuchâtel, 1956, p. 425; Cornejo, Angel G., *Derecho penal especial*, Lima, 1938, t. I, p. 228.

19 Battaglini, "Pericolo effetivo e pericolo presunto nel delitto di incendio", en *La giustizia penale*, cit., col. 825; Cornejo, Angel G., *Derecho penal especial*, cit., t. II, p. 227.

La importancia de esta presunción legal se atenúa en la práctica, porque para poder, en general, calificar al fuego de "incendio", debe presentar las características de "grandes proporciones, tendencia a progresar y difundirse, y la dificultad de apagarlo". Y la constatación de tales notas no es, en definitiva, diferente a la constatación de la existencia del peligro[20].

No es necesario que el incendio se manifieste mediante llamas, puede también consistir en la combustión lenta; por ejemplo: incendio de un depósito de telas[21].

ii. Acción

El incendiario actúa, generalmente, de una manera positiva, pero, también, es posible que lo haga por omisión. En este último caso se tratará de un actuar culposo puro o de un actuar doloso, precedido por una conducta involuntaria del mismo autor, que ha dado comienzo al incendio. El primer caso lo analizaremos al tratar de la forma culposa de este delito (ver *infra* 1.b.k)). El segundo caso se da cuando, por ejemplo, alguien arroja distraídamente un fósforo encendido sobre un montón de paja y viendo que comienza arder, omite apagarlo con la intención de que se produzca un incendio. El no apagar un incendio ocasionado por otro no puede, en general constituir un delito de incendio.

iii. Medios

Todo medio para causar un incendio puede ser empleado por el autor. Este puede usar fósforos, bombas incendiarias, procesos mecánicos, químicos, eléctricos, etc. Se da concurso ideal de delitos cuando el uso de determinados medios constituye de por sí otra infracción; por ejemplo: el artículo 263 que prevé el delito de causar una explosión por gas, bencina, petróleo o sustancias análogas[22]. El autor puede ser o no propietario del objeto al que se prendo fuego para ocasionar el incendio. En otras legislaciones, si el autor es propietario solo será castigado si el hecho ha provocado efectivamente un peligro común (ver *supra* 1.b.d).i).

---

20 Antolisei, Francesco, *Manuale di diritto penale. Parte speciale,* cit., t. II, p. 436.

21 Logoz, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse. Partie spéciale,* Neuchâtel, 1956, t. II, p. 430; cf. Thormann-Von Overbeck, *Das Schweizerische Strafgesetzbuch,* cit., t. II., p. 258, Hafter Ernest, *Lehrbuch des Strafrechts, Besonderer Teil,* Berlín, 1943, p. 499, n. 2.

22 Ver Manzini, Vincenzo, *Trattato di Diritto Penale italiano,* cit., vol. VI, p. 224.

e) Elemento subjetivo

El autor debe haber actuado intencionalmente. Es decir, según el artículo 81, con conciencia y voluntad de causar un "incendio" (de acuerdo a la noción que se ha dado anteriormente: ver *supra* 1.a.d)).

Como nuestro Código considera el incendio un delito de peligro presunto (ver *supra* 1.a.c)), no es necesario que el autor tenga conciencia de crear un peligro colectivo. En la realidad, es muy difícil admitir que quien intencionalmente causa un incendio no imagine los efectos que su acción representa. Es de destacar que el dolo eventual es suficiente. Si el autor actuó culposamente, es de aplicación el artículo 262.

Si, por el contrario, el delincuente causa el incendio con el fin de producir otro resultado dañoso estaremos frente a un concurso ideal de leyes penales, siendo aplicables los artículos 105 y siguientes. Si el incendiario quiere matar a alguien mediante un incendio, se le debe considerar responsable de asesinato (artículo 152: "Se impondrá pena de muerte al que matare. Por fuego, explosión u otro medio capaz de poner en peligro la vida o la salud de un gran número de personas").

Un caso que merece ser analizado, aunque brevemente, es el concurso entre el artículo 261 y el art 246, inc., 1. Este último reprime con prisión no mayor de 6 años ni menor de un año, al "que para procurarse a sí mismo o procurar de otro un provecho legal en perjuicio de un asegurador o de un dador de préstamo a la gruesa, incendiare, destruyera una cosa asegurada o una nave asegurado, o cuya carga o flete estén asegurados o sobre la cual se haya efectuado un préstamo a la gruesa".

En este caso, si el acto de incendiar una cosa o una nave asegurada, reúne las características que de incendio hemos dado (grandes proporciones, capacidad de propagarse y de difundirse, y dificultad de apagarlo), el autor debe ser castigado según el artículo 261, por establecer la pena más severa. El artículo 246, inciso 1, será aplicable cuando el prender fuego a la cosa o nave no alcance tales proporciones.

Estas mismas observaciones son válidas en relación con el delito de daño cometido mediante fuego (artículo 259).

f) Consumación y tentativa

Ha sido muy discutido el criterio que debe aportarse para diferencia claramente entre el delito consumado, la tentativa y los actos preparatorios. Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 261, el delito de incendio se consuma en

el momento que se realizan las condiciones que repetidamente hemos señalado como necesarias para un "incendio". Es decir, cuando el fuego que se ha prendido alcanza proporciones y difusión tales que lo hacen capaz de poner en peligro diversos bienes y personas (peligro presunto)[23].

g) Participación

Toda forma de participación es punible.

h) Agravante

El segundo párrafo del artículo 261 estatuye una pena más severa en relación con el incendiario que "hubiere a sabiendas puesto en peligro la vida o la salud de las personas"; por ejemplo: el prender fuego a una casa sabiendo que una o varias personas se encuentran allí en ese momento[24].

En ese caso no se trata más de un peligro presunto. El legislador exige, por el contrario, que la puesta en peligro de la "vida o la salud de las personas sea efectiva"; que se compruebe su existencia en cada caso particular. Es pues un caso de peligro concreto (ver *supra* 1.a.c)): "No es suficiente que el delincuente haya creado un peligro alejado para la vida humana, peligro que existe en todo incendio".

Los tratadistas suizos consideran necesario, pero suficiente, teniendo en consideración el desarrollo normal de los hechos, que incendio, en el caso particular, "ponga en peligro la vida o la integridad corporal de una o más personas (el texto no prevé expresamente la puesta en peligro de numerosas vidas humanas, el juez podrá tenerlo en cuenta al fijar la pena)"[25]. Siendo el texto que comentamos igual en este punto al suizo, tal afirmación es así mismo valida para nosotros.

El autor debe haber sabido que mediante el incendio creaba una situación de peligro.

---

23 Ver *supra* 1.a.c). Consultar Cornejo, Angel, *Derecho penal especial,* cit., t. I, p. 229.

24 Ejemplo dado por Logoz, *Commentaire du Code Pénal suisse. Partie spéciale,* cit., t. II, p. 433.

25 Zürcher, Emil, *Exposé des motifs de l'avant-projet d'avril 1908,* cit., p. 264; cf. Logoz, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse. Partie spéciale,* cit., t. II, p. 433; Schwander, Vital, *Das schweizerische Strafgesetzbuch,* cit., p. 438.

i) Atenuante

El párrafo tercero del artículo 261 estipula una circunstancia atenuante facultativa[26], al autorizar al juez a disminuir la pena "si el daño fuere de pequeña importancia". Esto quiere decir que el juez no está obligado a atenuar la pena cuando se da esta condición. Teniendo en cuenta las circunstancias del caso y los móviles que han impulsado al autor, el juez puede imponer al delincuente un severo castigo. El legislador da al juez un amplio poder de decisión en la determinación de lo que es un daño de pequeña importancia.

j) Pena

Al autor que comete dolosamente un incendio simple, se le impondrá una pena de penitenciaría no mayor de diez años.

En caso de incendio doloso agravado, el delincuente será castigado con penitenciaría no mayor de diez años.

De ser aplicable la atenuación prevista en el artículo 161, último párrafo, el juez impondrá prisión no mayor de un año. El *mínimum legal* es de dos días.

k) Incendio culposo

El elemento material de esta infracción es el mismo que el del delito de incendio doloso. Nos remitimos pues a las explicaciones que sobre este hemos dado anteriormente (ver *supra* 1.b.d)).

El elemento que difiere es la culpabilidad. El autor causa un incendio al actuar, por una imprevisión culpable, sin darse cuenta o sin tener en cuenta las consecuencias de su acto. Según el segundo parágrafo del artículo 82, la imprevisión es culpable "cuando el autor del acto no ha hecho uso de las precauciones impuestas por las circunstancias y por su situación personal".

El legislador ha agravado la pena en los casos que por negligencia se haya puesto en peligro la vida o la salud de las personas.

La pena aplicable al autor de un incendio culposo simple es la prisión no mayor de dos años o multa de la renta de tres a noventa días.

26 Thormann/Von Overbeck, *Das schweizerische Strafgesetzbuch,* cit., t. II, p. 261.

El legislador no ha establecido una circunstancia atenuante facultativa, como lo hizo en el caso de incendio doloso (artículo 261, párrafo 3: daño de poca importancia). La razón es quizás el hecho de que el legislador ha fijado penas bastante benignas para el caso normal; los mínimos son prisión de un día y multa de la renta de tres días[27].

c. El delito de explosión (artículo 264)

a) Generalidades: técnica legislativa, sustancias explosivas y explosivos

Como el delito de incendio, el de explosión se caracteriza por crear una situación de peligro común; por esta razón la ley siempre trató con igual severidad a los autores de ambas conductas delictuosas. Por ejemplo: el artículo 358 de nuestro Código Penal de 1863 estatuía: "Incurrirá respectivamente en las penas señaladas en los precedentes artículos (concernientes al incendio), el que causare estragos por medio de explosión de mina, bomba o máquina de vapor u otro medio de destrucción tan poderoso como los expresados". Esta misma técnica es seguida por el Proyecto de 1877 (artículo 494).

Esta manera de legislar fue cambiada por Víctor Maúrtua, al elaborar su proyecto de Código Penal de 1916. El adoptó el sistema de los anteproyectos suizos, consistente en regular de manera independiente cada uno de estos actos delictuosos.

La fuente directa a la que recurrió Maúrtua fue el texto del anteproyecto suizo de agosto de 1915.

Los artículos 263 a 266 han sido elaborados sobre la base de los artículos 272 a 276 del Proyecto Maúrtua de 1916, y las modificaciones hechas a estos se inspiran en el Proyecto suizo de 1918.

En sentido lato, y de acuerdo a la opinión de Zürcher, "las sustancias explosivas son aquellas que, dilatándose por cambio de estado, hacen estallar todo lo que les rodea"[28]. En esta definición no solo se comprenden las substancias que son destinadas a provocar, con un fin económico, la remoción de ciertas materias sino también aquellas que siendo capaces de explotar, no son normalmente destinadas a este fin[29]. Entre estas se encuentran el gas, la bencina, el petróleo,

27 Logoz, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse. Partie spéciale*, cit., t. II, p. 435.

28 Zürcher, E., *Exposé des motifs de l'avant-projet d'avril 1908*, cit., p. 265.

29 Gautier, Alfred, *Procès-verbaux de la 2eme Commission d'experts*, t. III, pp. 334 y s.

el oxígeno líquido y aun el agua, que al pasar al estado sólido como al transformarse en vapor, pueden producir efectos explosivos[30]. Las otras substancias son los explosivos propiamente dichos; por ejemplo: la dinamita, el ácido nítrico, el mercurio fulminante, la pólvora de mina, los cartuchos explosivos y las bombas (el legislador suizo asimila a estas substancias los gases tóxicos).

b) Fuente legal

Los dos primeros párrafos de esta disposición son casi iguales a aquellos del artículo 272 del Proyecto Maúrtua de 1916, que son copia del artículo 191 del anteproyecto suizo de 1915. El tercer párrafo del Proyecto Maúrtua de 1916 se inspiraba del artículo 311 del Código Penal italiano de 1889.

Al redactar el texto definitivo de este tercer párrafo, nuestro legislador abandonó el modelo italiano y retomó la fuente suiza.

c) Elemento material

El acto consiste en llevar a efecto una explosión mediante una de las substancias enumeradas expresamente en el texto legal, de manera que el autor ponga en peligro la vida o la salud de las personas o la propiedad ajena.

La enumeración que hace la ley de las substancias explosivas tiene solo un carácter ejemplificador, ya que se refiere, igualmente, a toda otra "sustancia análoga" (ver *supra* 1.c.a)).

Tales substancias tienen, generalmente, como uso económico normal el generar fuerza motriz y no efectos explosivos. El acto delictuoso consiste, precisamente, en el uso de estas materias haciéndolas explotar[31].

d) Elemento subjetivo

El autor debe haber causado dolosamente la explosión mediante gas, bencina, petróleo, etc., y con conocimiento (a sabiendas) de que pone en peligro la vida o la salud de las personas o la propiedad ajena.

---

30 ZÜRCHER, E., *Exposé des motifs de l'avant-projet d'avril 1908*, cit., p. 266.

31 SCHWANDER, Vital, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, cit., p. 439; LOGOZ, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse. Partie spéciale*, cit., t. II, p. 437; THORMANN/VON OVERBECK, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, cit., t. II, p. 263, ZÜRCHER, *Exposé des motifs de l'avant-projet d'avril 1908*, cit., p. 266.

En cada caso particular, será necesario comprobar la existencia de esta situación de peligro efectivo, concreto (ver *supra* 1.a.c)).

Los juristas suizos que comentan una disposición semejante a la nuestra, están de acuerdo en afirmar que la "creación de un peligro colectivo no es necesaria como elemento constitutivo de la infracción, y que no es suficiente que la explosión dé lugar a un peligro abstracto. Es indispensable y suficiente que, teniendo en cuenta el curso normal de las cosas, la explosión haya –en el caso particular– puesto en peligro la vida o la integridad corporal de una o varias personas, o de una o varias cosas no pertenecientes al autor"[32]. Esta afirmación es aplicable en el Perú, porque el tipo legal no se refiere expresamente a la puesta en peligro de varias vidas humanas. Si en el caso particular se pone en peligro varias vidas humanas, el juez lo tendrá en cuenta al momento de fijar la pena.

Si el autor busca, dolosamente, mediante la explosión matar o herir a una persona, incendiar o dañar la propiedad ajena, las disposiciones que regulan estas infracciones, en particular, son aplicables (se trata de delitos consumados o tentados). De cometerse la explosión o peligro. Previstas en el artículo 179 mediante explosión de gas, bencina o petróleo, etc., será casi siempre de aplicación el artículo que comentamos, que se refiere a un medio especial e impone una pena más severa. Cuando el peligro para la vida o la salud de las personas, este artículo no se aplicará[33]. Si el autor ha obrado bajo la influencia de una errónea apreciación de los hechos (por ejemplo sobre las substancias) es de tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 87.

e) Consumación y tentativa

El delito de explosión de consuma cuando la explosión se produce y se pone en peligro la vida o la salud de las personas, o la propiedad ajena. La tentativa es posible.

f) Participación

Todas las clases de participación previstas por el Código son posibles.

---

32 Logoz, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse. Partie spéciale,* cit., t. II, p. 437; Thormann/Von Overbeck, *Das schweizerische Strafgesetzbuch,* cit., t. II, p. 263.

33 Hafter Ernest, *Lehrbuch des Strafrechts. Besonderer Teil,* cit., t. II, p. 505, Logoz, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse. Partie spéciale,* cit., t. II, p. 438.

g) Pena

La pena es de penitenciaría no mayor de 10 años.

El segundo párrafo de este artículo estipula una circunstancia atenuante facultativa. El juez es facultado por el legislador a imponer la pena de prisión no mayor de un año, si el daño causado por la explosión fuera de poca importancia (ver *supra* 1.b.i).

h) Forma culposa

Los elementos materiales son los mismos que los de la forma dolosa. El autor debe haber actuado culposamente (artículo 82), por tanto, sin saber que crea una situación de peligro concreto.

Estos casos son mucho más frecuentes que los intencionales.

Hafter y Logoz se preguntan, cuál sería la disposición aplicable cuando el autor ha causado dolosamente una explosión y, negligentemente, creado un peligro concreto para las personas o los bienes de otros. Ellos responden que el autor será castigado de acuerdo al artículo 223, inciso 2 del Código Penal suizo, que prevé la forma culposa, y que corresponde al artículo 263, párrafo 3 de nuestro Código[34].

d. El uso delictivo de explosivos (artículo 264)

a) Fuente legal

El término idéntico a este delito era previsto en el artículo 273 del Proyecto Maúrtua de 1916, disposición que es copia fiel del artículo 192 del anteproyecto suizo, (texto de agosto de 1915). Esta disposición y las siguientes, que regulan también el delito de explosión, tienen su modelo en la ley federal suiza contra las actividades anarquistas (Ley del 1 de abril de 1824)[35].

34 Hafter y Logoz, op. cit., pp. 506 y 439.

35 Schwander, Vital, *Das schweizerische Strafgesetzbuch,* cit., p. 440; Hafter Ernest, *Lehrbuch des Strafrechts. Besonderer Teil,* cit., t. II, p. 450; Zürcher, *Exposé des motifs de l'avant-projet d'avril 1908*, cit., p. 267.

b) Elemento material

Desde un punto de vista objetivo, el autor debe haber puesto en peligro la vida o la salud o la propiedad de otro, mediante el empleo de explosivos. Como en el artículo precedente, el legislador exige una situación de peligro efectivo (ver *supra* 1.c.d)) cuya existencia debe ser comprobada en cada caso particular. No es, igualmente, necesaria la existencia de un peligro común concreto, ni suficiente un peligro común abstracto.

Sobre la noción de explosivos (ver *supra* 1.c.a)); en este caso se trata de los explosivos propiamente dichos ("Sustancias que, detonando por fuego, golpe u otro procedimiento, producen efectos devastadores"). Los componentes, es decir las sustancias que constituyen el explosivo, no pueden ser consideradas en sí mismas como explosivos[36]. El empleo de bombas –explosivos contenidos en un recipiente generalmente, metálico y cuyo efecto puede ser particularmente destructor[37]– ha sido considerado como una circunstancia agravante. Esta distinción entre explosivos y bombas había sido en un primer momento, admitida por el legislador suizo[38], luego fue definitivamente abandonada por las cámaras federales.

c) Elemento subjetivo

El autor debe haber empleado los explosivos dolosamente y sabiendo que ponía en peligro la vida o la salud o la propiedad ajena. Además, el legislador exige que el autor actúe con "designio delictuoso". Esta exigencia hace de esta infracción un "delito de tendencia transcendente" ("*Delikte mit überschissender Innentendez*"). El autor pretende producir un resultado delictuoso, que de acuerdo al tipo legal debe tenerlo presente al momento de actuar, pero cuya producción real no la exige. Esta referencia al designio delictuoso del autor no constituye, propiamente, un elemento subjetivo de la antijuricidad[39]. Por ejemplo: un terrorista coloca una bomba de tiempo en un local público que quiere destruir. Generalmente, será aplicada la disposición que regula el delito "fin", cuando la

36 Zürcher, Emil, *Exposé des motifs de l'avant-projet d'avril 1908*, cit., p. 269 *in fine*.

37 Logoz, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse. Partie spéciale*, cit, t. II, p. 440.

38 Anteproyecto de 1908 y proyecto de 1918.

39 Ver Jimenez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. III, p. 840.

pena en caso de consumación o de tentativa sea superior a la pena prevista por la disposición que comentamos[40].

d) Consumación y tentativa

El delito es consumado desde que el autor emplea (dolosamente y con designio delictuoso) explosivos o bombas, y pone, a sabiendas, en peligro la vida o la salud de las personas o la propiedad de otro. Si el peligro concreto no se ha producido, se trata de una tentativa.

e. El delito de fabricación, ocultación y transporte de explosivos (artículo 265)

a) Fuente legal

Esta disposición figuraba ya en el Proyecto Maúrtua de 1916 (artículo 274), y constituye, igualmente, una copia fiel del artículo 193, incisos 1 y 2, del Anteproyecto suizo, texto de agosto de 1915.

b) Elemento material

El acto prohibido consiste en fabricar o procurarse explosivos o bombas; en procurarse substancias para su fabricación; en transmitir a otro, conservar, ocultar o transportar explosivos o bombas. Se trata, pues, de actos preparatorios (o ciertos casos de complicidad a tales actos) que serán reprimidos cuando el delito así preparado (empleo delictuoso de explosivos, homicidio, daños a la propiedad ajena, etc.) no ha sido ni consumado ni tentado.

Si el mismo autor de los autos preparatorios comete o trata de cometer la infracción preparada, será castigado de acuerdo a las disposiciones especiales que regulan este delito. Si el acto preparado mediante uno de los actos enumerados en el artículo 265 es cometido por un tercero, el autor de los actos preparatorios

40 Ver Cornejo, Angel G., *Derecho penal especial,* cit., t. I, pp. 230 y 231; quien sigue de cerca a Zürcher, lo que le hace incurrir en errores por cuanto este autor suizo comenta el Anteproyecto de 1908 que en su artículo 146 estatuía: "Quien, mediante el empleo delictuoso de explosivos, hubiera intencionalmente causado un peligro colectivo, será castigado de la reclusión hasta diez años".

será eventualmente castigado como cómplice o como instigador (artículo 100), pero no de acuerdo al artículo que comentamos. Fuera de estos casos, los delitos descritos en este artículo son totalmente independientes. La tentativa y la participación en su ejecución son punibles.

c) Consumación

El delito se consuma una vez fabricado el explosivo, o cuando el autor haya realizado uno de los actos enumerados en el párrafo segundo de esta disposición.

d) Elemento subjetivo

En todos los casos previstos en este artículo, el autor debe haber actuado sabiendo o con presunción de que dichas substancias se destinan a un empleo delictuoso. No es necesario que el delincuente sepa exactamente la manera como ellas serán utilizadas, ni que conozca la existencia de una plan criminal determinado[41]. Sin embargo, basta que el autor presuma el destino delictuoso de tales substancias. El debe, pues, considerar seriamente como posible tal hecho[42].

A pesar de esta presunción, el delincuente no se abstiene de actuar. Es una situación muy semejante a la que ofrece el dolo eventual.

e) Pena

El que fabricare explosivos o bombas, sabiendo o presumiendo de que tendrán un empleo delictuoso, será castigado con penitenciaría no mayor de 10 años o con prisión no menor de seis meses. El autor de los actos señalados en el párrafo 2 del artículo 265, que obra sabiendo o sospechando que las substancias tienen un destino delictuoso, será penado con penitenciaría no mayor de 5 años o con prisión no menor de un mes.

41 Hafter Ernest, *Lehrbuch des Strafrechts. Besonderer Teil,* cit., t. II, p. 510; Logoz, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse. Partie spéciale,* cit., t. II, p. 446.

42 Logoz, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse. Partie spéciale,* cit., t. II., p. 446.

f. El uso delictivo de explosivos mediante culpa (artículo 266)

a) Fuente legal

El artículo 275 del Proyecto Maúrtua de 1916 es copia del artículo 311 del Código Penal italiano de 1889, que disponía: "El que por medio de explosivos o de bombas hubiere por imprudencia o negligencia, o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, puesto en peligro la vida o la salud de las personas o la propiedad de otro, será reprimido con prisión no mayor de 5 años". Esta deficiente manera de legislar sobre la forma culposa de este delito, fue simplificada por el legislador al redactar el proyecto definitivo; para esto escogió como modelo el Proyecto suizo de 1918, artículo 192, que reproduce a su vez el texto del artículo 194 del Anteproyecto suizo, texto de agosto de 1915.

b) Elemento material

Este delito es claramente distinto a los previstos en los artículos 264 y 265. Se trata aquí solo de una culpa en el manipuleo de explosivos o bombas; los cuales han sido adquiridos por el autor con un fin autorizado, y los conserva de manera lícita. Si él hubiera adquirido o fabricado los explosivos con un fin delictuoso, incurriría en la pena más severa del artículo 265[43]. El texto legal se refiere a explosivos y bombas; es decir, a productos acabados. Los juristas suizos, que comentan el artículo 225 del Código Penal suizo (prevé el caso que comentamos), se interrogan, si esta disposición se aplicaría a la creación de una situación de peligro durante la fabricación de tales productos no destinados a un empleo delictuoso. Algunos de ellos dudan de responder categóricamente; otros, en cambio lo hacen afirmativamente[44]. La Corte Suprema, en una Ejecutoria del 4 de agosto de 1942, establece que "incurre en responsabilidad por delito contra la seguridad pública, por negligencia, quien se dedica a fabricar materias explosivas que podrían causar su muerte o la de terceros"[45].

c) Elemento subjetivo

El agente debe haber obrado culposamente (artículo 82).

---

43 ZÜRCHER, *Exposé des motifs de l'avant-projet d'avril 1908*, cit., pp. 268 y 269.

44 HAFTER ERNEST, *Lehrbuch des Strafrechts. Besonderer Teil*, cit., p. 510.

45 *Revista de los Tribunales* 1943, p. 119.

d) Pena

El autor será reprimido con prisión no mayor de cinco años.

g. Causación de inundación, derrumbe de edificio, sumersión o varadura de naves (artículo 267)

a) Fuente legal

El Código Penal derogado de 1863, artículo 358, imponía la misma pena que al incendiario a quien "causare estragos por medio de sumersión o varamiento de nave, inundación u otro medio de destrucción tan poderoso como los expresados".

El Proyecto de 1877 regulaba de una manera independiente el delito de inundación (artículo 493 "inundación que ponga en peligro la vida de una o muchas personas"). En el artículo 494, preveía el delito de inmersión o varamiento de nave, junto con el de explosión de una mina o máquina de vapor, y algunas formas del delito contra las vías de comunicación. En las disposiciones siguientes regulaba ciertos casos graves.

Maúrtua al elaborar su Proyecto de 1916, se inspiró en el Anteproyecto suizo-texto de 1915 (art 194) para redactar el artículo 276. Las modificaciones que realiza a esta disposición helvética son la referencia a la "sumersión o el varamiento de una nave" (que no figura en el artículo suizo) y la manera casuista de contemplar la forma culposa (inspirada por el artículo 311 del Código italiano de 1889). Esta incorrección no ha sido mantenida en el proyecto definitivo. Nuestro Código vigente reproduce con mayor fidelidad la disposición suiza.

Hafter opina que la regulación conjunta de los delitos de inundación y de derrumbe de un edificio, a pesar de ser de naturaleza diferente, se debe al deseo del legislador de economizar un artículo[46].

b) Elemento material

El autor debe causar una inundación o el derrumbamiento de un edificio o la sumersión o el varamiento de una nave.

46 Hafter, *Lehrbuch des Strafrechts. Besonderer Teil*, cit., t. II, p. 516; Thormann/Von Overbeck habla por el contrario de la "utilización cirminal de la fuerza natural de la gravedad" "die verbrecherische Benützung der *Schwerkraft*", op. cit., t. II, p. 269.

Una inundación puede ser provocada "detenido un curso de agua natural o artificial, de manera que el agua salga de su cauce" o "destruyendo las obras de protección que regulan las aguas, especialmente los diques y represas mediante las cuales el agua es retenida"[47]. La inundación debe pues alcanzar cierta magnitud. A diferencia de la disposición helvética (artículo 194 del anteproyecto, texto de agosto de 1915 y artículo 192 del Proyecto de 1918) que trata del "derrumbe de una construcción", la disposición que comentamos se refiere al "derrumbe de un edificio". De acuerdo al lenguaje común parecer que nuestro legislador no ha querido castigar sino al que causa el derrumbe de casas, fábricas, iglesias, etc. Esta interpretación restringiría demasiado el alcance de la disposición, razón por la cual se debe comprender –siguiendo a los juristas suizos– todo lo que está construido sobre el suelo y bajo el suelo: no solo casas, puentes, andamios, sino túneles, minas, etc.[48].

El término nave debe, igualmente, ser interpretado en sentido amplio. El artículo 380 del Reglamento de Capitanías y de la Marina Mercante Nacional estatuye: "el término 'embarcación' empleado en este Reglamento, comprende toda construcción susceptible de locomoción en el agua, cualesquiera que sean sus características". Es de señalar que en varias disposiciones de este reglamento se usan los términos embarcación y nave indistintamente.

c) Elemento subjetivo

En todos casos, el autor debe haber actuado dolosamente (con consciencia y voluntad de causar una inundación, etc.). Además, debe haber sabido que de esta manera ponía en peligro la vida o la salud de las personas o la propiedad ajena. Como en el caso del delito de explosión (ver *supra* 1.c.d)), se trata de un peligro concreto referente a una o varias personas, o a una o varias cosas ajenas.

Si el dolo del autor se dirige a provocar un daño y no solo a crear una situación de peligro concreto (y conocida), las disposiciones que regulan tales actos delictuosos (homicidio, lesión, daños, etc.) son aplicables. El artículo que comentamos está, en estos casos, en concurso ideal con tales normas legales[49].

47 Zürcher, E., *Exposé des motifs de l'avant-projet d'avril 1908*, cit., p. 272; Logoz, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse. Partie spéciale,* cit., t. II, p. 449.

48 Logoz, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse. Partie spéciale,* cit., t. II, p. 450; Thormann/Von Overbeck, *Das scheizerische Strafgesetzbuch*, cit., t. II., p. 270.

49 Logoz, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse. Partie spéciale,* cit., t. II, p. 450.

d) Consumación y tentativa

Se consuman estas infracciones con la puesta en peligro concreto de la vida o la salud de las personas o la propiedad de otro. La tentativa es posible, igualmente la participación.

e) Forma culposa

La pena prevista para el autor de uno de estos delitos es la de penitenciaría no mayor de 10 años (artículo 267, pf. 2). El juez podrá atenuar esta pena (atenuación facultativa, (ver *supra* 1.b.i)) si el daño causado es de poca importancia.

5. El párrafo tercero de esta disposición prevé la comisión culposa de estos delitos. El elemento material es el mismo (ver *supra* 1.g.b)), que el de las formas dolosas. La pena es de prisión no mayor de dos años o multa de la renta de tres a noventa días.

h. *Excursus*: Decreto Ley N.º 19049[50]

> **A. Artículo 1.** Quienes empleen explosivos o bombas con la finalidad de intimidar, alarmar o alterar la paz interna o el orden público serán sancionados con penitenciaría no menor de quince años, no mayor de veinte.
>
> 1. El bien jurídico protegido, en primer lugar, en esta disposición no es la seguridad pública, sino más bien, la tranquilidad pública; es decir, "la paz y confianza social en el seguro desenvolvimiento de la vida civil". La protección del orden público es realizada como una condición para la seguridad. Esto demuestra la relación existente entre los propios delitos contra el orden o la tranquilidad pública y los delitos contra la seguridad pública.
>
>   Como ejemplo de delitos contra la tranquilidad pública, podernos citar: el alarmar una población por la amenaza de un peligro para la vida o la salud de las personas o para la propiedad ajena (artículo 28) y el tomar parte en una reunión tumultuaria en la que se hubiese cometido colectivamente violencias contra las personas o contra las propiedades (artículo 283).

50 Dado el 30 de noviembre de 1971, fue derogado mediante el D. Ley N.º 046. Por constituir un antecendente de las normas antiterroristas, se justifica publicar los comentarios siguientes.

En la disposición que comentamos se dice textualmente "Intimidar, alarmar o alterar la paz pública o el orden público".

2. El autor debe emplear explosivos o bombas. Es decir, debe causarse una explosión mediante sustancias destinadas precisamente a este fin; por ejemplo: la pólvora, el mercurio fulminante, etc.

   No basta, pues, la amenaza de causar una explosión; es indispensable el uso de efectivo de los explosivos. La simple amenaza de usar explosivos constituye el elemento material de los delitos contra la libertad individual, previstos en los artículos 222 y 224 (primer párrafo) y del delito contra la tranquilidad pública contenido en el artículo 281.

3. El autor además de actuar con consciencia y voluntad de emplear explosivos, debe hacerlo con la finalidad de "intimidar, alarmar o alterar la paz interna o el orden público". Con los términos "paz interna" y "orden público" se ha querido designar el bien jurídico de la tranquilidad pública, concebida como la paz y confianza social en el seguro desenvolvimiento de la vida civil.

   La deficiente redacción del texto comentado crea dificultades en su interpretación. La alteración de la tranquilidad pública se produce, justamente, intimidando o alarmando a las personas. Hubiese por tanto bastado con hacerse referencia a la alteración del orden público. Si no se crea en las personas ese estado de inquietud y miedo propio de la intimidación o de la alarma, no se puede concebir una alteración de la "paz interna" o del "orden público" (tranquilidad pública).

   Tampoco se hace referencia en el texto al número de personas que tratan de ser alarmadas o intimidadas. Parece que el autor del Decreto Ley ha considerado que el emplear los explosivos o bombas para alarmas o intimidar a una persona ya constituye un acto propio para alterar la paz y confianza social en el seguro desenvolvimiento de la vida civil. Esto se explicaría por la naturaleza peligrosa del medio utilizado.

4. Se consuma esta infracción con el empleo, por parte del autor, de explosivos o bombas, con la finalidad de intimidar, alarmar o alterar la paz interna o el orden público. No es, pues, necesario que se produzca realmente el objetivo perseguido por el agente. La tentativa es posible: el autor coloca una bomba con el fin de intimidar o alarmar, pero la explosión no se produce.

5. Se castigará al autor con penitenciaría no menor de quince años, ni mayor de 25. La gravedad de la pena hará que en caso de concurso ideal de delitos se aplique, generalmente, esta disposición. Por ejem-

plo: en caso de concurso con los artículos 302 y 307 que describen los delitos de rebelión y sedición.

B. Artículo 2. Quienes a sabiendas pongan en peligro la salud o la vida de las personas o la propiedad de otra empleando explosivos o bombas, serán sancionados con penitenciaría no menor de 15 años, ni mayor de 25.

1. Según el artículo 264 de nuestro Código, el autor debe haber puesto, a sabiendas, en peligro la vida, la salud o la propiedad ajena, mediante el empleo, intencional y con fines delictuosos, de explosivos. El artículo 2 de este Decreto Ley repite este texto, omitiendo el requisito de que el delincuente actúe con fines delictuosos. Esta falta de designio delictuoso en el caso de explosivos que, en otras legislaciones como la suiza (artículo 225 C.P.), constituye una circunstancia atenuante de la pena; es motivo, en la disposición que comentamos, para una severa agravación de la pena. En lugar de penitenciaría no mayor de 10 años (artículo 264, pc. 1) se establece penitenciaría no menor de 15 años. De esta manera, en esta disposición se extiende el poder represivo del Estado.

2. Sobre el elemento material y el elemento subjetivo de esta infracción (véase *supra* 1.c.c).d)).

C. Artículo 3. Quienes mediante el empleo de explosivos bombas causen muerte, lesiones, daños o destrucciones graves, serán sancionados con pena de muerte en el primer caso, con internamiento más allá de un *mínimum* de 25 años en el segundo y con penitenciaría no menor de 20 años ni mayor de 25 en los demás casos.

1. El elemento material de la infracción en esta disposición consiste en causar muerte, lesiones, daños o destrucciones graves mediante el empleo de explosivos o bombas. No se trata de un delito de peligro, sino, más bien, de un delito de lesión. Para que se consuma el acto delictuoso es indispensable se produzca un daño para la salud, la vida o la propiedad ajena.

2. El elemento subjetivo de esta infracción, por el contrario, no es fácil determinar. De la manera como está redactado el texto que comentamos, parece que se trata de un típico delito calificado por el resultado. Es decir, se hace responsable al agente de un resultado que se ha producido, sin precisar su culpabilidad al respecto (dolo o culpa). Quien hace uso de explosivos con o sin fines delictuosos (no es un requisito establecido expresamente por la disposición legal) y causa muerte, sin conciencia ni voluntad de hacerlo, será sancionado con pena de

muerte. Con Soler podemos criticar el "sentido primitivo y cruel de estas figuras que admiten la responsabilidad sin culpa".

Que se trata de un delito calificado por el resultado, se revela en particular si consideramos que el asesinato (homicidio ejecutado mediante incendio, explosión, etc., artículo 152) es castigado con la pena de muerte; por tanto, el artículo 3 de este Decreto Ley no prevé tal caso. Además los redactores de este Decreto ley parten de una presunción, con fines delictuosos, evidencia en el agente "el propósito de liberado de dañar la vida, la salud, la propiedad y, además, alterar la tranquilidad pública o el orden público". Aun en el caso de aceptarse como cierta esta presunción, cabría objetar que ella no es aplicable a lo dispuesto en el artículo 3, por cuanto, en esta disposición el "empleo con fines delictuosos" no constituye un elemento de la infracción. Por último, podemos afirmar que la culpabilidad del agente debe ser siempre comprobada, y nunca tan solo presumida.

El principio de la culpabilidad es base de nuestro Derecho penal.

3. La severidad de las penas impuestas está en relación con la creencia de los autores de este Decreto Ley en la efectividad de su poder intimidatorio; eficacia, de otra parte, tan discutida por los especialistas. La ineficacia de este poder, atribuido de manera absoluta a la pena de muerte y a las largas penas privativas de la libertad, es debido en particular a la personalidad de los autores de esta clase de infracciones. Se trata de activistas políticos plenamente convencidos de la justeza de sus ideas, que se consideran en pie de guerra contra el orden social existente y para quienes recurrir a estos medios es, sino justo, al menos necesario.

D. Art. 4. En cada caso, el tribunal juzgador tendrá en cuenta para fijar la pena, la condición de autores personales o intelectuales, coautores, cómplices o encubridores. Además tratándose de extranjeros, una vez cumplida la pena privativa de la libertad, serán extrañados del país; y si hubieran adquirido la nacionalidad peruana por naturalización, serán privados de ella previo a su extrañamiento.

1. El primer párrafo de esta disposición es una repetición incompleta de principios consagrados en la Parte general del Código Penal.

E. Artículo 5. Las penas privativas de la libertad, serán cumplidas en la Colonia Penal del Sepa.

Cabe pensar que esta disposición no tiene otro objeto que el de agravar aun más la severidad de las penas.

F. Artículo 6. En los casos a que se refiere el presente Decreto Ley, no procede la libertad provisional, la condena condicional, ni la liberación condicional.

1. Lo dispuesto en esta norma legal revela el completo desconocimiento de los autores del Decreto Ley de las instituciones penales a que se hace referencia.

   De conformidad al artículo 103 del Código de procedimientos penales, la libertad provisional se concederá a los responsables de delitos sancionados con no más de dos años de prisión como extremo máximo de la pena. En caso de pena mayor, se considera la libertad provisional si las pruebas actuadas llegan a desvanecer los cargos que se hicieron al inculpado. Estableciendo el Decreto Ley que comentamos: penas de penitenciaría no menor de 15 años, solo procedería la libertad provisional en el segundo caso. El carácter injusto de esta disposición, que niega aun en este caso la libertad provisional al autor de estos delitos, es patente si se tiene en cuenta que los autores de otros delitos más graves (asesinato, por ejemplo) sí pueden obtener la libertad provisional.

2. De acuerdo al artículo 286 del Código de procedimientos penales, la condena condicional procede en los casos en que se dicta condena de multa o de prisión que no exceda de seis meses, contra persona que no haya sido objeto de ninguna condena anterior nacional o extranjera y siempre que los antecedentes y le carácter del condenado hagan prever que no cometerá nuevo delito.

   La Ley N.º 9014, promulgada el mismo día –29 de noviembre de 1939– que el Código de procedimientos penales, estatuye que la condena condicional solo se otorgará a los responsables de los delitos previstos en los artículos 82 y 83 del Código Penal. Nuestros tribunales nunca han aplicado, a nuestro conocimiento, esta disposición.

   Aun estimando que tanto el artículo 286 como el artículo 13 de la Ley N.º 9014 regulan la aplicación de la condena condicional, no cabría referencia alguna a esta institución en la disposición que comentamos. Por cuanto, las penas previstas en el Decreto Ley, objeto de nuestros comentarios son las de penitenciaría, internamiento y muerte; y la condena condicional solo procede, según el artículo 286, en caso de prisión o de multa. De acuerdo a la Ley N.º 9014, se concederá solo a los autores de delitos culposos, pero es el caso de que en el Decreto Ley N.º 19049 no se prevé la comisión culposa de las infracciones que regula.

3. La liberación condicional procede cuando el condenado hubiere cumplido los dos tercios del tiempo de su condena y, en todo caso,

no menos de un año de penitenciaría o relegación ni de ocho meses de prisión, y que por su buena conducta en el establecimiento hicieron presumir que se conducirá bien en libertad.

La liberación condicional constituye, en realidad, uno de los medios para realizar la última fase del sistema progresivo de ejecución de las penas privativas de la libertad. Medio reconocido expresamente por el Decreto Ley N.º 17581, artículo 22, inciso E, del 15 de abril de 1969. El negar a ciertos delincuentes la aplicación de este instituto es, hasta cierto punto, contrario a la concepción resocializadora que inspira las disposiciones de este decreto ley que regula la ejecución de las penas. Además, no se comprende por qué se niega el recurso a este medio y se mantiene la posibilidad de otorgarles permisos especiales para salir del establecimiento y de permitirles trabajar fuera del establecimiento en condiciones similares a los de la vida libre, regresando luego a él, conforme a los incisos b, y d, del mismo artículo 22 del Decreto. Este hecho revela de parte de los especialistas que han redactado el Decreto Ley que comentamos un desconocimiento de las disposiciones de la Parte general de nuestro Código y un afán represivo e intimidatorio exagerado, en contradicción admitida en el Decreto Ley que regula la ejecución de penas.

G. Art. 8. Déjese en suspenso las normas de los Códigos Penal y de Justicia Militar. Así como las de las leyes pertinentes, en cuanto se opongan al presente Decreto Ley.

1. Esta disposición reconoce a este Decreto Ley un carácter temporal. Las "disposiciones del Código Penal", del Código de Justicia Militar y de otras "leyes pertinentes", son suspendidas, no derogadas. La vigencia de este Decreto Ley durará el tiempo que persista la situación de emergencia que ha impuesto su promulgación. Por ser una ley excepcional, el juez –civil o militar– que conoce del caso concreto deberá determinar si tiene aún vigencia. Con este objeto él determinará si la situación de emergencia que la originó persiste o no.

   En cuanto a la redacción de esta disposición podemos observar que sigue la tradicional vaguedad que caracteriza este tipo de disposiciones en nuestra legislación.

   En nuestra opinión, debería señalarse cuáles son las disposiciones expresamente afectadas. De esta manera, se lograría una mayor claridad y mejor interpretación de las normas.

2. Delitos contra las comunicaciones públicas

a. Generalidades

a) Antecedentes legislativos nacionales

a) Si bien es cierto que, al elaborar el proyecto definitivo de nuestro Código Penal, el legislador dedicó solo un título a los delitos contra las comunicaciones públicas, no se puede negar que en la legislación anterior ya habían disposiciones que contenidas algunas de esas infracciones.

En el Código de 1863 se castigaba a "los que, por cualquier medio que no sea el incendio o los demás indicados en el título procedente (otros estragos), causen daño en puentes, acequias, caminos u otros objetos de uso común ." (artículo 361). La pena era de arresto mayor en segundo grado y una multa equivalente al duplo del valor del daño causado que se entregaba a la parte damnificada.

La magnitud del daño determina la atenuación o la agravación de la pena. Las vías de comunicación (puentes, caminos) eran, pues, de esta manera, protegidas de los daños que fuesen ocasionados por medios no tan poderosos como el incendio, sumersión o varamiento de nave, explosión de mina, bomba o máquina de vapor o inundación, La seguridad de las comunicaciones públicas eran protegida indirectamente.

b) Entre las disposiciones del Capítulo V (de los incendios y otros estragos) y del Título XII (de los delitos contra la propiedad) del Proyecto del Código Penal peruano de 1877, encontramos algunas que se orientan más claramente a proteger la seguridad de las comunicaciones públicas.

El artículo 494 estatuye las mismas penas que se aplican a los incendiarios para quienes "causen estragos por medio del levantamiento de rieles u obstáculos colocados en una vía férrea deteriorando maliciosamente el material rodante, puentes, viaductos u otras dependencias del camino; cambio malicioso de las señales empleadas en el servicio de estos, para la seguridad de los trenes; destrucción de los hilos y postes telegráficos y en general cualquier otra forma o por otro medio de destrucción tan poderoso como los expresados". Esta disposición es trascripción casi literal del artículo 547 del Proyecto español de 1870. Todos estos medios comportan un daño a las vías férreas, hilos y postes telegráficos, etc. Pero, el autor solo será castigado conforme esta disposición si él ha causado un estrago al producir uno de estos daños.

El artículo 495, por el contrario, castiga a los "empresarios de las líneas férreas, directores o jefes de estación, maquinistas, mecánicos o conductores o inspectores de la vía y del movimiento, que por imprudencia o descuido comprometan la seguridad del transporte por un camino de fierro, ya sea por colisión de trenes, mal estado de la vía o por infracción de los reglamentos o costumbres establecidas".

El elemento de peligro es claramente indicado en el artículo 496 que estatuye: "El que voluntariamente destruya o deteriore muelles, diques, canales, conductos de agua potable, puentes o caminos, comprometiendo la vida o la salud de las personas, será castigado con reclusión en 4 grado". A este mismo elemento se hace referencia en el artículo 497 con la expresión "comprometa la seguridad de los navegantes". Esta disposición castiga al que, voluntariamente, destruya o inutilice un faro, balsa u otra señal destinada a la seguridad de la navegación, extinga las luces o coloque una falsa señal.

El artículo 498 protege el servicio de una línea o establecimiento de telégrafos de uso público contra todo acto destinado a impedirlo o embarazarlo (por ejemplo: destruyera o cortare los hilos telegráficos o derribare los postes). A semejanza del artículo 361 del Código Penal derogado, el art 505 de este proyecto estatuye arresto mayor en segundo grado y multa equivalente al doble del daño causado a quien ocasionara daño en puentes o caminos.

c) En el Proyecto de 1916, Víctor Maúrtua previó igualmente algunas disposiciones destinadas a proteger las comunicaciones públicas.

En su artículo 255 este proyecto castiga, siguiendo el artículo 505 del Proyecto de 1877, a quien causa un daño en puentes o caminos.

Inspirándose en parte en el Código Penal italiano de 1889 (artículo 312 y 313), Víctor Maúrtua previó en el artículo 277 de este proyecto el delito de romper líneas férreas o colocar en ellas cualquier cosa que impida el tránsito de locomotoras, etc. En el artículo 279, siguiendo el artículo 317 del Código italiano de 1889, consideró que "en los demás casos de destrucción de líneas telegráficas, telefónicas o de aparatos de comunicaciones inalámbricas, así como en todos los casos no especialmente previsto de destrucción o deterioro de alguna obra que sirva para la pública comunicación o que obstruya alguna vía pública, por tierra o por agua, se impondrá la pena de prisión no menor de un mes ni mayor de seis meses". Por el contrario, la pena será no menor de un mes ni mayor de nueve meses si, intencionalmente, el autor cortase los alambres de telégrafo destinado al servicio de un ferrocarril; arrancase o destruyese los postes o ejecutase algún otro acto destinado a interrumpir la comunicación telegráfica, telefónica o inalámbrica. La pena se agrava si a causa del hecho se produce un accidente.

El progreso de los medios de transporte, la importancia que han adquirido y los riesgos a que dan lugar en la vida diaria, explican la razón por qué el legislador recién ha previsto en nuestro Código Penal vigente un conjunto de normas penales destinadas, directamente, a garantizar la seguridad de las comunicaciones públicas.

En el Título de la Sección séptima "Delitos contra las comunicaciones públicas", nuestro legislador ha reunido cuatro artículos (267 a 271): en el primero, prevé un delito general contra la circulación pública; en el segundo, regula un caso agravado de este delito, referente a los ferrocarriles; en el tercero, trata de la interrupción y de la perturbación de la comunicación telegráfica o telefónica; en el cuarto, del impedimento y de la perturbación de la explotación de los servicios públicos.

b) Bien jurídico protegido y peligro colectivo

Todas estas disposiciones tienen como bien jurídico la seguridad pública y regulan infracciones que crean una situación capaz de poner en peligro diversos bienes jurídicos[51].

b. Impedir o perturbar la circulación pública (artículo 268)

a) Fuente legal

En el Proyecto Maúrtua de 1916 no figuraba una disposición semejante a esta. Nuestro legislador ha copiado caso literalmente el artículo 203 del Proyecto suizo de 1918, que es a su vez una trascripción del artículo 205 del anteproyecto suizo, texto de agosto de 1915.

b) Bien jurídico protegido

Es indudable que la seguridad de la circulación es parte del "conjunto de condiciones, garantizadas por el orden jurídico, necesarias para conservar la integridad de todo bien jurídico, considerando como sus titulares a todos y cada uno de los individuos, independientemente de su pertenencia a alguno de ellos". Conjunto de condiciones denominado "seguridad pública"[52].

---

51 Ver *supra* 1.a.b). Dado el 30 de noviembre de 1971, fue derogado mediante el D. Leg. N.º 046. Por constituir un antecedente de las normas antiterroristas, se justifica publicar los comentarios siguientes.

52 Cf. Abastos, Manuel, G., "Prevención, y represión de los delitos de tránsito", en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, cit., p. 333, Deustua, Alejandro, "Delitos

Como en las disposiciones que norman los delitos de incendio y otros estragos el fin inmediato que busca el legislador es la protección de la vida y la salud de las personas que participan en la circulación pública, es la puesta en peligro de estos bienes, justamente, lo que determina la gravedad del delito y que lo distingue de las infracciones previstas en la legislación complementaria (Reglamento general de tránsito de 1941, ver *supra* 1.h.A.5).

Es interesante saber que hasta 1950, la jurisprudencia suiza aceptaba como bien jurídico protegido por esta disposición la vida y la integridad corporal de las personas[53]. La reciente jurisprudencia por el contrario, recurre al título y afirma que la circulación pública es el bien inmediatamente protegido[54]. La doctrina penal suiza es conforme a esta última orientación de la jurisprudencia[55].

No son numerosas las ejecutorias peruanas en torno a este problema. Parece que la Corte Suprema considera solo la protección de la circulación, sin considerar la existencia o ausencia de la situación de peligro. Así, en la Ejecutoria del 25 de julio de 1958, se afirma: "quien creyendo tener derecho de propiedad sobre un puente, lo destruye para impedir el paso de una persona con quien tenía enemistad, incurre en delito contra las comunicaciones públicas"[56].

La exacta determinación del bien jurídico tutelado por esta disposición es importante para resolver los problemas de concurso que pueden surgir con otras normas legales, en particular con los artículos de la Sección primera del Libro segundo ("Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud").

c) *Elemento material*

El autor impide o perturba la circulación pública; o sea que la imposibilita temporalmente o dificulta su fluidez.

---

contra las comunicaciones públicas", en *Boletín del Seminario de Derecho*, Lima, 1914, p. 82.

53 *Bundesgerichtsentscheid* 1949, IV, p. 124.

54 *Bundesgerichtsentscheid* 1949, IV, pp. 122, 125.

55 Thormann/Von Overbeck, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, Zürich, 1941, t. II, p. 286; Logoz, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse. Partie spéciale*, cit., t. II, p. 477; Karmann, J., "Störung des öffentlichen Verkehrs", *Revue pénale suisse*, 1950, p. 203. Ver Delaquis, E., "Bemerkungen zu den gemeingefährlichen Verbrechen und Vergehen des Schweiz, StGB, en *Revue Pénale Suisse*, p. 120.

56 *Revista de Jurisprudencia Peruana* 1959, p. 349.

i. Circulación pública

Por circulación debe comprenderse toda actividad de desplazarse utilizando las vías de comunicación. Se realiza esta actividad mediante diversos medios de transporte (autos, bicicletas, carretas a tracción animal, aviones, barcos etc.) o a pie. Es decir, que los peatones también participan en la circulación y son igualmente protegidos[57].

El elemento central de esta figura delictiva es, pues, la circulación pública en general. Otras legislaciones se refieren, por el contrario, a los medios de transporte y comunicación (artículo 190 del Código Penal argentino), a la seguridad de los transportes (Código Penal italiano: artículo 432, Código Penal uruguayo: artículo 216)[58]. Lógico es que en estos casos no se comprenda la circulación pública de peatones. El legislador suizo habla por esta razón de "*entrave a la circulation publique*" ("perturbación a la circulación pública": nota marginal del artículo 237).

ii. Vías públicas

El artículo 268 menciona, a título de ejemplo, la circulación en las vías públicas, por agua o por aire. De esta manera el legislador ha considerado que la circulación pública puede, también, desarrollarse en otros lugares[59].

Pero, habiendo mencionado, el legislador, las vías públicas solo a título de ejemplo es de considerar que la circulación pública (y por tanto la acción delictuosa descrita en este artículo) puede realizarse en caminos privados, por donde circulen personas y vehículos de manera continuada. Según el profesor F. Clerc, se debe "comprender por vía pública toda vía accesible a cualquiera; las calles, caminos, carreteras, plazas forman parte, en general, del dominio público, pero se puede perfectamente concebir una perturbación de la circulación pública cometida en dominio privado; por ejemplo, un camino que pertenece a

57 Schwander Vital, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, Zürich, 1964, p. 445, Logoz, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse. Partie spéciale*, cit., t. II, p. 479; Thormann/ Von Overbeck, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, cit., t. II, p. 287; Karmann, J., *Störung des öffentlichen Verkehrs*, cit., p. 203; Clerc, F., *Introduction à l'étude du Code pénal suisse. Partie spéciale*, Lausanne, 1945, t. II, p. 134.

58 Código uruguayo, artículo 216: "El que de cualquier manera, fuera del caso previsto en el artículo Anterio, ejecutara hechos que pusieren en peligro la seguridad o la regularidad de los transportes público, por el aire o por el agua".

59 Cf. Deustua, "Delitos contra las comunicaciones públicas", cit., p. 84.

particulares y que está gravado de una servidumbre de paso en provecho de toda persona que toma ese camino"[60]. Zürcher afirma que debe, igualmente, considerarse aquellos lugares destinados a la distracción y otras manifestaciones públicas (estadios, terrenos de exposición, etc.), durante el tiempo que son abiertos a la circulación pública[61].

Esta concepción amplia de "vías públicas" aceptada por los juristas suizos, se justifica por el hecho de que en los textos alemán e italiano del Código Penal suizo se emplea en lugar de la expresión "*voies publiques*" (vías públicas) los términos "*auf der Strasse*" y "*sulle strade*", que se refieren más a toda vía terrestre.

d) Elemento subjetivo

Los modos como puede realizarse esta infracción son definidos de manera amplia. Se puede impedir o perturbar la circulación, por ejemplo, dañando la vía misma de comunicación (carretera, pista de aterrizaje, canal, etc.) o los medios de transporte (auto, ascensor, avión, barco, etc.). Se impide o perturba, igualmente, la circulación poniendo obstáculos (tirar piedras sobre la pista, manejar a velocidad excesiva, suprimir o destruir las señales necesarias para la circulación en las calles, pistas de aeródromos, ríos, etc.). No basta crear una situación de peligro capaz de dar lugar a un riesgo de accidente, es indispensable que el acto del autor al menor perturbe la circulación pública. Diferente es el caso del Código Penal suizo que en su artículo 237 prevé, además de impedir o perturbar, la puesta en peligro de la circulación pública. El artículo 203 del Proyecto suizo de 1918, que sirvió de modelo a nuestro legislador, no consideraba tampoco esta circunstancia.

La acción delictuosa puede ser comisiva u omisiva. Los ejemplos, que hemos dado en el párrafo anterior son casos todos comisivos. A la segunda clase pertenece, por ejemplo, el abandonar un vehículo en una carretera oscura sin prender las luces de peligro.

El impedir o perturbar la circulación pública no basta para castigar al autor, es necesario que, mediante tal acción, este haya puesto (a sabiendas) el peligro la vida o la salud de las personas. Se trata de un peligro la vida o la salud de las personas. Se trata de un peligro concreto[62]. No se trata de un delito de estrago

60 Clerc, F., *Introduction à l'étude du Code pénal suisse. Partie spéciale*, cit., t. II, p. 134.

61 Zürcher, Emil, *Exposé des motifs de l'Avant-projet d'avril 1908*, cit., p. 293.

62 Ver *supra* 1.a.b).c).

como lo concebía el artículo 494 del Proyecto peruano de 1877, ya que la producción de un grave accidente o desastre no es un elemento constitutivo del tipo legal del artículo 268. Es suficiente la creación de una situación de peligro para la vida o la salud de las personas, que se da, precisamente ocasionando un riesgo de grave accidente.

El peligro concreto puede referirse a una sola persona, no se requiere la presencia de un peligro concreto común[63]. El peligro común abstracto no es suficiente. La doctrina y la jurisprudencia del Tribunal federal suizo, que aplican una disposición idéntica a la nuestra, son de la misma opinión.

Algunos tribunales cantonales y juristas consideran que, además del peligro concreto individual, debe existir un peligro común latente.

El mismo Tribunal federal considera, igualmente, que si el conductor pone peligro a una persona que lo acompaña en su vehículo, no será castigado si, además, no impide o perturba la circulación pública. El profesor V. Schwander se opone a esta concepción y afirma que es de aplicación el artículo 237 del Código Penal suizo, porque dicho vehículo y su conductor se encuentran también en la circulación pública.

El autor debe haber dolosamente impedido o perturbado la circulación pública y puesto, "a sabiendas", en peligro la vida o la salud de las personas. La expresión "a sabiendas" elimina la admisión del dolo eventual en relación a la puesta en peligro.

Conforme al párrafo tercero de la disposición que comentamos, la comisión culposa de esta infracción es, igualmente, reprimida.

Los elementos objetivos de la infracción son los mismos que los de la forma dolosa. El agente debe haber impedido o perturbado la circulación pública y puesto en peligro la vida o la salud de las personas. Pero, no exige que el autor haya sabido que creaba una situación de peligro, ignorancia que debe imputársele, igualmente, a título de culpa[64].

e) Pena

Quien comete este delito intencionalmente será castigado con prisión no mayor de dos años.

---

63 Cf. SCHWANDER, Vital, *Das schweizerische Strafgesetzbuch,* cit., p. 445; LOGOZ, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse. Partie spéciale,* cit., t. II., p. 479; THORMANN/VON OVERBECK, *Das schweizerische Strafgesetzbuch,* cit., t. II, p. 288.

64 LOGOZ, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse. Partie spéciale,* cit., t. II, p. 480.

Constituye circunstancia agravante si el autor ha puesto, a sabiendas, en peligro la vida o la salud de un gran número de personas. En este caso la pena será de penitenciaría no mayor de diez años o prisión no menor de seis meses. Si el agente obró culposamente será castigado con prisión o multa de la renta de 3 a 30 días.

f) Artículos 53 a 58 del Reglamento general de tránsito

El Decreto Supremo N.º 1-DGT-DG5 del 11 de enero de 1965 que modifica los capítulos IV y V del Reglamento general de tránsito, contiene una disposición de carácter general que estatuye:

> "Toda persona que, osada o negligentemente, conduzca un vehículo de tal manera que ponga en peligro su vida o pueda poner en peligro la salud, vida o propiedad de otros, será considerado culpable de imprudencia temeraria".

Esta disposición tiene como antecedente el inciso a del artículo 58 del Reglamento general de tránsito. El concepto de "imprudencia temeraria" proviene del derecho penal español y su inexactitud ha sido reiteradamente subrayada por Jiménez de Asúa, quien opinó fuera suprimida del artículo 565 del Código Penal español. Esta arcaica noción de "imprudencia temeraria" constituye un cuerpo extraño dentro de nuestro ordenamiento jurídico-penal.

Nuestro Código Penal, en su artículo 82, distingue únicamente entre culpa consciente e inconsciente.

Un estudio profundizado de esta disposición deberá incidir, particularmente, en la interpretación de peligro que debe crear el autor. Respecto a esto último, parece que el legislador exige que el conductor del vehículo produzca un "peligro concreto" para su vida, pero considera suficiente un "peligro presunto" respecto a la salud, vida o propiedad de otros ("pueda poner en peligro")[65].

El artículo 54 del Reglamento general de tránsito (nueva redacción) contiene una lista de casos que constituyen "imprudencia temeraria". Esta lista no

65 Sobre la noción de imprudencia temeraria, ver: JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, Bs. As., 1955, t. V, pp. 987 y ss.; QUINTANO RIPPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, Madrid, 1967, t. IV, pp. 509 y ss.; JUAN DEL ROSAL, "Meditación crítica sobre la modificación de los delitos contra la circulación", en *Revista de Ciencias Penales*, Chile, 1968, p. 3. A 34.

tiene un carácter exhaustivo. Por el contrario, es de índole puramente ejemplificadora debido a la norma de carácter general prevista en el artículo 53.

La sanción que debe aplicarse a los autores de estas infracciones es, de acuerdo al artículo 55 del Reglamento general de tránsito, la suspensión del brevete por un término no menor de treinta días, si es primario el autor; de año, si es por segunda vez que comete una de las infracciones; y la cancelación permanente en caso de "reincidencia". Para el efecto deberá considerarse solo la nueva infracción cometida dentro de los 12 meses de realizada la anterior infracción (artículo 56 RGT). La cancelación del brevete procede, igualmente, si el autor ha sido declarado, en el fuero respectivo, responsable de un accidente de tránsito de cuya consecuencia resultara alguna persona muerta o lesiones que produzcan incapacidad permanente (artículo 58 RGT). Esta misma sanción se impondrá a quien condujese o en alguna forma se haga cargo de un vehículo o tranvía encontrándose bajo la influencia del alcohol o de narcóticos (artículo 57 RGT).

Según Manuel G. Abastos, estos casos son considerados, equivocadamente, veniales y no deberían figurar como contravenciones en leyes especiales o simples reglamentos. "Sancionar estos hechos culposos de peligro, dice el maestro sanmarquino, con penas más severas, o sea con aquellas que corresponden a verdaderos y propios delitos sería, sin duda, un medio de prevenirlos mucho más eficaz que los medios represivos que pone en juego el Reglamento general de tránsito"[66].

Por estas razones, Abastos considera necesario incorporar dentro de la Sección séptima Título II, de nuestro Código Penal, el delito de "conducción peligrosa de autovehículos". El propone el texto siguiente:

> "Será reprimido con prisión no mayor de seis meses el conductor de un vehículo de motor que, por inobservancia de las normas administrativas de tránsito, hiciera surgir en las vías públicas, con la propia acción u omisión culposa, un peligro para la vida o la integridad física de las personas".
>
> "A la pena de prisión se agregará multa de la renta de diez a sesenta días si el conductor fuera hallado en el vehículo en estado de intoxicación alcohólica o bajo el influjo de estupefacientes".
>
> "El juez podrá suspender el permiso para conducir o retirarlo definitivamente según el grado de peligrosidad del conductor"[67].

66 Abastos, Manuel, "Prevención y represión de los delitos de tránsito", en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Año XVI, N.os I-II-III, Lima, 1952, p. 337.

67 Abastos, "Prevención y represión de los delitos de tránsito", cit., p. 238.

La manera amplia como hemos interpretado el artículo 268 de nuestro Código, en lo que concierne a los modos en que puede ser ejecutado el acto delictuoso de impedir o perturbar la circulación pública, nos permite afirmar que los comportamientos enunciados en los artículos 53 y 54 del Reglamento general de tránsito pueden crear la situación de peligro para la vida y la salud de las personas (exigida por el artículo 268) por ser, justamente, idóneos para perturbar la circulación pública. Es decir, si, por ejemplo, quien conduce consciente y voluntariamente "contra el sentido de circulación autorizado" (artículo 54, inciso F, RGT), a sabiendas de que crea un peligro para la vida o la salud de las personas, será castigado de acuerdo al párrafo primero del artículo 268. Es de aplicación el párrafo tercero de esta disposición, si el autor ha obrado culposamente.

La disposición propuesta por Abastos dejaría en vigor el artículo 268, párrafo tercero de nuestro Código, que no se aplicaría al caso especial, en que el conductor de un vehículo de motor, por inobservancia de las normas administrativas de tránsito, hace surgir en las vías públicas, con su propia acción u omisión culposa, un peligro para la vida o integridad física de las personas.

Teniendo en cuenta que el artículo 268 de nuestro Código es una traducción literal del artículo 203 del Proyecto suizo de 1918, que devino con algunas modificaciones el artículo 237 del vigente Código Penal suizo, consideramos importante conocer cómo ha evolucionado la legislación de tránsito en ese país.

El legislador suizo, preocupado por el constante aumento de los delitos de tránsito y considerando que el artículo 237 de su Código Penal limita demasiado al exigir la producción de una situación de peligro concreto - la represión penal en este dominio, dictó una nueva ley en diciembre de 1958 (*Loi de la circulation routière*).

El artículo 90 de esta ley dice:

> "1. Quien hubiere infringido las reglas de circulación fijadas por la presente ley o por las disposiciones de ejecución dictadas por el Consejo Federal, será castigado con la pena de arresto o de multa". 2. Quien, por violación grave de una regla de circulación, hubiere creado un serio peligro para la seguridad de otro o la posibilidad de este peligro (*aura créé un sérieux danger pour la sécurité d'autrui ou en aura pris le risque*) será castigado con la pena de prisión o de multa".
>
> "En los casos de este género, el artículo 237 del Código Penal no es aplicable".

Los artículos 91, 92, 93, 95 y 96 reprimen la conducción de vehículos en estado de ebriedad, los atentados contra el estado de seguridad de los vehículos,

la circulación sin permiso de conducir y sin permiso de circulación, respectivamente[68].

c. Impedir o perturbar el servicio de ferrocarriles (artículo 269)

a) Fuente legal

Esta disposición tiene como fuente de inspiración el artículo 204 del Proyecto suizo de 1918, que ya figuraba en los anteproyectos anteriores.

b) Bien jurídico

En relación al artículo 268, esta disposición es una norma especial. El legislador ha previsto en ella un caso particular de impedir o perturbar la circulación pública. El auge alcanzado por este medio de transporte terrestre –hizo pensar en un momento que no podría ser superado– explica el porqué nuestros proyectos de 1877 y 1916 contenían en particular disposiciones protectoras de este servicio (ver *supra* 2.a.a)).

La vida y la salud de las personas y la propiedad ajena son bienes mediatamente protegidos por esta disposición. Ángel G. Cornejo estima, por el contrario, que son estos bienes los directamente protegidos por este artículo[69].

c) Elemento material

i. "Servicio"

La expresión "servicio" no puede tener la misma significación que el término "explotación" empleado por nuestro legislador en el artículo 270[70]. Por

68 Ver Schultz Hans, *Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über den Strassenverkehr*, Berna, 1964; del mismo autor: "A propos de l'article 90 ch. 2 de la Loi de la circulation routière", en *Journal des Tribunaux*, IV Droit pénal, Lausanne, 1964, p. 98; Guignard Jean-Pierre, "La répression pénale en matière de circulation routière", en *Journal des Tribunaux*, IV Droit pénal, 1965, p. 66; del mismo autor. "La violation grave des règles de la circulation", en *Journal des Tribunaux IV Droit pénal* 1965, p. 66; Del mismo autor: "La violation grave des règles de la circulation", en *Journal des Tribunaux IV Droit pénal*, 1970, p. 34; Schwander, Vital, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, cit., p. 447.

69 Cornejo, Angel, *Derecho penal especial*, Lima, t. I, p. 238.

70 Deustua, "Delitos contra las comunicaciones públicas", cit., p. 84; Cornejo, Angel G., *Derecho penal especial*, cit., t. I., p. 238.

"servicio" debe comprenderse, en primer lugar, todas las operaciones técnicas del transporte –de personas o de cosas– que son propias a los ferrocarriles; pero también, toda actividad técnica que prepara y hace posible ese transporte (cargar y descargar, por ejemplo); y, por último, los medios utilizados para el transporte (vagones, locomotoras, instalaciones telegráficas o telefónicas del ferrocarril, rieles, señales, etc.)[71]. F. Clerc dice, breve y correctamente, que esta noción "comprende no solo el transporte mediante los vehículos, sino igualmente el funcionamiento de todos los aparatos destinados a asegurar la seguridad del transporte"[72].

ii. Ferrocarril

En la doctrina penal extranjera se dan algunas discrepancias en torno a lo que debe ser considerado como ferrocarril. En la segunda comisión de expertos suizos encargada de revisar el Anteproyecto de 1908, A. Gautier afirmaba que "es necesario dar a este término su significación más amplia. Todo vehículo circulando sobre rieles (tranvías, grandes ferrocarriles, vías secundarias o anexas, etc.) no tiene importancia para la definición, con la excepción, de que si la tracción se hace mediante fuerza muscular de animales o personas, no se debe hablar de ferrocarril, aun cuando el vehículo se desplace sobre rieles"[73]. "Además de la vía y del material rodante –continúa diciendo Gautier–, el ferrocarril comprende todas las instalaciones anexas, señales, telégrafos y teléfonos que sirven al ferrocarril propiamente dicho". Esta concepción ha sido admitida, por ejemplo, por la jurisprudencia suiza, criticada sin embargo por F. Clerc quien estima que los tranvías no deben estar comprendidos en la noción[74]. Entre nosotros no existe problema, por cuanto ya no existe este tipo de transporte.

71 Cf. Logoz, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse. Partie spéciale,* cit., t. II, p. 483; Hafter Ernest, *Lehrbuch des Strafrechts. Besonderer Teil,* cit., t. II, p. 530, Zürcher, E., *Exposé des motifs de l'avant-projet d'avril 1908,* cit., p. 295; Gautier, A., *Procès-verbaux de la 2ème commission d'experts,* t. IV, p. 156; Delaquis, E., *Bemerkungen zu den gemeingefährlichen Verbrechen und Vergehen des Schweiz,* cit., p. 121.

72 Clerc, F., *Introduction à l'étude du Code pénal suisse. Partie spéciale, II,* cit., t. II, p. 137.

73 Gautier, A., *Procès-verbaux de la 2ème Commission d'experts,* cit., t. IV, p. 156; cf. Thormann-Von Overbeck, *Das Schweizerische Strafgesetzbuch,* cit., t. II, p. 290; Zürcher E., *Exposé des motifs de l'avant-projet d'avril 1908,* cit., p. 301; Manzini Vincenzo, *Trattato di Diritto Penale italiano,* Torino, 1946, vol. IV,pp. 266 y 267.

74 Clerc, F., *Introduction à l'étude du Code pénal suisse. Partie spéciale,* cit., t. II.

iii. Acción y peligro

Los verbos típicos de esta disposición indican que el autor debe impedir o perturbar los servicios de ferrocarriles, y poner de esta manera en peligro la vida o la salud de las personas o la propiedad de otro.

La acción del autor puede ser comisiva u omisiva. En el primer caso, el agente destruye o deteriora los rieles, las instalaciones técnicas o los vehículos o pone obstáculos en las vías; en el segundo, no realiza un cambio de agujas o no da una señal.

El peligro creado por el autor debe ser concreto, es decir que, conforme al curso ordinario de las cosas, pueda producirse, efectivamente, el daño temido[75].

A diferencia del artículo precedente, basta que el acto del agente haya puesto en peligro la propiedad ajena.

Cuando nuestro legislador se refiere al riesgo de un descarrilamiento o de una colisión, no hace sino señalar, a manera de ejemplos, en qué puede consistir la puesta en peligro considerada como elemento constitutivo del tipo legal.

d) Elemento subjetivo

El agente debe haber actuado dolosamente, es decir, con voluntad y consciencia de impedir o perturbar los servicios de ferrocarril. Además, él debe, a sabiendas, haber puesto en peligro la vida o a salud de las personas o la propiedad de otro. De no darse esta condición, cabría preguntar sino es de aplicación el artículo 271.

El párrafo segundo de la norma legal que comentamos, contiene la forma culposa de este delito.

En la práctica, esta es la manera más frecuente de cometer esta infracción.

e) Pena

Quien comete dolosamente esta infracción será reprimido con penitenciaría no menor de dos años o prisión no menor de 6 meses ni mayor de dos años.

El poder de apreciación dejado al juez es bastante amplio. Esto ha hecho innecesario considerar como lo hace el pf. 2 del artículo 269 a título de agra-

75 Ver *supra* 1.a.b).c).

vante la puesta en peligro de la vida o la salud de un gran número de personas. En definitiva la gravedad de la pena será determinada en concordancia con lo previsto en el artículo 51 del código.

Quien actúa culposamente será reprimido con la pena de prisión no menor de seis meses ni mayor de dos años.

d. Interrumpir o perturbar la comunicación telegráfica o telefónica (artículo 270, pf. 1)

a) Fuente legal

El primer párrafo de esta disposición parece provenir del artículo 197 del Código Penal argentino de 1921 (Primera parte) que estatuye: "Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que interrumpiere o entorpeciere la comunicación telegráfica o telefónica". Este artículo se inspiraba, a su vez, en el Código italiano de 1889 (artículo 315) y en el Código uruguayo (artículo 266).

El anteproyecto suizo de 1908 en su artículo 162 estatuía que "quien hubiere interrumpido, perturbado o comprometido el servicio telegráfico o telefónico, será castigado con prisión". Esta disposición fue completamente modificada por la segunda comisión de expertos a propuesta de Huber, con el fin de proteger también otros servicios indispensables a la comunidad. El texto modificado sirvió de modelo al legislador peruano para elaborar el artículo 271.

b) Bien jurídico protegido

Debe reconocerse, igualmente, que es la seguridad pública el bien protegido, en primer lugar, por esta disposición. El desarrollo y la difusión alcanzados por estos medios de comunicación, los convierte en condiciones necesarias para la vida comunitaria; su protección penal es pues indispensable.

c) Elemento material

El autor debe haber interrumpido o perturbado la comunicación telegráfica o telefónica.

i. Comunicación telegráfica o telefónica

Se debe comprender por "la comunicación telegráfica o telefónica" el servicio de telégrafos y teléfonos, su correcto funcionamiento y su permanencia a disposición del gran número de personas que los utilizan para sus diversos intereses[76]; "de manera que no existe tal delito mientras no se ha producido una interrupción o un entorpecimiento del servicio mismo. La destrucción de un aparato no indispensable para la subsistencia del servicio, aunque se trate de un aparato de la Central, no alcanza a configurar el delito.

A fortiori no es suficiente la interrupción singular de un teléfono"[77].

ii. Peligro

Estando incorporada en la Sección contra la seguridad pública, se debe considerar respecto a esta infracción, igualmente, la puesta en peligro que caracteriza a este grupo de infracciones. No habiéndose incorporado esta situación de peligro en el tipo legal, debemos concluir –siguiendo el criterio que anteriormente hemos establecido– que se trata de un peligro abstracto. Sin embargo, debemos admitir con Soler que "más que discutible es que el presente hecho constituya un peligro para la seguridad pública, toda vez que tiene protección especial el telégrafo y el teléfono ferroviarios". Sin embargo, este mismo jurista afirma que "dado el desenvolvimiento y la importancia adquirida por este medio, no resulta difícil advertir cuáles son modernamente los peligros que pueden haberse tomado en cuenta como suscitados por efecto de la interrupción de las comunicaciones. Cuando tal hecho adquiere ciertos caracteres de generalidad, pueden de ello derivarse daños de las más variada naturaleza"[78].

Teniendo en cuenta este problema, se debe interpretar restrictivamente esta disposición. Todo acto que no reúna la amplitud y gravedad indicadas por Soler (ver *supra* 2.d.c).i), debe quedar fuera del alcance de esta disposición. Ellos podrían ser castigados de acuerdo a la legislación complementaria de telégrafos.

No distingue esta disposición el carácter privado o público de los medios que sirven para este servicio de comunicaciones. Por el contrario, el artículo 271 menciona explícitamente las empresas públicas destinadas a telégrafos o

76 Deustua, "Delitos contra las comunicaciones públicas", cit., p. 87.

77 Soler, *Derecho penal argentino*, cit., t. IV, p. 493.

78 Soler, *Derecho penal argentino*, cit., t. IV, p. 493.

teléfonos, (ver *infra* 2.f.b)). Si se comprendiese por "comunicación telegráfica o telefónica" solo el servicio prestado por empresas públicas, deberíamos afirmar la inutilidad del pf. 2 del artículo 270; ya que impedir o perturbar la comunicación telegráfica o telefónica implica impedir o perturbar la explotación de la empresa destinada a las comunicaciones por telégrafo o teléfono. Esta manera de ver es facilitada por el hecho de que el legislador ha previsto la misma pena para las dos infracciones (prisión no mayor de dos años).

d) Elemento subjetivo

El agente debe haber actuado dolosamente; basta el dolo eventual. La comisión culposa de esta delito es igualmente penada (pf. 3 del artículo 270).

e) Pena

El autor que obra con conciencia y voluntad será reprimido con prisión no mayor de dos años.

Si se hace con culpa, la pena será de prisión o de multa de la renta de tres a treinta días.

e. Interrumpir o perturbar la comunicación telegráfica o telefónica destinada al servicio de un ferrocarril (artículo 270, pf.2)

a) Fuente legal

Para la redacción de esta disposición, parece que el legislador se ha inspirado en el artículo 192 del Código Penal argentino de 1921 y en el artículo 203 del Proyecto suizo de 1918. Del primero, procede esta clase de agravante y del segundo, la redacción y la referencia a los bienes puestos en peligro. A esto último se debe la de este párrafo con el pf. 1 del artículo 269.

b) Elemento material

El autor debe haber interrumpido o perturbado la comunicación telegráfica o telefónica destinada al servicio de un ferrocarril. Mediante uno de estos hechos, el agente debe poner en peligro a sabiendas la vida o la salud de las

personas o la propiedad de otro, especialmente por el riesgo de un descarrilamiento o de una colisión.

En buena cuenta, los elementos de hecho son los mismos que los indicados para la infracción prevista en el artículo 269. Puesto que el impedir o perturbar la comunicación, que crea tal situación de peligro, implica la perturbación o impedimento del servicio de ferrocarriles.

Al comentar esta disposición (ver *supra* 2.c.c).i), hemos afirmado que por "servicio" debe comprenderse también los medios necesarios para el transporte, entre ellos las instalaciones telegráficas o telefónicas del ferrocarril, y que la comisión del delito puede consistir, precisamente, en destruir tales instalaciones por ejemplo. La sola justificación que puede existir para prever esta disposición separadamente, es que el artículo 269 se refiere solo a los servicios de teléfonos y telégrafos propios al ferrocarril, y el pf. 2 del artículo 270, se refiere a las demás comunicaciones telegráficas o telefónicas que se haga por otras líneas. De no ser posible esta distinción, debe afirmarse que el Código ganaría en economía si se hace desaparecer el pf. 2 del artículo 270. Esto lo permite, también, el hecho de que el legislador haya establecido la misma pena para ambas infracciones.

En lo referente al peligro ver *supra* 1.a.b).c).

c) Elemento subjetivo

Tanto la forma dolosa como la culposa han sido previstas por el legislador.

d) Pena

Si el agente obró con dolo, será reprimido con penitenciaría no menor de dos años o prisión no menor de seis meses ni mayor de dos años.

En caso de haber actuado culposamente, la pena será de prisión o multa de la renta de tres a treinta días.

f. Impedir o perturbar la explotación de una empresa pública (artículo 271)

a) Fuente legal

Esta disposición es una trascripción literal del artículo 205 del Proyecto suizo de 1918. No figuraba en los anteproyectos anteriores (ver *supra* 2.a.a.)).

b) Elemento material

i. Acciones

El legislador tipifica dos clases de comportamiento. En la primera parte del pf. 1 se refiere: al impedir o perturbar la explotación de una empresa pública destinada a las comunicaciones; en la segunda parte, trata del impedir o perturbar la explotación de un establecimiento o de una instalación destinada a distribuir al público el agua, la luz, la fuerza o el calor.

En ambos casos los verbos típicos son los mismos. Estos han sido, igualmente, utilizados al configurar los otros actos delictuosos que atentan contra las comunicaciones públicas (artículo 268 a 270). De acuerdo a los comentarios hechos en torno a los artículos anteriores, podemos afirmar que "perturbar la explotación "es obstaculizar, hacer difícil el normal desenvolvimiento de esta actividad, mientras "que impedir la explotación" es paralizar, hacer imposible esta actividad.

ii. Explotación

Al comentar el artículo 269, afirmamos que los términos "servicio" y "explotación" no tienen la misma significación. Mientras que "servicio" es una noción puramente técnica (ver *supra* 2.c.c).i), la "explotación" es una noción más basta, comprende todo lo referente a la organización y al funcionamiento de este servicio desde un punto de vista no solo técnico, sino también administrativo y comercial[79].

Nuestro legislador se refiere, en la primera parte del artículo que comentamos, a las empresas públicas destinadas a las comunicaciones; a pesar de que en la época en que se redactaba el Código tales empresas tenían un carácter privado.

Esto se explica porque nuestro legislador transcribió mecánicamente el artículo 205 del proyecto suizo de 1918; elaborado en un país en que tales empresas se encuentran un manos del Estado o explotadas por el sistema de regalías. Los juristas suizos al comentar el artículo 239 de su Código Penal (copia del artículo 205 del Proyecto suizo de 1918), afirman que debe tratarse de una empresa pública –es decir, de una empresa del Estado o de un monopolio "*régalien exploité*

79 Germann, O. A., *Schweizerisches Strafgesetzbuch mit kurzen Erläuterungen*, Zürich, 1966, p. 369; Logoz, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse. Partie spéciale*, cit., t. II, p. 487.

par exemple en régie"– que asegure, en provecho del público, el transporte de personas o de bienes, o de las comunicaciones[80].

Nosotros no podemos aceptar esta interpretación, ya que dejaríamos sin protección gran número de empresas privadas destinadas, precisamente, a las comunicaciones públicas. Debe considerarse únicamente que esas empresas "se encuentran al servicio de la colectividad proporcionándole sus diferentes servicios"[81].

El legislador enumera, a manera de ejemplos, las empresas de ferrocarriles, correos, telégrafos o teléfonos; pero puede tratarse, igualmente, de empresas de navegación, de aviación o de radiodifusión y televisión.

Respecto a la segunda parte del pf. 1 de esta disposición, no se presenta este problema; puesto que el legislador no hace referencia al carácter público del establecimiento o de la instalación destinada a distribuir al público el agua, la luz, la fuerza o el calor.

La explotación de estas empresas que prestan un servicio de interés general, puede ser impedida o perturbada de innúmeras maneras. El legislador ha hecho bien en no recurrir a una fórmula casuística. La actividad del autor puede consistir en dañar o causar defectos en las instalaciones necesarias para el norma funcionamiento de la explotación, o en actos dirigidos contra el personal de la empresa. Cabría preguntarse, si la huelga o los actos de sabotaje del personal de una empresa son comprendidos en esta disposición. En estos casos es necesario tener en cuenta el "derecho de huelga" de que gozan los trabajadores para defender sus reivindicaciones generales[82].

iii. Peligro

El legislador no ha previsto como elemento del tipo legal que el agente, por su comportamiento, haya puesto en peligro concreto la vida o la salud de las personas o la propiedad de un tercero. Él ha considerado, más bien, la creación de un peligro común presunto (abstracto), que justifica, precisamente, el lugar que ocupa esta infracción junto a los demás delitos de peligro común. Es fácil imaginar los riesgos que crearía para la seguridad pública, en una ciudad moderna, la falta de agua potable, de electricidad o una seria perturbación en los servicios de telégrafos o de teléfonos.

---

80 Logoz, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse. Partie spéciale,* cit., t. II., p. 488.

81 Deustua, "Delitos contra las comunicaciones públicas", cit., p. 89.

82 Ver: Angulo Jorge, M., *Manual de legislación del trabajo y previsión social,* Trujillo, 1969, pp. 395 y s.

Es necesario considerar si los actos descritos en esta disposición, configuran ya los otros delitos contra las comunicaciones públicas. Por ejemplo, el perturbar la explotación de una instalación que conduce corriente eléctrica a un servicio de ferrocarriles, puede constituir una perturbación del servicio de ferrocarriles, si el autor sabía que ponía en peligro la vida o la salud de las personas o los bienes de otro (artículo 269). No se puede hablar en estos casos de un concurso ideal de delitos sino de un concurso aparente de leyes, que será solucionado mediante el principio de la subsidiaridad.

Sobre las relaciones de esta disposición con el pf. 1 del artículo 270, (ver *supra* 2.b.c).ii).

c) Elemento subjetivo

El pf. 1 de esta disposición trata de la forma intencional. El agente debe haber impedido o perturbado, consciente y voluntariamente, la explotación de una empresa destinada a las comunicaciones de un establecimiento o de una instalación destinada a distribuir al público el agua o la luz, la fuerza o el calor (los establecimientos o instalaciones destinados a distribuir el calor a la colectividad no existen en nuestro país. El artículo que comentamos hace referencia a estos por ser una copia literal del artículo 205 del proyecto suizo de 1918).

Ángel G. Cornejo estima que "entra pues en esta infracción el designo de una daño especial, como integrante esencial de ese elemento psíquico; el designio mira, no al resultado material, que sirve aquí de medio, sino al efecto indirecto de la acción, o sea el resultado mediato, el daño económico, en que radica la esencia de la explotación"[83]. Esta opinión no se fundamenta en el texto de la disposición que comentamos. Exigir del autor el designio de causar un daño económico especial significaría agregar al tipo penal un elemento que nuestro legislador no ha tenido en consideración. No se puede negar, sin embargo, que el autor mediante su comportamiento ocasiona un perjuicio económico a la empresa cuya explotación impide o perturba[84].

En el pf. 2 de los artículos objeto de nuestro comentario, nuestro legislador ha previsto la forma culposa de esta infracción. El autor habría, por ejemplo, omitido negligentemente tomar ciertas medidas de precaución o de seguridad.

83 Cornejo, Ángel G., *Derecho penal especial,* cit., t. II, p. 240.

84 Deustua, "Delitos contra las comunicaciones públicas", cit., p. 89.

d) Pena

La comisión dolosa de la infracción es castigada con pena de prisión no mayor de dos años. La pena será de prisión o multa de la renta de tres a treinta días si el autor actuó culposamente.

Lima, 14 de mayo de 1973.

§ 18
EL DELITO DE TERRORISMO

I
Terrorismo*

Sumario: 1. Terrorismo y derecho penal. a. Introducción. b. Confusión legislativa. c. Finalidad terrorista. 2. Génesis del Decreto Legislativo N° 046. a. Introducción. b. Legislación sobre seguridad interior de la República. a) Decreto Ley N.° 11049. b) Ley N.° 12654. c) Ley N.° 15590. d) Decreto Ley N.° 19049. e) Decreto Ley N.° 19910. c. Proyectos de ley antiterrorista. a) Proyecto N.° 150-80/S del Senador Alva Orlandini y otros sobre delito de traición a la patria. b) Dictamen de la Comisión de Justicia. c) Proyecto de José María de la Jara y Ureta. d) Proyecto de ley de José Hurtado Pozo. e) Proyecto de ley de Luis Roy Freyre. f) Decreto Legislativo N.° 046.

---

* Los textos referidos al terrorismo, modificados en su presentación y, en parte, también en cuanto al fondo, formaron parte de un proyecto de investigación que no culminó con la publicación de sus resultados. Fueron salvados de desaparecer mediante la publicación de una versión titulada Materiales para una historia de la legislación sobre terrorismo en el Perú. Versión en línea: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20080609_06.pdf. Las referencias bibliográficas se indican respecto a las partes publicadas en periódicos o revistas.

1. Terrorismo y derecho penal**

a. Introducción

Piedra angular del derecho penal liberal es el principio de la legalidad. Este supone, hoy en día, tanto una limitación de la potestad del Estado para calificar las acciones delictivas, como una garantía de los derechos fundamentales de la persona. La nueva Constitución artículo 20, inciso d), reitera este último aspecto; pero, no recoge la exigencia moderna, referente a que no se declare delictiva la acción cuando sea innecesario hacerlo conforme a las condiciones sociales y a las necesidades prácticas del control social.

El derecho penal orienta el comportamiento de las personas protegiendo los bienes jurídicos fundamentales; constituye el último medio al que ha de recurrir el Estado, debido a que su intervención comporta la restricción o privación de derechos esenciales de la persona; y, por último, su eficacia reside en el empleo de penas proporcionadas y de medidas de tratamiento y de reeducación.

La nueva Constitución contiene un catálogo excelente de los derechos individuales y sociales. Así, proporciona el marco adecuado para la elaboración de una correcta política criminal, pues señala los bienes que deben ser jurídicamente protegidos y dentro de qué límites.

El carácter objetivo del bien jurídico ha permitido, también, que se le utilice como elemento rector para la elaboración de las disposiciones penales que describen las acciones delictuosas y fijan las penas. La importancia del bien jurídico y la índole del ataque determinan la magnitud de la sanción. El respeto a este criterio no solo significa una ventaja de técnica legislativa, sino sobre todo la fidelidad al principio de legalidad. De modo que no se respeta este, cuando se declara que constituye delito todo acto que atente contra la sociedad. Es necesario que se describan, en la medida de lo posible, cada uno de los delitos de manera expresa e inequívoca. Tampoco se cumple este requisito cuando se da un nombre a la infracción descrita de manera tan vaga.

En este error se incurre cuando se declara que constituye delito de traición a la patria la destrucción intencional total o parcial, de los caminos, puentes, represas, edificios públicos, documentos, vehículos, equipos e implementas de los periódicos, etc. Enumeración que es completada diciendo "y, en general, todo acto de sabotaje en contra del patrimonio de la República".

** Publicado en diario *Expreso*, Lima, 30 de octubre de 1980.

b. Confusión legislativa

Las expresiones traición a la patria y sabotaje son desnaturalizadas al empleárselas para identificar la acción que se reprime: la destrucción intencional, total o parcial, de los diversos bienes que se señalan. La confusión aumenta cuando se tiene en cuenta que la técnica legislativa utilizada derecurrir, primero, a una fórmula casuística y, luego, a una fórmula general, comporta considerar los casos enumerados como ejemplos de la acción señalada en la fórmula general, es decir, en el caso analizado del acto de sabotaje fórmula general; es decir, en el caso analizado del acto de sabotaje en contra del patrimonio de la República.

Patrimonio de la República puede ser entendido en el sentido de patrimonio del Estado, también de patrimonio de las entidades paraestatales y por último de manera general, como patrimonio de la Nación (público y privado). Si solo se le diese el primer significado, muchas acciones quedarían fuera de los alcances de la ley proyectada, pues el Estado peruano no es propietario de todos los bienes enumerados. Por ejemplo, los periódicos, revistas, canales de televisión. En caso de dársele la última acepción, significaría elevar a la condición de crimen capital y extremadamente grave el simple delito de daños, comprendido entre los delitos contra el patrimonio y reprimido actualmente con la pena de prisión no mayor de dos años o multa de la renta de tres a noventa días. De acuerdo con la disposición comentada, sería sancionada con internamiento, por ejemplo, la destrucción parcial de un expediente judicial. Fuera de ser un poco exagerado mandar al destructor al Sepa por no menos de veinticinco años, desnaturaliza el delito contra le fe pública previsto en el artículo 366 del Código Penal, que reprime a quien suprime o destruye en todo o parte un documento, de modo que pueda resultar perjuicio para otro. Esto no es, además, sino un ejemplo de todas las normas que serían alteradas por disposición tan general.

c. Finalidad terrorista

El terrorismo es un fenómeno de graves repercusiones en la actualidad; sobre todo, por la naturaleza de los medios utilizados, por la vulnerabilidad de los bienes dañados y por el fin político con que es utilizado. Es un fenómeno nacional o internacional, que debe ser combatido. Pero no creemos que el medio escogido sea el idóneo, política y jurídicamente. Con facilidad se olvidan principios fundamentales del derecho penal liberal, para enfrentar las formas graves de delincuencia.

Esto produce más daño que beneficio. Así, se facilita el éxito buscado por los propios terroristas, consistente, según el terrorista alemán Baader, en "golpear en los dedos, hasta que se vean obligados a transformar en situación militar la situación política".

2. Génesis del Decreto Legislativo N.º 046

a. Introducción

El derecho penal ha sido siempre utilizado para combatir fenómenos sociales que son el producto de las concretas condiciones económicas, políticas e ideológicas. El aspecto común a este procedimiento, en las diversas etapas históricas que se han presentado, es la severidad de la represión. La misma que se justifica como necesaria para eliminar o excluir a los responsables calificados de enemigos de la sociedad. Así, han procedido tanto gobiernos de facto dictatoriales como gobiernos parlamentarios y calificados de democráticos.

De manera más o menos burda o sofisticada se constituyó una legislación penal de emergencia, un sistema procesal expeditivo y abusivo, un sistema de sanciones penales excesivamente severo. Nada de extraño que así no se respetara la legalidad, la proporcionalidad y equidad, es decir la dignidad de las personas.

Los objetivos limitados de nuestro análisis y así mismo nuestra falta de formación, nos impiden colmar el gran vacío creado por la ausencia de investigaciones históricas y sociológicas sobre la estrecha vinculación de ese derecho penal del enemigo y las crisis sociopolíticas que lo ha condicionado.

Derecho penal del enemigo, no explicado o justificado por las más o menos refinadas elucubraciones teóricas modernas, sino identificado por su negación o restricción de los derechos fundamentales en el ámbito penal. Lo que debe alertarnos respecto a esas concepciones que pueden empujarnos hacía la instauración de sistemas de control penal injustos y desproporcionados.

Como una contribución a los esfuerzos realizados para evitar tales riesgos, publicamos estas páginas que redactamos hace un buen tiempo, pero ya preocupados de fortalecer el Estado de derecho promoviendo el efectivo respeto de los derechos fundamentales.

b. Legislación sobre seguridad interior de la República

a) Decreto Ley N.º 11049[1]

Por considerar que el Decreto Ley N.º 10893, dictado para "defender la paz social y la seguridad pública", debía ser perfeccionado tanto para comprender todos las formas de delincuencia política y social, como para alcanzar la penalidad eficaz e instaurar un sistema judicial eficaz, la Junta Militar de Gobierno dictó el Decreto Ley N.º 11049, del 1 de julio de 1949, denominado Ley de Seguridad interior de la República. Así, se precisaron las penas que deberían imponerse a los autores y partícipes de los delitos de rebelión, sedición o motín, y disponiendo que su juzgamiento se efectúe mediante Cortes Marciales.

Se prevén los delitos en dos grandes grupos: por un lado, Delitos contra la Seguridad y Tranquilidad Públicas y, por otro, los Delitos contra la Organización y Paz Interna de la República. La técnica legislativa es bastante deficiente en la medida en que consiste en enumerar numerosas acciones sin indicar en qué consiste cada una de ellas, sin preocuparse de las relaciones que existen entre ellas ni de la manera como deben presentarse. Es una técnica que se encuentra también actualmente en las disposiciones que reprimen el tráfico de drogas y aún el terrorismo.

La única manera de dar a conocer de que comportamientos se trata es la de transcribir las disposiciones respectivas. En el artículo 1, se enumeran los actos que constituyen delitos contra la seguridad y la tranquilidad públicas:

> "a) Atemoricen verbalmente, por escrito o por cualquier otro medio, a las personas, amenazándolas en su vida, su libertad o sus intereses materiales o morales o en la vida libertad o intereses materiales o morales de sus padres, cónyuge o hijos;
>
> b) Propaguen verbalmente por escrito o por cualquier otro medio, en el interior o en el exterior de la República, noticias o informaciones falsas o tendenciosas, destinadas a alterar el orden público o a datar el prestigio y crédito del país, de sus instituciones de sus altos funcionarios o de la Hacienda Nacional;
>
> c) Fomentan o propaguen, por cualquier medio, individualmente o como miembros de asociaciones, instituciones, grupos o partidos po-

1 Del primero de julio de 1949. Versión en línea: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/11049.pdf. D. Leg. Declarado "no vigente" por la Ley N.º 29477.

líticos, doctrinas o propósitos que tiendan a alterar o modificar violentamente el orden político o social de la República;

d) Se asocian a doctrinas de carácter y tendencia internacionales declaradas como tales por la Ley, y los que propaguen esas doctrinas;

e) Reciban subvención o mantengan relaciones con personas, instituciones, partidos políticos o gobiernos extranjeros, con el fin de propagar doctrinas de carácter y tendencia internacional contrarias al régimen democrático, o de alterar violentamente el orden público o social de la República;

f) Lleven o transporten armas o explosivos; sin permiso de autoridad competente;

g) Importen, fabriquen manden fabricar o importar, adquieran, distribuyan, conserven o comercien armas de fuego, cortantes o contundentes, municiones, explosivos o bombas, o sustancias para su fabricación, sin el permiso correspondiente;

h) Formulen o planteen en nombre de las asociaciones sindicatos o instituciones que representen, peticiones extrañas a sus fines institucionales propios con propósitos de alterar el orden público;

i) Intenten producir, produzcan, estimulen o mantengan huelgas, con violación de las disposiciones legales que las rigen, o provoquen estados de agitación en sindicatos o centros de trabajo o de enseñanza con el propósito de ocasionar la ruina de orna industria o de alterar el orden público, presionar o intimidar a la autoridad;

j) Traten de persuadir o persuadan a las autoridades políticas, miembros de los Institutos Armados, de Policía y del Cuerpo de Investigaciones y Vigilancia a faltar a sus superiores o a sus deberes en general;

k) Proporcionen, por cualquier título, locales para la reunión de personas, asociaciones, instituciones o partidos políticos declarados fuera de la ley, o que profesen o propaguen ideas o doctrinas peligrosas o nocivas para el orden político y social de la República;

l) Los que, siendo funcionarios públicos llamados a cuidar del orden y de la estabilidad de las instituciones nacionales, permitan por negligencia, alteraciones del orden público;

m) Exploten sin el permiso correspondiente, bombardas, cohetones, petardos o cualquiera otra materia explosiva, destinados a alterar o a dar señales para alterar el orden público;

n) Hagan propaganda política en dependencia, del Estado, centros de trabajo, cuarteles, colegios y centros de enseñanza en general, o desmoralicen, o perturben la mente de sus dependientes o educandos, sembrando

ideas disociadoras o promoviendo sentimientos de odio y de rebeldía al orden y a la autoridad. Será circunstancia agravante de este delito incurrir en él abusando del ejercicio de la función;

o) Hagan, propaganda en favor de partidos políticos declarados fuera de la Ley y los que, por este medio, injurien o difamen a la autoridad u ofendan la respetabilidad de las instituciones públicas; y

p) Efectúen, sin permiso de la Autoridad, manifestaciones públicas".

Se trata de infracciones formales, de peligro, de tendencia, de omisión o de comisión, de actos preparatorios. Subjetivamente, constituyen infracciones dolosas en la medida en que se establece claramente que deben ser cometidas "con fines políticos o sociales".

En el artículo 2, se estatuyen como penas, de acuerdo con gravedad del delito, las penas de expatriación, reclusión o prisión militar (sin fijar los márgenes penales) y de multa. Quizás sin proponérselo conscientemente, destaca la culpabilidad como fundamento de la pena, al referirse expresamente al inicio de esta disposición legal a "los culpables de las infracciones previstas (...)".

Según el artículo 3, cometen delito contra la Organización y Paz Interna de la República quienes:

"a) Los que atenten contra la vida del Jefe del Estado o sus Ministros, o la vida de sus esposas e hijos, con el fin de alterar el orden público, sustituir al Gobierno, o causar intimidación;

b) Los que, con idénticos fines, atenten contra la vida de los miembros de los Institutos Armados, funcionarios públicos, miembros de las Fuerzas de Policía y Cuerpo de Investigaciones o contra la vida de sus cónyuges e hijos;

c) Los que asalten en domicilio o en cualquier lugar público o privado a una o varias personas, y causen o pretendan causarles, la muerte, lesiones graves, o intimidación, con fines políticos y sociales; y los que hagan uso en el mismo caso, de explosivos., armas o elementos do destrucción;

d) Los que incurran en cualesquiera de las infracciones de rebelión, sedición o motín, previstos en los Títulos 1 al IV, Sección Cuarta del Libro Segundo del Código de Justicia Militar y Título 11. Sección Décima, del Código Penal, sean militares o civiles;

e) Los que inciten a destruir o inutilizar o destruyan o inutilicen, interrumpan o se apoderen, total o parcialmente, de cualquier servicio

público; medio de transporte, alumbrado, agua, cables, telégrafos, teléfonos y radio, con el propósito de subvertir, variar o sustituir al Gobierno o causar intimidación;

f) Los que incurran en cualesquiera de los delitos contra la libertad individual; violación de domicilio, extorsión, usurpación, danos, usurpación de autoridad, violación y resistencia a las autoridades, previstos en los artículos 222, 223, 230, 249, 257, 259, 320, 321 y 322 del Código Penal, cuando se perpetren con el fin u ocasión ele subvertir, variar o sustituir al Gobiernes o causar intimidación: y

g) Los que realicen cualquier acto terrorista en forma no prevista en las disposiciones anteriores".

Por los fines con que deben ser cometidos, por ejemplo, "con el propósito de subvertir, variar o sustituir al Gobierno o causar intimidación" o "con fines políticos y sociales", se trata, generalmente, de agravaciones de comportamientos delictuosos ya previstos en la ley penal. Agravaciones bastante severas en razón de las sanciones previstas en el artículo 4. Según esta disposición se impondrán a los autores o cabecillas la pena de muerte, de penitenciaria o prisión, a los cooperadores la de penitenciaria o prisión.

La severidad de la represión es acentuada con la previsión de ciertas reglas de excepción: por ejemplo, la aplicación del Código de justicia militar para calificar de autor o cómplice a los imputados, para determinar la duración de las penas (artículos 5 y 6). Así mismo, al prever que se impondrá la misma pena en caso de delito consumado y de delitos frustrados, no se tendrá en cuenta la atenuación de la sanción en caso de acusados menores de 21 años pero mayores de 18, se reprimirá a los cómplices con la pena mínima correspondiente a los autores. Si a estos debe imponérseles la pena de muerte, los cómplices serán sancionados con penitenciaría o internamiento.

La investigación y juzgamiento de todos los imputados conforme a esta ley debían realizarse conforme a los procedimientos de la jurisdicción militar.

b) Ley N.º 12654[2]

La utilización política del derecho penal queda claramente evidenciada cuando dicha legislación de emergencia es derogada debido al radical cambio

2 Del 28 de julio de 1956. Versión en línea: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/12654.pdf.

de las relaciones de las fuerzas sociales y políticas en el país. Así, se aprobó y promulgó la Ley N.º 12654, Ley de amnistía general del 28 de julio de 1956. De modo que, por el artículo 1, se derogó el Decreto-Ley N.º 11049 llamado de Seguridad Interior de la República y la ley modificatoria 12552, así como los artículos 7, 95, 96, 97, 98 y 99 del Estatuto Electoral, contenido en la Ley N.º 11172. Mientras que en el artículo 2, se dispuso que se concedió amnistía e indulto político y declaró cortados los juicios y extinguida la acción penal y la pena a los procesados o condenados por Cortes Marciales, fueros privativos, consejos de guerra de cualesquiera clase, militares, navales, de aeronáutica y de policía y de tribunales ordinarios por causas políticos-sociales. En consecuencia, en el artículo 5, se dispuso se ponga en libertad a todos los ciudadanos civiles y de los Institutos Armados a quienes favorezca la presente ley; además se revocó toda orden de detención que se le oponga y se ordenó se facilite el regreso en libertad de todos los peruanos que habían sido exilados por motivos políticos-sociales.

c) Ley N.º 15590[3]

De la misma manera se recurrió al derecho penal, al producirse los movimientos sociales armados de la década de los sesenta e inspirados en la Revolución Cubana. Agitación política que se caracterizó por la utilización de las armas con la intención de cambiar el sistema social, político a favor de la implantación de un sistema más justo.

Considerando estos objetivos, se calificó a todos aquellos que participaran en dicho movimiento como traidores a la patria. Así mismo, estimando que se trataba de un fenómeno delincuencial se dictó la Ley N.º 15590 del 20 de agosto de 1965. En la que se agravó la represión de numerosos delitos por considerar su comisión como actos de traición a la patria.

En su artículo 1, se estatuyó que son "actos de traición a la Patria y servicio a las armas de potencia extranjera, los delitos previstos en los artículos 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 302, 305, 307, 310, 311, 312 del Código Penal y 78, 80, 81, 85, 88, 90, 91, 140, 141, 142 y 143 del Código de Justicia Militar". Sus autores debían ser peruanos y actuar con la finalidad de "alterar por la violencia o por medio de guerrillas el orden constitucional, político y democrático de la República, para imponer el sistema totalitario comunista".

3 Del 18 de agosto de 1965. Versión en línea: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/15590.pdf.

En la misma disposición se preveían las penas de pérdida de la nacionalidad y la de prisión o penitenciaria no menor de cinco años, internamiento o muerte. Para los casos Esta última debía especialmente aplicarse a los autores que "hayan realizado estos actos delictuosos, en concierto con potencias comunistas extranjeras, o con sus agentes o intermediarios, sean estos nacionales o extranjeros, o recibiendo o utilizando caudales, equipos, armas, bastimentos, municiones, explosivos, y en general toda clase de armamentos de esas potencias comunistas o sus agentes o intermediarios o utilizando adiestramiento en el arte de la guerra no convencional o sistema de guerrillas, adquiridos en territorios de potencias extranjeras comunistas. No regirá para estos casos lo dispuesto en el artículo 148 del Código Penal".

Siguiendo el tradicional criterio de reformar la ley penal en consideración de la comisión de ciertos delitos, se estableció el artículo 2 agravando la represión en casos específicos. Por ejemplo, el de delitos contra el patrimonio cometidos para agenciar fondos a los movimientos subversivos. Así, en dicho artículo se estableció que incurren "en delito de traición a la Patria y en actos de servicio a las armas de potencia extrajera, sin que para ellos rija, en sus casos, el artículo 148 del Código Penal, los peruanos que para proporcionar recursos a las guerrillas, cometen los delitos de asalto a los Bancos, comercios, industrias y en general delitos contra la vida, la libertad y el patrimonio".

Las penas establecidas, bastante severas, fueron la de prisión o penitenciaría no menor de 10 años, internamiento o muerte. Severidad aumentada por la condición de extranjeros de los responsables, para los que se previó, sean instigadores, autores, coautores o cómplices de los delitos previstos en los dos artículos de la ley, la pena de muerte. En todos los casos, se excluyó "el beneficio de liberación condicional" (artículo 3).

Por último, como en las veces anteriores, se ordenó que los imputados sean "juzgados y sentenciados por Consejos de Guerra, conforme a las normas del Código de Justicia Militar para los casos de guerra nacional" (artículo 4).

d) Decreto Ley N.º 19049[4]

En un contexto social y políticamente igualmente tenso, el gobierno dictatorial de turno consideró indispensable utilizar la represión penal para combatir

4 Promulgada el 30 de noviembre de 1971. Versión en línea: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/19049.pdf. D. Leg. Declarado «No vigente" por la Ley N.º 29477.

movimientos subversivos que recurrían a la violencia para alcanzar sus objetivos políticos.

En los considerandos del Decreto Ley N.º 19049, se justificó este procedimiento señalando, por un lado, que "es necesario sancionar drásticamente el empleo, con fines delictuosos, de sustancias explosivas, por cuanto evidencia el propósito deliberado de dañar la vida, la salud, la propiedad y, además, alterar la tranquilidad pública o el orden público"; por otro, que "frente a la emergencia, que constituye caso de excepción, por sus caracteres de transitoriedad, excepcionalidad y gravedad, el Estado tiene la obligación di normativizarla, sancionando los hechos delictuosos en cuanto constituyen medio o fin".

Se dispuso se sancionaran con penitenciaría no menor de quince año, ni mayor de veinte a quienes "empleen explosivos o bombas con la finalidad de intimidar, alarmar o alterar la paz interna o el orden público" (artículo 1); con la misma pena no menor de quince año, ni mayor de veinticinco a quienes "a sabiendas pongan en peligro la salud o la vida de las personas o la propiedad de otro empleando explosivos o bombas" (artículo 2); con la pena de muerte a quienes "mediante el empleo de explosivos o bombas causen muerte", con internamiento más allá de un mínimum de veinticinco años si causan lesiones y con penitenciaria no menor de veinte años ni mayor de veinticinco si provocaran daños o destrucciones graves (artículo 3). Al individualizar la pena se debía tener en cuenta "la condición de autores personales o intelectuales, co-autores, cómplices e encubridores" (artículo 4). En esta misma disposición, respecto a los extranjeros, se disponía su expulsión del país después de cumplida la pena privativa de libertad. En caso de un naturalizado, se le privaría de la nacionalidad peruana previamente a su extrañamiento. Además se excluyó la aplicación de la libertad provisional, la condena condicional y la liberación condicional (artículo 6).

Por último, los Consejos de Guerra Permanente de las zonas Judiciales de Policía fueron declarados competentes para el juzgamiento, de conformidad con las normas procesa les del Código de Justicia Militar (artículo 7).

Para evitar todo conflicto normativo que pudiera comprometer de regulación tan severa se dejó, en el artículo 8, "en suspenso las normas de los Códigos Penal y de Justicia Militar, así como las de las leyes pertinentes, en cuanta se opongan al presente Decreto-Ley".

e) Decreto Ley N.º 19910[5]

Junto a este tipo de leyes penales destinadas a contribuir en la represión de actos sociales y políticos violentos o dirigidos a desestabilizar el régimen dictatorial o parlamentario vigente, se han dado leyes represoras que, sin mostrar de manera evidente los objetivos buscados, también implican la utilización del derecho penal como un arma política.

Es el caso, por ejemplo, del D. Leg N.º 19910 del 39 de enero de 1973. Se explica su promulgación por un supuesto "alarmante aumento de la criminalidad" que tiene en zozobra a la población; así como por la frecuencia con que se cometen delitos provocando la muerte de policías y otras personas; y, finalmente, por la necesidad indispensable, "en defensa de la vida y patrimonio de la población" de reprimir con la "máxima severidad a los delincuentes".

La eficacia de la represión así instaurada trata de ser alcanzada, en término perentorio, sometiendo a los imputados a un procedimiento especial sumario a cargo del fuero militar (artículo 4 y 5). En el artículo 1, establecen las infracciones y las penas en los términos siguientes:

> "Los que ataquen a miembros de las Fuerzas Policiales, encontrándose estos en acto de servicio o con ocasión del mismo o en función propia de su Instituto; o perpetren el delito como acto de venganza por hechos derivados de aquél, serán reprimidos con:
>
> 1. La pena de muerte, si de la comisión del delito resultare el fallecimiento del agraviado;
> 2. Internamiento, en el caso de que el agraviado quede permanentemente, inválido o inutilizado para el trabajo;
> 3. Penitenciaría no menor de doce años, si el agraviado queda inválido o inutilizado por un término mayor de seis meses.
> 4. Prisión no menor de cinco años, si causa lesión".

Además, se modifican dos disposiciones del Código Penal para agravar sensiblemente las sanciones a imponerse a los autores. En el artículo 4, se modifica el artículo 239 relativo a delitos de robo. Se dispone que

> "El que para perpetrar un robo o el que sorprendido en flagrante delito de robo, ejerciera violencia sobre una persona y la amenazare con un peligro

5 Promulgado 30 de enero de 1973. Versión en línea: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/19910.pdf. D. Leg. Declarado «No vigente" por la Ley N.º 29477.

> inminente para la vida o la salud o de otra manera la inhabilitare para resistir, será reprimido con penitenciaría no menor de siete años".
>
> "La pena será penitenciaría no menor di 10 años si el delincuente hubiere amenazado de muerte a una persona, o le hubiere inferido lesión corporal, o si hubiere cometido el robo acompañado de alguien o si, por cualquier otra circunstancia el delito denotare que su autor es especialmente peligroso; o si fuera de estos supuestos, el delincuente hubiera portado cualquier clase de arma o de instrumento que pudiere servir de tal o que la aparentare en el acto de la ejecución del delito. Si el agraviado falleciere a consecuencia de la agresión, la pena será de muerte".

Todos los que participaren en un asalto llevado a cabo mediante el ardid de simular la presencia de un herido, un accidente, o do una situación que precise socorro, sufrirá la pena de internamiento.

Las penas a que se refiere este artículo se cumplirán en la Colonia Penal del Sepa y los condenados no gozarán del beneficio de la liberación condicional.

La represión del asesinato es marcadamente agravada en la medida que, en el artículo 6, se establece que:

> "Se impondrá pena de muerte al que, a sabiendas, matare:
>
> 1. Por ferocidad o por lucro;
> 2. Para facilitar u ocultar otro delito;
> 3. Con perfidia o crueldad o por veneno, o por fuego, explosión u otro medio capaz de poner en peligro la vida o la Salud de un gran número de personas".

Como en las demás leyes citadas, los procesados son considerados como "enemigos" y la represión está fuertemente inspirada por criterios de peligrosidad personal o social. A tal punto, que la redacción de las disposiciones deja abierta la posibilidad de reconocer y basar las sanciones en la responsabilidad objetiva. Esto acaece principalmente por la manera como se prevén las circunstancias agravantes.

Considerando estos antecedentes, se explica mejor porque se repiten, aunque de manera más sofisticada, la misma técnica legislativa y los mismos criterios represivos materializados en las disposiciones legales que acaban de ser breve y descriptivamente presentadas.

c. Proyectos de ley antiterrorista

La vuelta a un régimen parlamentario después de la caida de la dictadura militar estuvo enmarcada por el surgimiento y desarrollo del movimiento subversivo armado de Sendero Luminoso. Para enfrentar esta rebelión armada, junto con el recurso a la fuerza estatal, primero la Policía y luego las Fuerzas Armadas, surgió la necesidad de dictar leyes que tenían como objetivo utilizar el derecho penal para reprimir el terrorismo, como se calificó la lucha armada de Sendero Luminoso.

Esta reforma legislativa, estuvo también condicionada por la tarea de derogar y reemplazar la numerosa legislación dictada durante los largos años de dictadura. Una de las finalidades fue la de conformar la legislación con la nueva Constitución de 1979. Dada la amplitud de la tarea, el parlamento delegó en el Poder Ejecutivo las facultades para llevar a cabo dicha labor.

El Ministerio de Justicia recurrió entonces a diversos especialistas para constituir comisiones encargadas de elaborar proyectos de ley en los diferentes dominios jurídicos. Es así, como llegue a formar parte de la Comisión encargada de revisar los diferentes decretos leyes de la dictadura en materia penal.

Uno de los aspectos fue el de proponer modificaciones para substituir, en el marco de las facultades legislativas derogadas por el Parlamento, los decretos leyes relativos a los actos de violencia de orden subversivo. De manera particular, estuvimos encargados de proponer una iniciativa de reforma, la misma que desencadenó el proceso que desembocó en el dictado del Decreto Legislativo 046. Para mejor comprender su origen e índole, resulta conveniente presentar el material que sirvió de base a los trabajos de la comisión, pero también algunos otros antecedentes. El material estará acompañado por comentarios o artículos en los que manifestamos nuestra posición sobre tales iniciativas.

a) Proyecto N.º 150-80/S del senador Alva Orlandini y otros sobre delito de traición a la patria

Los Senadores que suscriben, considerando

Que se viene perpetrando en diversos lugares del Peru actos de sabotaje que no sólo crean alarma a la población sino que además, dañan al patrimonio de la Nación;

Que esos hechos de violencia están notoriamente planificados por elementos antidemocráticos y antisociales que exponen a peligro la vida y la salud de la población,

cortan las comunicaciones públicas, destruyen los bienes y la documentación de los diversos organismos del Estado; etc.

Que es deber primordial del Estado garantizar el ejercicio legítimo de los derechos esenciales que la Constitución reconoce a todos los peruanos y, por tanto, sancionar severamente los actos de traición a la patria antes referidos;

Proponen la siguiente Ley; El Congreso, etc.

Ha dado la siguiente ley:

Artículo 1. *Constituyen delito de traición a la patria la destrucción intencional, total o parcial, de los caminos; puentes; de los ferrocarriles y sus vías; de los servicios de agua y desagüe de las poblaciones; de las represas e instalaciones para fines agro-industriales; de las centrales eléctricas y térmicas y sus torres y líneas de transmisión, máquinas y demás bienes de esos servicios y similares; del oleoducto y sus ramales, estaciones de bombeo, tanques de almacenamiento y demás instalaciones destinadas a la producción, distribución y venta de hidrocarburos y sus derivados; muelles, dársenas embarcaciones y demás implementos usados para la navegación; de las comunicaciones telegráficas, telefónicas, postales y análogas; de las oficinas y edificios públicos y de los documentos y archivos de los mismos; de los vehículos de propiedad o de uso del Estado; de las máquinas, equipos y demás implementos de los periódicos, revistas, canales de televisión y estaciones radiodifusoras; y, en general, todo acto de sabotaje en contra del patrimonio de la República; debiendo aplicarse a los autores de tales delitos la pena de internamiento.*

Artículo 2. *No procede la libertad provisional, ni la condena condicional, para los autores de estos hechos punibles.*

Artículo 3. *Esta ley rige desde el día siguiente a su publicación.*

Comuníquese, etc.

b) Dictamen de la Comisión de Justicia

Señor

Vuestras Comisiones de Justicia y de Defensa Nacional y Orden Interno, han recibido para dictamen el Proyecto N.º 150-80/S presentado por los Señores Senadores Javier Alva Orlandini, Alberto Negrón, Jaime Chenefusse, Mirko Cuculiza, Eduardo Yayashimura, Pedro del Castillo, Oriel Boldrini, Domingo Angeles y Rosa Estrada Alva, cuyo objeto es normar bajo el concepto de delito de Traición a la Patria, la represión Penal de destrucción intencional de bienes que forman parte del

patrimonio de la República cometidos por elementos anti-demócraticos y antisociales, tanto para destruir dicho patrimonio como para crear alarma en la población.

Es de conocimiento público que desde el mes de Mayo ante pasado se producen frecuencia casi metódica actos de violencia por los cuales se ha atentado principalmente contra los medios de transmisión de energía, las sedes de Municipios y autoridades locales, las vías de Telecomunicación y los cominos asi como contra otros bienes del Estado, adscritos en su mayoría a servicios públicos indispensables para la vida Nacional. Usualmente éstos actos han sido cometidos mediante el uso de explosivos o de sustancias inflamables e igualmente explosivas y también mediante la interrupción y corte de las vías de tránsito y comunicación. Simultáneamente ha sido comprobado el frecuente robo de explosivos, fulminantes, mechas, y otros materiales análogos de los depósitos de entidades mineras que los almacenaban para su actividad industrial. La conjunción de éstos hechos delictuosos y destructivos, por su número, frecuencia, forma y modo permiten afirmar que corresponden a una acción sistemática dedicada a ejecutarlos, cuyos actores e identidad sean aún objeto de investigación policial.

El Proyecto de Ley propuesto persigue la defensa de la sociedad mediante la modificación de la Ley Penal vigente, que por datar de 1924 no considera situaciones como la indicada.

A juicio de Vuestras Comisiones, los actos delictuosos referidos configuran un auténtico caso de terrorismo y sabotaje, por predominar como finalidad la de causar el terror al crear un estado de alarma y de tener en la colectividad con el objeto de socavar y destruir las bases esenciales de un estado democrático y de derecho.

El terrorismo y el sabotaje es múltiple en sus formas objetivas, pues tanto puede referirse a personas elegidas como víctimas como a grupos o colectividades no individualizadas, o a bienes que constituyen servicios públicos necesarios o aún a la actividad económica ordinaria; pero, sean actos dirigidos contra la vida y el cuerpo y la libertad individual, contra la propiedad y la tranquilidad públicas, en última instancia el propósito es el de desorganizar la estructura del sistema político-social legalmente establecido.

El fenómeno del Terrorismo, sabotaje y el secuestro, que tiene antecedentes lejanos fuera del Perú, es en cambio un hecho nuevo en nuestra Nación. En contraste con Países que con diversa suerte han visto surgir esta gravísima forma delictuosa y en casos haber originado como consecuencia, verdaderas guerras internas no declaradas en que los derechos humanos han sido violados de manera sistemática, en el Perú podemos afirmar que no se ha dado el terrorismo como ha ocurrido en otras nacionales de Europa y América Latina, pero sería frivolidad incalificable ignorar que por partícipes activos en un mundo cada vez más interdependiente podamos

estar libres de dicha lacra social pues ni el orden legal, la forma democrática del estado, el bienestar de la población ni el nivel de cultura son suficientes para impedir la aparición de este fenómeno ni menos para disuadir a sus autores. Por ello Vuestras Comisiones consideran procedente la iniciativa legal bajo estudio en cuanto persigue atajar a tiempo, por el imperio de la Ley penal ordinaria debidamente adecuada a la novedad y características del delito de terrorismo asi como el sabotaje como forma que le complementa, pero discrepa en cuanto a su calificación de delito de Traición a la Patria, pues en técnica jurídico - Penal tiene éste otra tipificación, que difiere de la expresión usual que es de contenido mucho más amplio y menos definido y dentro del cual cabría genéricamente cualquier hecho grave contra los intereses de la Nación.

La técnica del Código Penal del Perú no define los delitos; es decir, su tipificación va implícita en la norma penal que prohíbe el acto antijurídico. Con este antecedente la figura típica que debe configurarse son los delitos de sabotaje y terrorismo.

Como el Estado y la Sociedad deben defenderse surge la necesidad de crear las figuras penales que repriman tales hechos.

Por la expuesto, Vuestras Comisiones consideran necesario para la conservación del orden interno de la República mediante la vigencia de la ley ordinaria, el adecuar el Código penal vigente completándolo con normas que sancionen esta nueva manifestación delictuosa y, en consecuencia se propone el siguiente proyecto de Ley sustitutorio:

EL CONGRESO etc., etc. Ha dado la Ley siguiente:

***Artículo Primero.** Modifíquese el artículo 289 del Código Penal en los siguientes términos:*

***Artículo 289.** El que practicare un acto dirigido a someter la República, en su totalidad o en parte, a la dominación extranjera o hacer independiente una parte de la misma, será reprimido con la pena de internamiento por tiempo indeterminado con mínimo de 25 años o penitenciaria no menor de 10 años.*

El que intencionalmente destruyera, en todo o en parte, vías públicas, puentes, ferrocarriles, servicios de agua o desagüe de las poblaciones represas o instalaciones para fines agroindustriales, centrales eléctricas o térmicas y sus torres y líneas de transmisión, máquinas y demás bienes de esos servicios y similares; oleoductos sus ramales, estaciones de bombeo, tanques de almacenamiento y demás instalaciones destinadas a la producción, distribución y venta de hidrocarburos y sus derivados; muelles, dársenas, embarcaciones y demás implementos usados para la navegación, marítima o aérea; instalaciones telegráficas, telefónicas, postales o análogas; oficinas y

edificios públicos y documentos y archivos de los mismos; vehículos de propiedad o de uso del Estado; maquinarias, equipos y demás implementos de los periódicos, revistas, canales de televisión y estaciones radiodifusoras; y, el que intencionalmente atentare contra la libertad individual, sometiendo a secuestro a personas naturales y, en general, todo acto de terrorismo o sabotaje en agravio del patrimonio de la República, será reprimido, según la gravedad del hecho, con internamiento o penitenciaría no menor de diez años.

Artículo Segundo. *No procede la condena condicional, ni la liberación provisional, para los autores de los delitos a que se refiere la presente ley.*

Artículo Tercero. *La presente ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el diario oficial "El Peruano".*

Lima. 30 de mayo de 1980

c) Proyecto de ley de José María de la Jara y Ureta

i. Exposición de motivos

El 28 de julio de 1980, se instaló el gobierno constitucional que de inmediato restableció la plena vigencia de los derechos humanos y libertades ciudadanas.

Este sistema democrático y de libertad política ha sido torpemente aprovechado por determinados elementos desviados y antidemocráticos, que han ejecutado una serie de actos de terrorismo ocasionando pérdida de vidas, daños a la propiedad pública y privada, interrupción de las comunicaciones, líneas de transmisión de energía y otros hechos que han alarmado al país.

El Gobierno, decidido como está a mantener su pleno respeto a los principios democráticos y garantizar la más amplia libertad política, tiene también el deber de cautelar el orden público y exigir el cumplimiento de la Constitución y de la ley, para lo cual debe prevenir y sancionar la comisión de actos de terrorismo.

El Decreto Ley N.º 19049, del 30 de noviembre de 1971, ampliando los alcances del Código Penal, dictó normas destinadas a tipificar y sancionar este tipo de delito. Sin embargo, este dispositivo requiere ser modificado para adaptarlo a la situación actual de la república y a la nueva Constitución Política del Estado, pues, el mencionado decreto ley dispone que los autores de los delitos de que trata dicho dispositivo, sean juzgados por los consejos de Guerra Permanentes de las zonas Judiciales de Policía, aplicando las normas procesales del Código

de Justicia Militar, lo cual ya no es posible, estando a lo dispuesto por el artículo 282 de la nueva Constitución.

Por las razones expuestas y de conformidad con la Ley N.º 23230 que concede facultades legislativas al Poder ejecutivo, autorizándolo entre otros conceptos, para modificar o derogar las disposiciones legales en materia penal, dictadas a partir del 3 de octubre de 1968, se ha redactado un proyecto de Decreto legislativo modificatorio del Decreto Ley N.º 19049, que tipifica delitos de terrorismo cometidos ya sea por individuos que actúen aisladamente o formando bandas o agrupaciones y que constituyan hechos que atenten contra la vida o la salud de una persona o de una colectividad, o que estén dirigidos a causar daños o destrucciones en la propiedad del Estado o de particulares, y que se cometan mediante el uso de artefactos explosivos sustancias destructivas, armas u otros medios materiales. Al mismo tiempo, el proyecto establece severas penas, con fines tanto de sanción como de disuasión, proporcionales a la gravedad de los delitos tipificados y que serían de aplicación tanto a los autores como a los instigadores, cómplices y encubridores de tales delitos; igualmente, se establece la reparación civil en montos adecuados a los daños que se ocasiones.

El Código Penal vigente, dictado en 1924, no incluyó algunas figuras delictivas como la del terrorismo, la de tráfico ilícito de drogas o de contrabando, etc., que se han desarrollado recientemente o en los últimos años, hasta alcanzar niveles alarmantes, lo que ha obligado a dictar leyes penales especiales, ampliatorias y complementarias del Código Penal. Es indudable que en la oportunidad en que se redacte un nuevo Código Penal, el delito de terrorismo a que se contrae el proyecto –como los demás delitos tipificados en leyes especiales– deberá quedar incorporado en dicho cuerpo de leyes.

ii. Decreto legislativo

El Presidente de la República por cuanto:

El Congreso de la República del Perú, de conformidad con lo prescrito en el artículo 188 de la Constitución Política, por Ley N.º 23230, promulgada el 15 de diciembre de 1980, ha delegado en el Poder ejecutivo la facultad de dictar Decretos Legislativos modificatorios o derogatorios, entre otras materias, sobre legislación penal dictada a partir del 03 de octubre de 1988;

Teniendo en cuenta que se vienen produciendo en diversos lugares del territorio nacional hechos violentos, mediante el empleo de armas, sustancias explosivas u otros elementos destructivos, causando lesiones graves o muerte de personas y ocasionando grandes daños materiales en la propiedad pública o privada o ser-

vicios públicos, con el propósito deliberado de alterar el orden público y la paz interna de la República, produciendo cuantiosas pérdidas que el Estado tiene que asumir para reparar los estragos causados en sus bienes y los ciudadanos en los de sus propiedades.

Que estos hechos constituyen actos de terrorismo que alteran la tranquilidad y seguridad pública, afectando gravemente el orden interno de la república.

Que es deber del Estado mantener el orden jurídico y el respeto a las leyes, sancionando severamente a los autores intelectuales y materiales, cómplices y encubridores de tales hechos.

Que la aplicación del Decreto Ley N.º 19049, de 30 de noviembre de 1971, deviene inoperante para la prevención y sanción de estos hechos, por lo que se hace necesaria su modificación; estableciéndose, al mismo tiempo, un nuevo régimen legal en armonía con la constitución Política del Estado.

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

Artículo 1. *Quienes actúen individual o colectivamente, formando bandas o agrupaciones para alarmar a la población o alterar la tranquilidad y el orden público, empleando armas, explosivos u otras sustancias destructivas, serán sancionado con penitenciaría no menor de diez años ni mayor de quince.*

Artículo 2. *Quienes a sabiendas, actuando individual o colectivamente, formando bandazo, agrupaciones y utilizando los mismos medios señalados en el artículo anterior, pusieren en peligro la vida o la salud de las personas y/o la propiedad pública o privada, serán sancionados con penitenciaría no menor de diez años.*

Artículo 3. *Quienes a sabiendas, actuando individual o colectivamente, formando bandas o agrupaciones y utilizando los mismos medios señalados en el artículo primero, causaren la muerte o lesiones a una o más personas, destrucción o daños a la propiedad pública o privada o a los servicios públicos, serán sancionados con la pena de internamiento, en el primer caso y con penitenciaría no menor de quince años, en los demás casos.*

Artículo 4. *Quienes a sabiendas sustrajeren o ilegalmente tuvieren, fabricaren, transportaren o suministraren en cualquier forma, armas, municiones, artefactos explosivos, así como otros sustancias destructivas con fines de terrorismo, serán sancionados con penitenciaría no menos de diez años.*

Artículo 5. *Quienes con fines de terrorismo, proporcionaren dinero, bienes, armas, explosivos u otras sustancias destructivas, serán sancionados con la pena de internamiento o penitenciaría no menor de diez años.*

Artículo 6. *Quienes instigaren o indujeren a cometer actos de terrorismo, serán sancionados con penitenciaría no menor de diez años.*

Artículo 7. *Constituye agravante la utilización de menores de edad en la comisión de actos de terrorismo.*

Artículo 8. *Para la aplicación de las penas, los jueces tendrán en cuenta la condición de autores materiales o intelectuales, coautores, cómplices o encubridores de los encausados.*

Tratándose de extranjeros, una vez cumplida la pena privativa de la libertad, serán extrañados del país.

Artículo 9. *Toda condena dictada en aplicación del presente Decreto Legislativo, llevará consigo la pena accesoria de culta de 30 a 90 remuneraciones mínimas vitales mensuales para la provincia de Lima.*
La reparación civil será fijada en proporción a la magnitud del daño causado y su pago será solidario entre los autores, cómplices y encubridores.

Artículo 10. *En los casos a que se refiere el presente Decreto Legislativo, no procede la libertad provisional.*

Artículo 11. *Para la investigación de los actos de terrorismo señalados en el presente Decreto Legislativo las Fuerzas Policiales, de acuerdo a sus respectivas Leyes Orgánicas, podrán adoptar las siguientes medidas:*
Efectuar la detención preventiva de los terroristas, cómplices o encubridores, por un término no mayor de quince días naturales, con cargo a dar cuenta al Ministerio Público y al Juez Instructor;
Ingresar, allanar y registrar los lugares que se presuman como refugios de sospechosos y/o depósitos, fábricas o centros de distribución de armas, municiones, explosivos o sustancias destructivas que pudieran ser utilizados con fines de terrorismo; y,

Trasladar de un lugar a otro de la República, con conocimiento del Juez Instructor, a quienes encuentren complicados en actos de terrorismo, cuanto la medida sea necesaria para el éxito de la investigación.

Artículo 12. *Derógase las normas del Decreto Ley N.º 19049 que se opongan al presente Decreto Legislativo.*

Artículo 13. *El presente Decreto Legislativo entrará en vigencia al día siguiente de su publicación. Por tanto:*

Mando se publique y cumpla, dando cuenta al Congreso.

iii. Comentario

i) Introducción

Cuando Sendero Luminoso comenzó su cruenta lucha subversiva y el gobernante de turno trataba a los subversivos de cuatreros, se planteó el problema

de cómo utilizar el derecho penal para combatir la subversión. Un senador oficialista y, posteriormente, infeliz candidato a la Presidencia de la República, propuso un proyecto de ley tendiente a reprimir a los rebeldes a título de traición a la Patria. Esta idea ha sido, en los últimos años recuperada para enriquecer el derecho penal de emergencia, constituido en base de los bien llamados "Decretos Supremos de la guerra".

En los años iniciales, el gobierno prefirió un proyecto que se transformó en el Decreto Legislativo N.º 046, primera norma punitiva dirigida contra el fenómeno terrorista provocado por Sendero Luminoso. Respecto a este Decreto Legislativo afirmamos (*La Revista* N.º 4, Lima abril de 1981), de un lado, que "la técnica legislativa utilizada en la redacción del artículo 1 del D. Leg. [N.º 046] no respeta el principio de la legalidad consagrado en la Constitución [1979]" y, de otro lado, que "no resulta exagerado, en relación a la descripción del delito de terrorismo, temer que sean múltiples los abusos originados en su aplicación; sobre todo - en caso de un gobierno dictatorial contra cuyo pronto o tardío advenimiento no esta totalmente inmunizado nuestro país".

Respecto a esto último, la historia de los últimos años nos ha dado, desgraciadamente, la razón. En cuanto a lo primero, parece que también era correcta nuestra afirmación, al menos si se considera los argumentos expuestos por la Comisión del Ilustre Colegio de Abogados de Lima que ha elaborado un "Proyecto de reforma de la legislación antiterrorista". En la exposición de motivos de las normas penales sustantivas del citado proyecto, se afirma, por ejemplo, que "la praxis judicial ha revelado graves deficiencias de la normatividad antiterrorista, contraria a principios fundamentales del derecho penal, violatoria de derechos humanos y generadora de inseguridad jurídica".

Si he formulado estas constataciones, a pesar que puedan parecer petulantes, no lo he hecho pensando que se trata de saber si tuve o no razón al plantear que los actos de terrorismo no constituían un delito específico y que toda tentativa de describirlo conduciría a la elaboración de una figura vaga, imprecisa e insegura. Me impulsa, sobre todo, la necesidad de reflexionar sobre la manera como se manejan los criterios jurídicos y de política criminal. Aspecto ocultado o evitado por una discusión técnica de carácter dogmático ("científico").

ii) Toma de consciencia

Resulta importante que se afirme al inicio de la exposición de motivos mencionada, que "una parte considerable de la intelectualidad peruana" esté "de

acuerdo en reconocer, por primera vez, que la solución definitiva de nuestro grave fenómeno terrorista no depende exclusivamente de la eficacia de la acción militar o de la severidad de la legislación, punitiva", sino "fundamentalmente de la remoción por vía democrática de una estructura económico-cultural" que oprime al pueblo. Si esto es cierto, un sentimiento de desaliento debe invadirnos en razón a los años que ha necesitado nuestra intelectualidad (no toda) para aceptar esta verdad afirmada, por muchos y muchas veces, durante todos estos años plenos de muerte, violencia y daños materiales.

Sorprende que se sostenga que "las disposiciones excepcionales que encontraron justificación en una situación de extrema gravedad, deben hoy dar paso a una legislación que responda a las circunstancias de la hora presente, es decir, remplazar la excepcionalidad por la normalidad". La sorpresa proviene de las consecuencias políticas y jurídicas, seguramente no deseadas por los autores del proyecto, que pueden resultar de tal afirmación.

Justificar las disposiciones excepcionales antiterroristas en razón a la gravedad extrema de la situación creada por la subversión puede hacer creer a muchos, principalmente a los responsables directos, que dicha situación justifica igualmente las graves violaciones cometidas contra las personas, con ocasión de la lucha sucia contra la subversión. Violaciones cometidas, como lo dicen los autores mismos del proyecto comentado, "en aplicación de las normas legales para reprimir la subversión".

iii) Proceso penal

No puede lograrse remplazar "la excepcionalidad por la normalidad", a mi modesto modo de ver, con las proposiciones hechas en el mencionado proyecto. Así, nos parece poco coherente plantear un procedimiento especial, a cargo de fiscales, jueces y tribunales "especializados", para los casos de terrorismo, en lugar de exigir llanamente la puesta en vigencia del código procesal penal. Código caracterizado por su tendencia en favor del proceso contradictorio y, en consecuencia, opuesto al sistema inquisitivo vigente tanto en el fuero militar como en el fuero común.

La elaboración de un sistema especial como el propuesto comporta enormes riesgos y repeticiones superfluas. Entre los primeros, por ejemplo, la obligación que se impone, a toda persona natural o jurídica y demás instituciones de proporcionar la información que les fuere requerida durante la indagación o durante el procedimiento judicial (artículo 7 de las normas procesales). Significa esto,

ya que no figura entre las excepciones, que los sacerdotes, por ejemplo, deben develar lo que llegan a saber durante la confesión o el médico en el ejercicio de su deber profesional?

Resulta inconveniente prever la improcedencia en todos los casos de la libertad provisional (artículo 18), declarar que la libertad incondicional procede "cuando resulte descartada fehacientemente la imputación" (artículo 19) y disponer que las resoluciones que dispongan la excarcelación tenga "efecto suspensivo hasta que queden firmes".

La procedencia de la libertad provisional esta regulada detalladamente y se basa fundamentalmente en la idea que, de acuerdo con las circunstancias materiales y personales del caso particular, es lo mejor no solo para el procesado sino también para la recta administración de justicia. Según los autores del proyecto, esta restricción es conveniente por "la gravedad del delito de terrorismo y de sus modalidades". Se trata de un viejo criterio de carácter objetivo y represivo. Se privilegia la afirmación abstracta que "el delito de terrorismo" es grave, en detrimento de un criterio individualizador del acto imputado al procesado y, sobre todo, de las características personales de éste. Como ya ha sucedido antes, con este criterio se puede justificar la improcedencia de la libertad en relación con el tráfico de drogas, el asalto y robo, la violación de menores, el abigeato y cualquier otro delito considerado especialmente grave.

En cuanto a la libertad incondicional, el prever que procede cuando se ha descartado fehacientemente la imputación no solo es superflua sino también peligrosa. Lo primero porque si el juez tiene dudas sobre la responsabilidad del procesado debe continuar investigando y, de ser necesario, mantener detenido al procesado para evitar, por ejemplo, que destruya pruebas o se coluda con posibles participantes en el delito investigado. Lo segundo porque, en razón de las deficiencias del sistema judicial, llevará al juez a no disponer la libertad incondicional a pesar que ha adquirido la convicción de la inocencia del procesado. Para esto se escudará en la aplicación literal de la ley, interpretando restrictivamente el término "fehacientemente".

Si la resolución de excarcelación se dicta porque se considera que no hay elementos sobre la responsabilidad del procesado (por lo que se le libera incondicionalmente o se le declara inocente) aceptar, el hecho de mantenerlo privado de libertad constituye una detención ilegal. La posibilidad de que el juez sea inepto o corrupto no debe perjudicar al procesado inocente, sobre todo si se tiene en cuenta la lentitud de la administración de justicia y la manipulación política de que es objeto con frecuencia. El efecto suspensivo de la resolución de excarcelación es inconstitucional en la medida en que se da la prioridad a

la sociedad o al Estado en detrimento de la persona. La defensa de esta y de su dignidad "son el fin supremo de la sociedad y del Estado" (artículo 1 de la Constitución) y no al revés.

Entre las repeticiones superfluas, es de señalar que en el artículo 2, se dice "el control de la investigación policial preliminar tendrá lugar de conformidad con lo previsto en la Constitución y en esta ley". La aplicación de lo dispuesto en la Constitución no requiere, en este aspecto, de la promulgación de una norma de este tipo. El artículo 1 constituye más bien una declaración teórica, ya que tanto de la denominación que se dé a la ley o decreto como de las demás disposiciones se desprende que se regula el procedimiento por delitos de terrorismo y cuáles son las etapas que este procedimiento comprende. Se confunde la elaboración de una norma legal con la formulación de una afirmación teórica. Lo mismo se puede decir de lo dispuesto en el artículo 20. Según esta disposición, "el esclarecimiento de la verdad mediante la actividad jurisdiccional tendrá lugar aplicando la ciencia y la técnica y empleando medios probatorios legítimos, pertinentes, conducentes y útiles". En una ley o decreto especial, una declaración de esta naturaleza no tiene sentido. Son criterios aplicables a todo proceso. En contra de la intención de sus autores, esta declaración lírica puede ser utilizada como medio de propaganda de un régimen que no hace nada por racionalizar, perfeccionar, tecnificar y financiar la administración de justicia.

Esto último muestra, a diferencia de lo que sucede en otros países, que las reformas legislativas se proyectan sin evaluar debidamente tanto el alcance político (positivo o negativo) como el costo económico de las medidas propuestas. El aspecto económico determina la factibilidad de la reforma. Como no pensar que es utópico, desgraciadamente, que el Estado peruano esté en condiciones de otorgar una remuneración adicional al cargo, un seguro de vida y la protección permanente a los jueces especializados en el procesamiento de los casos de terrorismo y a los auxiliares juridisccionales, cuando ni siquiera es capaz de pagarles sueldos que les permita vivir dignamente.

iv) Delito de terrorismo

El restar vaguedad a "las configuraciones delictivas, dosificar sus penalidades y humanizar su ejecución penitenciaria", no pueden ser obtenidos si no se abandonan los criterios de base que inspiran la legislación represora del terrorismo. En este sentido, la propuesta conserva algo más que "la estructura básica de la legislación precedente". Veamos algunos ejemplos.

Para definir el "delito de terrorismo" se sigue recurriendo a dos elementos básicos: el acto y los medios. Se alude al primero diciendo únicamente: realizar "actos que pongan en peligro la vida, la salud, la libertad o el patrimonio". Los medios son señalados diciendo: "utilizando armamentos, explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o que afecten las relaciones internacionales del Estado".

De modo que, a diferencia de lo previsto hasta ahora, se trata de un delito de peligro concreto, individual o colectivo, porque solo se hace referencia a los bienes jurídicos (vida, salud, libertad, patrimonio) y no a la persona física como su titular. Su distinción respecto a los delitos de peligro individual o colectivo, ya previstos en nuestro Código Penal, está dada por el medio empleado por el delincuente. Este medio puede ser cualquiera siempre y cuando sea capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afecte las relaciones internacionales del Estado. Como ejemplos, se mencionan los armamentos y los explosivos. Con estos medios se pueden causar "estragos"; por ejemplo, matar o lesionar personas, dañar los bienes pertenecientes a terceros y perturbar la tranquilidad pública. Estos resultados no deben sin embargo producirse para que se consuma el delito de terrorismo.

Dada la naturaleza de los medios y del peligro, en la práctica surgen serios problemas para diferenciar los actos previstos como delito de terrorismo y los atentados delictuosos que, por ejemplo, dañan la vida (homicidio) y la salud (lesiones) de las personas. Se puede considerar, primero, que estos requieren la muerte o el daño en la salud de la víctima y la intención de provocarlos de parte del autor, mientras que el delito de terrorismo se consuma con la simple puesta en peligro de la vida o la salud y el agente debe actuar solo con la intención de crear dicho peligro, no con la de matar o lesionar. Segundo, en que si el homicidio y las lesiones son cometidos por cualquier medio, el peligro en que consiste el delito de terrorismo debe ser provocado por uno de los medios peligrosos señalados o tener como efecto perturbar las relaciones internacionales. Por ejemplo, colocar una bomba en un mercado, delante de una delegación policial o de una embajada extranjera. En buena cuenta, solo existe entre ambos grupos una diferencia de grado que se tiene en cuenta para crear un delito sui generis; diferencia que resulta una ficción en la práctica ya que como lo muestran los ejemplos dados, resultaría muy fácil admitir que el agente ha querido, al menos con dolo eventual, matar o lesionar.

La diferencia tendra que establecerse entonces en base al hecho consistente, según el proyecto comentado, en que el agente obre como integrante de una organización terrorista o "colaborando con sus objetivos y fines". Pero esta

última frase abre las puertas para que cualquiera que cometa uno de los actos reprimidos sea comprendido como autor del delito de terrorismo. Así resultará fácil, debido a la orientación fuertemente represiva de la legislación y de sus aplicadores, considerar que quien coloca una bomba lo haya hecho con la intención de colaborar con los fines del movimiento terrorista.

Como último criterio para establecer la diferencia queda el del bien jurídico lesionado. Según los autores del proyecto, "el bien jurídico tranquilidad pública que es lesionado y puesto en peligro por este delito, mediante actos que lesionan otros bienes jurídicos (vida, salud, libertad, patrimonio) es el más adecuado para la concreción legislativa de este delito". Como lo hemos visto respecto al artículo 1, esta afirmación no es correcta porque la perturbación de la tranquilidad pública no es un elemento constitutivo del delito de terrorismo. Solo es mencionada para caracterizar uno de los medios que puede utilizar el delincuente. Comprendidos así los actos previstos en el artículo 1 del proyecto, resulta casi imposible imaginar que estos implican siempre la afectación de la tranquilidad pública como lo afirman los autores del proyecto. No basta que el redactor de la ley lo diga para que quien la aplique lo acepte, es necesario que de alguna manera sea también expresado en el texto legal.

La vaguedad de la definición del delito de terrorismo no solo está relacionada con las dificultades que existen en describirlo de manera específica. Estas dificultades siempre existirán porque se busca comprender en una sola definición comportamientos diversos. Comportamientos que, de acuerdo a la realidad de la actividad terrorista, constituyen delitos ya previstos en la mayor parte de los casos en la ley. Este catálogo debería ser quizás completado: excepcionalmente, con alguna nueva disposición que describa un comportamiento específico. La creación de nuevos delitos es una vía altamente riesgosa. Un ejemplo claro es lo sucedido entre nosotros y que no evitan los autores del proyecto. Veamos enseguida uno de los aspectos de este problema.

La vaguedad también está determinada por la manera como se describen y reprimen los demás comportamientos delictuosos relacionados con el delito de terrorismo. Por ejemplo, el hecho de proporcionar alojamiento a terroristas o facilitar su traslado o fuga (artículo 2, inciso 2) es reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años ni mayor de veinte; la posesión de nitrato de amonio o de elementos que sirvan para su elaboración, con el propósito de utilizarlos en actos de terrorismo, es sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinte años ni mayor de veinticinco. Si tenemos en cuenta la pena, el primer caso (actos posteriores a la comisión del delito) es reprimido con la misma pena prevista para el delito de terrorismo básico y el segundo (actos pre-

paratorios para la realización del delito) con pena más grave. Con ninguno de estos comportamientos se perturba la tranquilidad pública ni se pone en peligro concreto la vida, la salud, la libertad o el patrimonio de terceros. Tampoco el agente debe recurrir a uno de los medios indicados en el artículo 1. En realidad, estos comportamientos constituyen, por la manera como son concebidos en el proyecto, delitos terroristas tanto o más graves que el delito de terrorismo básico. La definición de este delito queda así desvirtuada por deficiencias en la técnica legislativa e imprecisión de los criterios de política criminal aplicados. Casi nada se avanza, en realidad, respecto a la legislación vigente.

Lo mismo sucede respecto al delito de apología del terrorismo (artículo 3), según los autores del proyecto se ha modificado su descripción porque "no se puede punir la apología in genere, pues esta (sic) viola la libertad de expresión". Lo cierto es que la apología del terrorismo puede ser fácilmente considerada como un caso de "incitación al terrorismo" (artículo 4), debido a la manera vaga como ha sido definido este delito. Además, resulta curioso que se defina la apología recurriendo al elemento "persona condenada" y, al mismo tiempo, se afirme en la exposición de motivos que el "arrepentimiento de terroristas" fue usado indiscriminadamente provocando una serie de arbitrariedades, tales como la detención y en algunos casos la condena a penas severísimas basadas en las imputaciones de arrepentidos terroristas". La defensa de condenados injustamente puede ser objeto fácilmente de represión por apología del inocente condenado. Así, se abren las puertas para la restricción abusiva de la libertad de expresión.

En cuanto a las penas, el proyecto resulta incoherente y extremadamente severo. Incoherente porque luego de recordar que, según el Código Penal la pena "tiene función preventiva, protectora y resocializadora", así como de afirmar que la cadena perpetua viola la Constitución, prevé penas privativas de libertad no menor de 25 ni mayor de 30 años, no menor de 20 ni mayor de 25 y aún de 25 a cadena perpetua. La posibilidad de la libertad condicional resulta irrisoria si se tiene en cuenta la realidad de nuestras cárceles y la ausencia casi total de todo esfuerzo de resocializar al condenado. Además resulta también severo al absurdo, el reprimir más gravemente –no menor de 20 ni mayor de 25 años– un caso de actos preparatorios de terrorismo (artículo 5, posesión de insumos para explosivos) que el delito de terrorismo (no menor de 15 ni mayor de 20 años).

Las buenas intenciones no son suficientes. La exposición de motivos es mejor que el proyecto. En este no han sido plasmados todos los criterios expuestos en el primero. Esto no es debido a la incompetencia de los autores sino, en buena parte, al contexto político de nuestro país. Así, es de considerar que la

Constitución de 1993 establece un marco rígido y represivo: baste recordar que prevé una duración excepcional de la detención preventiva practicada por la policía (artículo 2, inciso 24, f), que niega de manera absoluta el carácter político del delito de terrorismo (artículo 37), que dispone la aplicación del Código de Justicia Militar a los casos de terrorismo (artículo 173) y que prevé la pena de muerte para sus autores. El aspecto positivo del proyecto es que constituye la demostración más clara de los errores cometidos en el pasado y de la necesidad que existe de enmendarlos.

d) Proyectos de ley de José Hurtado Pozo

i. Primer proyecto: Exposición de motivos

El terrorismo es un método, un sistema de actuar. No se trata, como admiten casi todos los juristas, de un delito especial, autónomo. En el lenguaje político y jurídico aparece con ocasión de la Revolución francesa. Primero, para designar un tipo de gobierno; y, segundo, para denominar una serie de actividades contrarias al régimen constituido.

Desde muy temprano, ha existido preocupación para elaborar una legislación reguladora y represora de tal tipo de acciones. Conocidos atentados contra reyes y jefes de Estado impulsaron el afán de materializar dicha legislación, orientándola a determinar la figura delictiva y a resolver los problemas de extradición.

En los países europeos, se sucedieron, de esta manera, diversas leyes especiales para reprimir, especialmente, los atentados anarquistas. En estas leyes se encuentran los antecedentes de las disposiciones modernas sobre esta materia.

Dos tendencias pueden, *grosso modo*, distinguirse en la legislación. Una consistente en la elaboración de leyes especiales y complementarias al Código Penal. Otra, en la integración en el Código Penal de las diversas figuras que deben ser reprimidas. La primera tendencia ha sido, generalmente, abandonada en la medida en que se han ido perfeccionando los códigos, por la consagración de los principios básicos del llamando derecho penal liberal. La segunda es más conforme con el régimen jurídico y político de un Gobierno parlamentario.

En diversas épocas, se ha tratado de luchar contra el terrorismo en nuestro país, mediante leyes de emergencia y excepción. Se trata de las leyes de seguridad interior de la República. En años recientes, se ha recurrido al dictado de leyes o decretos leyes más concretos, pero asimismo severos.

El principal defecto de este tipo de legislación consiste en la quiebra producida en la sistemática del Código Penal. Primero, porque desnaturaliza las diversas figuras delictivas descritas, generalmente con corrección, por nuestro legislador siguiendo al modelo helvético; segundo, porque viola, con frecuencia, los principios de legalidad, de culpabilidad, de individualización penal, y, por último, de oportunidad y necesidad de la represión. Principios que sirven de fundamento al derecho penal liberal.

Entre las disposiciones a que nos referimos son de señalar la Ley N.º 15590 y los Decretos Leyes 19040, 19910 (arts. 1 y 2) y 20828. Un análisis detallado de estas disposiciones sería demasiado extenso. Basta como ejemplo la siguiente observación en relación con el Decreto Ley N.º 19040, en cuyo artículo tercero, se estatuye la pena de muerte (ahora internamiento) a quien, mediante explosivos o bombas, cause la muerte de una persona. Sin embargo, en el artículo 152 del Código Penal, se califica de asesinato y se reprime con igual pena, a quien, intencionalmente, mate a otro usando fuego, explosión o cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o la salud de las personas. Si el legislador no trataba de regular dos veces y de la misma manera idéntica acción, se debería suponer que en el Decreto Ley N.º 19040 solo se refería al hecho de causar, aun cuando no intencionalmente la muerte.

Sin embargo, admitir este criterio significaría volver a la simple responsabilidad objetiva o por el resultado, propio de una época hace mucho tiempo superada por el derecho penal liberal.

Creemos más conveniente, para los efectos de la presente exposición, analizar someramente el proyecto parlamentario de Alva Orlandini y el del Ministro de la Jara referentes al terrorismo.

En relación con el primero, señalemos su parecido con los proyectos presentados, en los congresos internacionales sobre terrorismo, y consistente en regular en una sola disposición los diversos casos de actos terroristas. El rechazo mayoritario contra esta técnica legislativa, materializado concretamente en el Cuarto Congreso por la Unificación del Derecho Penal (París 1931) y patrocinado por la Sociedad de Naciones, se basó en el criterio que el terrorismo comporta actos que aterrorizan o que producen alarma en la población, es decir, que es una manera de concebir un peligro común. Asimismo, se consideró que las acciones que se mencionaban en el proyecto (semejantes a nuestro proyecto parlamentario) son delitos diferenciados y clasificados en diversas categorías; no pudiéndose elaborar una sola infracción con solo agruparlas en una misma disposición.

Además, señalemos la incorrección de ubicar a este delito en la sección del Código referente a la traición a la patria; al mismo tiempo que se alude a sabotaje identificando ambas expresiones que indican realidades diferentes, con lo que se aumenta la vaguedad de la norma. En el fondo, mediante una disposición semejante, se iguala represivamente, debido a la severidad de la pena, comportamientos tan diferentes en su naturaleza y gravedad. Por último, se hace una enumeración casuística de los daños que deben ser provocados sin tener en cuenta su correspondencia con los delitos del código, especialmente los delitos contra la seguridad pública.

El proyecto del Ministerio del Interior, es, en primer lugar, incompleto; pues, en la realidad solo se trata de una ley referente al uso, empleo y fabricación de explosivos. De esta manera, se deja de lado una serie de actos terroristas. La paz pública puede ser, igualmente, alterada por muchos otros medios.

Por esta razón, el legislador suizo al elaborar las disposiciones dirigidas a combatir los actos que nos preocupan, consideró mejor regular en detalle los diversos actos contra la seguridad y la paz pública. Nuestro legislador se inspiró, al elaborar el Código de 1924, en los trabajos legislativos helvéticos. Por esto, no es correcto afirmar que en nuestro Código Penal no se encuentren disposiciones referentes al terrorismo. Valga como ejemplo señalar que los suizos completaron, primero su viejo Código Federal de 1853, mediante una disposición sobre explosivos. Enseguida, incorporaron las disposiciones de esta ley en sus proyectos de Código Penal; para luego en diciembre de 1924, dictar una nueva Ley federal siguiendo el proyecto de 1928. Nuestro legislador tuvo como modelo, precisamente, este proyecto para redactar nuestro código. De este modo, las normas suizas contra los atentados terroristas, por entonces sobre todo anarquista, llegaron a formar parte de nuestra legislación.

Por no ser correcta, pues, la afirmación que en nuestro Código Penal no existen normas represoras de actos terroristas, resulta pertinente completar y perfeccionar las disposiciones referentes contra la seguridad y tranquilidad públicas; en lugar de romper su sistemática.

El artículo 3 del proyecto del Ministerio del Interior adolece del mismo defecto que el señalado respecto al artículo 3 del Decreto Ley N.º 19040, al reprimir el homicidio causado mediante explosivos ya previsto en el artículo 152 del Código Penal. En este mismo artículo, se atenta contra el principio de la penal al reprimirse con pena extremadamente severa el hecho de causar lesiones a una persona y el de daños que bien pueden ser, al no decirse nada en el proyecto, lesiones o daños leves.

En los artículos 5 y 6 del proyecto anotado, se desnaturaliza completamente el régimen de participación delictiva de nuestro sistema penal. Así, por ejemplo, se dice "quienes instigaren o indujeren", como si se tratase de acciones diferentes. Además, no se tiene en cuenta que, conforme al artículo 100 de nuestro Código, coautores, instigadores y cómplices primarios serán considerados como autores para los efectos de represión; de acuerdo con el sistema interno del proyecto, por el contrario, los instigadores o cómplices podrían ser tratados menos severamente que el autor a pesar de su igual peligrosidad. Por esto, resulta preferible permanecer dentro de los marcos del código.

Por último, la agravante señalada en el artículo 7 resulta, por no establecerse como circunstancia específica, comprendida en la norma general del artículo 51 que estatuye los índices objetivos y subjetivos de peligrosidad, según los cuales se individualizará la pena entre el mínimum y máximum, señalados en la norma penal.

Por todas estas razones, nosotros proponemos reformar el Código Penal en sus secciones Sétima y Octava, dedicadas a los delitos contra la tranquilidad pública.

Con este objeto, en primer lugar, aumentamos prudentemente alguna de las sanciones establecidas en las disposiciones respectivas. En segundo lugar, regulamos los casos de muerte o lesión preterintencionales que pueden presentarse en la comisión de los delitos contra la seguridad pública. En tercer lugar, incorporamos nuevas figuras delictivas. Algunas para completar los vacíos del código y otras con el fin de dar fuerza penal a varias convenciones internacionales firmadas y ratificadas por el Perú. Entre las primeras es de destacar el delito consistente en alarmar o intimidar un número indeterminado de personas cometiendo alguno de los delitos contra la seguridad pública. En realidad, se trata de una figura agravada de estos delitos, por el móvil que impulsa al delincuente. La pena es establecida proporcionalmente a las diversas circunstancias generales de la infracción. Entre las segundas, señalemos la piratería aérea, el genocidio y los atentados contra personas internacionalmente protegidas.

ii. Primer proyecto: texto

> ***Artículo 1.*** *Modifícase los artículos 261, 263, 264, 265, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282 y 296 del Código Penal en los términos siguientes:*
>
> ***Artículo 261.*** *El que, intencionalmente, causare un incendio será reprimido con penitenciaría no mayor diez años.*

La pena será penitenciaría no menor de tres años, si el delincuente hubiere a sabiendas puestos en peligro la vida o la salud de las personas.

Artículo 263. *El que, intencionalmente, hubiere causado una explosión de gas, gasolina, petróleo o de sustancias, análogas y hubiere puesto en peligro, a sabiendas, la vida o la salud de las personas o la propiedad de otro será reprimido con penitenciaría no mayor de diez años.*

Si el delincuente hubiere ocasionado muerte o lesión grave a una persona y si pudo prever este resultado será reprimido con penitenciaría no menor de cinco años ni mayor de quince años.

Si el daño fuere de poca importancia el juez podrá imponer prisión no mayor de un año.

Si la explosión hubiere sido causada por negligencia, la pena será de prisión no mayor de dos años, o multa de la rente de tres a noventa días.

Artículo 264. *El que, intencionalmente y con designio delictuoso hiciere empleo de explosivos o bombas y pusiere a sabiendas en peligro la vida o la salud de las personas o la propiedad de otro, será reprimida con penitenciaría no mayor de diez años.*

Si el delincuente hubiere ocasionado muerte o lesión grave a una persona y si él pudo prever este resultado, será reprimido con penitenciaría no menor de cinco años ni mayor de quince años.

Artículo 265. *El que fabricare explosivos o bombas, o armas de fuego o municiones, o sustancias u objeto inflamable, asfixiante, tóxico, corrosivo o infeccioso, o los transmitiere a otro, o los conservare ocultos, será reprimido con penitenciaría no mayor de diez años.*

El que se procurare alguno de los medios señalados en el párrafo anterior o elementos para su fabricación, o los transmitiere a otro, los conservare, ocultare o transportare, sabiendo o debiendo presumir su destino delictuoso, será reprimido con penitenciaría no mayor de siete años.

Artículo 267. *El que, intencionalmente, causare una inundación o el derrumbe de una construcción o la sumersión o el varamiento de una nave y pusiere en peligro, o sabiendas, la vida o la salud de las personas o la propiedad de otro, será reprimido con penitenciaría no mayor de diez años.*

Si el delincuente hubiere ocasionado muerte o lesión grave de una persona y si él pude prever este resultado, será reprimido con penitenciaría no menor de cinco años ni mayor de quince años.

Artículo 267-A. *El que dañare, destruyere o inutilizare instalaciones eléctricas, instalaciones destinadas a la conducción de productos combustibles o productos similares, trabajos hidráulicos, especialmente, diques, esclusas u obras de protección contra las fuerzas naturales, y pusiere en peligro a sabiendas, la vida o*

la salud de las personas o la propiedad de otro, será reprimido con penitenciaría no menor de diez años.

Si el delincuente hubiere ocasionado muerte o lesión grave a una persona y si él pudo prever este resultado, será reprimido con penitenciaría no menor de cinco años ni mayor de quince años.

Si el daño fuere de poca importancia el juez podrá imponer prisión no mayor de un año.

Si el daño fuere causado por negligencia, la pena será de prisión no mayor de dos años o multa de la renta de tres a noventa días.

Artículo 268. *El que, intencionalmente, impidiera o perturbare la circulación pública, especialmente la circulación en las vías públicas o por agua o por aire y pusiere a sabiendas en peligro la vida o la salud de las personas, será reprimido con prisión no mayor de cuatro años.*

La pena será penitenciaría no menor de tres años ni mayor de diez años si el delincuente hubiere puesto a sabiendas en peligro la vida o la salud de un gran número de personas, o si hubiere causado daño grave en las vías, instalaciones u otro elemento necesario para el mantenimiento y norma desenvolvimiento de la circulación pública.

Si el delincuente hubiere ocasionado muerte o lesión grave a una persona y si él pudo prever este resultado, será reprimido con penitenciaría no menor de cinco años ni mayor de quince años.

La pena será de prisión o multa de la renta de tres a treinta días si el delincuente hubiere obrado por negligencia.

Artículo 269. *El que, intencionalmente, impidiere o perturbare el servicio de ferrocarriles y pusiera a sabiendas en peligro la vida o la salud de las personas o la propiedad de otro, especialmente originando el riesgo de un descarrilamiento de una colisión, será reprimido con penitenciaria no menor de dos años o prisión no menor de seis meses ni mayor de dos años.*

Si el delincuente hubiere ocasionado muerte o lesión grave a una persona y si él pudo prever este resultado, será reprimido con penitenciaría no menor de cinco años ni mayor de quince años.

Artículo 271. *El que, intencionalmente, impidiera o perturbare la explotación de una empresa pública destinada a las comunicaciones, especialmente de ferrocarriles, correos, telégrafos o teléfonos, o el que, intencionalmente, impidiera o perturbare la explotación de un establecimiento o de una instalación destinada a distribuir al público el agua la luz, la fuerza o el calor, será reprimido con prisión no mayor de cinco años.*

La pena será prisión o multa de la renta de tres a treinta días, si el delincuente hubiera obrado por negligencia.

Artículo 271-A. *El que dañare, destruyere, suprimiere, inutilizare, pusiere fuera de uso un aparato destinado a prevenir accidentes, especialmente en una fábrica, mina, u omitiere instalarlo, en contra de las disposiciones vigentes, y pusiere a sabiendas, en peligro la vida o la salud de las personas, será reprimido con prisión no mayor de cinco años.*

La pena será penitenciaría no mayor de quince años ni menor de cinco, si el delincuente hubiere ocasionado muerte o lesión grave a una persona y si él pudo prever este resultado.

La pena será prisión no mayor de dos años, si el delincuente hubiere obrado por negligencia.

Artículo 273. *Si el delincuente hubiere ocasionado, mediante los actos de violencia u hostilidad mencionados en el artículo anterior, la muerte de una de las personas que se encontrare a bordo de la nave atacada, y si él pudo prever este resultado, será reprimido con pena de penitenciaría no menor de cinco años, ni mayor de quince años.*

Artículo 273-A. *El que aprovechando de las condiciones especiales de la navegación aérea, se apoderare, controlare o dominare una aeronave, mediante violencia o amenaza grave contra una persona que se encuentra a bordo o contra una persona encargada del curso o de la seguridad de la aeronave, será reprimido con pena de penitenciaría no menor de dos años ni mayor de diez años.*

La pena será penitenciaría no menor de diez años si el delincuente hubiere ocasionado muerte o lesión grave a una persona y si él pudo prever este resultado.

Artículo 273-B. *El que ejerciere violencia o amenazare a una persona que se encuentra a bordo de una aeronave, o dañare a la aeronave, o colocare un artefacto o sustancia capaz de destruirla o dañarla o destruyere o dañare las instalaciones o servicios de instalación aérea o perturbare su funcionamiento, y pusiere a sabiendas, en peligro la seguridad de una aeronave en vuelo, será reprimido con penitenciaría no mayor de diez años ni menor de dos años.*

La pena será de penitenciaría no mayor de cinco años si el delincuente comunicare, a sabiendas, informes falsos y pusiere en peligro la seguridad de una aeronave en vuelo.

Artículo 274. *El que contaminare aguas superficiales o subterráneas, especialmente vertiendo o emitiendo cualquier sustancia o residuo sólido, líquido o gaseoso, o infringiendo las normas vigentes para evitar la contaminación y hubiere puesto en peligro, a sabiendas, la vida o la salud de las personas, la flora o la fauna, será reprimido con pena de prisión no mayor de cuatro años.*

La pena será penitenciaría no mayor de siete años, si el delincuente contaminara con sustancias nocivas a la salud el agua potable destinada al uso de las personas o de los animales domésticos.

Si el delito hubiere sido cometido con ocasión de la explotación de una industria o en el ejercicio de otra actividad y con infracción de las normas reglamentarias, el delincuente será reprimido con pena de prisión no menor de dos años, multa de la renta de treinta a noventa días y clausura temporal o definitiva del establecimiento.

La pena será penitenciaría no menor de cinco años ni mayor de diez años si el delincuente hubiere ocasionado muerte o lesión grave a una persona y si él pudo prever este resultado.

Artículo 275. *El que, intencionalmente, fabricare un producto de manera que su consumo, o su uso normal o probable, ponga en peligro la salud de las personas será reprimido con prisión no mayor de cuatro años y la multa de la renta de diez a noventa días.*

La pena será penitenciaría no mayor de siete años y multa de la renta de diez a noventa días si el delincuente sabía que el consumo o el uso del producto originaba peligro de muerte o si el delincuente fuere habitual en la fabricación de tales productos.

En los casos de este artículo la sentencia de condena será publicada. Los productos nocivos serán confiscados.

Artículo 276. *El que sabiendo que el consumo de un producto o su empleo norma o probable pudiera comprometer la salud de las personas, lo pusiera intencionalmente en venta o en circulación, o lo importare o lo tomare en depósito, será reprimido con prisión no mayor de cuatro años o multa de la renta de diez o noventa días.*

La represión será de prisión no mayor de siete años y multa de la renta de diez a noventa días, si el delincuente sabía que el consumo o lo empleo del producto originaba un peligro de muerte.

La pena será de multa, si el delincuente hubiere obrado por negligencia. En los casos de este artículo la sentencia de condena será publicada. Los productos nocivos serán confiscados.

Artículo 277. *El que, intencionalmente, propagare una enfermedad peligrosa y transmisible, será reprimido con prisión no mayor de cinco años ni menor de un año.*

La pena será de penitenciaría, propagare un parásito o germen peligroso para la cultura agrícola, será reprimido con prisión no mayor de cuatro años.

La pena será de penitenciaría no mayor de siete años, si por maldad, el delincuente hubiere causado un daño considerable.

La pena será prisión o multa de la renta de tres a treinta días, si el delincuente hubiere obrado por negligencia.

Artículo 279. *El que, intencionalmente, propagare una epizootia entre los animales domésticos será reprimido con prisión no mayor de cuatro años.*

La pena será penitenciaría no mayor de siete años, si por maldad, el delincuente hubiere causado un daño considerable.

La pena será prisión o multa de la renta de tres a treinta días, si el delincuente hubiere obrado por negligencia.

Artículo 281. *El que, alarmare o intimidare a un número indeterminado de personas por la amenaza de un grave peligro para la vida, la salud o la propiedad especialmente por la amenaza de asesinato, incendio, explosión o cualquier otro delito contra la seguridad pública, será reprimido con prisión no mayor de cinco años.*

La pena será de penitenciaría no menor de cinco años ni mayor de diez años si el delincuente fuera miembro de las Fuerzas Armadas o de las Fuerzas Policiales.

Artículo 281-A. *El que, con propósito de alarmar o intimidar un número indeterminado de personas, hubiere cometido alguno de los delitos contra la seguridad pública, será reprimido con pena de penitenciaría no mayor de diez años mi menor de cinco años.*

La pena será de penitenciaría no menor de cinco años ni mayor de diez años si el delincuente fuera miembro de las fuerzas Armadas o de las Fuerzas Policiales.

La pena será de penitenciaría no menor de diez años ni mayor de veinte, si el delincuente hubiere ocasionado muerte o lesión grave a una persona y si él pudo prever este resultado.

Artículo 281-B. *El que tomare parte en una conspiración o agrupación de tres o más personas, para cometer delitos de homicidio, secuestro, robo, tráfico ilícito de drogas, o contra la seguridad pública, será reprimido con prisión no menor de un año mi mayor de cinco años.*

La pena será de penitenciaría no menor de cinco años ni mayor de diez años si el delincuente fuera miembro de las Fuerzas Armadas o de las Fuerzas Policiales.

No será punible el participe que impida avisando a la autoridad o al amenazado o de cualquier otra manera la realización del delito planeo.

Artículo 282. *El que provocare públicamente a un delito que merezca penitenciaría, será reprimido con penitenciaría no mayor de cinco años o prisión no mayor de dos años.*

Artículo 296. *El que violare las inmunidades del jefe de un Estado o de algún agente diplomático, o ultrajara en la persona de éstos a un Estado extranjero, o, por acto de menosprecio a una Nación amiga, arrebatare o de graduare los emblemas de su soberanía, especialmente su bandera o su escudo, será reprimido con prisión no mayor de dos años o multa de la renta de tres a treinta días.*

Artículo 296-A. *El que, atente, en territorio nacional, contra la vida, la salud o la libertad de un jefe de Estado, agente diplomático u otra persona que goce*

de protección internacional, será reprimido en caso de atentado contra la vida, con pena de penitenciaría, no menor de quince años; y en los demás casos con penitenciaría no menor de diez años.

Artículo 2. *El que, con propósito de destruir, total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, cometiere alguna de las aciones siguientes, será reprimido:*

Con pena de penitenciaría no menor de quince años ni mayor de veinte, si matare a alguno de sus miembros;

Con la pena de penitenciaría no menor de cinco años ni mayor de diez años, si sometiere al grupo o a uno de sus miembros a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o su salud, osi trasladare por la fuerza la grupo o a uno de sus miembros;

Con pena de penitenciaría, no menor de diez años ni mayor de veinte, si le causare lesiones graves, especialmente la castración, esterilización, mutilación de una órgano importante.

El delincuente es reprimido aún cuando el delito ha sido cometido en el extranjero, si entrare en territorio de la república y no fuere entregado al extranjero.

iii. Segundo proyecto: texto

Artículo 1. *El que con propósito de alarmar o intimidar a un número indeterminado de personas, hubiere cometido alguno de los delitos contra la seguridad pública o de los delitos previstos en los artículos 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12 y 13 de este Decreto legislativo, será reprimido con pena de penitenciaría no mayor de diez años, ni menor de cinco años.*

La pena será de penitenciaría no menor de diez años ni mayor de veinte años, si el delincuente hubiere ocasionado muerte o lesión grave a una persona y si él prever este resultado.

Si el delincuente fuere miembro de las fuerzas Policiales o de las Fuerzas Armadas, será reprimido con pena de penitenciara no mayor de quince años ni menor de cinco años.

Artículo 2. *El que tomare parte en una conspiración o agrupación de tres o más personas, para cometer delitos de homicidio, secuestro, robo, tráfico ilícito de drogas o contra la seguridad pública, será reprimido con prisión no menor de un año ni mayor de cinco años.*

La pena será de penitenciaría no menor de cinco años ni mayor de diez años, si el delincuente fuere miembro de las fuerzas Policiales o de las Fuerzas Armadas.

No será punible, el partícipe que impida, avisando a la autoridad o al amenazado o de cualquier otra manera, la realización del delito planeado.

Artículo 3. *La pena será de penitenciaría no menor de cinco años ni mayor de quince, si el delincuente hubiere ocasionado, al cometer uno de los delitos contra la seguridad pública, salvo el caso del artículo 280, muerte o lesión grave de una persona y si él pudo prever este resultado.*

Artículo 4. *Modifícase el artículo 265 del Código pena en el sentido siguiente:*

Artículo 265. *El que fabricare explosivos o bombas, o armas de fuego amuniciones, o sustancia u objeto inflamable, asfixiante, tóxico, corrosivo o infeccioso, o los transmitiere a otro, los conservare, ocultare o transportare, sabiendo o debiendo presumir su destino delictuoso, será reprimido con penitenciaría no mayor de diez años.*

El que se procurare alguno de los medios señalados en el párrafo anterior o elementos para su fabricación, o los transmitiere a otro, los conservare, ocultare o transportare, sabiendo o debiendo presumir su destino delictuoso, será reprimido con penitenciaría no mayor de siete años.

Artículo 5. *El que dañe, destruyere o inutilizare instalaciones eléctricas, instalaciones destinadas a la conducción de combustibles o productos similares, trabajos hidráulicos, especialmente diques, esclusas o obras de protección contra las fuerzas naturales, y pusiere en peligro, a sabiendas, la vida o la salud de las personas o la propiedad de otro, será reprimido con penitenciaría no mayor de diez años.*

Si el delincuente hubiere ocasionado muerte o lesión grave a una persona y si él pudo prever este resultado, será reprimido con penitenciaría no menor de cinco años ni mayor de quince años.

Si el daño fuere de poca importancia, el juez podrá imponer prisión no mayor de un año.

Si el daño fuere ocasionado por negligencia, la pena será de prisión no mayor de dos años o multa de la rente de diez a noventa días.

Artículo 6. *El que impidiere o perturbare la circulación pública, mediante la producción de un daño grave en las vías, instalaciones u otro elemento necesario para el mantenimiento y normal desenvolvimiento de la circulación pública, será reprimido con penitenciaría no menor de tres años ni mayor de diez años.*

Artículo 7. *El que interrumpiere o perturbare la comunicación telegráfica o telefónica, mediante la producción de un daño grave en los locales, instalaciones u otros elementos necesarios para el mantenimiento y normal funcionamiento de las comunicaciones telegráficas o telefónicas, será reprimido con pena de penitenciaría no menor de tres años ni mayor de diez años.*

i) Comentario

Las cuatro primeras disposiciones propuestas tienen por objetivo perfeccionar y modificar el artículo 3 del Decreto Ley N.º 14090. En este regla, se disponía de manera demasiado esquemática la producción de muerte, lesiones y daños en el patrimonio ajeno. La precisión buscada en los artículos proyectados busca respetar, celosamente, el principio de la legalidad. La ampliación de la represión se logra, primero, al no hacer depender la producción de los resultados materiales del solo empleo de explosivos y, segundo, al considerárseles en el artículo 1 del presente proyecto de Decreto Legislativo a fin de aumentar la represión cuando sean cometidos con el fin de alarmar o intimidar un número indeterminado de personas.

> **Artículo 8.** El que, sin alzamiento público, por violencia o amenaza, impidiera a un miembro de las Fuerzas Policiales, encontrándose este en acto de servicio, ejercer sus funciones, o le obligare a practicar un determinado acto de sus funciones, o le estorbare en el ejercicio de éstas, ser'a reprimido con prisión no menor de dos años ni mayor de cinco años.
> La pena será penitenciaría no menor de cinco años ni mayor de diez, si el delincuente hubiere ocasionado una lesión grave a la víctima y si el pudo prever este resultado.

Mediante el artículo 8, se busca mejorar, en armonía con lo previsto en el Código Penal (artículo 321: violencia o resistencia a la autoridad), lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto Ley N.º 19910. En esta norma, se reprimía, desnaturalizando las normas del Código Penal y admitiendo el primitivo principio de la responsabilidad objetiva o por el simple resultado, el denominado ataque a miembros de las fuerzas policiales.

> **Artículo 9.** Modifícase el artículo 274 del Código Penal de la manera siguiente:
>
> **Artículo 274.** El que contaminare aguas superficiales o subterráneas, especialmente vertiendo o emitiendo cualquier sustancia o residuo sólido, líquido o gaseoso, o infringiendo las normas vigentes para evitar la contaminación, y hubiere puesto en peligro, a sabiendas, la vida o la salud de las personas, la flora o la fauna, será reprimido con pena de prisión no mayor de cuatro años.
>
> La pena será penitenciaría no mayor de siete años, si el delincuente contaminare con sustancias nocivas a la salud el agua potable destinada la uso de las personas o los animales domésticos.

> Si el delito hubiere sido cometido con ocasión de la explotación de una industria o en el ejercicio de otra actividad y con infracción de las normas reglamentarias, el delincuente será reprimido con pena de prisión no menor de dos años, multa de la renta de treinta a noventa días y clausura temporal o definitiva del establecimiento.
>
> La pena será penitenciaría no menor de cinco años ni mayor de diez años, si el delincuente hubiere ocasionado muerte o lesión grave a una persona y si él pudo prever este resultado.

Mediante el artículo 9, creemos que se perfeccionan las normas de carácter penal del Decreto Ley N.º 17752 (artículos 22 y 122). Conservando la sistemática del Código, se perfeccionan y completan sus disposiciones. El considerársele en el artículo 1 del presente proyecto, se establece la represión de los posibles actos terroristas cometidos por el envenenamiento de aguas, no es de olvidar que esta clase de delitos fue considerada, originalmente, como claro caso de ataque anarquista.

> **Artículo 10**. El que, aprovechando de las condiciones especiales de la navegación aérea, se apoderare, controlare o dominare una aeronave, mediante violencia o amenaza grave contra una persona que se encuentra abordo o contra una persona que se encuentra encargada del curso o de la seguridad de la aeronave, será reprimido con pena de penitenciaría no menor de dos años ni mayor de diez años.
>
> La pena será penitenciaría no menor de diez años, si el delincuente hubiere ocasionado muerte o lesión grave a una persona y si él prever este resultado.

ii) Comentario

De este manera, creemos que se perfeccionan las normas de carácter penal del Decreto Ley N.º 17752 (artículos 22 y 122). Conservando la sistemática del Código, se perfeccionan y completan sus disposiciones. El considerársele en el artículo 1 del presente proyecto, se establece la represión de los posibles actos terroristas cometidos por el envenenamiento de aguas, No es de olvidar que esta clase de delitos fue considerada, originalmente, como claro caso de ataque anarquista.

> **Artículo 11**. El que ejerciere violencia o amenazare a una persona que se encuentra abordo de una aeronave, o dañare a la aeronave, o colocare un artefacto o sustancia capaz de destruirla o dañarla, o destruyere o dañare a la aeronave, o colocare un artefacto o sustancia capaz de destruirla o dañarla, o destruyere o dañare las instalaciones o servicios de navegación aérea o per-

turbare su funcionamiento, y pusiere, a sabiendas, en peligro la seguridad de una aeronave en vuelo, será reprimida con penitenciaría no mayor de diez años ni menor de dos años.

La pena será de penitenciaría no mayor de cinco años, si el delincuente comunicase, a sabiendas, informes falsos y pusiere en peligro la seguridad de una aeronave en vuelo.

Artículo 12. El que atente, en territorio nacional, contra la vida, la salud o la libertad de una persona que goce de protección internacional especialmente Presidente, Jefe de Gobierno, agente diplomático, será reprimido, en caso de atentado contra la vida, con pena de penitenciaría no menor de quince años; y, en los demás casos, con penitenciaría no menor de diez años.

Artículo 13. El que, con propósito de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, cometiere alguna de las acciones siguiente, será reprimido:

Con pena de penitenciaría no menor de quince años ni mayor de veinte, si matare a alguno de sus miembros;

Con pena de penitenciaría no menor de diez años ni mayor de veinte, si le causare lesiones graves, especialmente la castración, esterilización, mutilación de un órgano importante;

Con la pena de penitenciaría no menor de cinco años ni mayor de diez años, si sometiere al grupo o a uno de sus miembros a condiciones de existencia que ponga en peligro su vida o su salud, o si trasladare por la fuerza al grupo o a uno de sus miembros.

e) Proyecto de ley de Luis Roy Freyre

i. Exposición de motivos

- El terrorismo es una forma de comportamiento antisocial que ha sido ya considerado como delito en algunos textos penales y proyectado con el mismo carácter en varios documentos prelegislativos. Los esfuerzos por concretar su descripción típica se traducen:
- En el Código Penal de Rusia (1960) que utilizando expresamente el membrete marginal de "terrorismo", lo describe en su artículo 66 como el homicidio de un hombre de Estado cometido con ocasión del ejercicio de sus actividades públicas o estatales y con la finalidad de derribar o debilitar al poder soviético. Se trata aquí de un delito contra el Estado que la ley califica como una infracción especialmente

peligrosa. Asimismo, en el artículo 67 se sanciona otra modalidad del delito de terrorismo: es el caso del homicidio o las lesiones personales graves que se causen a un representante de Estado extranjero cuando el agente hubiere actuado con el objeto de provocar la guerra o complicaciones internacionales. Observamos que el Código Penal de la República Popular Húngara (1961), a pesar de estar muy influenciado por el Código Penal de Rusia, no ha recogido estas formas de comisión del terrorismo y ni siquiera la denominación de tal para otras figuras delictivas.

El Código Penal de Colombia (1980) tipifica el delito de terrorismo en su artículo 187 y lo estima como un atentado contra la seguridad pública. El delito consiste en crear o mantener un ambiente de zozobra, de perturbar el orden público, empleado contra persona o bienes, medios de destrucción colectiva. La "Relación Explicativa" de la comisión Asesora (1979) es muy escueta al respecto, pues solo se limita a decir que es una de las figuras nuevas que se introducen en el texto y "cuya importancia no se discute, particularmente cuando la subversión nihilista y anarquizante adopta continuamente los más destructivos medios de acción para socavar las instituciones, o simplemente, en muchos casos, como medio de vesánica protesta" (Nuevo Código Penal edición Oficial, 1980). En realidad, creemos que se imponía una más amplia fundamentación, sobre todo si se tiene en cuenta que la figura del terrorismo no aparecía en el anteproyecto de 1974, ni en el Proyecto de 1978.

- El Código Penal de España (texto refundido conforme a la Ley N.º 44/1971 establece el tipo básico del terrorismo en su artículo 260). El hecho aquí consiste en atentar contra la seguridad del Estado, la integridad de sus territorios, la unidad nacional, el orden institucional o del orden público ejecutando actos encaminados a la destrucción o deterioro de edificios públicos o privados, vías y medios de comunicación o transporte, conducción de energía eléctrica, u otra fuerza motriz u otros hechos análogos. En el artículo 261, se sanciona al que con propósito de atemorizar a los habitantes de una población o a clases o sectores determinados de la misma, o de realizar venganzas o represalias, de carácter social o político, utilice sustancias explosivas o inflamables o armas que normalmente sean susceptibles de causar daño grave en la vida o en la integridad de las personas, o cualquier otro medio o artificio para producir graves daños, u oca-

sionar accidente ferroviarios o de otros medios de locomoción o de comunicación.

- En el proyecto de Ley Orgánica de Código Penal para España (1980), se describe el delito de terrorismo en su artículo 260, ubicado bajo el rubro "de los delitos de terrorismo y tenencia de explosivos". Aquí se precisa que el agente debe actuar al servicio de una organización o grupo que tenga la finalidad de atentar contra la seguridad del Estado, o al menos colaborar en la alteración de la paz pública si no pertenece a la organización o al grupo, usando para el efecto medios catastróficos (derrumbamiento, inundación, voladura, etc.).
- En el Anteproyecto de Código Penal para Venezuela (1967), coelaborado por el recordado maestro Luis Jiménez de Asúa, se describe en el artículo 447 la figura denominada en dicho texto "intimidación del público con materias explosivas". La figura delictiva proyectada consiste en que el agente, que actúa con el solo objeto de producir terror en el público, de suscitar un tumulto, de causar desórdenes públicos, dispara armas de fuego o lanza sustancias explosivas o incendiarias contra personas o propiedades. Se resalta que la sanción indicada se aplica sin perjuicio de las penas correspondientes al delito en que hubiere usado dichas armas. Puede apreciarse que el maestro Luis Jiménez de Asúa evitó membretar la figura con el nombre de "terrorismo", pero no pudo eludir referirse en la descripción, con su propio nombre a la emoción que produce el acto: terror.

Los precedentes expuestos, además de los acuerdos adoptados en importantes congresos de juristas, así como también la acción y política general seguida por la Organización de Estados Americanos respecto al terrorismo (especialmente la Resolución aprobada en la Sexta Sesión Plenaria del 30 de junio de 1970), ponen de manifiesto la preocupación por que se describa legal y específicamente el delito de terrorismo. No recomendamos en especial ninguno de los códigos y proyectos que hemos citado. Declaramos, asimismo, que ninguno nos ha servido en particular para describir el delito de terrorismo cuya tipicidad hemos proyectados.

Respecto a la fundamentación del artículo que hemos propuesto decimos lo siguiente:

Artículo 1. Terrorismo

La descripción típica proyectada se ha hecho teniendo en cuenta los siguientes elementos constitutivos:

- Propósito del agente por provocar o mantener un estado de alarma impersonal.
- Creación de un estado de peligro inminente, es decir, de un peligro concreto, para determinados bienes jurídicos y del cual puedan derivarse las consecuencias que se indican en el texto.
- Empleo de medios catastróficos (incendio, explosión, inundación, etc.) o de otros susceptibles de ocasionar grave perturbación en el orden público interno, o en las relaciones internacionales.

El elemento más característico es, indudablemente, la finalidad de provocar o mantener un estado de alarma impersonal, es decir, no concretada en un individuo o en su familia. Nada impide, naturalmente, que el autor del delito provoque un temor personal con el medio de que se vale para procurar un estado de alarma en la población. Tal sería el caso del secuestro de un diplomático perteneciente a una nación con la que el Estado Peruano tiene sus relaciones en un momento de tensión.

Artículo 2. Circunstancias agravantes

Cada una de las indicadas en el texto se explica por sí misma. En el inciso se requiere, para imponer la pena más severa, que el agente hubiere podido prever los resultados muerte o lesiones graves. En consecuencia: el agente no responderá por el resultado más grave si al momento de producir la explosión tuviere motivos atendibles para haber pensado que el inmueble se encontraba en ese momento deshabitado. Se trata de un ejemplo, claro está. En el inciso d) consignamos una importante calificativa. El Estado debe cuidar su frente interno cuando su esfuerzo está concentrado en sostener un conflicto armado con una potencia extranjera.

Artículo 3. Abastecimiento terrorista

El agente puede actuar impulsado por cualquier motivación, como la económica por ejemplo. Para la configuración delictiva es importante y decisivo que el agente sepa que con su acción está favoreciendo la promoción o el mantenimiento de un estado de alarma en la población.

Artículo 4. Incitación al terrorismo

La acción que aquí se describe podría también encuadrarse en el artículo 282 del Código Penal. La ventaja del texto que proyectamos está en que ahí se hace referencia a los medios de comunicación social que pueden ser utilizados para cometer el delito. La conducta de quien incite al terrorismo hablando al público en una plazuela, por ejemplo, no encuadraría dentro del artículo que proponemos, salvo que se difunda por radio o televisión, sea al mismo tiempo del discurso o después. Para tal caso, en nuestro con-

cepto menos grave por el número relativo de personas a que puede llegar la incitación, se aplicará el artículo 282 del CP.

Por otra parte, aquí especificamos cuál es la pena a imponerse cuando la incitación produzca su efecto.

Artículo 5. Asociación ilícita terrorista

Se reprime a su autor por el solo hecho de pertenecer a la organización. La agravante que se indica es para quien tuviere un cargo jerárquico.

Artículo 6. Apología del terrorismo

Exigimos que el acto terrorista haya sido cometido, o que la persona de quien se hace el elogio con motivo de la acción terrorista ya haya sido condenada. De esta manera se evita el peligro de sancionar la opinión como si fuere un delito.

Artículo 7. Concurso de delitos

Es una norma similar a la utilizada por el artículo 313 del Código Penal. Se pone así énfasis en disposiciones que ya existen, pero que es conveniente recordar en algunos casos excepcionales, sobre todo cuando se trata de leyes especiales.

Artículo 8. Normas procesales policiales

Con algunas variantes se han recogido dos de las prescripciones que se contienen en los incisos a) del Proyecto presentado por el Ministerio del Interior. Se ha procurado, en este sentido, conseguir un mayor ajuste al texto constitucional respectivo y a la finalidad perseguida por el Código Político.

Por ser tan obvia la medida contenida en el inciso b) del citado proyecto, nos hemos permitido no tomarla en cuenta. En su lugar hemos propuesto una que sirva de garantía para la vida y la salud, tanto física como mental, del detenido mientras permanezca en poder de la Policía. Los métodos brutales no son instrumentos lícitos de lucha que el Estado pueda emplear contra la delincuencia, aún cuando la perversidad del agente sea manifiesta. A este respecto, el cuidado debe ser extremo si se tiene en cuenta que el terrorista, movido generalmente por un interés político, puede ser objeto de una venganza tan innoble como su actuación que la provoca.

Artículo 9. Plazo de la instrucción

Se ha reducido a 75 días. Se ha tenido en cuenta la creación de nuevos juzgados y tribunales que descongestionarán el trabajo judicial, permitiéndose de esta manera que se le dé prioridad a la investigación de los hechos delictuosos que revisten gravedad.

Artículo 10. Con las derogaciones que proponemos debe entenderse

Que no estamos de acuerdo con que la pena del cómplice o la del denominado encubridor (personal) sea legalmente la misma que la señalada para el autor.

Que no estamos de acuerdo con que se prohiba o se impida la procedencia de la libertad condicional.

Por otro lado, pensamos que la amnistía y el indulto deben mantenerse como medios de liberación para cuando la paz social haya sido restablecida y devenga, entonces, innecesario sostener la pena impuesta a la amenaza de su concreta aplicación.

Lima, 3 de marzo de 1981

ii. Proyecto de articulado para la represión del delito de terrorismo

Decreto Legislativo...

El Presidente de la República

Por cuanto:

El congreso de la República del Perú, de conformidad con lo previsto en el artículo 188 de la constitución Política, por Ley N.º 23230, promulgada el 15 de diciembre de 1980, ha delegado en el Poder ejecutivo la facultad de dictar Decretos Legislativos referentes a modificar el Código Penal;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

Artículo 1. Terrorismo. *El que con propósito de provocar o mantener un estado de alarma en la población o en un grupo nacional, racial, religioso o político, crease un inminente peligro para la vida, la salud, el patrimonio, las comunicaciones públicas, a la seguridad del Estado peruano, valiéndose de medios que puedan causar grandes estragos, o de otros capaces de ocasionar grave perturbación en el orden público interno o en las relaciones diplomáticas internacionales, será reprimido con penitenciaría no menor de diez años, ni mayor de veinte años*

- *De penitenciaría no menor de quince años, si como efecto del delito se produjera un daño considerable en el patrimonio público o privado.*
- *De internamiento, si el delito se cometiera cuando el Estado peruano sostenga un conflicto armado con una potencia extranjera, mediano o no formal declaración de guerra.*

Artículo 2. Circunstancias agravantes. *La pena será:*

– *De penitenciaría no menor de quince años, si el agente estuviese afiliado a una organización que para lograr sus fines, cualquiera que sea, utilice como medio el delito de terrorismo que se describe en el dispositivo precedente.*

Artículo 3. Abastecimiento terrorista. *El que a sabiendas favoreciera la promoción o el mantenimiento de un estado de alarma en la población o en un grupo nacional, racial, religioso o político, fabrique, adquiera, almacene o suministre armas de fuego, o cualquier sustancia u objeto explosivo, inflamable, asfixiante o tóxico, será reprimido con penitenciaría no menor de cinco años ni mayor de diez años.*

Artículo 4. Incitación al terrorismo. *El que mediante la imprenta, la radio, la televisión u otro medio de comunicación social, incitara a un número indeterminado de personas para que cometan cualquiera de los actos que conforman el delito de terrorismo, a sabiendas que su instigación producirá alarma en el público, será reprimido con penitenciaría no menor de cuatro años, no mayor de ocho.*

Si la incitación produjera la comisión del acto terrorista, se impondrá al agente la pena señalada en el artículo 1.

Artículo 5. Asociación ilícita terrorista. *El que formara parte de una organización, compuesta por tres o más personas, el que contara entre sus medios con la utilización del terrorismo para el logro de sus fines mediatos e inmediatos, cualquiera que fuera la naturaleza de sus objetivos, será reprimido por el solo hecho de ser miembro de la organización con penitenciaría no menor de cuatro años ni mayor de ocho años.*

Si el afiliado fuera el cabecilla o desempeñara alguna jefatura en la organización, la pena será de penitenciaría no menor de seis años, ni mayor de doce.

Artículo 6. Apología del terrorismo. *El que públicamente hiciera la apología de un acto de terrorismo ya cometido, o la persona que hubiera sido condenada como su autor o cómplice será reprimida con penitenciaría no menor de tres años ni mayor de cinco.*

Artículo 7. Concurso de delitos. *Cuando al ejecutar cualquiera de los delitos previstos en este Decreto Legislativo, el delincuente cometiera algún otro, se observarán las reglas establecidas para el concurso de hechos punibles que se indican en el título XIII, del Libro primero, del Código Penal.*

Artículo 8. Normas procesales policiales. *Para la investigación del delito de terrorismo, las Fuerzas Policiales adoptarán las siguientes medidas, sin prejuicio de la iniciativa que les corresponde de acuerdo con sus respectivas leyes orgánicas.*

- *Efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados como autores o partícipes, por un término no mayor de quince días naturales, con cargo de dar inmediata cuenta por escrito al Ministerio Público y al juez instructor, antes de vencerse las veinticuatro horas contadas desde la detención, o en el término de la distancia. La autoridad policial pondrá al detenido inmediatamente a disposición del Poder Judicial, cuando así lo requiera el juez instructor.*
- *Disponer el inmediato reconocimiento médico-legal del detenido antes de que transcurran las veinticuatro horas contadas desde su captura, o en el término de la distancia; sin prejuicio del reconocimiento por un médico particular que pudiere solicitar el propio detenido, su abogado defensor o cualquiera de sus familiares.*
- *Trasladar al detenido de un lugar a otro de la república, con conocimiento del Juez Instructor, y después de efectuados los reconocimientos médicos a los que se refiere el inciso precedente, cuando la medida sea estrictamente necesaria para el menor éxito de la investigación policial. La autoridad que dispuso el traslado informará por escrito al juez instructor competente, al momento de poner el hecho en su conocimiento, explicando las razones que justifiquen la adopción de esta medida.*

Artículo 9. Plazo de la instrucción. *El plazo para la etapa procesar de la instrucción, cualquiera sea el delito a que se refiera este Decreto legislativo, es de setenticinco días naturales y con el carácter de improrrogable.*

Artículo 10. *Deróguese los Decretos leyes 19049 y 20828, además de las normas que se opongan al cumplimiento del presente Decreto Legislativo.*

iii. Observaciones al proyecto Roy Freyre[6]

El artículo 1 crea confusión en relación a la sistemática y a la terminología propias del Código Penal.

El vocablo "población" es utilizado, en los delitos contra la tranquilidad pública (artículo 281), en el sentido de un número indeterminado de personas. No es necesario que sea un poblado, una ciudad, un barrio o sector de una ciudad, etc. En sentido negativo, se puede decir que no debe tratarse de una persona o de un grupo determinado de personas. En estos casos, se trataría de otro delito; por ejemplo, el delito contra la libertad individual. Por todo esto, resulta

6 Elaboradas para la discusión en el seno de la Comisión redactora.

superfluo referirse a grupos nacionales, raciales, religiosos o políticos. Hacerlo produce más bien confusión.

El elemento de la infracción descrita es "crear un inminente peligro" para la vida, la salud, el patrimonio, las comunicaciones públicas o la seguridad del Estado. La referencia a un peligro inminente no es conforme a la manera como nuestro legislador ha regulado los delitos que crean peligro mediante un medio especial; es decir, los delitos contra la seguridad pública. Entre estos, se distingue aquellos que se caracterizan por ser reprimidos en virtud de l existencia de un peligro abstracto. Por ejemplo, el incendio (artículo 261). La simple producción de un incendio es reprimida con pena de penitenciaría no mayor de diez años. Al no aparecer expresamente como un elemento del tipo legal, es suficiente comprobar la realización de tal acción para sancionar al autor, sin que sea indispensable comprobar la existencia de un peligro para alguien. Por el contrario, la represión se agrava si existe y se comprueba la existencia de un peligro, conforme lo exige, taxativamente, la Ley. Esta dificultad técnica, se obvia fácilmente con una referencia a la producción de delitos contra la seguridad pública para alarmar o intimidar. No es otra cosa la que se hace al indicar que los medios utilizados sean capaces de causar grandes estragos.

La referencia a grandes estragos también es imprecisa, si se tiene en cuenta las disposiciones de nuestro Código Penal. El Título de la Sección sétima de nuestro Código se denomina "Incendios y otros estragos". Esto podría dar lugar a que se piense que en el artículo 1 del proyecto comentado, no se considere el envenenamiento de agua, la alteración o fabricación peligrosa de alimentos, la propagación de enfermedad peligrosa y transmisible, etc., regulados en el título IV de los "Delitos contra la salud pública". Si por grandes estragos se comprende, igualmente, los daños que pueden producir tales hechos, mejor sería referirse a la comisión de los delitos contra la seguridad pública que comprenden a los delitos contra la salud.

La mención a la puesta en peligro de la seguridad del Estado Peruano no es del todo correcta. Sobre todo, si se tiene en cuenta que la forma más grave de atentar contra el Estado es la traición a la patria (artículo 289). Ahora bien, este delito es un verdadero delito de peligro, consistente en "practicar un acto dirigido a someter la República en su totalidad o en parte [...]". La pena prevista es la de internamiento. Esto podría dar lugar a pensar que algunos de los delitos previstos en el artículo 1 del proyecto comentado deberían ser reprimidos menos severamente a pesar de ser actos de traición a la patria. De otro lado, los demás delitos contra el Estado son, generalmente, delitos de daño o lesión.

La mención del "orden público interno" no es acertada. A diferencia de la legislación argentina, la nuestra se refiere a "Tranquilidad pública". Sería preferible utilizar esta expresión. Lo que resulta difícilmente comprensible es el saber a qué casos se refiere el proyecto. Pues la perturbación de la tranquilidad pública y la creación de un peligro inminente se producen, precisamente, mediante el uso de medios capaces de crear un peligro colectivo que distingue a los delitos contra la seguridad pública. Objeción semejante es válida en relación con los medios capaces de ocasionar una grave perturbación en las relaciones diplomáticas. La referencia al carácter internacional de estas relaciones esta de más; pues, hasta donde comprendemos no existen relaciones diplomáticas nacionales.

El artículo 2 es válido en la medida que se considere correcto el artículo 1. Sucintamente, es necesario hacer las siguientes observaciones:

No resulta convincente la referencia a que el agente estuviera "afiliado a una organización". En la legislación comparada, se prefiere hablar de asociación o agrupación. Estas expresiones están más de acuerdo con el reducido número de personas que son necesarias para su existencia.

Sin embargo, el hecho que puede tratarse, según la lógica del proyecto anotado, de agrupaciones mayores, se presenta el riesgo de que la disposición sirva de medio para reprimir determinado tipo de organizaciones políticas. Sobre todo, si la participación se reprime cuando la organización cuente entre sus medios con la utilización del terrorismo aún para el logro de sus "fines mediatos". Todos los miembros de cualquier grupo político que pregone la toma del poder, mediante la lucha armada, aun como una lejana meta, podrían ser reprimidos mediante esta disposición. Es indispensable evitar caer en el equívoco entre "represión penal" con "represión moral" y "represión política". Tiene razón Soler, jurista más bien conservador, cuando dice, en relación con la asociación ilícita, que "los hechos propuestos deben constituir delitos en la acepción técnica del término" y que "tampoco es suficiente para constituir asociación ilícita el hecho de proponerse planes políticos que por sí mismos no representen delito o no lleguen al acuerdo sobre medios delictivos. No basta, pues, una asociación meramente subversiva o anárquica". No constituye, afirma por último el jurista argentino, asociación ilícita la agrupación para organizar la propaganda de ideas comunistas" (Derecho penal argentino, T. IV, p. 550).

La disposición del proyecto comentado abre las puertas a este tipo de represión, por que no exige que los agrupados o asociados se propongan realizar actos terroristas. Basta, según dicha, regla, que la organización cuente entre sus medios con la utilización del terrorismo; es decir, que figure en su programa

mediato o inmediato. Por esto, si el artículo 5 del proyecto estudiado no aparece como peligroso por el uso prudente dentro de un régimen democrático; resulta no recomendable por los abusos a los que puede dar lugar en un gobierno dictatorial. El gobierno de facto no se atrevió a dictar una disposición parecida.

El artículo 3 está en relación con el artículo 265 del Código Penal; pero, se aleja de su sistemática que, en nuestra opinión, debería conservarse.

Si bien esta disposición es más amplia que el artículo del Código Penal al no referirse solo a explosivos o bombas, resulta más estrecha por no hacer mención a la acción de transportar las sustancias mencionadas.

En su redacción no se ha tenido en cuenta que las acciones mencionadas constituyen en realidad actos preparatorios del delito de uso o empleo de explosivos con fines delictuosos. Por esto bastaría reprimir su realización teniendo en cuenta el fin de alarmar o intimidar a la población con que actúa el que fabrica, transporta, conserva, etc.

No resulta muy clara la referencia a que el agente favoreciera la promoción o el mantenimiento de un estado de alarma en la población. Para la represión del agente sería necesario que sus acciones favorecieran, realmente, la promoción o mantenimiento de tal estado; mientras que con la fórmula del Código en fin es solo un elemento subjetivo del tipo legal.

Los artículos 4 y 5 (incitación al terrorismo y apología del terrorismo) se encuentran estrechamente vinculados, en virtud de sus relaciones con el artículo 282 del Código Penal.

En primer lugar. Señalemos que la disposición del Código Penal constituye una fiel reproducción de la fórmula de los proyectos suizos. Su origen se encuentra en las disposiciones destinadas a luchar contra la propaganda anarquista que pregonaba la acción directa. Una ley suiza del 30 de marzo de 1906, ya reprimía a quien "públicamente, incitara a cometer crímenes anarquistas, o proporciones las instrucciones para cometerlos, o hubiere la apología de tales crímenes [...]". En los proyectos, se fue simplificando y perfeccionando esta norma. Con este objeto recurrieron los suizos al verbo "provocar" para identificar la acción delictiva que era algo más que instigar. Pues, no consiste solo en hacer nacer en la mente de una persona la idea criminal, sino también en fortalecer la decisión delictiva ya existente en las personas. Esta provocación podía ser cometida mediante la apología del delito o delincuente. Hablar de incitación y de apología en el contexto de nuestro sistema jurídico penal no es correcto; como sí lo sería en el italiano y en los latinoamericanos que lo han seguido.

La utilización indistinta de los términos incitar e instigar crea confusión en la medida que no se considera que la instigación es una forma de participación claramente diferenciada en la Parte general del Código. La instigación consiste en decidir, persuadir, crear la idea delictiva en la mente del delincuente (una persona o un pequeño grupo de personas determinadas). No es posible hablar de instigación, en Derecho penal, de un número indeterminado de personas. Por esto nuestro legislador prefirió, siguiendo a los suizos, hablar de provocar públicamente a un delito.

La publicación de la provocación no solo puede darse por los medios señalados en el artículo 4 comentado; por ejemplo, mediante una campaña mural, salvo que esta sea considerada como medio de comunicación social.

El párrafo 2 del artículo 4, sería correcto solo si lo fuera el párrafo 1.

La apología del terrorismo prevista en el artículo 6 es superflua, si se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 282 del Código Penal, que debería ser modificado en cuento a la penalidad para establecer un límite máximo más elevado.

En cuanto a las normas procesales solo nos referiremos al párrafo c) del artículo 8 y al artículo 9.

La primera de las normas señaladas comporta prácticamente la separación del procesado de su juez natural. Esto es anticonstitucional.

El artículo 9 establece un proceso sumario no recomendable. Primero, porque dada la naturaleza del delito investigado y la gravedad de las penas, es preferible la seguridad jurídica que la celeridad procesal. Segundo, la fijación de tales plazos breves es contraproducente por ser, prácticamente, imposible de ser cumplidos, debido, sobre todo, al volumen de causas.

d. Decreto legislativo N.º 046

El Presidente de la República por cuanto

El Congreso de la República del Perú, de conformidad con lo previsto en el artículo 188 de la constitución Política del Estado por Ley N.º 23230 promulgada el 15 de diciembre de 1980, ha delegado en el Poder ejecutivo la facultad de dictar Decretos legislativos que deroguen o modifiquen, entre otras, la legislación expedida a partir del 3 de octubre de 1968 en relación con los Códigos Penales y de Procedimientos Penales; y,

Considerando:

Que por Decreto Ley N.º 19049 se establecieron severas sanciones para quienes con propósito de intimidación, alteren la paz interna o el orden público em-

pleando explosivos o bombas hasta llegar al extremo de poner en peligro la vida o la salud de las personas, o causarles la muerte.

Que, asimismo, por decreto Ley N.º 20828 fue invocada la necesidad de sancionar drásticamente los hechos delictuosos que sean perpetrados para introducir el terrorismo político en el país cualquiera que fuere el medio atentatorio contra la vida de las personas o la integridad de las cosas que el agente utilizare;

Que aun cuando no ha desaparecido la situación social de emergencia, que se adujo en uno de los considerandos del Decreto Ley N.º 20828 con el fin de fundamentar la naturaleza intimatoria y ejemplarizadora que se les asignaba a las penas en ese entonces señaladas, se hace, ahora necesario acondicionar las normas represivas y procesales a los principios del Derechos Penal liberal que garanticen una justa aplicación de la ley punitiva, con mayor razón cuando la República ha retornado irrenunciablemente al cauce de su vida constitucional y democrática.

Que en este sentido se hace necesario preceptuar de una manera precisa e inequívoca, la descripción típica del delito de terrorismo y sus circunstancias agravantes, así como también prever las figuras delictivas con las que el terrorismo tuviere inmediatamente conexión, procurando graduar legalmente las penas en proporción a la importancia de los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro y atendiendo a la culpabilidad del agente.

Que, es deber del Estado garantizar convenientemente su propia estabilidad y seguridad frente a una forma de delincuencia perversa que arriesga y vulnera los intereses individuales y colectivos más preciados para la humanidad.

Que, la constitución Política del Perú alude específicamente al terrorismo en sus Artículo 2, inciso 20 párrafo g) y 109, lo que redunda en la necesidad de su adecuada y exacta tipificación legal;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros: Ha dado el decreto Legislativo siguiente.

Artículo 1. *El que con propósito de provocar o mantener un estado de zozobra, alarma o terror en la población o un sector de ella cometiera actos que pudieren crear peligro para la vida, la salud o el patrimonio de las personas, o encaminados, a la destrucción o deterioro de edificios públicos o privados, vías y medios de comunicación o transporte o de conducción de fluidos o fuerzas motrices u otras análogas, valiéndose de medios capaces de provocar grandes estragos o de ocasionar grave perturbación de la tranquilidad pública o de afectar las relaciones internacionales o la seguridad del Estado, será reprimido con penitenciaría no menor de diez años ni mayor de veinte años.*

Artículo 2. *La pena será:*

De penitenciaría no menor de doce años, si el agente perteneciera a una organización o banda que para lograr sus fines, cualesquiera que sean, utilicen como medio el delito de terrorismo tipificado en el Artículo 1.

De penitenciaría no menor de doce años, si como efecto del delito se produjeren lesiones en personas o daño en bienes públicos o privados.

De penitenciaría no menor de quince años, si el daño en los bienes públicos o privados fuere considerable o si afectare servicios públicos esenciales.

De internamiento, cuando se causare muerte o lesiones graves que el delincuente hubiera podido prever.

Artículo 3. *El que, a sabiendas de que favorece la realización de actos de terrorismo, fabrique, adquiera, sustraiga, almacene o suministre armas de fuego o sustancias u objetos explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos, será reprimido con la penitenciaría no menor de cinco años ni mayor de diez años.*

Artículo 4. *El que para fines de terrorismo proporcionare dinero, bienes, armas, municiones, explosivos, y otras sustancias destructivas, será reprimido con penitenciaría no menor de diez años ni mayor de quince años.*

Artículo 5. *El que formare parte de una organización o banda integrada por tres o más personas, que contare entre sus medios con la utilización del terrorismo para el logro de sus fines mediatos o inmediatos, cualesquiera que sean, será reprimido por el solo hecho de ser miembro de la organización, con penitenciaría no menor de dos años ni mayor de cuatro años.*

Artículo 6. *El que mediante la imprenta, la radio, la televisión u otro medio de comunicación social incitare a un número indeterminado de personas para que comentan cualquiera de los actos que conforman el delito de terrorismo, será reprimido con penitenciaría no menor de cuatro años, ni mayor de ocho años.*

Artículo 7. *El que públicamente hiciere la apología de un acto de terrorismo ya cometido o de la persona que hubiera sido condenada como su autor o cómplice será reprimido con penitenciaría no menor de tres años, ni mayor de cinco años.*

Artículo 8. *Cuando al ejecutar cualquiera de los delitos previstos en este Decreto Legislativo el delincuente cometiere algún otro, se observarán las reglas establecidas para el concurso de hechos punibles que se indican en el Título XIII del Libro primero, del Código Penal.*

Artículo 9. *Para la investigación de los delitos tipificados en los artículos 1, 3, 4 y 5, las fuerzas Policiales adoptarán las siguientes medidas, sin perjuicio de la iniciativa que les corresponde de acuerdo con sus respectivas Leyes Orgánicas.*

Efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados como autores o partícipes, por un término no mayor de quince días naturales, con cargo de dar inmediata cuenta por escrito al Ministerio Público y al Juez Instructor, antes de vencerse las veinticuatro horas contadas desde la detención, o en el término de la distancia. La autoridad policial pondrá al detenido inmediatamente a disposición del Poder Judicial cuando así lo requiera el Juez Instructor.

Disponer el inmediato reconocimiento médico legal del detenido, en el término de la distancia particular, que pudiere solicitar el propio detenido, su Abogado o cualquiera de sus familiares.

Trasladar al detenido de un lugar a otro de la república después de efectuados los reconocimientos médicos a los que se refiere el inciso precedente, cuando la medida sea estrictamente necesaria para el mejor éxito de la investigación policial o la seguridad del detenido. La autoridad, que dispone el traslado informará, previamente y por escrito, al Juez Instructor competente, expresando las razones que justifiquen la adopción de esta medida. El traslado no podrá exceder del plazo pondrá el traslado en conocimiento del Ministerio Público del lugar de destino.

Artículo 10. *Toda condena dictada en aplicación de los artículos 1, 3, 4 y 5 llevará consigo la pena accesoria de multa de treinta a noventa remuneraciones mensuales mínimas vitales establecidas para la Provincia de Lima para el comercio, industria y servicios.*

Artículo 11. *El presente Decreto Legislativo tendrá vigencia desde el día siguiente de su publicación.*

Por tanto:

Mando se publique y cumpla, dando cuenta al Congreso.

Dado en la Casa de Gobierno en Lima, a los diez días del mes de marzo de mil novecientos ochenta y uno.

Fernando Belaunde Terry, Presidente constitucional de la República.

II

El terrorismo y la ley*

Sumario: 1. Introducción. 2. Tipificación vaga y confusa. 3. Sin intención, es sancionable. 4. Amplitud represiva. 5. Represión política. 6. Constitucionalidad. 7. ¿Ley especial?

1. Introducción

Dos son las acciones que configuran, según la ley, el delito de terrorismo. La primera consiste en cometer actos que pueden crear peligro para la vida, la salud o el patrimonio de las personas. La segunda se refiere al realizar actos encaminados a la destrucción o deterioro de edificios públicos o privados, vías o medios de comunicación o transporte o de conducción de fluidos o fuerzas motrices u otras análogas.

En la primera forma, la ley hace referencia a actos capaces de, o idóneos para, crear una situación de peligro. No es necesario, entonces, que se haya producido realmente dicha situación riesgosa. En la segunda forma la acción reprimida no consiste, precisamente, en destruir o deteriorar edificios públicos o privados, etc. La ley se refiere, más bien, a acciones previas o preparatorias para lograr ese objetivo; de allí la expresión "actos encaminados"; similar a la de "actos tendientes" o "actos dirigidos a[...]". De esta manera, se logra ampliar desmesuradamente la represión sobre actos que son solo preparatorios o de mera tentativa.

Según la ley, el agente del delito de terrorismo debe cometer los actos antes señalados valiéndose 1) de medios capaces de provocar grandes estragos; o 2) de medios capaces de ocasionar grave perturbación de la tranquilidad pública; o 3) de medios capaces de afectar las relaciones internacionales; o 4) de medios

---

* La revista 4/1981, Lima, pp. 13 y ss.

capaces de afectar la seguridad del Estado. Hemos repetido adrede la expresión medios capaces de para destacar debidamente que no es necesario que se produzcan grandes estragos, que se perturbe la tranquilidad pública, que se afecten las relaciones o la seguridad del Estado. Es suficiente que se compruebe que los medios utilizados fueren idóneos para producir dichos resultados.

Conforme al texto legal, para la consumación del delito tampoco es necesario que se compruebe que realmente el hecho delictuoso provocó o mantuvo a la población o parte de ella, en estado de zozobra, alarma o terror. Es suficiente constatar que el agente obró con la intención de lograr tal resultado. Se trata, pues, de demostrar solo la existencia de un elemento perteneciente al mundo interior del sujeto.

2. Tipificación vaga y confusa

Si no es necesario comprobar la producción de un peligro para la vida o la salud de las personas, la destrucción o el deterioro de bienes; si basta constatar que los medios utilizados son capaces de provocar grandes estragos, de ocasionar grave perturbación de la tranquilidad pública o de afectar las relaciones internacionales o la seguridad del Estado; y, por último, si una de las circunstancias agravantes, reprimida con penitenciaría no menor de doce años ni mayor de 20 años (artículo 2, inciso 2), consiste en que se produzca, como efecto del delito, lesiones leves en personas o cualquier daño en bienes públicos o privados, cabe preguntarse en qué consiste, realmente, el delito de terrorismo descrito en el primer artículo del Decreto Legislativo 46.

En nuestra opinión, se trata de un delito de peligro, descrito de manera vaga y confusa. La naturaleza de peligro del delito está determinada tanto por la índole de las acciones delictivas como de los medios de ejecución. Tomemos el hecho de colocar un explosivo a la vera de una carretera y que por cualquier circunstancia no llega a explotar. Según la ley, este hecho ya constituye un caso de terrorismo consumado, si el propósito del agente era provocar o mantener el espíritu de zozobra, alarma o terror en la población, puesto que se trata de un acto encaminado a destruir o deteriorar una vía de comunicación y, sin duda, el explosivo es un medio capaz de producir grandes estragos o de perturbar la tranquilidad pública. Nadie duda que este caso concreto deba ser reprimido; pero resulta desmesurado considerar que la pena proporcional al hecho sea la de penitenciaría no menor de diez años ni mayor de veinte.

Las observaciones hasta aquí formuladas llevan a dos conclusiones. La primera es que la técnica legislativa utilizada en la redacción del artículo 1 del

decreto legislativo comentado no respeta el principio de legalidad consagrado en la nueva Constitución (artículo 2, inciso 20 d). La segunda es una consecuencia de la primera: no resulta exagerado, en relación a la descripción legal del delito de terrorismo, temer que sean múltiples los abusos originables en su aplicación; sobre todo, en caso de un gobierno dictatorial contra cuyo pronto o tardío advenimiento no está totalmente inmunizado nuestro país.

3. Sin intención, es sancionable

Es unánimemente aceptado que los delitos, para ser tales, deben ser realizados consciente y voluntariamente. Esto se expresa jurídicamente en el principio de que no hay pena sin culpabilidad. Principio que junto al de la legalidad y al de la racionalidad y humanidad de la sanción, es pilar fundamental del Derecho penal liberal.

Los tres principios mencionados han sido vulnerados en el artículo 1 del Decreto Legislativo 46. De manera correcta, en el inciso e del artículo 2 se ha previsto que la causación de muerte o de lesión grave solo puede agravar la pena cuando el delincuente pudo prever este resultado (preterintención); pero no ha sucedido lo mismo con la producción de lesiones leves o de daños en bienes públicos o privados: en los incisos b y c del artículo 2, se agrava de manera severa la represión por el simple hecho de producirse tales resultados. Nada se dice respecto a que el delincuente hubiera podido prever la lesión o el daño material, con lo cual parece desprenderse del texto de los incisos citados, que se reconoce la responsabilidad objetiva o por el mero resultado. Defecto este que fue propio de los decretos leyes del gobierno militar, que considerandos de la ley antiterrorista dicen tratar de superar.

Si se dijera como contraargumento que, en el caso de producirse lesiones leves o daños materiales, es superfluo exigir la culpabilidad del agente, debido a que los actos terroristas producen siempre esas consecuencias (al ser cometidos con medios capaces de producir estragos), no se comprende entonces por qué se considera tal circunstancia como una agravante específica.

4. Amplitud represiva

La vaguedad de la descripción del delito, en el artículo 1, determina una amplitud excesiva del campo represivo de los artículos 3 y 4 del decreto legislativo analizado. Resulta, por ejemplo, poco explicable por qué en el artículo 3 se emplea la expresión "a sabiendas de que favorece la realización de actos de terro-

rismo", con relación a la fabricación, suministro, adquisición, etc., de explosivos u otras sustancias destructivas, etc., en lugar de la fórmula del Código Penal "sabiendo o debiendo presumir que se destinan a un empleo delictuoso" (artículo 265). La imprecisión de la frase "favorece la realización de actos de terrorismo" también abre las puertas a innumerables abusos.

El artículo 4 comporta una agravación desmedida de una forma específica de complicidad. La pena en este caso es casi equiparada a la del autor principal, sin distinguir entre complicidad primaria y secundaria, como sí lo hace el artículo 100 de nuestro Código Penal. De acuerdo con el texto criticado, serán reprimidos con penitenciaría no menor de 10 años tanto quien proporciona una pequeña cantidad de dinero —por ejemplo, en una colecta popular pro fondos para realizar actos que se consideran en la amplísima descripción del artículo 1— como quien financia con sumas importantes de dinero verdaderos y graves atentados terroristas. Este criterio de igualación en cuanto al límite mínimo de la sanción para casos de relevancia notoriamente diferente, no es conforme a una correcta política criminal.

Adicionalmente, debe notarse que el artículo 4 se refiere genéricamente al proporcionar dinero para fines de terrorismo, de manera muy distinta a la que se usa para definir la complicidad, siempre referida a un hecho delictivo determinado. ¿Ya estaría comprendido en esta infracción quien, de una u otra manera, entrega cualquier suma de dinero a alguna de las organizaciones, señaladas en el artículo 5, que tuvieran el terrorismo entre sus medios

5. Represión política

El artículo 5 ha sido elaborado, igualmente, de manera que sus límites quedan borrosos. A tal efecto se han abandonado fórmulas legales consolidadas y perfeccionadas en muchos años. Un ejemplo es el artículo 310 de nuestro Código Penal que muy precisamente reprima al que tomare parte como director o promotor en una conspiración de dos o más personas, para cometer los delitos de rebelión o sedición. El artículo 302 del Código Penal tipifica la rebelión como alzarse en armas para variar la forma de gobierno, o deponer al gobierno constituido, o impedir la reunión del congreso, o disolverlo, o impedir que las cámaras funcionen libremente, utilizando medios violentos o ilegales. Según el artículo 310, solo el director o promotor de una conspiración para cometer este delito es reprimido con pena de prisión no menor de dos días ni mayor de 30 meses. También es de recordar la noción, vigente en el Derecho penal militar, de conspiración o confabulación. Esta se da "cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito" (artículo 9 del Código de Justicia Militar).

En Derecho penal común no se sanciona, como delito autónomo, el formar parte de una banda u organización para cometer asaltos, muertes, secuestros o violaciones. Se le considera como una agravante cuando el delito ha sido cometido. Por el contrario, según el artículo 5 analizado, será reprimido cualquier miembro de una organización que en su programa, estatutos o ideología postule la violencia, la lucha armada, la toma del poder por la fuerza, como medios para imponer un nuevo régimen social; aun cuando no lo practique y solo espere que en un futuro más o menos re, moto se den las condiciones para llevar adelante una revolución. Con el Decreto Legislativo 46, el líder y el militante de bases de tal organización podrían ser reprimidos, en razón de la vaguedad de la norma, con pena entre dos y cuatro años de penitenciaría, por el simple hecho de formar parte de la organización, a pesar que eventualmente se opusieran a la utilización actual de los medios violentos y postulasen la participación democrática en la actividad política del país. La situación empeora si se tiene en cuenta que para aplicar esta disposición no es requisito que se hayan cometido actos terroristas. Si antes se confundió pecado con delito, ahora y de esta manera, se confunde represión penal con represión política.

6. Constitucionalidad

De acuerdo al artículo 282 del Código Penal, constituye delito contra la tranquilidad pública la provocación pública a un delito que merezca penitenciaría. Esta disposición es de inspiración suiza y su antecedente más remoto es la ley helvética del 30 de marzo de 1906 que reprimía a quien, "públicamente, incitare a cometer crímenes anarquistas, o proporcione las instrucciones para cometerlos, o hiciere la apología de tales crímenes [...]". Los juristas suizos perfeccionaron esta fórmula simplificándola y utilizando el verbo "provocar". De esta manera, ampliaron su aplicación, primero, comprendiendo casos distintos a los crímenes anarquistas; segundo, determinando la acción delictiva al distinguirla de la instigación. En este sentido, la apología del delito o del delincuente, no son sino medios para incitar la comisión de tales delitos.

Tal simple y clara manera de describir un delito, es abandonada y desnaturalizada por los artículos 6º y 1" del Decreto Legislativo 46. No es esta la forma adecuada de respetar el mandato constitucional (artículo 2º, inciso 4) que establece que los delitos de prensa se tipifican en el Código Penal. Ni queda así garantizado el derecho de criticar y analizar las resoluciones y sentencias judiciales, establecido por la Constitución en el artículo 233, inciso 17. Ni se respeta la norma constitucional que declara que no hay delito de opinión (artículo 2º, inciso 2, é).

7. ¿Ley especial?

El análisis de las circunstancias y criterios político-sociales que condicionan la dación de leyes del tipo que comentamos, sobrepasa los alcances de la presente nota. Sin embargo, parece oportuno señalar que las diferencias sustanciales entre la legislación de un gobierno de facto y la de un gobierno parlamentario, no solo deben radicar en las escalas penales. Claro está que es muy marcada la severidad de las contenidas en el Decreto Legislativo 46, si se tiene en cuenta la naturaleza de los actos considerados como terrorismo y las penas señaladas, en el Código Penal, para los delitos de incendio y otros estragos. Pero lo propiamente distintivo de la ley dada por un gobierno elegido deberla residir, sobre todo, en la concepción misma del Derecho Penal, materializada en el caso peruano en las diversas disposiciones del Código Penal de 1924, código influenciado por las ideas liberales de los proyectos suizos de Código Penal que fueron seguidos fielmente por nuestro codificador. Por esto es que siempre hemos sostenido que la mejor garantía para tipificar un nuevo delito es el marco del Código Penal y no una ley especial.

III

Terrorismo*

Los ataques contra la vida, la salud, o la privación ilegítima de la libertad; el uso de bombas, granadas, cartas o paquetes que contengan un dispositivo explosivo, que pone en peligro a las personas; los actos de piratería o conexos, son los diversos tipos de actos que han sido calificados de actos terroristas.

En realidad, todos los actos enumerados se encuentran ya reprimidos en el Código Penal. No estaban, pues, equivocados los altos funcionarios que, hace un tiempo, sostuvieron que los actos terroristas no eran impunes y que solo era necesario mejorar y completar las disposiciones de nuestra ley penal principal. De esta manera, se evitaba una ley especial que engrosaría la caótica y confusa legislación complementaria, situación tan peligrosa, sobre todo, en el dominio penal.

El elemento común a todos esos actos ha sido encontrado en la situación de alarma, zozobra, o terror que el agente busca provocar o mantener en la población. Sin embargo, para lograr estos objetivos son buenos caso todos los delitos previstos en la ley penal; desde el homicidio hasta la falsificación de moneda, pasando por el secuestro, violación, asalto y robo, chantaje, años en la propiedad, rebelión, sedición, traición a la patria. Mención aparte merecen los delitos de incendio y otros estragos y los delitos contra la tranquilidad pública.

El delito de lesiones en agravio de cualquier persona puede ser cometido con dicha finalidad. Así, las Brigadas Rojas han disparado contra las rodillas de comerciantes con el fin de lograr sus objetivos. Por esto, Antonio Negri, estratega e ideólogo de dicho grupo terrorista, afirma que "cada acto de destrucción y sa-

---

* Nota elaborada con ocasión de la promulgación del D. Leg. N.º 046, inédita.

botaje resuena como un acto de adhesión". Desde esta perspectiva, no parecería tan descabellada la propuesta hecha por un grupo de abogados para considerar como actos terroristas las graves defraudaciones en agravio del Estado.

El término "terrorismo", ni fundir terror, proviene del argot periodístico. Se emplea "para simplificar y cobijar bajo él conductas delictivas de muy diversa especie". Desde sus orígenes, durante la Revolución Francesa, hasta ahora tiene una connotación marcadamente política. Sea cual sea la orientación que se le asigne, la realidad impone el hecho del terrorismo no como un delito único, sino más bien como una técnica, una estrategia, un proceder peculiar en el uso de determinados medios, los diversos actos terroristas, con el fin de lograr ciertos objetivos.

El no hacer referencia en la ley al móvil político del agente no significa que los actos terroristas no puedan ser delitos políticos o hechos conexos con un delito político. En particular, si se admite de manera amplia la concepción subjetiva del delito político. Esta omisión de la ley no significa neutralidad o benignidad. Por el contrario, comporta una ampliación del ámbito punitivo, mediante la admisión de la extradición para los autores de actos terroristas. En la Constitución, luego de declararse que el Estado reconoce el asilo político y que están excluidos de la extradición los delitos políticos o los hechos conexos con ellos, se dispone que "no se consideran como tales los actos de terrorismo, magnicidio y genocidio" (arts. 108 y 109).

En Europa, ha primado este criterio. Resultado de innumerables estudios y debates es la Convención Europea sobre el Terrorismo (1977). En armonía con sus legislaciones nacionales los Ministros del Consejo de Europa no incluyen en dicha convención un delito autónomo e independiente de terrorismo.

En el artículo 1, declaran que a efectos de la extradición entre los Estados contratante, ninguno de los delitos enumerados –precisamente– al inicio de este trabajo, será considerado como un delito político, como un delito conexo con un delito político o como un delito inspirado en motivos políticos. Como en el caso de nuestra Constitución, estamos ante una ficción jurídica.

En el artículo 1 del D. Leg. N.º 046, se ha adoptado una técnica diferente. En él se describe un delito de terrorismo. Sus elementos son:

- Propósito del agente de provocar o mantener un estado de zozobra, alarma o terror en la población;
- Realización (a) de actos que pudieran crear peligro para la vida, la salud o el patrimonio; o (b) de actos encaminados a la destrucción o deterioro de edificios públicos o privados, vías y medios de comunicación

o transporte o de conducción de fluidos o fuerzas motrices u otras análogas;

- Utilización de medios capaces de (a) provocar grandes estragos, (b) de ocasionar grave perturbación de la tranquilidad pública, (c) de afectar las relaciones internacionales o la seguridad del Estado.

Como no se definen los actos que debe ejecutar el delincuente, se ha tratado de determinarlos señalándose los medios que debe utilizar. Pero como éstos no son, en la ley, aludidos con relación a un resultado (causación real de grandes estragos, perturbación de la tranquilidad pública, afectación de las relaciones internacionales o de la seguridad del Estado) sino da su capacidad o idoneidad para producirlo, resulta, primero, que basta constatar la capacidad del acto para crear peligro, mediante la comprobación de la capacidad del medio para producir dicho peligro. Segundo, que si se tiene en cuenta, en relación con los actos encaminados a destruir o deteriorar bienes, que constituye circunstancia agravante, conforme la inciso 2 del artículo 2, el causar cualquier daño en las cosas, es de admitir que los actos aludidos en el artículo 1 son, en buena cuenta, meros actos preparatorios o de tentativa.

De ser correcto los antes señalado, debemos concluir que el delito creado es un delito de peligro. Pero al no establecerse como requisito la real producción de una situación de peligro, se trata de un delito de peligro abstracto. Es decir que comprende tanto a los actos lejanos a la lesión real de los bienes protegidos (aún en relación con la tranquilidad pública), como también los actos que dañan realmente dichos bienes. Ampliar de esta manera la represión punitiva es discutible dentro de una correcta Política criminal. Sin embargo, no cabe duda que es desmesurado equiparar todos estos actos en la penalidad de diez años de penitenciaría como sanción mínima.

Este tipo de descripciones de figuras delictivas es considerado, por la caso unanimidad de juristas, como el riesgo más serio y frecuente para le principio de la legalidad, conquista política de la Revolución Francesa. Lo cierto es que esta forma de legislador no es la mejor manera de cumplir el mandato constitucional que obliga al legislador a calificar en la ley, "de manera expresa e inequívoca, como infracción punible", el acto o la omisión reprimible como delito.

IV
Decretos Leyes N.º 25564, 25659 y 25662, brevemente comentados*

Sumario: 1. Decreto Ley N. 25564. 2. Decreto Ley N.º 25659. 3. Decreto Ley N.º 25662. 4. Comentarios.

1. Decreto Ley N.º 25564[1]

Artículo 1. Modificase el texto del numeral 2 del artículo 20 del Código Penal, en los términos siguientes:

Artículo 20. Está exento de responsabilidad penal: 2) El menor de l8 años con excepción de aquel que sea autor o haya participado en hechos tipificados como delito de terrorismo, en cuyo caso deberá ser menor de 15 años;

Artículo 2.: Cuando el agente sea mayor de 15 y menor de 18 años, las penas establecidas en el Decreto Ley N.º 25475 podrán ser reducidas prudencialmente por el juzgador. Asimismo, los jueces podrán aplicar también la medida de seguridad prevista en el artículo 77º del Código Penal.

Artículo 3. En los casos de los menores de 15 y mayores de 14 que cometan infracciones tipificadas como delito en el Decreto Ley N.º 25475, el juez de Menores deberá disponer su internamiento en áreas especiales dentro de los establecimientos de menores que permitan desarrollar programas de readaptación integral con el objeto de lograr la reintegración del menor a la sociedad, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1002 del Código de Menores.

---

* Publicado bajo el seudónimo de José Rivas Pozo, en *Anuario de Derecho Penal 1993*.

1 Promulgado el 17.06.92.

Artículo 4. El cumplimiento de las penas a que se refiere el Artículo2º del presente Decreto Ley se efectuará en áreas especiales, debidamente acondicionadas, en los establecimientos penitenciarios, en tanto dure la minoría de edad.

Artículo 5. Derógase o modificase, en su caso, las disposiciones que se opongan al cumplimiento de lo dispuesto en el presente Decreto Ley.

Artículo 6. Este Decreto Ley entrará en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano".

2. Decreto Ley N.º 25659[2]

Artículo 1. Constituye delito de traición a la Patria la comisión de los actos previstos en el artículo 22 del Decreto Ley N.º 25475, cuando se emplean las modalidades siguientes:

a) Utilización de coches bomba o similares, artefactos explosivos, armas de guerra o similares, que causen la muerte de personas o lesionen su integridad física o su salud mental o dañen la propiedad pública o privada, o cuando de cualquier otra manera se pueda generar grave peligro para la población;

b) Almacenamiento o posesión ilegal de materiales explosivos, nitrato de amonio o los elementos que sirven para la elaboración de este producto o proporcionar voluntariamente insumos o elementos utilizables en la fabricación de explosivos, para su empleo en los actos previstos en el inciso anterior.

Artículo 2. Incurre en delito de traición a la Patria:

a) El que pertenece al grupo dirigencial de una organización terrorista, sea en calidad de líder, cabecilla, jefe u otro equivalente;

b) El que integra grupos armados bandas pelotones de aniquilamiento o similares de una organización terrorista, encargados de la eliminación física de personas:

c) El que suministra, proporciona, divulga informes, datos, planes, proyectos y demás documentación o facilita el ingreso de terroristas en educaciones y locales a su cargo o custodia, para favorecer el resultado dañoso previsto en los incisos a) y b) del artículo anterior.

2 Promulgado el 12.08.92.

Artículo 3. La pena aplicable al delito de traición a la Patria, tipificado en el presente Decreto Ley, será la establecida en el inciso a) del artículo 3º del Decreto Ley N.º 25475.

Artículo 4. A partir de la fecha de vigencia del presente Decreto Ley, los delitos de traición a la Patria serán de competencia del Fuero Privativo Militar.

Artículo 5. La Instrucción y el juicio Oral para el delito tipificado en los artículo 1º y 2º del presente Decreto Ley se substanciarán de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 139 del Decreto Ley N.º 25475. Para estos casos los términos procesales fijados en dicho dispositivo se reducirán hasta en dos tercios.

Artículo 6. En ninguna de las etapas de la investigación policial y del proceso penal proceden las Acciones de Garantía de los detenidos, implicados o procesados por delito de terrorismo, comprendidos en el Decreto Ley N.º 25475, ni contra lo dispuesto en el presente Decreto Ley.

Artículo 7. Los procesos por delito de terrorismo que a la fecha de la publicación del presente Decreto Ley se encuentren en trámite ante el Poder judicial continuarán sustanciándose en el Fuero Común, de acuerdo a lo establecido en el Decreto Ley N"25475.

Artículo 8. Deróganse, modificanse o déjense en suspenso, en su caso, las disposiciones que se opongan a este Decreto Ley.

Artículo 9. El presente Decreto Ley entrará en vigencia el día de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano".

3. Decreto Ley N.º 25662[3]

Artículo 1. Los miembros de la Policía Nacional del Perú, en situación de actividad o dados de baja por medidas disciplinarias, que incurran en la comisión de hechos punibles calificados como delitos comunes serán acreedores al doble del tiempo máximo de la pena fijada en el Código Penal o Leyes Especiales.

- Los miembros de la Policía Nacional retirados que incurran en la comisión de hechos punibles calificados como delitos comunes, serán acreedores a la pena máxima, incrementada en un cincuenta por ciento.

Artículo 2. Modificanse o deróganse, según sea el caso, las disposiciones que se opongan al presente Decreto Ley.

3 Promulgado el 12.08.92.

Artículo 3. El presente Decreto Ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano".

4. Comentario

En el espiral de la política nacional nos encontramos nuevamente al nivel de un período dictatorial. Los hechos más tercos que el derecho han decepcionado a los constituyentes de 1979. Estos ilusos con el fin de evitar futuros golpes de Estado, como el del 5 de abril de l992, previeron primero, que "nadie debe obediencia a un gobierno usurpador ni a quienes asumen funciones o empleos públicos en violación de los procedimientos que la Constitución y las leyes establecen" (artículo82, pf. 1 Constitución); segundo, que son nulos "los actos de toda autoridad usurpada"; y, tercero, que el pueblo tiene derecho a insurgirse "en defensa del orden constitucional" (artículo 82, pf. 2 Constitución).

Como no ha habido desobediencia ni insurgencia y el Gobierno de facto ejerce efectivamente todos los poderes, nos encontramos en la necesidad de volver a comentar decretos leyes en lugar de leyes o decretos legislativos. Los decretos leyes vuelven a convertirse en fuente material de derecho. Al respecto, volverá a invocarse la Ejecutoria Suprema del 24 de Marzo de 1950 (RJP 1950, p. 341), en la que la Corte Suprema afirmó que el decreto Ley N.º 11049 (Ley de seguridad interior de la República) tiene el mismo valor que los otros decretos leyes emanados de la junta Militar de Gobierno, al estar esta investido de funciones legislativas, única forma como un gobierno de facto puede dirigir la vida política y jurídica del país". Y, se recordará también en relación, lo que se dijo respecto al Estatuto del Gobierno Revolucionario: el mismo Estatuto (conforme lo reconoce la muy moderna doctrina constitucional) representa en estos períodos llamados de "emergencia" un texto con categoría de norma suprema"[4].

De esta manera y debido a las; condiciones socio-politicas, nuestro ordenamiento seguirá siendo construido aún en sus aspectos sustanciales, por regímenes de facto interrumpidos por breves períodos constitucionales.

En esta oportunidad, publicamos los decretos leyes destinados a combatir el terrorismo. En estos se acentúa la represión del delito de terrorismo y de los demás comportamientos delictuosos relacionados con el delito base. Si no se ha

4 Anexo a la obra de José Pareja Paz Soldán, *Derecho Constitucional Peruano*, 5.ª. edición, Lima, 1973, p. 600.

previsto la pena de muerte para los casos más graves se ha debido a la prohibición consagrada en la Constitución de 1979.

Ahora, se califican a los casos más graves como traición a la patria. A esto no llegó el régimen constitucional, a pesar que –en el Parlamento– el senador Javier Alva Orlandini había presentado un proyecto de ley definiendo y castigando los actos terroristas como crimen de traición a la patria. Además de la connotación simbólica emotiva de esta calificación, comporta una manipulación burda de la técnica legislativa para eludir barreras constitucionales establecidas para impedir una ampliación abusiva del fuero privativo y la vuelta a la pena de muerte. Pero este criterio no tiene nada de original. Ante el movimiento guerrillero de los años sesenta de inspiración castrista, el Parlamento dictó la Ley N.º 15590 de 20 de agosto de 1965. En su artículo primero, se declaró como "delito de traición a la patria y servicio a las armas de potencia extranjera", entre otros, a los delitos de rebelión y sedición cometidos por "peruanos para alterar por la violencia o por medio de guerrillas el orden constitucional, político y democrático de la República, para imponer el sistema totalitario comunista". En cuanto a las penas se estableció la pena de muerte para los casos más graves y se suprimió lo dispuesto en el artículo 148 del Código Penal (entonces vigente referente a la atenuación de la pena cuando el autor, al momento de la comisión del delito, hubiera tenido "mas 18 años, pero menos de 21".

Por último, se dispuso el juzgamiento de los responsables por Consejos de Guerra y según las normas del Código de justicia Militar para los casos de guerra nacional" (artículo 4).

La índole de esta nota de presentación de parte de las normas antiterroristas nos impide entrar en un análisis detallado de las mismas. Para terminar, nos limitaremos más bien a citara Luis Roy Freyre, quien en un crítico comentario a la Ley N.º 15590, manifestó sobre la declaración de inaplicabilidad del artículo 148 (imputabilidad relativa): la nueva ley en análisis con carencia total de fundamento científico establece una distinción de tratamiento judicial entre los menores el que tienen más de 18 años y menos de 21 al momento de la comisión de los delitos... y los menores que, encontrándose en las mismas condiciones psíquicas y biológicas cometieron los restantes delitos contenidos en los códigos punitivos y leyes penales especiales. A los primeros se les considera plenamente imputables. A los segundos se les estima con imputabilidad restringida. Desgraciadamente, para los legisladores y para el órgano promulgador la imputabilidad es de naturaleza científica, ajena a los resquemores de la política partidista" (La Ley y la guerrilla, in Juris, Organo Oficial del Centro Federado de Derecho UNMSM, N.º 2, año 11, 1965, p. 48-50).

V

Proyecto de reforma de la legislación antiterrorista comisión del Ilustre Colegio de Abogados de Lima*

Sumario: 1. Exposición de motivos de las normas penales sustantivas. 2. Necesidad de reformar la legislación antiterrorista. 3. Conveniencia de una ley especial. 4. Constitución, derechos humanos y legislación terrorista. 5. Innovaciones propuestas. a. Terrorismo: tipo básico. b. Colaboración terrorista. c. Apología del terrorismo. d. Incitación al terrorismo. e. Posesión de insumos para explosivos. f. Asociación para el terrorismo. g. Asesinato terrorista. h. Libertad condicional. i. Minoridad. j. Arrepentimiento terrorista. 6. Terrorismo: tipo básico. a. Proyecto de legislación Derecho penal. 7. Exposición de motivos de las normas procesales. a. Introducción. b. Eliminación de tribunales militares. c. Jueces especializados. d. Indagación preliminar. e. Investigación judicial. f. Trámite ante la Sala Penal Superior Especializada. g. Remuneración especial. 8. Proyecto de ley título: Normas procesales. a. Disposiciones generales. b. Indagación policial preliminar. c. Investigación judicial. d. Procedimiento ante la Sala Penal Superior Especializada. e. El juzgamiento oral. f. Recursos impugnatorios. g. Disposiciones finales

1. Exposición de motivos de las normas penales sustantivas

Una parte considerable de la intelectualidad peruana representada en su mayoría por profesores universitarios, politólogos, juristas, políticos, religiosos, sociólogos y dirigentes de los gremios profesionales están de acuerdo en reconocer, por primera vez, que la solución definitiva de nuestro grave problema terrorista no depende exclusivamente de la eficacia de la acción militar o de

---

* Presidente: Dr. Luis Roy Freyre. Miembros: Drs. Florencio Mixán Mass; César San Martín Castro; Arsenio Oré Guardia; Fernando Angeles Gonzáles. Asesores: Drs. Luis Francia Arias; Carlos Rivera Paz. Versión en línea: http://bit.ly/1KWnZu9.

la severidad de la legislación punitiva del momento, sino, fundamentalmente, de la remoción por vía democrática de una estructura económico-cultural que viene manteniendo a gran parte del pueblo en la ignorancia, marginado de la vida política y en la insatisfacción de las más apremiantes necesidades, a pesar de las intenciones altruistas que puedan individualizarse en algunos gobernantes.

Creemos que el Derecho Penal está en condiciones de cumplir con buen éxito su papel disuasivo de prevención general, puesto al frente de la delincuencia terrorista en su hora actual, orientando sus normas a restarle vaguedad a las configuraciones delictivas del fenómeno subversivo, permitiendo al mismo tiempo la mejor dosificación de sus penalidades y humanizando su ejecución penitenciaria; tareas todas a satisfacerse dentro del marco del debido proceso judicial.

El ejercicio abusivo del Estado de su derecho a castigar la delincuencia subversiva, con graves violaciones de las garantías penales y judiciales consagradas tanto en la legislación constitucional como en los tratados internacionales sobre DD. HH., no es exclusividad de los regímenes políticos dictatoriales que hemos padecido. Recordemos que en el año 1965, cuando el país vivía la experiencia guerrillera desarrollada en los frentes de las provincias de La Convención (Mesa Pelada), La Mar, Jauja y Concepción, con el propósito de establecer el socialismo mediante la lucha armada y la auto-denominada unidad popular, entonces se promulgó la Ley no 15590, de fecha 18 de Agosto de 1965, instrumento legal que consideró como delitos de traición a la patria hechos que no tenían tal naturaleza delictiva, pero que la adquirían de manera postiza, si es que eran cometidos para "imponer el sistema totalitario comunista". No obstante que la acción guerrillera fue superior en sus aspectos ideológico, político, humanitario y en moral subversiva a lo que hoy conocemos del fenómeno terrorista, el Estado recurrió a la pena de muerte, a prohibir la liberación condicional (que convertía a la pena de internamiento en lo que ahora conocemos como "cadena perpetua"), a declarar la improcedencia de la atenuación de la pena por minoridad relativa (18 a 21 años de edad, según el artículo 148 del C.P. de 1924), a eliminar la facultad del Juez para atenuar la pena del cómplice, si se trataba de extranjero, siéndole de aplicación la pena de muerte; y, a prescribir que los delitos referidos en dicha ley "serán juzgados y sentenciados por Consejos de Guerra, conforme a las normas del Código de Justicia Militar para los casos de guerra nacional".

2. Necesidad de reformar la legislación antiterrorista

El estado actual de la lucha contra el terrorismo y los importantes avances que se han logrado para derrotarlo, así como las constantes denuncias por las violaciones de derechos humanos que han ocurrido en la acción antiterrorista y en la aplicación de las normas legales para reprimir la subversión, con grave

descrédito para instituciones fundamentales de la sociedad, hacen imperativa la reforma de la legislación en esta materia.

Las disposiciones excepcionales que encontraron justificación en una situación de extrema gravedad, deben hoy dar paso a una legislación que responda a las circunstancias de la hora presente, es decir, remplazar la excepcionalidad por la normalidad.

La praxis judicial ha revelado graves deficiencias de la normatividad antiterrorista contraria a principios fundamentales del derecho penal, violatoria de derechos humanos y generadora de inseguridad jurídica.

3. Conveniencia de una ley especial

En la medida que las normas antiterroristas deben ser excepcionales y temporales, es conveniente plasmarlas en una ley especial, de modo que el Código Penal no vea afectadas sus disposiciones generales. Sin embargo, es necesario dejar sentado que el Código Penal establece como una de las garantías básicas de su adecuada aplicación y vigencia que sus normas generales –entiéndase las contenidas en la Parte General– son aplicables a los hechos punibles previstos en leyes especiales (artículo X, Tít. Prel.).

4. Constitución, derechos humanos y legislación antiterrorista

La vigencia de la nueva Constitución Política del Perú, ratificada en el referéndum del 31 de octubre de 1993, los Convenios Internacionales celebrados por el Estado y que forman parte del Derecho Nacional (artículo 55, Const.) hacen que la legislación dictada contra el terrorismo deba adecuarse impostergablemente a este marco jurídico.

5. Innovaciones propuestas

La presente ley conserva la estructura básica de la legislación precedente, haciéndola coincidir, como quedara anotado, con las disposiciones constitucionales y convenios internacionales de DD. HH., con las siguientes modificaciones:

a. Terrorismo: tipo básico

El artículo primero, contiene el supuesto típico del terrorismo simple. En el párrafo primero se encuentran las figuras de peligro –entiéndase peligro concreto, real y efectivo, y no peligro abstracto–. Las circunstancias agravantes, pre-

vistas en el segundo párrafo, son de lesión o resultado. Esta delimitación es fundamental responde a los criterios del artículo IV del Título Preliminar del Código Penal: "La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley".

La innovación se presenta en la condición de "integrado a una organización terrorista o colaborando con sus objetivos y fines". En la legislación precedente el sujeto activo podía ser cualquier persona; la propuesta estima que el delito de terrorismo por su propia naturaleza –ideológica, militar, utilización de métodos terroristas– no se concibe ejecutado aisladamente. Toda acción terrorista es producida por personas individuales, pero responde a los fines de la organización. De ahí que el sujeto activo sea necesariamente un componente de la agrupación terrorista o colabore con sus objetivos.

El delito de terrorismo (artículo 1) se ha estructurado como simple y agravado. La figura simple o básica es de peligro concreto; (artículo 1, primer pfo.); mientras que las circunstancias agravantes están referidas a supuestos de lesión o resultado (1. Producción previsible de lesiones graves o muerte; 2. Participación de menores de edad; daño en bienes públicos o privado que impiden o dificultan la prestación de servicios esenciales; 3. Secuestro de personas [artículo 1, segundo párrafo]). Finalmente encontramos una agravante genérica basada en la condición de dirigente del sujeto activo, pero referida a los supuestos de lesión previstos en los incisos 1, 2, 3, y 4; ello en virtud del poder de decisión con que cuentan quienes rigen una organización terrorista.

La mencionada estructura deja de lado aquella contenida en la legislación sujeta a reforma que denominaba terrorismo solo a algunos supuestos y "traición la patria" a las formas agravadas del mismo. El bien jurídico tranquilidad pública que es lesionado y puesto en peligro por este delito, mediante actos, que a su vez lesionan otros bienes jurídicos (vida, salud, libertad, patrimonio) es el más adecuado para la concreción legislativa de este delito. La patria como bien jurídico se encuentra tutelada en el Título XV, "Delitos contra el Estado y la Defensa nacional", Capítulo I, "Atentados contra la Seguridad Nacional y Traición a la Patria", distando mucho de comprender dentro de sus alcances al delito de terrorismo.

En suma, el delito de terrorismo afecta a la tranquilidad pública, pudiendo ser simple o básico y agravado. Esta redacción creemos que abona en beneficio de la claridad y por ende de la seguridad jurídica.

b. Colaboración terrorista

Los supuestos de colaboración terrorista contienen elementos subjetivos del tipo distintos del dolo que buscan evitar arbitrariedades en su aplicación concre-

ta. En efecto la colaboración con el terrorismo debe ser prestada asabiendas que facilita las acciones terroristas (artículo 2, inciso 1), de manera voluntaria (artículo 2, inciso 4), o intencionalmente (artículo 2, incisos 2 y 3). De esta manera se excluye a quienes bajo coacción o amenaza –no siempre manifiesta, evidente o posible de probar– se ven obligados a colaborar con el terrorismo.

c. Apología del terrorismo

Este tipo penal requiere que la apología esté referida a un acto terrorista concreto o a persona determinada que ha sido condenada como autor o partícipe del mismo. Es decir que no se puede punir la apología in genere, pues esta viola la libertad de expresión a que toda persona tiene derecho (artículo 2, inciso 4, Const.). La apología delictiva, recupera así su afiliación a la tesis restrictiva respetando la libertad de expresión; pero, sin permitir la alabanza de actos terroristas concretos que pueden generar un efecto reproductor de este delito.

Se sanciona también, como circunstancia agravante, que el sujeto activo realice la apología del delito del terrorismo valiéndose de su condición de docente. Es esta cualidad del sujeto activo y su importante rol en la formación de las nuevas generaciones las que avalan dicha agravación de la pena.

d. Incitación al terrorismo

La incitación a cometer delito de terrorismo se encuentra estructurada de manera tal que permite una clara diferenciación de la apología. Así, la apología es la alabanza de actos terroristas o de los autores de los mismos mientras la incitación es el llamado a la comisión específica del delito de terrorismo.

e. Posesión de insumos para explosivos

La posesión de nitrato de amonio –o de elementos que sirvan para su elaboración– se encuentra sancionada siempre que la tenencia de éstos guarde directa relación con el propósito de utilizarlos en actos de terrorismo. En suma se sanciona la posesión de insumos con el destino de ser utilizados en acciones terroristas. La sola tenencia de estos elementos sin intención de utilizarlos en la comisión del delito de terrorismo no se subsume en este tipo legal.

f. Asociación para el terrorismo

Este tipo penal eleva el solo hecho de pertenecer a una organización terrorista a la categoría de delito constituyendo una excepción al principio de no

punición de los actos preparatorios, la misma que se explica por la necesidad que tiene el Estado de anticiparse a la comisión de actos subversivos concretos.

g. Asesinato terrorista

Se trata aquí de la muerte de personas efectuada con propósito terrorista (elemento subjetivo del tipo) o para facilitar u ocultar la realización del delito de terrorismo agravado previsto en el artículo 1, 2do y 3er párrafos. La vida humana, como derecho fundamental de la persona, se ve lesionada aquí por la realización de fines terroristas lo que evidencia la gravedad de la conducta.

h. Libertad condicional

La pena, de conformidad con el Código Penal de 1991, tiene función preventiva, protectora y resocializadora (artículo IX. Tít. Prel.) y el objeto de la ejecución penal es la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (artículo II, Tít. Prel. Código de Ejecución Penal). Esta función y fines de la pena son incompatibles con la imposición de una privación de libertad (cadena perpetua) que se prolongue hasta la muerte del condenado. En este sentido, debe permitirse el beneficio de la liberación condicional, inclusive a quienes han sido condenados a la pena de cadena perpetua, ya que constituye una posibilidad de resocialización y permite la reincorporación del penado a la vida en comunidad, así como el reconocimiento del derecho a la igualdad ante la ley (artículo 2, inciso 2, Const.).

Esta oportunidad no debe desaprovecharse para dejar constancia que la cadena perpetua resulta violatoria del artículo 139, inciso 22 de la Constitución Política puesto que no existe nada más extraño a la "reincorporación del penado a la sociedad" (principio que hoy informa al régimen penitenciario frente al ejercicio de la función jurisdiccional) que segregarlo de la colectividad por el resto de su vida.

i. Minoridad

La edad que otorga la imputabilidad es la de dieciocho años. Los menores de 18 años, sin excepción, son inimputables, por no haber concluido su proceso de adaptación y fijación a la sociedad y sus valores.

j. Arrepentimiento terrorista

La legislación de arrepentimiento terrorista (D. Ley N.º 25499, Ley N.º 26220 y D.S. 015-93-JUS) tiene actualmente un límite temporal (1 de noviem-

bre de 1994). Es decir, que en esta fecha las mencionadas disposiciones legales dejarán de tener vigencia. Las personas que soliciten este beneficio deberán hacerlo antes de la fecha señalada y solo por los delitos cometidos con anterioridad a la vigencia de la Ley N.º 26345, publicada el 30 de agosto de 1994.

Este instrumento de política criminal fue usado indiscriminadamente provocando una serie de arbitrariedades, tales como la detención y en algunos casos la condena a penas severísimas basadas solo en las imputaciones de "arrepentidos terroristas".

La revisión de estos procesos es una necesidad improrrogable, por ello se propone introducir como causal de revisión de procesos el hecho que la condena se hubiese pronunciado en base a la declaración de un terrorista arrepentido y no se encuentre corroborada por pruebas.

6. Terrorismo: tipo básico

a. Proyecto de legislación

Artículo 1. *El que integrado en una organización terrorista o colaborando con sus objetivos y fines, realiza actos que pongan en peligro la vida, la salud, la libertad o el patrimonio; utilizando armamentos, explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o que afecten las relaciones internacionales del Estado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 15 ni mayor de 20 años.*

Circunstancias agravantes

La pena será privativa de libertad no menor de 20 ni mayor de 25 años:

1. *Si el agente, pudiendo prever el resultado, ocasiona lesiones graves o muerte de persona.*
2. *Cuando se hace participar a menores de edad.*
3. *Si el daño ocasionado a los bienes públicos y privados impide total o parcialmente, la prestación de servicios esenciales para la población.*
4. *Cuando se realiza con secuestro de persona.*

La pena será privativa de libertad no menor de 25 ni mayor de 30 años si el actor es dirigente de un grupo terrorista y concurra cualquiera de los cuatro supuestos del párrafo anterior.

Artículo 2. Colaboración terrorista. *Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 15 ni mayor de 20 años, cuando el agente:*

1. *Suministra documentos o informaciones sobre personas o patrimonios, a sabiendas que coadyuvan o facilitan las acciones terroristas.*
2. *Proporciona alojamiento a terroristas o facilita su traslado o fuga.*
3. *Custodia, oculta o mantiene en depósito armas, explosivos, propaganda, o documentos relacionados con grupos o actividades terroristas.*
4. *Financia voluntariamente actividades de elementos o grupos terroristas.*

Artículo 3. Apología del terrorismo. *El que públicamente, a través de cualquier medio, hace apología de un acto terrorista o de la persona que ha sido condenada como su autor o partícipe, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 5 ni mayor de 10 años.*

Circunstancia agravante

Si el agente se vale de su condición de docente la pena será privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años.

Artículo 4. Incitación al terrorismo. *Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 8 ni mayor de 12 años, el que mediante cualquier medio y ante un número indeterminado de personas incitase a que se cometa cualquiera de los actos que comprende el delito de terrorismo.*

Artículo 5. Posesión de insumos para explosivos. *El que con propósito de utilizarlos en actos de terrorismo posee nitrato de amonio o elementos que sirvan para su elaboración, cualesquiera que sean las denominaciones o formas de presentarlos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 20 ni mayor de 25 años.*

Artículo 6. Asociación para el terrorismo. *El que forma parte de una organización terrorista será reprimido, por el solo hecho de pertenecer a ella, con pena privativa de libertad no menor de 8 ni mayor de 12 años.*

Artículo 7. Asesinato terrorista. *El que con propósito terrorista, o para facilitar u ocultar alguna de las acciones indicadas en el artículo 1o, 2do. y 3er, párrafo, mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad de 25 años a cadena perpetua.*

Artículo 8. Libertad condicional. *La liberación condicional procede cuando el condenado cumple efectivamente las dos terceras partes de la pena impuesta. Tratándose de los condenados a cadena perpetua la liberación condicional procede al cumplirse 20 años de pena privativa de libertad de manera efectiva.*

7. Exposición de motivos de las normas procesales

a. Introducción

El proceso de pacificación por el que atraviesa nuestra sociedad exige la desarticulación del procedimiento establecido en el D. Ley N.º 25475, por cuanto en él se restringen derechos fundamentales de la persona vulnerando normas constitucionales.

Habiendo disminuido la amenaza terrorista por el desbaratamiento progresivo de estos grupos, es preciso construir un procedimiento acorde con esta nueva etapa de pacificación, que combine la eficacia en la averiguación de la verdad, con las garantías inherentes a los imputados.

b. Eliminación de tribunales militares

Partiendo del principio constitucional del Juez natural o predeterminado por ley, la Comisión estima conveniente la derogatoria de la potestad del fuero militar para conocer estos casos por cuanto en el aspecto sustantivo desaparecen los llamados delitos de traición a la patria, ahora convertidos en agravantes del delito de terrorismo. El procedimiento inquisitorio establecido para el fuero militar ha favorecido la arbitrariedad, por cuanto se han visto casos de condenas a inocentes. El concepto según el cual la justicia ordinaria o común no es eficaz ha quedado de lado por cuanto solo esta ofrece las garantías para una recta administración de justicia, siendo mínimos los errores judiciales en los que se pueda incurrir.

c. Jueces especializados

Acorde con el punto precedente y a efectos de lograr una mejor administración de justicia, se rescata la identidad de los magistrados, inherente a la condición de persona dentro de un sistema democrático y garantista. Se crea así los jueces especializados que deben estar vinculados a la justicia penal en contraposición con el sistema "sin rostro" que permitía el juzgamiento de delitos de terrorismo por jueces no penales (laborales, agravios, civiles), que repercutía en la toma de decisiones erróneas por desconocimiento de categorías penales cuyo manejo técnico especializado es indispensable al momento de resolver una causa. Con esto se garantiza que los sujetos del proceso tenga pleno conocimiento de lo que significa el derecho penal y el proceso penal en su conjunto.

d. Indagación preliminar

En concordancia con la Constitución Política de 1993, se encomienda al Fiscal especializado el control de legitimidad de la indagación preliminar (artículo 9); en tal sentido deberá certificar las detenciones policiales preliminares siempre que existan suficientes elementos probatorios que vinculen al imputado con el delito de terrorismo (artículo 10), así como el acopio eficiente de la información teniendo como auxiliar a los miembros de la Policía nacional. Del mismo modo deberá actuar medidas preliminares como la inmovilización e incautación de documentos, vigilancia domiciliaria, incautaciones de bienes que constituyan efectos o medios de la comisión del delito (artículo 14). El Fiscal especializado luego de concluida esta etapa indagatoria decidirá si formaliza denuncia o declara no haber lugar a su formalización, siendo motivada la resolución respectiva en el caso de la no formalización de denuncia se elevará en consulta al superior (artículo 16).

e. Investigación judicial

Se devuelve al Juez especializado la posibilidad de decidir si dicta el auto de apertura de instrucción para el inicio del proceso o decide su archivamiento vía el auto de no ha lugar a la apertura de instrucción. En este último caso la consulta al superior es obligatoria (artículo 17). Se reconoce también la facultad jurisdiccional para determinar, en caso de abrir instrucción, la medida coercitiva de detención o la de comparencia. Debido a la gravedad del delito de terrorismo y de sus modalidades, la Comisión cree conveniente la improcedencia de la libertad provisional (artículo 18). Sin embargo, reconociendo el carácter fundamental que representa la libertad de las personas se admite la concesión de la libertad incondicional cuando se haya descartado fehacientemente la imputación (artículo 19). La excarcelación solo procederá en tanto la resolución quede firme.

f. Trámite ante la Sala Penal Superior Especializada

Lo innovador en esta propuesta es que las pruebas ofrecidas para que sean actuadas en el juicio oral deberán ser admitidas siempre que se especifique el argumento probatorio obtenible con la nueva prueba o su ampliación (artículo 26). Al desaparecer los Jueces sin rostro, en la etapa de juzgamiento se facultan a que las audiencias puedan realizarse total o parcialmente en privado por razones de seguridad nacional o personal (artículo 27).

g. Remuneración especial

Debido al grado de responsabilidad que significa administrar justicia para casos de terrorismo la Comisión cree conveniente que tanto los fiscales, jueces, y auxiliares jurisdiccionales que participan en estas, deben percibir una remuneración adicional a la del cargo que desempeñan, así como poseer un seguro de vida y gozar de protección estatal (artículo 30).

8. Proyecto de ley título: Normas procesales

a. Disposiciones generales

Artículo 1. *Esta Ley regula el procedimiento por delito de terrorismo que comprende: indagación policial preliminar, la instrucción, el juzgamiento e impugnación.*

Artículo 2. *El control de la indagación policial preliminar tendrá lugar de conformidad con lo previsto en la Constitución y en esta Ley.*

Artículo 3. *La instrucción y el juzgamiento por delito de terrorismo compete al Juzgado Penal Especializado y a la Sala Penal Superior Especializada. La impugnación contra la sentencia será resuelta por la Sala Penal Suprema Especializada.*

Artículo 4. *Para los actos de indagación policial investigación y juzgamiento son hábiles todas las horas y días del año.*

Artículo 5. *El procesado tiene derecho a conocer el tenor de la imputación y a ser oído personalmente, a intervenir en las diligencias que tenga relación con él. Asimismo, tiene derecho a designar defensor de su elección. Si no designa defensor, el Fiscal nombrará uno de oficio. Si el defensor nombrado por el procesado no concurre puntualmente a la diligencia o hace saber que la será imposible asistir, la diligencia se realizará con el defensor de oficio. Si el defensor no asiste injustificadamente a dos diligencias consecutivas o a tres no consecutivas será reemplazado por otro que nombrará el procesado en el plazo de veinticuatro horas, bajo apercibimiento de designársele uno de oficio.*

Artículo 6. *Las resoluciones que ordenen la excarcelación de los imputados tendrán efecto suspensivo hasta que queden firmes. Estas resoluciones, o las que declaran la no procedencia del juicio oral, serán elevadas en consulta.*

Artículo 7. *Toda persona natural o jurídica y demás instituciones tienen el deber de proporcionar la información que les fuere requerida durante la indagación o durante el procedimiento judicial. Están exceptuados de este deber los parientes del imputado hasta el cuarto grado de consanguinidad, y segundo de afinidad.*

Artículo 8. *Por razones de peligro real o inminente contra la seguridad del procesado o su salud o por graves circunstancias que afecten el orden público o el norma desarrollo del procedimiento será procedente la transferencia de competencia.*

El Fiscal o el Procurador Público o el defensor del procesado pueden formular la petición debidamente fundamentada. El Juez Penal o la Sala Penal, según el caso, correrá traslado por el término común de dos días. En caso necesario ordenará la actuación de pruebas por el término de cinco días.

b. Indagación policial preliminar

Artículo 9. La indagación policial preliminar del delito de terrorista corresponde a la Policía Nacional. El Fiscal Especializado asume el control de la legítimidad de la indagación, dictando las medidas necesarias para garantizar los derechos y el cumplimiento de los deberes así como coordinando con la Policía sobre la aplicación de pautas científicas y técnicas para el acopio eficiente de la información. Con tal propósito la Policía está obligada a cumplir los mandatos del Fiscal.

Artículo 10. Durante la indagación policial preliminar del delito de terrorismo la Policía está autorizada para efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados siempre que existan suficientes elementos probatorios de su comisión que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo, detención que comunicará al Fiscal Penal Especializado.

Artículo 11. El Fiscal Penal Especializado comunicará al Juez Penal Especializado la iniciación de la indagación policial preliminar.

Artículo 12. Durante la indagación policial preliminar el Juez Penal Especializado está facultado para adoptar las siguientes medidas:

a. De oficio o a petición de persona interesada, se constituirá en el lugar de la detención para averiguar sobre el avance de la indagación o sobre el estado de salud del detenido. En caso de comprobar la ilegalidad de la detención o la afectación del derecho de defensa u otra irregularidad substancial capaz de invalidar los actos de la indagación, dispondrá los correctivos necesarios para garantizar la normal prosecución de la indagación; o, si considera que ya es suficiente la información acumulada coordinará con el Fiscal para que se pronuncie de acuerdo con la potestad que tiene como titular del ejercicio de la acción penal.

b. Disponer el reconocimiento médico-legal, salvo que el Fiscal ya lo hubiera ordenado.

Artículo 13. El Fiscal Penal Especializado tiene, además, las siguientes potestades:

a. Solicitar al Juzgado Penal Especializado autorización para el traslado temporal del detenido de un lugar a otro de la República si es de estricta necesidad para el éxito de la indagación o para garantizar la seguridad personal del detenido. El tiempo que implique ese traslado no altera el cómputo cronológico de los quince días previstos en la última parte del parágrafo "f" del inciso 24 del artículo 2o de la Constitución.

b. Cuando sea indispensable para el éxito de la indagación solicitará al Juez Penal Especializado la incomunicación del detenido, la que no podrá durar más de diez días. La incomunicación no impide la conferencia en privado del defensor con el detenido.

b. Cuando sea indispensable para el éxito de la indagación solicitará al Juez Penal Especializado la incomunicación del detenido, la que no podrá durar más de diez días. La incomunicación no impide la conferencia en privado del defensor con el detenido.

c. Cuando no sea el caso de flagrancia, pedirá al Juez Especializado autorice el allanamiento y registro domiciliario así como el ingreso a cualquier otro tipo de recinto cerrado, vigilancia domiciliaria o clausura de locales.

Artículo 14. También fuera del supuesto de flagrancia pero tratándose de un caso de urgencia extrema por obtener medios probatorios, el peligro por la demora y siendo imposible en esas circunstancias contar con la previa autorización judicial, el Fiscal podrá mediante resolución motivada:

a. Autorizar o la inmovilización o incautación de documentos. Asimismo podrá ordenar la incautación o interceptación de correspondencia o de documentos privados cuando sea razonable prever el peligro de su destrucción, ocultamiento, falsificación o sustitución.

b. Autorizar el ingreso en áreas físicas no domiciliarias cerradas, la vigilancia domiciliaria o de locales, o clausura de locales.

c. Autorizar se efectúe bajo inventario las incautaciones necesarias de un objeto que constituya efecto del delito o medio de comisión del mismo.

Inmediatamente de ejecutada la medida, adjuntando el acta, solicitará mediante escrito fundamentado al Juez Penal Especializado la expedición de la resolución confirmatoria.

Artículo 15. La Policía pondrá al detenido y la documentación que contiene la indagación practicada a disposición del Fiscal Penal Especializado. Con ese acto concluye la indagatoria.

Artículo 16. El Fiscal Penal Especializado, en mérito de lo actuado durante la indagatoria, decidirá si formaliza denuncia ante el Juzgado Penal Especializado; o si declara no haber lugar a formalización de la denuncia.

En ambos casos motivará, técnica y coherentemente sus resoluciones.
Si decide no formalizar la denuncia su resolución será elevada en consulta ante el Fiscal Penal Superior Especializado.

c. Investigación judicial

Artículo 17. Si la denuncia formalizada por el Fiscal Penal Especializado satisface los requisitos previstos en el artículo 77 del C.dePP. El Penal Especializado expedirá el Auto de Apertura de Instrucción. Dictará mandato de detención si existen suficientes elementos probatorios del delito que vinculan al imputado como autor o partícipe.

Si dichos medios probatorios no son suficientes dictará comparecencia pero en tal caso elevará dicho extremo del auto en consulta ante la Sala Penal Superior Especializada.

Si expide auto de no ha lugar a apertura de instrucción también elevará el auto en consulta ante la Sala Penal Superior Especializada.

Artículo 18. En ningún caso procede libertad provisional.

Artículo 19. La libertad incondicional es procedente en cualquier estado de la investigación cuando resulte descartada fehacientemente la imputación.

Artículo 20. El esclarecimiento de la verdad mediante la actividad jurisdiccional tendrá lugar aplicando la ciencia y la técnica y empleando medios probatorios legítimos, pertinentes, conducentes y útiles.

Artículo 21. La instrucción concluirá cuando se haya acumulado medios de prueba suficientes que permitan el esclarecimiento del caso.

La instrucción tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco días. Sin embargo, a petición del Fiscal o Procurador Público o del imputado o por la complejidad del caso, puede ser prorrogado por un plazo máximo de veinte días.

Artículo 22. Concluida la investigación, el expediente será elevado a la Sala Penal Superior Especializada.

d. Procedimiento ante la Sala Penal Superior Especializada

Artículo 23. La Sala Penal Superior Especializada al día siguiente de recibido el expediente lo remitirá al Fiscal Superior Penal Especializado para que en el plazo de ocho días emita pronunciamiento.

Artículo 24. Devuelto el expediente por la Fiscalía, La Sala expedirá resolución en el plazo de tres días. Si el Fiscal ha formulado acusación, la Sala expedirá Auto de Enjuiciamiento, con señalamiento de fecha para la apertura de audiencia.

Artículo 25. El Procurador Público podrá interponer recurso impugnatorio contra el auto que declara la no procedencia del juicio oral. Tiene como plazo máximo el día siguiente de haber sido notificado.

Artículo 26. Hasta el día anterior a la apertura de la audiencia los sujetos procesales podrán:

a. Ofrecer nuevas pruebas para su actuación en audiencia;

b. Solicitar, debidamente fundamentada la ampliación de las pruebas practicadas en la investigación, siempre que contribuya al esclarecimiento de los hechos. En cualquiera de los casos precedentes se deberá especificar el argumento probatorio obtenible con la nueva actuación de prueba o la ampliación de la misma.

e. El juzgamiento oral

Artículo 27. El Juzgador resolverá, aún de oficio, que la audiencia se realice total o parcialmente en privado por:

a. Razones de seguridad nacional;

b. Motivos de seguridad personal del acusado;

c. Constituir, en concepto del Juzgador una medida necesaria. La lectura de la sentencia se realizará públicamente en la Sala de audiencia. El juzgador cuando considere conveniente para preservar el orden, podrá limitar a un número razonable la presencia de la prensa y del público.

Artículo 28. Iniciada la audiencia, está continuará hasta su conclusión, salvo fuerza mayor o caso fortuito.

Artículo 29. El desarrollo del juicio oral se regirá por las prescripciones de la norma procesal penal vigente.

f. Recursos impugnatorios

Artículo 30. Contra la sentencia dictada por la Sala Penal Especilizada procede el recurso de apelación suprema.

Artículo 31. Procede el recurso de Revisión cuando la sentencia condenatoria se haya basado exclusivamente en la declaración de un arrepentido.

g. Disposiciones finales

Artículo 32. Los Fiscales y Magistrados Especializados así como Auxiliares Jurisdiccionales que intervienen en el procedimiento por el delito de terrorismo, percibirán una remuneración adicional al cargo, tendrán un seguro de vida y gozarán de medidas de protección permanente del Estado.

Artículo 33. La competencia territorial para la investigación y el juzgamiento del delito de terrorismo será distribuido por Regiones o Zonas en atención a la ubicación o influencia geográfica de la actividad terrorista.

VI
Terrorismo y tráfico de droga*

Sumario: 1. Contexto socio-ecónomico. a. El tráfico ilícito de drogas. b. La coca. c. El destino de la coca. d. El consumo de drogas. e. La importancia económica de la coca. 2. La violencia política. a. Antecedentes. b. El terrorismo. 3. La reacción estatal. a. Cómo ha reaccionado el Estado peruano frente al tráfico de drogas y al terrorismo: La lucha contra el tráfico ilícito de drogas. b. Prevención. c. Obstáculos económicos. d. Obstáculos sociales. e. La represión penal. f. La lucha contra el terrorismo: fenómeno delictivo e intervención policial. 4. Fenómeno militar e intervención de las Fuerzas Armadas. 5. Fenómeno político y diálogo. 6. A manera de conclusión.

1. Contexto socio-ecónomico

El Perú es un país subdesarrollado, sumido en una profunda crisis económica y social. Regido por un gobierno civil desde julio de 1980, sus instituciones políticas y judiciales no han alcanzado la necesaria estabilidad. En los últimos años, se han alcanzado la necesaria estabilidad. En los últimos años, se han agudizado los problemas de manera alarmante; por ejemplo, el proceso inflacionario (con sus consecuencias en el alza de los productos de primera necesidad y del deterioro de los niveles de ingreso) empezó a sentirse a partir de 1973. Dicho año, el ingreso familiar promedio podía satisfacer lo socialmente necesario para la supervivencia, e incluso permitía un pequeño margen que podía ser destinado

* Ponencia presentada en el Curso de Verano, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco, San Sebastián, del 3 al 10 de setiembre de 1984. Publicada en Antonio Beristaín y José Luis de la Cuesta, *La droga en la sociedad actual*, San Sebastián, 1984, pp. 171 y ss. Así mismo, en *Revista del Foro*, LXXI, N.º 2, Lima, 1984, pp. 9 y ss.

al ahorro. Cinco años más tarde, ese ingreso representaba un 45 % del valor total de la canasta familiar, lo que significa una drástica restricción del consumo. Si precisamos estos datos, veremos que el salario de los obreros sufrió una caída del casi 40% de su valor real y que el sueldo de los empleados equivalía a la mitad del valor que representaba en 1973. Los datos correspondientes a loas años 1980 y 1982, no hacen sino confirmar la continuación de esta caída de la capacidad económica real de los trabajadores peruanos.

Este fenómeno se produce en todas las regiones del país, siendo diferentes únicamente la intensidad y los efectos. Dentro de este ámbito de pobreza generalizada, Ayacucho (centro de la actividad subversiva y terrorista) es uno de los departamentos más pobres del Perú. Según el Mapa de la Pobreza publicado por el Banco Central de Reserva del Perú, en diciembre de 1982, cinco de las siete provincias de Ayacucho están en el estrato más pobre. En caso todos los estudios realizados sobre la pobreza en el Perú, el departamento de Ayacucho ocupa invariablemente el segundo lugar, superado únicamente por el departamento de Apurímac. Con Huancavelica, Cuzco y Puno conforman la llamada "mancha india peruana"; es decir la zona más pobre y deprimida del Perú.

Dentro de este contexto socio-político, se han acentuado dos formas graves de delincuencia: el denominado "terrorismo" y el tráfico ilícito de drogas. Los delitos tradicionales contra la vida e integridad corporal y contra el patrimonio, sin embargo, son aún cometidos con bastante frecuencia.

a. El tráfico ilícito de drogas

El problema del tráfico ilícito de drogas es multifacético. En el Perú, se trata principalmente del tráfico prohibido de los derivados obtenidos de la hoja de la coca, hecho que comprende la producción, la comercialización y el consumo d estos estupefacientes. La magnitud alcanzada por la comisión de este comportamiento prohibido, sus efectos sobre la economía de la nación, sus vinculaciones con el poder político y su elevado consumo, hacen el tráfico de drogas un problema nacional.

b. La coca

El Perú es el primer productor de las hojas de coca, materia prima de donde se obtiene la cocaína. Planta cultivada desde el preincanato, con fines medicinales, mágicos y de consumo, crece en las húmedas selvas tropicales de las vertientes orientales de los andes, entre los 500 y 150 mts. de latitud. Se trata de un arbusto sumamente rústico que se adapta fácilmente a los suelos pobres y de lata

pendiente. Tiene una vida útil de 50 años y produce al año de su plantación. Se estima que, en la actualidad, la superficie sembrada de coca, en la ceja de selva, es de 150.000 has., esto es un 15% de total de un millón de has en uso agropecuario de la selva peruana. Las zonas productoras tradicionales, ubicadas en el departamento del Cuzco, han quedado rezagadas por los sembríos realizados, a partir de mediatos de la década de 1970, en los departamentos nor-orientales de Huánuco y San Martín, especialmente en el Valle del Alto Huallaga. Constituyendo esta área, ahora, la mayor productora del país. De esta manera, la producción se ha multiplicado en dos décadas, pasando de 11 TM en 1959 a 24.000 TM en 1979; sin embargo, la producción real para 1980 fue calculada en 50.000 RM; es decir, más del doble. El mapa productivo de la coca en el Perú ha quedado pues, sustancialmente variado.

c. El destino de la coca

El aumento espectacular de la producción solo se explica por la demanda creciente de los productores clandestinos de drogas. En 1980, se calcula que 476 TM de hojas de coca se exportaron, lo que no constituyó ni el 1% de la producción. Si a esta cantidad se agrega las hojas que fueron utilizadas en la producción lícita de pasta básica de cocaína y de clorhidrato, se llega al 4% de la producción. En este mismo año, se estima que 13.000 TM estuvieron destinadas a la masticación por parte de la población indígena del país. Cantidad que representó el 26% de la producción. De donde se deduce que el 70% de la producción tuvo un destino ilícito.

Respecto a la masticación de la coca no es de olvidar que es una costumbre ancestral, necesaria para la supervivencia del mundo andino. Los especialistas reconocen que la cultura andina tiene como aspecto consustancial el uso de la coca no solo para efectos mágicos y medicinales, sino como un poderoso ingrediente de su dieta alimenticia.

Se calcula que 1.312.000 personas masticaban coca en 1977. Existen más masticadores entre los pobladores de altitudes superiores a 3.000 mts.; ellos representan el 85% de los habitantes de dicha zona. El número de masticadores decrece en un 3% por año. En 1982 se calculó que representaban 1.126.000: 15% de la población andina y 32% de la población en edad de masticar.

d. El consumo de drogas

El consumo de drogas es introducido en el Perú a fines de la década del 60, por jóvenes de la clase media y alta.

De la escasa e incompleta información estadística existente, resulta difícil precisar la evolución del consumo de drogas en el país.

En 1976, la policía solo intervino a un traficante de marihuana que poseía una cantidad ligeramente superior a los 4 grs. En los años 1968 y 1969, 35 personas fueron sometidas a investigación por la misma infracción. De enero a julio de 1970, se produce un aumento notable; por tráfico y consumo de marihuana estuvieron comprometidos, aproximadamente, 250 menores y 50 adultos; estimándose el volumen de la droga en algo más de 20 kgs. Según la división de narcóticos de la Policía de Investigaciones del Perú, hasta 1968, la adicción a la marihuana era prácticamente desconocida en el país. Sólo desde hace pocos años, primero en Lima y luego en las principales ciudades, se ha empezado a sentir el fenómeno del consumo de droga en forma creciente y masiva, llegando a hablarse con mayor fundamento de un problema social.

A partir de 1976, empieza a difundirse en forma creciente en los sectores populares, alcanzado una tasa de crecimiento comparativamente mayor a la de los sectores altos. El inicio de este proceso coincide con el desplazamiento de la marihuana por una droga elaborada a partir de la coca y de muy fácil acceso en nuestro país: la pasta básica de cocaína. Este producto intermedio de la fabricación del clorhidrato de cocaína es altamente nocivo por el elevado porcentaje de tóxicos que contiene. La pasta básica se ha transformado en la "droga nacional".

Otro índice significativo del aumento del tráfico y consumo de drogas, en especial de las extraídas de la coca, es el alto porcentaje de detenidos por esta actividad. En Lima, de un población penal de 10,635 detenidos, el 38,4% había ingresado por delito de tráfico de drogas. Además, el aparato judicial se encuentra sumergido en la enorme cantidad de procesos por esta clase de infracción.

e. La importancia económica de la coca

El proceso integral de producción industrialización y comercialización de la coca es una de las actividades productivas y comerciales más importantes del país, sobre todo para la zona de ceja de selva.

Los efectos económicos de una actividad dependen en gran parte tanto del volumen de los ingresos producidos como de la distribución de esos ingresos y su posterior utilización por los productos existentes no son precisos, debido a la naturaleza ilícita de la mayor parte de la actividad productiva, de transformación y de comercialización.

Sobre la base del estimado hecho de 150.000 has. de cultivo, la producción total de hojas de coca sería de 135'000 kgs., con un valor total ilícito de $

405'000.000 a un precio promedio de $ 3 por kg. Esta suma equivale a un 20% del producto bruto interno agrícola. La transformación de esta materia prima produciría 1'350.000 kgs., de pasta básica de cocaína, los que a $ 1.500 por kgs., darían un valor bruto de $ 2'025,000. A su vez, el resultante potencial de clorhidrato de cocaína sería de 445,500 kgs., con un valor bruto a $ 15.000 el kg., de $ 682.500.000.

Estos cálculos no son excesivos, si se tiene en cuenta otros indicadores. Por ejemplo, cuando se compara la coca con otros productos que son también cultivados tradicionalmente en las zonas cocaleras. El valor generado por el cultivo de la coca superaba, en 1980, al café en más del doble, así como a los cultivos de cacao, arroz, maíz, etc. Esta brecha se incrementó en 1982, debido al rendimiento por hectárea y, especialmente, al vertiginoso incremento de precios; el de la coca aumentó cinco veces. En 1971, los precios en feria eran de S./32 por kgs., en 1982 de S/.2, 100 kg. y a principios de 1983, S./ 2,500 por kg.

Así parece claramente la importancia económica de la coca, la misma que no cesa de aumentar. La coca y sus derivados cubren ya el 50% de las exportaciones, convirtiéndose en la principal fuente de divisas (superior a la minería). En la crisis que sufre el país, donde el ahorro nacional ha quedado reducido a su mínima expresión, la coca es el factor que eleva la capacidad de compra del país en el mercado internacional. Todo esto hace de la coca un factor decisivo en la política nacional.

2. La violencia política

a. Antecedentes

La violencia no ha sido la característica predominante de la vida política del país. Las dictaduras que se han sucedido no han actuado con la crueldad de los dictadores de otras latitudes de América. Los partidos políticos no han sido proclives a la utilización del terror para combatir a sus opositores. En los años 30, el enfrentamiento del APRA, con el dictador Sánchez Cerro y lo que él representaba no alcanzó la intensidad que distingue la violencia política actual.

Fue de esperar los años para ver aparecer y desarrollarse un tipo particular de violencia dirigida por grupos marxistas y orientada a realizar una revolución social. Las guerrillas de Luis de la Puente, inspiradas en el ejemplo de Cuba, fueron precedidas por robos a mano armada en agravio de entidades bancarias (denominados "expropiaciones") y culminaron con su exterminio por las Fuerzas Armadas. Este movimiento subversivo no contó, en realidad, con un apoyo popular importante. Deficiencia que facilitó su desaparición.

Veinte años más tarde, se produce un nuevo movimiento rebelde, dirigido esta vez por el denominado Partido Comunista del Perú y conocido, sobre todo, como Sendero Luminoso. Esta agrupación política es el resultado de un fraccionamiento del grupo maoísta Bandera Roja, que tuvo lugar en los años 70. En esa época fue trazada la estrategia que aplica actualmente y que pusiera en práctica a partir de 1980 (año en que se restablece el régimen civil después de 12 años de gobierno militar).

Sendero Luminoso se organiza y desarrolla en la zona de Ayacucho, una de las más poderes del país. De acuerdo con la concepción maoísta, busca fortalecerse gradualmente, hasta que en la fase final, como sucedió en China, el "campo" envuelva y sitie a la ciudad. Con este objeto, recluta a jóvenes campesinos y universitarios; utiliza la mentalidad "mesiánica" de los indígenas pobres y explotados.

Los medios con que cuenta Sendero los obtiene en el propio país. Hasta ahora, no ha sido posible probar la existencia de extranjeros; tampoco de un apoyo financiero foráneo o de tráfico de armas. Sus fuentes de financiamiento serían, sobre todo, los cupos y exacciones que impone por la fuerza a los propietarios y comerciantes de la zona; las armas que utiliza, generalmente son explosivos robados de los centros mineros y fusiles arrebatados a los policías que atacan en la ciudad y el campo. Una hipótesis que se plantea cada vez con más insistencia es el financiamiento de los subversivos por los traficantes de drogas. Est parece probable que suceda en la zona del alto Huallaga. Sin embargo, los rebeldes que actuarían de un grupo autodenominado Puka Llakta. El carácter extremadamente sectario y hegemónico de Sendero hace creíble esta explicación. En todo caso, es notoria la diferencia con el movimiento rebelde de los años 60, inspirado en la concepción cubana del "foquismo guerrillero" y esperanzado, sobre todo, en el apoyo.

b. El terrorismo

Las formas de lucha escogidas y practicadas por Sendero Luminoso son la guerra de guerrillas (grupos armados atacan, pero no enfrentan abiertamente a la policía y a las Fuerzas Armadas), el sabotaje (destrucción de puentes, locales policiales o políticos, destrucción de líneas conductoras de electricidad, etc.), el terrorismo selectivo (muerte de autoridades locales, políticos de izquierda o de derecha, de dirigentes sindicales y de "colaborados" de sistema)m la guerra psicológica (propaganda mural y escrita, campañas de adoctrinamiento).

El fin último de Sendero es la toma del poder. Por ahora, busca desestabilizar el sistema político, polarizar los grupos sociales y crear en las áreas

donde actúa las condiciones que le permitan organizar "zonas liberadas". El terrorismo que practica no es sino uno de los medios que utiliza para hostigar y desorganizar las instituciones políticas y de gobierno del país. Provocando así una represión cruenta e indiscriminada que conduzca a la polarización de la sociedad.

Dos hechos son de reconocer: primero, creado y organizado por intelectuales de la clase media, Sendero Luminoso está constituido por jóvenes (muchos de sexo femenino), de procedencia universitaria y campesina. Segundo, la violencia y la crueldad de sus actividades en contra de sus enemigos y de quienes no colaboran con ellos. Esta crueldad, extraña a la vida política general del país, encuentra antecedentes únicamente en las diversas revueltas indias que se han producido a lo largo de la historia nacional.

Por muchas de sus características, el movimiento subversivo peruano es un fenómeno peculiar, resultante de una realidad social específica. Sus acciones terroristas no son sino la manifestación de una estrategia insurreccional consistente en el uso de la violencia, con fines políticos, dirigida a derrocar al gobierno y a destruir el sistema político del país. Este aspecto terrorista no debe ser confundido con la actividad guerrillera. Entre terrorismo y guerrilla existe más que una diferencia semántica. El malentendido surge por el empleo indiscriminado del vocablo terrorismo. Su significado ha sido desnaturalizado para designar casi todo acto de violencia. Según Laqueur, "ninguna definición del terrorismo podría abarcar todas las variedades que han aparecido a través de la historia: las guerras campesinas, las disputas laborales y el bandidaje ha ido acompañados de terror sistemático, y lo mismo se aplica a las guerras internacionales, guerras civiles, guerras revolucionarias, guerras de liberación nacional y movimientos de resistencia contra la Ocupación extranjera. En la mayoría de estos casos, sin embargo, el terrorismo no era más que uno de los recursos estratégicos y, normalmente, de poca importancia".

Si las diferencias son notorias con los movimientos armados de Europa y de América Latina, el movimiento peruano tiene en común con los últimos las causas que lo provocan. De acuerdo con un informe de la 6a. Comisión de la asamblea General de las Naciones Unidas, "las causas subyacentes del terrorismo y de los actos de violencia tienen su origen en la miseria, las decepciones, las agresiones y la desesperanza que empujan a lagunas personas a sacrificar vidas humanas, comprendidas las suyas, con el objeto de tratar de producir cambio radicales" (doc. A/88969 fr. 16.12.1972).

3. La reacción estatal

a. Cómo ha reaccionado el Estado peruano frente al tráfico de drogas y al terrorismo: la lucha contra el tráfico ilícito de drogas

El tráfico de drogas ha sido tratado, principalmente, como un fenómeno delictivo, sin tomas casi en consideración toda su complejidad. Los aspectos políticos y económicos que hemos descrito someramente no han sido debidamente tomados en cuenta. Todos los especialistas reconocen la existencia de un "narco-poder" formado mediante la infiltración y la corrupción tanto de funcionarios estatales de todos los niveles, como de policías y jueces. De esta manera, se logra proteger los cultivos ilegales de coca, se facilita la transformación ilícita de las hojas de coca en sus derivados, se desarrolla el comercio interno y la exportación clandestina y, por último, la impunidad de sus demás actividades delictivas.

b. Prevención

En las normas legales dictadas para propiciar y regular la lucha contra el tráfico de drogas, se han contemplado tanto el aspecto preventivo como el represivo. Sin embargo, la acción se ha centrado en el segundo. Esto se refleja en las sucesivas modificaciones practicadas a las disposiciones que prevén las figuras delictivas y las penas. Lo mismo se deduce de la ausencia casi absoluta de programas de construcción de centros de rehabilitación de toxicómanos, de difusión de una enseñanza cívica y sanitaria para evitar el consumo, de investigación y estudio de las causas y de los efectos del fenómeno a combatir. Para tener una idea más o menos precisa de la insuficiencia extrema de la política de prevención, basta saber que, según informe oficial del Ministerio de Educación, el presupuesto asignado a su sector, en 1984, para prevenir el uso indebido de drogas, es de S./ 1'600.000 (proporcionados por el Estado peruano) y de $ 50,000 provenientes del Convenio con la embajada norteamericana y del programa de las Naciones Unidas para el control del uso indebido de drogas.

Por presión de los Estados Unidos de América, el más grande consumidor de cocaína, el Perú se ha visto obligado a desarrollar una campaña de erradicación del cultivo de la coca. Esta estrategia está destinada a eliminar las fuentes de la materia prima; pues resulta, hasta ahora, extremadamente difícil bloquear o controlar el ingreso de drogas en territorio norteamericano. Los cultivos de coca son aparentemente fáciles de detectar, controlar y destruir; por más que se encuentren en zonas geográficas de difícil acceso. Según la División

de Estupefacientes de las Naciones Unidas, los "programas de alimentos para el desarrollo "aplicados a la erradicación de la dormidera (opio) pueden ser utilizados con la coca. Se trata de suplantar el cultivo de esta planta por el de otras (café, maní, caco, arroz, etc.) y, al mismo tiempo, fomentar su comercio y su industrialización con el fin de compensar económicamente el alto rendimiento de la coca.

c. Obstáculos económicos

Esta solución se encuentra enfrentada a dos obstáculos difíciles de vencer. El primero reside en el hecho de que el cultivo de la coca es un factor económico poderoso para la supervivencia de los campesinos de las zonas cocaleras. Constituye, en realidad, el único sustento seguro con que cuentan durante los primeros años de colonización. No está demás señalar que una parte importante de la colonización de la Amazonia se está realizando con los beneficios económicos obtenidos de los sembríos de la coca. Tampoco es de olvidar que las zonas de cultivo se encuentran en las regiones más pobres de países cuya economía es la menos floreciente. Los técnicos calculan que, para vencer este obstáculo económico, se requeriría de unos mil millones de dólares anuales durante no menos de dos décadas. Como el Perú no cuenta con tal capital, este debería, según los mismos técnicos, ser aportado por los Estados Unidos de América y los demás países desarrollados afectados por el consumo de cocaína. Con los diez o veinte millones de dólares anuales, actualmente invertidos, no se puede obtener los resultados deseados. El intento más serio de erradicación de los sembríos de coca es el proyecto especial de asentamiento rural Alto Huallaga, la zona de mayor producción hoy en día (D.S. N.º 066-80-AA del 26.04.1981). Este proyecto es financiado mediante un convenio de préstamo y donación, firmado en 1981, por el Gobierno peruano y el Gobierno de los Estados Unidos, a través de la Agencia Internacional para el desarrollo.

d. Obstáculos sociales

El segundo obstáculo está constituido por el rol que cumple la coca en la cultura andina. La población indígena mastica la coca con el objeto de aliviar los efectos de la fatiga y el hambre. Aceptando un promedio conservador de consumo de 30 grs., por día, 1'126,000 masticadores debieron consumir, en 1982, 12,329 TM de coca, lo cual representaría el 18,4 % de la producción de dicho año. Esta demanda no puede ser ignorada. Toda política de erradicación deberá contemplar la manera de suplir esta exigencia; la misma que, felizmente, dismi-

nuye progresivamente (3% anual), en razón al continuo proceso de integración de la población indígena. Con buen criterio, no se ha efectuado aún campaña alguna de erradicación de la coca en la zona andina, que abastece tradicionalmente a la población masticadora de hojas. Los intentos han sido realizados en la zona nororiental, donde la producción está destinada a la transformación ilícita. Así, por decreto Ley N.º 22927, de 4 de marzo de 1980, se declaró en emergencia los departamento de Huánuco, San Martín y la Provincial Coronel Portillo con la finalidad de proceder a operativos de destrucción de cultivos calificados de ilícitos, con la intervención de la policía y de las Fuerzas Armadas. Los resultados fueron decepcionantes.

En la medida en que no se comprenda toda la complejidad del problema, en que no se enfrente seriamente los efectos económicos y humanos y, por último, en que se siga organizando una especie de expediciones punitivas, la erradicación de los cultivos de la coca y su substitución por otros seguirá fracasando. Un ejemplo patente de ignorancia e irracionalidad con que se enfrenta este grave problema nacional, es el proyecto de ley presentado por un grupo de senadores del partido gobiernista, mayoritario en el Parlamento, en setiembre de 1981. Según el artículo 69 de este proyecto, la venta de las hojas de coca "sólo podrá efectuarse en aquellas localidades ubicadas por encima de 3.000 metros de altitud y tan solo por cinco años, a partir de la fecha de la promulgación de la presente ley. Vencido este plazo, quedara prohibida la venta de coca para la masticación en todo el territorio de la República".

e. La represión penal

En cuanto a la represión penal de las infracciones de tráfico ilícito de drogas, señalemos como características, de un lado, la acentuada severidad de las penas y, de otro lado, la exclusión de toda medida que atenúe o suspenda su ejecución. El Decreto Legislativo N.º 122, de 12 de junio de 1981, modificatorio del decreto Ley N.º 22095, de 21 de febrero de 1978, acentúa la represión mediante, primero, la descripción vaga de las figuras delictivas; y, segundo, elevando los límites de las penas. Con esta finalidad, el gobierno peruano se inspiró en las normas adoptadas en el Acuerdo Sudamericano sobre Estupefacientes y Psicotrópicos, suscrito en Buenos aires el 27 de abril de 1973. Es de anotar que el legislador peruano se limitó a reproducir las recomendaciones sobre las "figuras delictivas que deben preverse", sin tener en cuenta que era necesario, de acuerdo con el principio de la legalidad, precisar más en qué consisten los comportamientos incriminados. De esta manera, se reprime con penitenciaría no mayor de quince años ni menor de diez, al que "ilícitamente, sembrare, cultivare

[...]" la coca, por ejemplo. Represión aconsejada en el Acuerdo, antes señalado. En éste, se establece además que solo se exceptúan de la erradicación de cultivos aquéllos que "en forma fiscalizada se hacen con fines de investigación científica", dejándose así de lado la compleja realidad que hemos descrito con anterioridad.

Lo expuesto nos hace ver, en primer lugar, lo difícil que es, trazar una Política criminal coherente con una realidad que se desconoce; en segundo lugar, las limitaciones de todo intento de legislar unifórmente para todo un continente; y, por último, las dificultades inherentes a todo proceso de adaptación de una norma foránea a la realidad socio-jurídica nacional.

f. La lucha contra el terrorismo: fenómeno delictivo e intervención policial

La reacción del gobierno frente al movimiento subversivo Sendero Luminoso y, por tanto, contra sus actividades terroristas, fue condicionado por el contexto socio-político imperante en 1980, año del inicio de la subversión. El Gobierno civil tenía un campo de acción bastante limitado por el riesgo que comportaba llamar a las Fuerzas Armadas, las mismas que acababan de abandonar el poder que usufructuaron durante varios años, para que combatieran la rebelión. El Gobierno consideró, en un principio, que se trataba de una banda de delincuentes quienes, en razón de sus actos contrarios al país, debían ser calificados y reprimidos como traidores a la patria. Este fue el criterio plasmado en una proposición del senador Alva Orlandini, hoy candidato a la presidencia de la República, que consideraba delito "de traición a la patria la destrucción intencional total o parcial, de los caminos, puentes, represas, edificios públicos, documentos, vehículos, equipos e implementos de los periódicos[...] a, en general, todo acto de sabotaje en contra el patrimonio de la República". La simple lectura de este texto permite apreciar su incorrección.

Una vez reducido el problema a su aspecto delictivo, se encargó a las Fuerzas Policiales la lucha contra Sendero Luminoso. Los rebeldes, organizados suficientemente y convencidos hasta el fanatismo de la corrección de sus actividades, tuvieron al frente policías improvisados en este tipo de combate, sin fe en la justeza de su lucha y, por último, sin contar con una recompensa conforme al riesgo que corrían. En el plano legislativo, los esfuerzos del gobierno culminaron con la dación del Decreto Legislativo N.º 046 que tipifica el denominado "delito de terrorismo", al mismo tiempo que reprime, como figuras delictivas autónomas: el favorecimiento del terrorismo, el formar parte de una organización o banda que utilice el terrorismo, la incitación pública al terrorismo y la apología del terrorismo.

La solución adoptada confirma la tendencia nacional a elaborar leyes especiales y complementarias al Código Penal cada vez que surgen determinadas formas delictivas graves. Es así como, a través de una serie de leyes, denominadas de Seguridad Interior de la República, se buscó reprimir una serie de actos que alteraban, con fines políticos, el orden, la seguridad y la tranquilidad públicos. En todos los casos, los principios básicos del Código Penal de 1924 no fueron respetados, aun cuando se invocaron sus disposiciones.

El punto de partida erróneo del Decreto Legislativo N.º 046, como de todas las leyes o los proyectos que se le parecen, consiste en pretender describir, en una sola disposición, "el delito de terrorismo". Desconociendo así lo que admite la mayoría de los especialistas: que no existe un delito de terrorismo autónomo, independiente. Se trata, más bien, de diversas infracciones que son cometidas con el fin de alarmar o intimidar a la población como un método o estrategia de actuar. Esta es la concepción admitida, sobre todo, en Europa; en particular, en aquellos países que han sido afectados por el fenómeno terrorista (ver: Convención Europea sobre el Terrorismo de 1977).

Si analizamos brevemente el Decreto Legislativo N.º 046, veremos que su artículo primero considera como elementos del delitos de terrorismo: (1) propósito del agente de provocar o mantener un estado de zozobra, alarma o terror en la población; (2) realización (a) de actos que pudieran crear peligro para la vida, la salud o el patrimonio; (b) de actos encaminados a la destrucción o deterioro de edificios públicos o privados, vías y medios de comunicación o transporte o de conducción de fluidos o fuerzas motrices u otras análogas (3) utilización de medios capaces de (a) provocar grandes estragos, (b) de ocasionar perturbación de la tranquilidad pública, (c) de afectar las relaciones internacionales o la seguridad del Estado. Como no se definen los actos que debe ejecutar el delincuente, se ha tratado de determinar e delito señalándose los medios que puede utilizar. Pero como éstos no son, en la ley, aludidos con relación al resultado (causación real de grandes estragos, perturbación de la tranquilidad pública, afectación de las relaciones internacionales o de la seguridad del Estado) sino de su capacidad o idoneidad para producirlo, resulta: primero, que basta demostrar la capacidad del acto para crear peligro, mediante la comprobación de la capacidad del acto para crear peligro, mediante la comprobación de la capacidad del medio para producir dicho peligro; segundo, que si se tiene en cuenta, en relación con los actos encaminados a destruir o deteriorar bienes, que constituye circunstancia agravante, conforme al inciso 2 del artículo 2, el causar cualquier daño en las cosas, es de admitir que los actos aludidos en el artículo 1 son, en buena cuenta, meros actos preparatorios o de tentativa.

De ser correcto lo antes señalado, debemos concluir que le delito creado es un delito de peligro. Pero, al no establecerse como requisito la real producción de una situación de peligro, se trata de un delito de peligro abstracto. Es decir, que comprende tanto a los actos lejanos a la lesión real de los bienes protegidos (aún en relación con la tranquilidad pública), como también los actos que dañan realmente dichos bienes. Ampliar de esta manera la represión punitiva es discutible dentro de una correcta Política criminal. Sin embargo, no cabe duda que es desmesurado equiparar todos estos actos con la penalidad de diez años de penitenciaría como sanción mínima.

4. Fenómeno militar e intervención de las Fuerzas Armadas

La intensificación de los actos terroristas y subversivos de los miembros de Sendero Luminoso, así como la agravación de la represión policial, han agudizado la grave crisis del país. La policía se ha revelado incapaz de combatir eficazmente la rebelión. Por el contrario, se ha visto obligada a replegarse en sus locales durante las noches. El Poder Judicial tampoco ha podido responder a la demanda urgente de llevar adelante el procesamiento y el juzgamiento de las personas, como presuntos autores de actos terroristas. En los cuatro años de subversión, solo 14 de los cientos de detenidos han sido juzgados, sin que todos hayan sido declarados culpables. Esta situación se agrava por el hecho que, mediante una medida bastante discutible, se han centralizado todos los procesos en Lima, para lo cual los procesados de toda la República han sido internados en la isla-penal "el Frontón". Los aparatos policial y judicial han resultado, pues, incapaces para afrontar eficazmente la lucha contra el terrorismo.

En su mensaje a la Nación, de julio del presente año, el Presidente de la República reveló que "sólo en el período de julio de 1983 a julio de 1984, se han registrado 2,657 atentados terroristas que han dejado un doloroso saldo de 77 muertos en las fuerzas policiales, 30 en autoridades políticas y edilicias[...] así como cuantioso daños a la propiedad pública y privada". La agudización de la crisis empujó al Presidente y a sus ministros a dar el paso que rechazaron inicialmente: encargar a las Fuerzas Armadas el control directo de la lucha contra la subversión interna" (20 de julio de 1984).

Tomada esta decisión, el gobierno se obstinó en no tratar el caso Sendero Luminoso en su real dimensión política; si no prosperó eliminarlo como una cuadrilla de delincuentes, el gobierno piensa que debe ser aniquilado por las fuerzas Armadas. Su objetivo es, pues, exclusivamente militar "porque su estrategia no incluye ni solución a los problemas de miseria rural ni una lucha política directa para demostrar al campesinado de los Andes que su alternativas superior

a las que ofrece Sendero Luminoso". Por el contrario, este busca, junto a sus acciones guerrilleras y terroristas, ganarse ideológicamente a las masas indígenas.

Sendero Luminoso ha alcanzado, hasta ahora, los objetivos que parece haberse fijado. Su accionar ha desatado tal represión policial que la población local se encuentra entre dos fuegos y polarizada entre las fuerzas en conflicto. La estrategia del gobierno –antes policial, ahora militar– no puede realizarse sin detener, torturar y matar a personas inocentes, y sin destruir indiscriminadamente los bienes. El descubrimiento, en los últimos meses, de fosas comunes en las que habían sido enterrados docenas de cadáveres, los mismos que presentaban signos de torturas y de ajusticiamiento directo, hace suponer que la acción terrorista de Sendero trata de ser vencida mediante el terror institucionalizado. En buena cuenta, se trataría de la solución adoptada en Uruguay y la Argentina.

5. Fenómeno político y diálogo

Frente a la política gubernamental, opiniones diversas han propuesto soluciones diferentes. Estas voces proceden tanto de la Iglesia Católica y de las Fuerzas Armadas, así como de la oposición: el APRA y la Izquierda Parlamentaria. Resulta interesante que algunos miembros de las Fuerzas Armadas exijan una estrategia más coherente frente a la subversión. La idea de base es que la lucha debe darse, igualmente, en el dominio social y económico, no solo en el militar. En declaraciones recientes, el general Huamán[1], responsable político y militar de la zona de emergencia, declaraba que la solución no era arrasar, matando y destruyendo, los poblados de la zona en que actuaba Sendero. En su opinión, deberá darse a esta región todo el apoyo económico necesario para elevar su nivel de vida, que es uno de los más bajos del país. De lo contrario, según él, seria casi imposible de vencer, respetado los derechos fundamentales de las personas y consolidando la democracia, un movimiento subversivo que cuenta con el apoyo de los aborígenes, lo que la permite actuar como "pez en el agua".

Este aspecto socio-económico también es destacado por los partidos opuestos al gobierno, aun cuando difieran e sus planteamientos programáticos. Un elemento en común existe entre ellos. Están convencidos que es "un error querer borrar del mapa a Sendero sin resolver los problemas de miseria e injusticia que sienten todos los que se enrolan en el senderismo y que solo en contados

1 Declaraciones que comportaban una crítica contra la política del Gobierno y que motivaron su destitución inmediata y su sustitución por el Coronel Wilfredo Mor. Esta medida del Comando Conjunto no significa necesariamente que las opiniones de Huamán hayan sido desautorizadas.

casos saben qué diablos es el maoísmo". Con la finalidad de evitar soluciones extremas al estilo argentino y consciente de que es relativamente fácil provocar a un gobierno como el peruano, desacreditarlo y lograr su derrocamiento, pero que es mucho más difícil sobrevivir a la violencia reacción de una dictadura militar, se ha planteado, últimamente, la solución del trato y el diálogo con los subversivos. En 1983, fue propuesta por el Fiscal de la Nación Cavero Egúzquiza. En las últimas semanas ha sido renovada por algunos dirigentes del APRA, inspirándose en la política practicada en Colombia por el Presidente B. Betancourt, quien ha suscrito acuerdo con los movimientos rebeldes para que depongan las armas. De esta manera comienza tomar cuerpo una idea que da tímidas esperanzas para desactivar el cruel engranaje de la guerra civil y evitar la sustitución de un sistema democrático, aunque débil e imperfecto, por una dictadura oscurantista, cualquiera que sea su color.

6. A manera de conclusión

El tráfico de drogas y el terrorismo son actividades clandestinas; pero el terrorismo busca impactar a la colectividad para crear un sentimiento común de miedo y, en consecuencia, un efecto desestabilizador del Estado. El tráfico de drogas, por el contrario, busca mantener su clandestinidad, y las ingentes ganancias ilícitas son "limpiadas" de diferentes maneras en la vida económica del país.

Tanto el terrorismo como el tráfico de drogas son condenados como destructores de las bases fundamentales de la sociedad. Pero, en la práctica, el tráfico de drogas se inserta y aprovecha del sistema imperante. La naturaleza del terrorismo, por el contrario, reside en su beligerancia contra la sociedad. Esta realidad condiciona la reacción de las personas y del Estado.

Entre el común de las personas se admite que en la menor de las familias puede surgir un traficante de drogas; pero no fácilmente se acepta que aparezca un "terrorista". El primer caso ocurre, cuando menos hasta que es detenido el traficante, acompañado de un mejoramiento económico. El segundo implica persecución y represión; el ostracismo es la consecuencia inmediata.

Si nos limitamos a la situación peruana, apreciamos que la proliferación de la drogadicción y el tráfico de drogas entre jóvenes y adolescentes –procedentes de familias acomodadas e influyentes– trajo como consecuencia la reforma de la ley represora del tráfico de drogas para permitir la recuperación de aquellos jóvenes. En relación de esta índole. ¿Es que los jóvenes extremistas –idealistas, políticamente equivocados– son más peligrosos y menos recuperables que los jóvenes drogadictos y traficantes? Esta misma distinción se nota en cuenta a la

ejecución de la pena. En la práctica, los detenidos por tráfico de drogas están agrupados en el establecimiento limeño de Lurigancho, en un pabellón y gozan de ciertas ventajas materiales. Los detenidos por terrorismo provenientes de todo el país están detenidos en la isla El Frontón, que fuera, hace unos años, clausurada por inhumana.

Un análisis detallado, imposible de hacer en el marco de esta breve exposición, de la última reforma de la ley represora del tráfico de drogas –reforma apresurada– revelaría muchas sorpresas en cuanto a la manera de concebir la represión de este delito, en comparación a la establecida en relación con el delito de terrorismo.

Baste en esta ocasión señalar que no se ha creído conveniente reprimir la apología del tráfico de drogas o del traficante condenado; represión establecida, de acuerdo a criterios discutibles, contra la apología del terrorismo y el terrorista condenado. Se trata, tal vez, de una consecuencia natural de la concepción política con que se ha tratado normativamente el terrorismo.

En el plano jurídico, el "fetichismo de la ley" predomina, constituyendo un obstáculo para una utilización eficaz y realista del Derecho como medio de control social. La realidad no puede ser modificada solo mediante la ley. La ineficacia de las normas antiterroristas es evidente en nuestro país; pero, este es un fenómeno mucho más amplio. Por ejemplo, ¿Cómo combatir el terrorismo sin infiltrar los grupos subversivos? ¿Cómo llevar a cabo esta infiltración sin, por ejemplo, interferencias en las comunicaciones telefónicas? ¿Cómo realizar éstas, si la Constitución las prohibe de modo expreso y absoluto? (artículo 2 inciso 8). Las declaraciones legislativas líricas o represivas no son suficientes.

En la práctica judicial, se ve, igualmente, de manera clara, el tratamiento diferenciado de los procesos referentes al terrorismo y al tráfico de drogas. La satanización del terrorismo repercute en el juzgamiento y, algo más grave, influye en el comportamiento de la policía que obra, entonces, impulsada por el requerimiento de encontrar, como sea, culpables.

El paralelismo entre terrorismo y tráfico de drogas se da, asimismo, en relación con la labor de infiltración o de establecer contactos en el aparato estatal. El primero, para obtener informaciones y preparar mejor los atentados. Aquí se impone la necesidad de no confundir terrorismo con opositor político económico, corromper autoridades, jueces, funcionarios.

La experiencia de los países que han luchado contra el terrorismo demuestra que un eficaz combate contra esas actividades ilícitas no solo es de naturaleza policial sino también política. No solo en el sentido estrecho, de organizar una

adecuada política criminal; sobre todo, en cuanto el terrorismo es la expresión radical y desesperada de la lucha político- ideológica, y en la medida que el tráfico de drogas ha logrado infiltrarse en el aparato político

y económico del país. Igualmente, se debe tener en cuenta el maridaje que se da entre la delincuencia común y la delincuencia política. Caso extremo sería el de los subversivos (actuando en la región nororiental del Perú) y los narcotraficantes.

La realidad de estos actos antisociales es, pues, compleja. Los medios para combatirlos son costosos y altamente refinados. Se trata, en el fondo, de medidas políticas, económicas, educativas, penales y policiales.

¿Cómo puede lograr nuestro país disminuir el cultivo de la coca, sin contar con la capacidad económicas y técnica necesaria?

En todo caso, resulta indispensable una lucha eficaz y amplia, tendiente a evitar que la situación peruana llegue –con relación al tráfico de drogas– a la situación en que se encontró Bolivia, hasta hace poco; y, en cuento al terrorismo, a la situación crítica de la Argentina.

VII

Algo más sobre terrorismo y tráfico de drogas*

Dos actividades caracterizan, a nivel mundial, nuestra época: el tráfico de drogas y el terrorismo. El primero es, sobre todo, cometido con el afán de obtener, rápidamente, pringues ganancias. El segundo es practicado, con frecuencia, como arma política para conquistar el poder estatal.

Entre el común de las personas se admite que en la mejor de las familias puede surgir un traficante de drogas; pero no fácilmente se acepta que aparezca un terrorista. El primer caso se presenta cuando menos hasta que sea detenido el traficante, acompañado de un mejoramiento económico. El segundo, por el contrario, implica persecución, represión. El ostracismo es la consecuencia inmediata.

Si observamos la situación peruana, podemos apreciar que la proliferación de la drogadicción, consecuentemente, del tráfico de marihuana y cocaína entre jóvenes y adolescentes procedentes de familias acomodadas e influyentes trabajo como consecuencia la reforma de la ley represora del tráfico como consecuencia la reforma de la ley represora del tráfico de drogas para permitir la recuperación de aquellos jóvenes. En relación con la actividad terrorista, no se ha producido aún une reacción de esta índole. ¿Es que los jóvenes extremistas idealistas, políticamente equivocados son más peligrosos y menos recuperables que los jóvenes drogadictos y traficantes?

Esta misma distinción se nota en cuanto a la ejecución de la pena. En la práctica, los detenidos, por tráfico de drogas están agrupados en Lurigancho, en

---

* Texto publicado bajo el título de "Terrorismo y tráfico de drogas", en el diario *Expreso*, Lima 7 de octrubre de 1982.

un pabellón y gozan de ciertas ventajas materiales. Los detenidos por terrorismo de todo el país están detenidos en la isla "El Frontón", que fuera, hace unos años, clausurada por inhumana. Un análisis detallado, imposible de hacerlo en esta breve exposición, de la última reforma de la ley represora del tráfico de drogas –reforma apresurada y practicada mediante decreto legislativo– revelaría muchas sorpresas en cuanto a la manera de concebir la represión de este delito en comparación a la establecida en relación con el delito de terrorismo (D. Leg. N.º 046). Basta en esta ocasión, señalar que no se ha creído conveniente reprimir la apología del tráfico de drogas o del traficante condenado, represión establecida, de acuerdo a criterios discutibles, contra la apología del terrorismo y del terrorista condenado. Consecuencia natural de la concepción política con que se ha tratado normativamente el terrorismo.

Hace un tiempo causó sensación, en los Estados Unidos, el "caso De Lorean". John de Lorean, hijo de obreros de Detroit, de humilde niñez, con estudios de ingeniería subvencionados con su propio trabajo, fulgurante carrera que lo conduce a la presidencia de la General Motors y, luego, a crear su propia empresa automovilista (De Lorean Motor Company). El 19 de octubre 1982, es detenido cerca del aeropuerto de Los Ángeles con un importante cargamento de cocaína. Según él, "la cocaína es mejor que el oro"; pues, se calcula que produce una ganancia del 700 %. Para comprender esto, se debe tener en cuenta que en los Estados Unidos, existen ocho millones de consumidores de cocaína y 23 millones de consumidores de marihuana; que 44 millones de toneladas de cocaína fueron introducidas el año pasado en ese país; que la marihuana es el tercer producto agrícola, después del maíz y la soya, pero primero que el trigo; y, por último, que el monto de la venta ilícita de drogas habría alcanzado, en 1980, la suma de 79 mil millones de dólares (equivalente a los beneficios obtenidos por las 500 empresas industriales más grande del país).

John de Lorean estaba, según el mismo, dispuesto a todo con tal de evitar la quiebra de su empresa, hasta traficar cocaína. Por el contrario, se cuidó muy bien de no arriesgar su enorme peculio personal. Su comportamiento no puede ser explicado solo por la crisis económica reinante, es un síntoma de un malestar mucho más grave y profundo. Entre nosotros, también, se presentan algunos buenos casos descubiertos; muchos otros permanecen ocultos. La "cifra negra" de delitos de tráficos ilícito de drogas (es decir, no descubiertos) es mucho más grande que la imaginada, si solo se piensa en el gran comercio clandestino. Nuestra condición de país subdesarrollado, se manifiesta también en este dominio, en el hecho de que somos productores de la materia prima, la misma que es frecuentemente refinada en países donde la producción de la cocaína se ha industrializado, Si se observan los casos conocidos, se detecta con facilidad que

muchos negocios florecientes se han originado o fortalecido con el tráfico de drogas. No esta demás señalar que muchos no son sino la fachada para practicar el tráfico o justificar la fortuna.

Un organismo represor del tráfico de drogas –capaz no solo de descubrir un caso en base a un "soplo", sino también a partir de análisis e indagaciones técnicas y refinadas– no existe en nuestro país. La detención de John de Lorean fue el resultado de un meticuloso trabajo de la policía norteamericana para capturar a un gran traficante. Difícilmente imaginamos a nuestra policía en la posibilidad de cumplir una labor de investigación de toda nueva fortuna, que no se explique por una normal actividad comercial o financiera, como la que el gobierno italiano se ha visto obligado a imponer a su policía para una mejor lucha contra la mafia. Cabría, por otra parte, preguntarse si el gobierno estaría dispuesto a ordenar y fomentar dichas investigaciones.

La experiencia italiana en el ámbito de la mafia y la alemana en el campo del terrorismo, demuestran que una eficaz lucha contra esas actividades ilícitas no solo es de orden policial, sino también político. No solo en el sentido estrecho de establecer una adecuada política criminal, sino sobre todo en cuanto el terrorismo es la expresión radical y desesperada de la lucha político- ideológica, y en la medida que el tráfico de drogas ha logrado infiltrarse en el aparato político y económico del país. Igualmente, se debe tener en cuenta el maridaje que se da entre la delincuencia común y la delincuencia política. La realidad delictiva es pues, compleja. Los medios para son costosos y altamente refinados. Se trata el fondo, de medidas políticas, económicas, educativas, penales y policiales. ¿Cómo puede lograr nuestro país disminuir el cultivo de la coca, sin contar con la capacidad económica y técnica necesarias? Si los Estados Unidos no pueden, a pesar de su inmenso poderío, combatir eficazmente el cultivo de la marihuana, que es el tercer producto agrícola más cultivado en dicho país.

En todo caso, resulta indispensable una lucha eficaz y amplia para impedir que lleguemos –con relación al tráfico ilícito de drogas– a la situación de Bolivia; y en cuento al terrorismo, a la situación en la que aún se debate Italia.

VIII
Financiamiento del terrorismo y política criminal

Sumario: 1. Introducción. 2. Perspectiva histórica. 3. Delincuencia. 4. Terrorismo. 5. Financiamiento del terrorismo. a. Nivel internacional. b. Nivel nacional. a) Reforma del Código Penal: financiamiento. b) Reforma del Código Penal: lavado de dinero. c) Ley de seguridad interna. 6. A manera de conclusión.

1. Introducción

Hablar de terrorismo y de su financiamiento en el sentido que se da actualmente a estos términos implica colocarse en el amplio dominio de la problemática de la globalización y del derecho penal, en la medida en que constituyen parte de las nuevas formas de criminalidad, las mismas que se caracterizan por ser cometidas a nivel internacional y, generalmente, por organizaciones transnacionales.

La problemática abarcada por las expresiones globalización y derecho penal es bastante compleja. Primero, por la dificultad de precisar el contenido y la amplitud de lo que se quiere mencionar con el término "globalización". De la significación que se le atribuya depende la determinación de las consecuencias que puede considerarse que tiene en el derecho penal. Segundo, por polivalencia de la expresión derecho penal y que requiere ser precisada, ya que es indispensable saber si se trata de todo el sistema de control penal o solo del derecho penal en sentido estricto: derecho penal material y derecho procesal penal.

La variedad de sentidos en que pueden ser empleados estos términos permite comprender la diversidad de contenidos y orientaciones de los innumerables

trabajos que se han publicado bajo títulos, cuyo rasgo común es la utilización de las expresiones globalización y derecho penal u otras similares. Así, constatamos que estos estudios abordan la temática contraponiendo o complementando el derecho penal máximo y el derecho penal mínimo o garantista, el derecho penal del riesgo y la expansión del derecho penal, el derecho penal del ciudadano y el derecho penal del enemigo.

Para precisar mi punto de vista y resumir la explicación, me parece conveniente, siguiendo en especial la opinión mayoritaria actual, destacar ciertos factores que caracterizan la denominada globalización:

1. la ampliación del espacio geográfico, acompañado por el constante crecimiento del intercambio internacional, la vastedad de los mercados financieros y del poder cada día mayor de las empresas multinacionales;
2. la intensificación permanente de la técnica informativa de los medios de comunicación;
3. la centralización de la política mundial en pocos polos de decisión internacional;
4. la imposición y reconocimiento como exigencia mínima generalizada de los derechos humanos;
5. la pobreza extrema de la mayor parte de la población mundial y la gran concentración de riqueza de un sector minoritario;
6. la degradación marcada del medio ambiente;
7. la difusión de modelos culturales procedentes de los centros de poder y la resistencia de culturas locales por su supervivencia;
8. el surgimiento de conflictos locales debido al intervencionismo de los centros de poder mundial, motivados por razones económicas y políticas. (Ulrich Beck)

2. Perspectiva histórica

Desde la perspectiva histórica, la denominada globalización es solo la etapa actual de la constante evolución de la humanidad. Entre los hitos principales y con referencia a nuestro contexto político y cultural, señalemos la globalización del mundo antiguo realizada por el imperio romano.

La extensión de las fronteras de este mundo inmenso por las Monarquías absolutas, sobre todo portuguesa, española e inglesa, las cuales con los grandes descubrimientos de mundos hasta entonces desconocidos y con su colonización,

incorporaron al sistema social, económico, político, cultural y religioso esos extensos territorios y a los innumerables pueblos aborígenes que los poblaban.

El mundo se amplió así de manera extraordinaria, fenómeno que se acentuó, en el marco del desarrollo de las relaciones capitalistas, con la consolidación del Estado-Nación.

Si consideramos el caso de Francia, el nuevo Estado, surgido de la Revolución inspirada en las ideas de la Ilustración, se refuerza con Napoleón. Para ello, por razones económicas y políticas, desencadena una sucesión de guerras de conquista, lo cual tiene como consecuencia la difusión de la nueva ideología política y el establecimiento de diversos Estados-Nación, en régimen republicano. Con ello las relaciones políticas y económicas se profundizan mediante la dominación de diversas regiones del planeta por parte de las metrópolis.

La capitalización y la industrialización modernas han creado nuevas condiciones y han variado la correlación de fuerzas sociales y económicas a tal punto que el Estado-Nación fue fuertemente cuestionado. Así, se internacionalizaron las relaciones, los movimientos sociales, los partidos políticos; se ampliaron los mercados nacionales y se produjo una nueva a la conquista de mercados. Claros ejemplos fueron la colonización de África y Asia por las potencias imperiales europeas, así como el dominio neocolonial en América Latina.

Los progresos técnicos, científicos, de gestión, comunicación y transporte produjeron cambios radicales en las relaciones de las personas con los bienes, con el Estado y entidades colectivas, así como entre ellas mismas. Estas transformaciones se caracterizaron por su tendencia cada vez más intensa a abarcar todos los ámbitos del planeta y a implantar modelos económicos, políticos, culturales y jurídicos homogéneos.

El Estado-Nación devino incapaz de gestionar este vertiginoso desarrollo. Se tiende entonces a formar comunidades y organismos internacionales para hacer frente a problemas de índole mundial. Junto a estas colectividades y en fuerte competencia, actúan nuevas empresas de índole internacional. Esta nueva situación comporta una franca porosidad de las fronteras nacionales y hasta su supresión. Las nuevas que se establecen por las comunidades estatales o por acuerdos internacionales no son de la misma índole que la de las cuestionadas fronteras nacionales.

En este contexto, se diluyen las comunidades culturales que se forjaron con el Estado-Nación. Lo mismo sucede con los órdenes normativos que estructuraban las identidades nacionales. La eclosión a nivel mundial altera fuertemente esas referencias. Es en esta fase en la que nos encontramos y que llamamos glo-

balización, mundialización, internacionalización y de diversas otras maneras, buscando siempre identificar mejor este fenómeno que nos sumerge.

3. Delincuencia

Este nuevo contexto social ha condicionado la transformación del fenómeno delictivo, en la medida en que se ha adaptado a las nuevas condiciones y ha recurrido a las nuevas técnicas para actuar con más eficacia. En esta perspectiva ha adquirido las mismas características de los demás fenómenos sociales propios de la mundialización. Así, se han desarrollado nuevas formas de criminalidad que se distinguen por su organización transnacional, su estructura compleja y diversificada, su opacidad, clandestinidad y violencia.

En el aspecto cuantitativo, las nuevas formas de criminalidad se distinguen por el aumento notable de los actos de violencia e intimidación, de tráficos ilícitos de diversa naturaleza, de las defraudaciones cuantiosas, de la explotación indebida de las operaciones bursátiles, de la circulación indebida del producto de las actividades delictuosas. Cualitativamente, se destacan por la constante profesionalización y tecnificación, la complejidad y amplitud de las redes delictivas, la internacionalización creciente, la creación y el uso de empresas complejas en las actividades delictuosas, la explotación ilícita de la transmisión telemática de la información (sobre todo por internet).

Esta criminalidad explota eficazmente los efectos perversos de la mundialización. Si bien es cierto que esta tiende hacia la ampliación extrema de las actividades económicas, políticas y culturales, también es la causa de fenómenos como la regionalización, los nuevos nacionalismos, los conflictos armados localizados, la confrontación entre los pueblos pobres del hemisferio sur y los ricos del hemisferio norte. En esta perspectiva, es de tener en cuenta las nuevas amenazas terroristas, el tráfico clandestino de inmigrantes, la trata de personas (en especial de menores) con fines de prostitución y pornografía, los fraudes en el marco de los nuevos sistemas internacionales (por ejemplo, en las subvenciones de la Unión Europea), el tráfico de armas, drogas, cartas de crédito y de vehículos motorizados, los actos de corrupción y de infiltración en las esferas de poder político y de la economía formal, las operaciones de blanqueo de dinero y de explotación de información privilegiada en la bolsa de valores.

La globalización de la delincuencia trae consigo también la globalización de las reacciones contra ella. Sin embargo, la complejidad de la situación y la diversidad de centros de toma de decisiones impiden la elaboración de una política criminal general, coherente y eficaz. Y esto a pesar de que, después del fin de la

Guerra Fría, estas formas de criminalidad se han transformado en objeto de preocupación y análisis con referencia a la seguridad y estabilidad del nuevo equilibrio económico y político a nivel mundial. No debe extrañar, en consecuencia, que figuren como temas centrales de discusión en organismos internacionales como la Organización del Atlántico Norte (OTAN) y de la Organización por la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE).

4. Terrorismo

Sería largo describir el surgimiento y evolución de movimientos político-sociales violentos en el mundo. En los países del tercer mundo, los actos terroristas han estado muy vinculados con movimientos subversivos orientados a derrocar los gobiernos y con la pretensión de instalar nuevos regímenes políticos. Sus causas se encontraban en el carácter dictatorial de los gobiernos y las marcadas diferencias entre los diversos sectores sociales. Solo citaré el caso peruano que es el que más conozco, mencionaré a Sendero Luminoso que fue vencido luego de una larga y cruenta lucha. En Europa, los casos más conocidos de la Rote Arme en Alemania y de las Brigatti Rosse en Italia fueron de índole diferente y las circunstancias en que se produjeron muy diferentes a las latinoamericanas. Aun cuando estos movimientos mantenían relaciones carecían de la magnitud internacional de los movimientos terroristas actuales.

A partir de los atentados terroristas cometidos en Madrid (en 2004) y de Londres (en 2005), los países de Europa occidental han dejado de ser simples bases de retaguardia para transformarse en escenario de acciones terroristas cometidos o promovidos por agrupaciones internacionales. Si España e Inglaterra han sido atacadas es debido al papel que desempeñan en la política internacional, por ejemplo en la intervención bélica en Irak. Pero aún Suiza, país que proclama su neutralidad, se encuentra en la mira del terrorismo en la medida en que los organismos internacionales instalados en Ginebra y la Cruz Roja internacional son considerados como formando parte de los intereses occidentales que deben ser atacados.

La situación actual se caracteriza por la existencia de pequeñas células terroristas (que son por tanto difíciles de infiltrar), sin estructura jerárquica, que actúan de manera autónoma, sin vinculación con otras células y muchas veces sin contacto con el exterior. En su organización y actividad utilizan medios modernos de comunicación, tanto para mantener el contacto internamente como para la difusión ideológica. Los autores de los atentados son cada vez con más frecuencia reclutados entre los descendientes de inmigrantes extranjeros, los cuales han nacido o crecido en el país en que se cometerán los atentados, que

conocen muy bien las costumbres y las debilidades, que tienen la apariencia de estar bien integrados y que no se han hecho notar por su ideología.

Para mencionar nuevamente el caso suizo, de las informaciones provenientes de procedimientos penales realizados en Suiza y de los trabajos de inteligencia efectuados por los países vecinos aparece que Suiza es aprovechada por las personas que sostienen Al-Qaïda. Como consecuencia de la evolución de la situación internacional antes descrita, la seguridad de Suiza se ha, poco a poco y durablemente, degradado en los últimos años. En su territorio existen estructuras terroristas activas inclinadas a la violencia y en parte vinculadas entre sí. De modo que las autoridades suizas consideran con la finalidad de acentuar el aspecto represivo que se dan las condiciones para que se cometan actos terroristas.

Además, debido a su economía desarrollada y floreciente, así como a su sistema bursátil y bancario, Suiza es un campo propicio para que las organizaciones terroristas traten de utilizarla para la conservación y colecta de fondos. Sin los cuales, no sería posible que se organicen, estructuren a sus agentes, así como que apoyen agrupaciones similares en el extranjero y preparen la ejecución de actos terroristas.

Por estas circunstancias, las autoridades helvéticas han debido revisar completamente su sistema de lucha contra las amenazas terroristas. Con este objetivo han debido innovar tanto al interior de sus fronteras como en el ámbito internacional. No podía ser de otra manera, pues un fenómeno violento de índole internacional solo puede ser eficazmente enfrentado en cooperación con los demás países. De este modo, han debido mejorar y reforzar su sistema de control penal interno, adecuando el sistema de inteligencia, los organismos policiales y judiciales; completando el arsenal de disposiciones penales para agravar la represión de ciertos crímenes violentos y prever la represión de nuevos comportamientos delictivos.

5. Financiamiento del terrorismo

a. Nivel internacional

Debido a las limitaciones de esta exposición, es imposible analizar, aun de modo general, todas las medidas que Suiza ha tomado y las que proyecta adoptar para combatir el terrorismo. Por esto nos limitaremos en particular al financiamiento del terrorismo. Sin embargo, como la reforma del sistema interno está fuertemente condicionado por el contexto internacional. Describiremos previamente el aspecto internacional relacionado con el sujeto que tratamos.

Suiza ha suscrito las diversas convenciones internacionales relativas a la lucha contra el terrorismo. Como:

1. Convención del 14 de setiembre de 1963 sobre infracciones y otros actos cometidos a bordo de aviones (RS 0.748.710.1);
2. Convención del 16 de diciembre de 1970 sobre la represión de la pirateria aérea (RS 0.748.710.2);
3. Convención del 23 de setiembre de 1971 sobre la represión de actos ilícitos dirigidos contra la seguridad de la aviación civil (RS 0.748.710.3);
4. Convención del 14 de diciembre de 1973 sobre la prevención y la represión de infracciones contra las personas gozando de protección internacional, comprendidos los agentes diplomáticos (RS 0.351.5);
5. Convención internacional del 17 de diciembre de 1979 sobre la toma de rehenes (RS 0.351.4);
6. Convención del 3 de marzo de 1980 sobre la protección física de material nuclear (RS 0.732.031);
7. Protocolo del 24 de febrero de 1988 sobre la represión de actos ilícitos violentos en aeropuertos sirviendo a la aviación civil internacional (RS 0.748.710.31);
8. Convención del 10 de marzo de 1988 sobre la represión de actos ilícitos dirigidos contra la seguridad de la navegación marítima (RS 0.747.71);
9. Protocolo del 10 de marzo 1988 sobre la represión de actos ilícitos contra la seguridad de plataformas fijas situadas en el zócalo continental (RS 0.747.711);
10. Convención del 1 de marzo de 1991 sobre la marca de explosivos plásticos con fin de detectarlos (FF 1993 IV 390);
11. Convención del 15 de diciembre de 1997 sobre la represión de actos terroristas mediante explosivos;
12. Convención del 9 de diciembre de 1999 sobre la represión del financiamiento del terrorismo.

Se trata de instrumentos que han regulado sectores particulares de la lucha contra el terrorismo. Este criterio sectorial empleado desde la década de los sesenta ha sido actualmente reemplazado en favor de una visión y tratamiento globales del fenómeno terrorista. Así, se negocia actualmente una Convención general sobre el terrorismo internacional. Uno de los obstáculos más importantes para llegar a un acuerdo ha sido desde hace mucho tiempo la discrepancia

profunda existente respecto tanto a la necesidad de definir el terrorismo como sobre la manera de elaborar esta definición.

En marzo de 2003, la Asamblea Federal suiza aprobó la Convención internacional relativa a la represión del financiamiento del terrorismo, adoptada en Nueva York el 9 diciembre de 1999, y vigente desde octubre 2003. Durante la elaboración de esta Convención, la delegación suiza, junto con una minoría de países, propuso que la incriminación del financiamiento del terrorismo sea prevista como accesoria a los actos de terrorismo. Criterio que no fue aceptado y la mayoría impuso la idea de que debería ser tratado como un delito autónomo; es decir, reprimido independientemente de la comprobación de su vinculación con la ejecución de un acto de terrorismo.

La necesidad e importancia de esta Convención residen en que, debido a la multiplicidad de fuentes de financiamiento, la diversidad de sectores implicados y la índole lícita o ilícita de las actividades de recolección o provisión de fondos, era indispensable contar con un instrumento internacional de cooperación en este dominio tan complejo.

La peculiaridad de la Convención en relación con otras anteriores se da en dos niveles: primero, no se limita a considerar los actos terroristas, sino que anticipa la lucha contra estos en la medida que busca combatir actos anteriores a los atentados y que promueven o facilitan su ejecución. Segundo, los actos terroristas tomados en consideración no son solo aquellos que son materia de anteriores convenciones, sino que se refiere a todo tipo de comportamiento terrorista (también, por ejemplo, los ataques contra la vida o la integridad corporal de las personas).

Las medidas previstas en la Convención son tanto de índole preventiva como represiva. Entre las primeras, establece que los Estados tienen la obligación de dotarse de medios adecuados para identificar, detectar, congelar o confiscar los fondos (artículo 8). Fuertemente inspirada en las 40 recomendaciones del GAFI relativas a la lucha contra el lavado de dinero, promueve la cooperación de las instituciones financieras (artículo 18). En cuanto a las medidas represivas, dispone que los Estados deben establecer como infracción penal, en su derecho nacional, las infracciones consideradas en la convención (artículo 4). Además, la convención instituye un sistema coherente y completo de cooperación internacional respecto a la extradición, la ayuda judicial y la transferencia de personas condenadas (artículo 9 a 16).

Además, en la Convención se retoman ciertos principios básicos ya previstos en convenciones precedentes, como el de extraditar o juzgar (artículo 11), la

despolitización de la infracción (artículo 6 y 14), la protección de los derechos y libertades fundamentales de la persona (artículo 9, 15 y 17), o aún el arbitraje de la Corte Internacional de Justicia (artículo 24). La Convención no se aplica si el acto incriminado solo está vinculado a un Estado (artículo 3).

La ratificación de la Convención por la Confederación Helvética ha sido posible porque, por un lado, sus fines concuerdan con los intereses suizos y, por otro, porque la legislación interna era conforme a las disposiciones de la Convención. El derecho interno ha sido completado, de acuerdo con la Convención, mediante diversos actos legislativos. Entre estos, el principal es la represión del delito de financiamiento del terrorismo.

b. Nivel nacional

a) Reforma del Código Penal: financiamiento

En un proyecto de ley modificatoria del Código Penal, el Consejo Federal proponía sendas disposiciones relativas a la represión del terrorismo y del financiamiento del terrorismo (nuevos artículos 260quinquies y 260sexies).

El artículo 260quinquies, conforme del proyecto mencionado, definía el delito de terrorismo diciendo: "Quien comete un acto de violencia criminal para intimidar la población u obligar un Estado o una organización internacional a ejecutar o abstenerse de ejecutar cualquier acto, será castigado con la pena de reclusión".

Esta definición e incriminación del terrorismo como crimen autónomo no fue finalmente aceptada. Se impuso el criterio, generalmente admitido en la doctrina y la jurisprudencia suizas, de que no es necesario hacerlo porque los actos considerados como terrorismo se hayan suficientemente reprimidos conforme a la legislación helvética. Además de los delitos contra los bienes jurídicos individuales, el Código Penal suizo contiene varias disposiciones que prevén infracciones implicando un peligro para la colectividad y que satisfacen las exigencias de la Convención, por ejemplo, el hecho de provocar un incendio; utilizar, fabricar, disimular y transportar explosivos con fines delictuosos; propagar una enfermedad grave transmisible al hombre, parásitos peligrosos para los animales o vegetales; contaminar el agua potable; perturbar la circulación pública. Además, las leyes sobre la energía atómica y los materiales de guerra reprimen igualmente infracciones propias a los dominios que regulan.

La disposición que concierne la represión del financiamiento del terrorismo, por el contrario, fue aprobada sin mayores discusiones. En el Código Pe-

nal ha sido insertada bajo el número 260quinquies y, en pleno acuerdo con la Convención internacional, dispone la punición de quien, "con la finalidad de financiar un acto de violencia criminal para intimidar la población u obligar un Estado o una organización internacional a ejecutar o abstenerse de ejecutar cualquier acto, recolecta o pone a disposición fondos". De esta manera, se busca combatir a quienes, sin considerar el hecho que participen en la comisión del acto terrorista o forme parte del grupo u organización terrorista, faciliten económicamente la ejecución de tal comportamiento. De manera, a destruir o debilitar sensiblemente las bases financieras del terrorismo.

La expresión poner a disposición fondos se comprende no solo el hecho de proveer de fondos propiamente, sino también el de transferir medios financieros destinados a permitir atentados terroristas. La recolección de fondos es un comportamiento anterior a su puesta a disposición y debe ser comprendida en sentido amplio.

La amplitud de la represión es así mismo determinada por la comprensión lata del término "fondos". El mismo que debe ser interpretado de modo a considerar bienes de toda naturaleza (corporales o incorporales, muebles o inmuebles), documentos o instrumentos jurídicos de cualquier forma (aun de índole electrónica o numérica) atestando un derecho de propiedad o interés patrimonial. En resumen, se consideran todas las ventajas económicas, tratase de una aumentación de los activos como de una disminución del pasivo. Poco importa que esos fondos sean de origen lícito o ilícito. En todo caso, su carácter ilícito será condicionado por su utilización con fines terroristas.

La represión de las actividades financieras en cuestión depende de que los fondos recolectados o puestos a disposición estén destinados a la ejecución de actos terroristas. El autor debe actuar queriendo o sabiendo el destino final de los fondos. Su punición no depende, por tanto, de la real comisión de un atentado terrorista, basta que realice los actos típicos con el designio de fomentar, apoyar la realización de actos terroristas en general. Solo así, se considera que puede reprimirse suficientemente el financiamiento en caso de que los actos terroristas no sean finalmente cometidos.

El aspecto subjetivo de la infracción es adecuadamente restrictivo, ya que el autor debe tener la intención de cometer el acto, sea la transacción financiera propiamente dicha o la coleta de fondos, pero también la de que dichos fondos sean utilizados ilícitamente. El financiamiento de las actividades terroristas por culpa no es sancionado.

No está de más señalar que la represión del financiamiento del terrorismo forma parte de un conjunto de medidas represivas estrechamente relacionadas

y que han sido igualmente implementadas. Es el caso, del reconocimiento de la responsabilidad penal de la empresa, la sanción del simple hecho de participar en una organización criminal (comprendidas las terroristas), la punición de los actos preparatorios, blanquear dinero, poner en peligro la seguridad pública mediante armas prohibidas.

b) Reforma del Código Penal: lavado de dinero

Al respecto destaquemos además de las medidas de embargo y confiscación, la que reprime el lavado de dinero constituye un instrumento para evitar que fondos destinados al financiamiento del terrorismo transiten por territorio suizo. La ley sobre el lavado de dinero, conforme al artículo 305bis, obliga todo intermediario financiero a informar, al Oficio suizo de comunicación en materia de lavado de dinero, la sospecha fundada que tenga que una organización criminal ejerce poder sobre valores patrimoniales. En este caso el intermediario financiero debe, además, bloquear los valores que le han sido confiados; mientras que el indicado servicio debe denunciar de inmediato el caso a los órganos judiciales competentes.

En una de sus decisiones, la Comisión federal de bancos ha prohibido expresamente a los intermediarios financieros de mantener relaciones de negocios con organizaciones terroristas. Esta declaración de principio se basa en la circunstancia que la aceptación de valores patrimoniales de la parte de organizaciones criminales o terroristas constituye también el delito de lavado de dinero. Así un intermediario que procediera intencionalmente podría hacerse responsable de apoyo a una organización terrorista o criminal. Además, prevé que los indicados intermediarios están obligados a avisar al Oficio suizo de comunicación en materia de lavado de dinero cuando uno de sus clientes tenga relaciones con una organización terrorista. Con este objeto, las autoridades de vigilancia competentes comunican a los intermediarios financieros la lista de personas sospechosas de mantener relaciones con los medios terroristas.

Las agencias de transmisión de fondos están sin excepción sometidas a la ley federal sobre blanqueo de dinero y a sus exigencias. Las empresas al ofrecer este tipo de servicios, deben afiliarse a un organismo de autorregulación reconocido y vigilado por la autoridad de control en materia de lucha contra el blanqueo de dinero, sea de obtener la autorización respectiva de este organismo. En caso de actividad ilegal, la autoridad de control puede imponer sanciones y hasta ordenar la liquidación de la empresa concernida. También están sometidos a esta vigilancia los organismos sin fines lucrativos, para evitar que obren en beneficio de terroristas.

c) Ley de seguridad interna

Si el arsenal represivo es importante y suficiente, los vacíos y debilidades en la lucha contra el terrorismo se presentan, según las autoridades suizas, sobre todo en el ámbito de la prevención de la amenaza terrorista. Esto se debería a que la legislación actual impide la intervención de los servicios de inteligencia en la esfera privada de las personas. Por ejemplo, la intercepción y control de la correspondencia y de telecomunicaciones solo pueden ser practicadas en el marco de un procedimiento penal, por tanto bajo vigilancia judicial. No es permitido hacerlo con la finalidad de obtener informaciones destinadas a determinar y evaluar la existencia de riesgos para la seguridad de la población o de las instituciones estatales u organizaciones internacionales.

Investigaciones que si son autorizadas en otros países. Situación que fragiliza la seguridad de Suiza y que la pone en posición difícil respecto a la colaboración internacional en la lucha contra la criminalidad internacional en general y, en especial, contra el terrorismo.

Al respecto, merece citarse, por ejemplo, el caso en el que las autoridades italianas, mediante la vigilancia de la correspondencia y las telecomunicaciones de personas pertenecientes al medio islamista milanes, lograron constatar que esas personas organizaban y financiaban, con la ayuda de personas residentes en Suiza, la formación de extremistas en Afganistán. Como no se daban, en Suiza, las condiciones necesarias para iniciar un procedimiento penal contra las personas habitando en territorio suizo, los servicios de inteligencia italianos solicitaron a sus colegas del SAP que investiguen a dichas personas sospechosas. El SAP no pudo satisfacer el pedido de ayuda italiano debido a que hacerlo implicaba intervenir en la esfera privada de dichas personas, quienes continuaron viviendo en Suiza sin ser inquietadas. Las investigaciones sobre las redes terroristas o extremistas, así como sobre actos terroristas, pueden detenerse en las fronteras suizas.

Otro vacío importante concierne el dominio de internet. Las personas y los grupos que amenazan la seguridad suiza utilizan, desde hace tiempo, infraestructuras informáticas modernas, en especial internet, para difundir su ideología y propaganda, así como para intercambiar informaciones. Intervenir los sistemas informáticos, violando la clave de seguridad, es factible; pero no realizable en la medida en que implica violar la esfera privada. Hacerlo comporta cometer el delito de acceso indebido a un sistema informático (artículo 143bis CP).

La falta de medios hace que Suiza dependa de las informaciones que pueden darle los servicios de inteligencia extranjeros. Un caso dado en ejemplo es el de las informaciones relativas a la radicalización, en Suiza, de ciertos sectores

islámicos, de algunos grupos de la diáspora proveniente de Bosnia o Eslovenia. Así mismo, las relativas a las actividades de celulas de apoyo, activas en Suiza, al terrorismo de grupos argelinos. Esta dependencia de la Suiza de las informaciones extranjeras puede serle fatal.

Con la finalidad de superar esas deficiencias, el gobierno suizo ha elaborado un proyecto de ley para modificar sustancialmente la LMSI. Esta decisión política parte de la idea de que la lucha contra la amenaza terrorista debe practicarse preventivamente, lo más pronto, para desmontar los proyectos terroristas, en la medida que sea posible, en el momento de la planificación o de los preparativos. Para esto, son indispensables medidas de observación de personas y de grupos peligrosos y una cooperación internacional óptima. En esta perspectiva, las actividades de los servicios de inteligencia son concebidos como un procedimiento complejo que comprende la **planificación,** consistente en determinar cuáles son la informaciones interesantes; la **búsqueda** de informaciones mediante diversos medios; la **apreciación** del material obtenido, en particular, de su fiabilidad); la **evaluación** para determinar la gestión de las informaciones dadas por los órganos de búsqueda; y la **difusión** de las informaciones recogidas y evaluadas mediante destinados a los centros de decisión política y administrativa.

En la práctica se ha constatado, por ejemplo, que desde la entrada en vigor de la LMSI, en 1997, pocos espías han podido ser descubiertos y también pocos casos de competencia del servicio de inteligencia han sido develados. Esto ha dado la falsa impresión que Suiza no es objeto de espionaje. Lo contrario puede sospecharse si se tiene en cuenta el numeroso personal de ciertas embajadas extranjeras, muchos de cuyos miembros pertenecen a servicios de inteligencia.

Para comprender la situación recordemos las particularidades, señaladas anteriormente, de la situación suiza, en el sentido que las intervenciones en la esfera privada impiden que los servicios de inteligencia realicen investigaciones eficaces sobre la amenaza terrorista en general. Dichas intervenciones solo son factibles en el marco de una investigación judicial penal. Con el fin de ilustrar esta situación, se cita el caso de una organización terrorista extranjera, sospechosa de recolectar fondos de sus compatriotas residiendo en Suiza, mediante métodos indebidos. Al respecto, se constó que personas cercanas a la organización habían viajado al extranjero portando sumas importantes de dinero en efectivo. Sin embargo, desde el punto de vista penal, no era posible presumir con certeza que dicho dinero tenía un origen criminal o era utilizado con fines delictivos. Por el contrario, desde el punto de vista de los servicios de inteligencia, era concebible que el dinero proviniese de "colectas" y sirviese para financiar, de una u otra manera, atentados terroristas o la guerra contra el país de procedencia de los terroristas.

Ahora bien, la sospecha provenía de la información proporcionada por servicios de inteligencia extranjeros. Sin embargo, los servicios suizos poco pudieron hacer debido a que el régimen actual de prohibición general de violar la esfera privada, establecida en un contexto diferente al actual, se los impide. Por esto, se propone que sea reemplazado por otro régimen más flexible que permita autorizar ese tipo de investigaciones. Con la restricción de que estas indagaciones, por afectar derechos fundamentales de las personas, deben ser efectuadas bajo estrictas medidas de control. De allí que se proponga, en el mencionado proyecto, que se realicen bajo vigilancia judicial y bajo la responsabilidad del jefe del DFJP.

Si del punto de vista de la seguridad del Estado y de los criterios predominantes entre los responsables del servicio de inteligencia, el cambio radical propuesto en el proyecto es necesario y conveniente para luchar eficazmente contra el terrorismo. Numerosos juristas y políticos han criticado severamente, por el riesgo que representa el nuevo sistema para los derechos fundamentales y, en consecuencia, para el Estado de Derecho. Peligro que se ha concretizado en países en donde se han atribuido poderes excesivos a los órganos encargados de investigar los actos terroristas e identificar los grupos y personas que los preparan, apoyan o ejecutan.

Además de suprimir la prohibición de llevar a cabo acciones afectando la esfera privada (artículo 14 LMSI), se prevén medidas como el recurso a informadores privados debidamente remunerados y protegidos (artículo 14b y 14c); la utilización de la identidad de préstamo de los informadores o colaboradores para facilitar sus investigaciones y garantizar su seguridad (artículo 14d); el empleo de medios especiales para la búsqueda de informaciones destinadas a constatar o prevenir una amenaza concreta contra la seguridad interior o exterior (artículo 18). Estos medios consisten en vigilar la correspondencia postal o de telecomunicaciones, observar en lugares que no son de libre acceso o mediante aparatos técnicos, intervenir secretamente un sistema informático (artículo 18b).

Aceptando la necesidad de luchar contra el terrorismo y que el Estado se dote de los medios necesarios para combatirlo, los críticos del proyecto relevan que el Estado no debe transformarse en un Estado controlador y limitador de derechos fundamentales. El límite entre lo que es adecuado a los fundamentos del Estado de derecho y lo que no lo es constituye una cuestión de orden político, la misma que debe ser resuelta buscando el equilibrio adecuado entre garantías fundamentales de los derechos de las personas y necesidad de protección de la seguridad interna. Si se favorece excesivamente la protección de la seguridad en detrimento de los derechos fundamentales, los terroristas habrían alcanzado uno de sus objetivos el quiebre o el debilitamiento del Estado de derecho.

6. A manera de conclusión

La existencia de los movimientos terroristas y la realización de sus actividades criminales, como de las demás organizaciones criminales, dependen de su financiamiento. Suprimir, restringir o bloquear sus fuentes de financiamiento constituyen un medio indispensable para combatir el terrorismo. Teniendo en cuenta la importancia de esta necesidad, resulta justificado que se recurra al derecho penal para combatir a quienes directa o indirectamente provean de medios financieros a las agrupaciones terroristas o colaboren con estas para obtenerlos.

Sin embargo, en consideración de los logros limitados alcanzados por las campañas contra las actividades destinadas a identificar las redes de producción y de transferencia de los valores patrimoniales obtenidos, cabe admitir que dicho combate debe ser acompañado con otras medidas, no necesariamente penales: medidas sociales, económicas, políticas y culturales indispensables para eliminar o atenuar las causas del terrorismo, sobre todo en países como los nuestros, deben servir de contexto a la aplicación de recursos puramente represivos. En la medida en que se concretice la justicia social, en que la participación en el ejercicio del poder sea más transparente y eficaz, que las diferencias culturales y los derechos humanos sean debidamente respetadas, el recurso a actos terroristas para lograr cambios sociales o mejoras económicas será sensiblemente limitado.

IX
Constitucionalidad del tipo legal del delito de terrorismo*

Sumario: 1. Constitucionalidad del tipo legal del delito de terrorismo. a. Introducción. b. Tema a tratar. c. Interpretación. d. Artículo 1 del D. Leg. N.º 46. e. Artículo 2 del D. Ley N.º 25475. f. Versión del Tribunal Constitucional. g. A manera de conclusión.

1. Constitucionalidad del tipo legal del delito de terrorismo

a. Introducción

La necesidad de dictar disposiciones penales antiterroristas surge debido a la cruenta subversión de Sendero Luminoso, iniciada en 1980[1]. Las formas de lucha de este movimiento eran la guerra de guerrillas (grupos armados atacan, pero no enfrentan abiertamente a las fuerzas estatales), el sabotaje (destrucción de puentes, locales policiales o políticos, de líneas conductoras de electricidad, etc.), la violencia selectiva (muerte de autoridades locales, políticos de izquierda o de derecha, de dirigentes sindicales y de "colaboradores" de sistema), la guerra psicológica (propaganda mural y escrita, campañas de adoctrinamiento).

---

* Publicado en *Anuario de Derecho Penal 2008. Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, pp. 263 ss.

1 GORRITI, Gustavo, *Sendero. Historia de la guerra milenaria en el Perú*, Editorial Apoyo, Lima, 1990, pp. 43 y ss. Sobre movimientos armados anteriores, consultar MINISTERIO DE GUERRA, *Las guerrillas en el Perú y su represión*, Ministerio de Guerra, Lima, 1966.

Este movimiento subversivo armado, debido a muchas de sus características, era un fenómeno peculiar, resultante de una realidad social específica[2]. Sus acciones terroristas eran la manifestación de una estrategia insurreccional consistente en el uso de la violencia, con fines políticos, dirigida a derrocar al gobierno y a destruir el sistema político del país para implantar otro régimen social y económico.

Estas características explicaban que se utilizara el término terrorismo, empleado originariamente por la prensa, para calificar la actividad violenta de Sendero Luminoso, así como de todo otro movimiento subversivo armado. Sin embargo, hay que destacar que el uso indiscriminado de esta expresión dio lugar a una desnaturalización de su significado en la medida en que se calificó de tal todo acto de violencia. Malentendido que se manifestó incluso en la labor legislativa y en la discusión teórica. Según Laqueur[3], ninguna definición del terrorismo podría abarcar todas las variedades que han aparecido a través de la historia: las guerras campesinas, las disputas laborales y el bandidaje han ido acompañados de terror sistemático, y lo mismo se aplica a las guerras internacionales, guerras civiles, guerras revolucionarias, guerras de liberación nacional y movimientos de resistencia contra la ocupación extranjera. En la mayoría de estos casos, sin embargo, el terrorismo no era más que uno de los recursos estratégicos y, normalmente, de poca importancia.

La reacción estatal contra el movimiento subversivo y, en consecuencia, contra sus actividades terroristas, fue condicionada por el contexto socio-político imperante en los años 80[4], marcados por el largo período de dictadura militar precedente. En un inicio, el Gobierno consideró que se trataba de una banda de delincuentes quienes, en razón de sus actos contrarios al país, debían ser calificados y reprimidos como traidores a la patria. Este fue el criterio plasmado en una proposición del entonces senador Alva Orlandini, luego miembro del Tribunal Constitucional al dictarse la sentencia objeto de comentario del presente trabajo, que consideró delito "de traición a la patria la destrucción intencional total o parcial, de los caminos, puentes, reapresas, edificios públicos, documentos,

2 Hurtado Pozo, José, "Terrorismo y tráfico de drogas", en *Revista del Foro*, Lima, LXXI, N.º 2, Lima, 1984, pp. 9 y ss.

3 Laqueur, Walter, "Terrorismo. Hechos y ciencias políticas", en *Revista de Occidente*, N.º 2, Madrid, 1980, pp. 22 y ss.; Rodríguez-Ibañez, José, "Fragmentos sobre terrorismo", en *Terrorismo y sociedad democrática*, Akal, Madrid, 1992, pp. 37 y ss.

4 Burt, Jo-Marie, *Violencia y autoritarismo en el Perú: bajo la sombra de sendero y la dictadura de Fujimori*, IET Asociación SER, Lima, 2009, pp. 81 y ss., en particular, pp. 104 y ss.

vehículos, equipos e implementos de los periódicos [...] a, en general, todo acto de sabotaje contra el patrimonio de la República".

Los ataques contra la vida, la salud, la privación ilegítima de la libertad, el patrimonio de las personas, el uso de bombas, granadas, cartas o paquetes que contengan un dispositivo explosivo, el causar incendios u otros estragos que ponen en peligro a las personas, los actos de piratería o conexos, son calificados de actos terroristas. En esta perspectiva, se trata de comportamientos ya reprimidos por el Código Penal. La calificación de terrorismo estaba determinada por un elemento común consistente en la creación de una situación de alarma, zozobra, o terror que el agente busca provocar o mantener en la población.

Por esto se presentó la alternativa de mejorar y completar las disposiciones penales vigentes para reprimir más severamente al agente que cometía dichos delitos con finalidad terrorista o crear una nueva figura delictiva denominada delito de terrorismo.

La segunda solución fue la adoptada y se confirmó, así, la tendencia de elaborar leyes especiales y complementarias al Código Penal cada vez que surgen determinadas formas delictivas graves. Los precedentes a las disposiciones legales vigentes han sido múltiples, por ejemplo las diversas leyes, denominadas de Seguridad Interior de la República, con las que se reprimeron diversos actos que alteraban, con fines políticos, el orden, la seguridad y la tranquilidad públicos. En esta legislación complementaria, los principios básicos del Código Penal de 1924 no fueron respetados, aun cuando se invocaron sus disposiciones.

El D. Leg N.º 46 fue igualmente una ley especial que completaba el Código Penal. Junto a la tipificación y represión del delito de terrorismo, como figura autónoma, contenía disposiciones sobre el favorecimiento del terrorismo, el formar parte de una organización o banda que utilice el terrorismo, la incitación pública al terrorismo y la apología del terrorismo. Esta regulación fue introducida en el Código Penal de 1991 y ha sido modificada mediante el D. Ley N.º 25475.

Las dificultades propias al criterio de política criminal se deben a la pretensión de describir, en una sola disposición, "el delito de terrorismo". Desconociéndose así que no existe un delito de terrorismo autónomo, independiente. Se trata, más bien, de diversas infracciones que son cometidas con el fin de alarmar o intimidar a la población como un método o estrategia de actuar. Esta es la orientación seguida, por ejemplo, por los países que han sido afectados por el fenómeno terrorista (ver: Convención Europea sobre el Terrorismo de 1977).

Algo parecido sucede con las nociones de corrupción o crimen organizado, con las que se designan fenómenos sociales complejos. Para reprimir los actos en que se manifiestan es necesario caracterizarlos como delitos (corrupción activa, corrupción pasiva, asociación delictuosa, etc.).

b. Tema a tratar

El objeto del presente texto no es el análisis completo de la sentencia (Exp. N.º 010-2002-AI/TC)[5], en la que se determinan los límites en los que la legislación terrorista es conforme o contraria a la Constitución[6]. Está dirigido, más bien a esclarecer algunos aspectos de la interpretación y, en particular, los concernientes a la apreciación de la constitucionalidad de la definición del delito de terrorismo en el D. Ley N.º 25475[7].

Esta meta restringida se justifica tanto por la complejidad y amplitud de los temas abordados en la sentencia citada, como por la índole misma de toda contribución a una revista. Además, hay que considerar que la problemática relativa a la interpretación es de la mayor importancia, debido a que las explicaciones dogmáticas no son sino propuestas de interpretación de la ley con miras

5 STC, Exp. N.º 010-2002-AI/TC, Lima. Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos, de fecha 3 de enero de 2003, en Diario oficial *El Peruano* del 4 de enero de 2003, 236530 a 236553, y rotulada "Declaran inconstitucionales diversos artículos de los Decretos Leyes N.os 25475, 25659, 25708, 25880 y 25744".

6 García Belaunde, Domingo, "Nota sobre el control de constitucionalidad en el Perú: antecedentes y desarrollo (1823-1979)", en *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, Versión en línea: http://www.garciabelaunde.com/articulos/Notasobreelcontrol delaconstitucionalida denelPeru.pdf.

7 Sobre otros aspectos de la sentencia, ver: Comisión de la Verdad y Reconciliación. Versión en línea: <bit.ly/1MrE9Me>; Landa Arroyo, César, "Estado constitucional y terrorismo en el Perú", en Losano, Mario G. y Francisco José Muñoz (coordinadores), *El derecho ante la globalización y el terrorismo, "Cedant arma togae": actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo, abril 2003*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 431 y ss.; Bernales Ballesteros, Enrique, "Aspectos constitucionales de la Sentencia del Tribunal sobre la legislación antiterrorista", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, T. 9, N.º 53, Lima, 2003, pp. 85 y ss.; Rojas Vargas, Fidel, "Los errores de apreciación y confusiones manifiestas en materia penal observados en la Sentencia del Tribunal Constitucional del 4 de enero del 2003", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, T. 9, N.º 53, Lima, 2003, pp. 79 y ss.; Meini, Iván, "Notas sobre la inconstitucionalidad de la cadena perpetua. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la legislación antiterrorista", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, T. 9, N.º 53, Lima, 2003, pp. 101 y ss.; Eguiguren Praeli, Francisco, "Los efectos de la Sentencia sobre inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional", en *Constitucionalismo y derechos humanos. Ponencias peruanas al VII Congreso Iberamericano de Derecho Constitucional*, Lima, 2002, pp. 50 y ss.

a establecer una explicación sistemática y coherente que permita sea aplicada de manera racional y justa.

c. Interpretación

El TC destaca la distinción entre disposición y norma. La primera es el texto legal, el enunciado del precepto legal. La segunda es el sentido o sentidos interpretativos dados a dicho enunciado[8]. De modo que la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad concierne el resultado obtenido mediante la interpretación. Lo que consiste en buena cuenta en determinar cómo debe ser interpretado el enunciado conforme a la Constitución[9]. Así, se llegaría a establecer cuál es el sentido único y correcto que debe darse al texto legal.

De modo que en las sentencias interpretativas[10] estimatorias, como el caso en la parte en que la sentencia comentada trata de la tipificación del delito de terrorismo, se declara que el artículo 2 del D. Ley N.º 25475 no es inconstitucional porque puede ser interpretado conforme a las pautas constitucionales. Mediante las posibles interpretaciones (normas deducidas del texto legal) obtenidas de esta manera, se excluyen las incompatibilidades con la Constitución y se establece el sentido que es conforme a ella.

El resultado es la determinación de la manera en que debe ser leída y aplicada la disposición legal, lo que comporta el establecimiento de un texto con valor de ley, la cual debe ser aplicada por todos los operadores legales. Si no lo hicieran, se harían responsables de prevaricato en el ejercicio de sus funciones. Así, se resolverían los problemas de imprecisión del texto legal.

Esta solución aparentemente clara y lógica tiene, por lo menos, dos inconvenientes. El primero consiste en creer que la interpretación de la Constitución, realizada por el TC para valorar el texto legal concernido, es la única y verdadera. En realidad, esto no es así porque el proceso de interpretación no solo es

8 Hassemer, Winfried, "Rechtssystem und Kodifikation. Die Bindung des Richters an des Gesetz", en A. Kaufmann y Winfried Hassemer, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heildelberg, Karlruhe, 1977, p. 271; Larenz, Karl, "Die Bindung des Richters an das Gesetz al hermeneutisches Problem", en *Festschrift fer E. R. Huber*, Göttingen, 1973, p. 309.

9 García Belaunde, "Nota sobre el control de constitucionalidad en el Perú: antecedentes y desarrollo (1823-1979)", cit.

10 Espinosa-Saldaña, Eloy, "Sentencias interpretativas: sus alcances y algunas reflexiones sobre uso a la luz de la experiencia peruana", en *Estudios Constitucionales*, N.º 2, Talca, 2006, pp. 203 y ss.

lógico sino también valorativo[11]. El escoger entre los posibles sentidos del texto constitucional implica aplicar criterios axiológicos que varían de acuerdo con el contexto histórico en que se interpreta y con la ideología de quienes llevan a cabo la interpretación. De modo que, por ejemplo, un juez puede, cuestionando la interpretación hecha de la disposición o de las disposiciones constitucionales, deducir de la disposición legal una norma diferente a la establecida por el TC y a la que considera como "más conforme a la Constitución".

El segundo inconveniente es que la nueva norma establecida por el TC, considerada por este como la norma constitucionalmente adecuada, debe ser interpretada como cualquier otra norma al momento de ser aplicada. Lo que se explica por las mismas razones dadas por el TC, en la sentencia comentada, cuando dice que la exigencia de *lex certa* no puede entenderse, "en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales". Debido a que no es posible por la ambigüedad y vaguedad del lenguaje. Lo que implica, necesariamente, "cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso". Por tanto, no puede exigirse al juez, como se hacía en la época de la Ilustración, no hacer otra cosa que aplicar directamente la norma establecida en la sentencia declarativa del TC.

d. Artículo 1 del D. Leg. N.º 46

Para comprender el razonamiento del TC, es indispensable remontarse a los orígenes inmediatos de esta disposición. El punto de partida es D. Leg. N.º 46[12], del 10 de marzo de 1981. En su artículo 1, primer párrafo, dispone lo siguiente:

> "Que quién será reprimido con propósito de provocar o mantener un estado de zozobra, alarma o terror en la población o un sector de ella cometiera actos que pudieren crear peligro para la vida, la salud o el patrimonio de las personas, o encaminados, a la destrucción o deterioro de edificios públicos o privados, vías y medios de comunicación o transporte o de conducción de fluidos o fuerzas motrices u otras análogas, valiéndose de medios capaces de provocar grandes estragos o de ocasionar grave perturbación de la tranquilidad pública o de afectar las relaciones internacionales o la seguridad del Estado, será reprimido con penitenciaría no menor de diez años ni mayor de veinte años".

11 Hurtado Pozo, José, *Manual de Derecho Penal. Parte General I*, 3.ª ed., Grijley, Lima, 2005, n.º 150 y ss.

12 Hurtado Pozo, *Manual de Derecho Penal. Parte General I*, cit., n.º 13 y ss.

De un análisis breve de esta disposición, se deduce que el comportamiento delictuoso consiste en: (1) realizar (a) actos que pudieran crear peligro para la vida, la salud o el patrimonio o (b) actos encaminados a la destrucción o deterioro de edificios públicos o privados, vías y medios de comunicación o transporte o de conducción de fluidos o fuerzas motrices u otras análogas. El autor debe utilizar medios capaces de (a) provocar grandes estragos, (b) de ocasionar perturbación de la tranquilidad pública, (c) de afectar las relaciones internacionales o la seguridad del Estado. El móvil por el que actúa es el de provocar o mantener un estado de zozobra, alarma o terror en la población.

La consumación del delito no requiere que se cree realmente un estado de zozobra, alarma o terror de la población, puesto que basta que el agente tenga el propósito de crearlo. Tampoco es indispensable que produzca estragos, perturbe la tranquilidad pública, afecte las relaciones internacionales o la seguridad del Estado, pues es suficiente que utilice medios capaces producir estos perjuicios. El tipo legal será ya realizado con la simple realización de un acto que pueda ser calificado como propio para producir los perjuicios mencionados. Se trata de un delito de peligro abstracto, en la medida en que el legislador reprime el comportamiento por considerarlo en sí idóneo para dañar los intereses protegidos. Además, si se tiene en cuenta que, en el artículo 2 del mencionado D. Leg, se agrava la pena cuando "como efecto del delito se produjere daño considerable en el patrimonio público o privado", se debe concluir que sería suficiente la realización de actos que deberían ser considerados actos preparatorios o actos de tentativa.

Los tipos legales que describen delitos de peligro abstracto son fuertemente criticados por su vaguedad y, por tanto, por no ser conformes plenamente con el principio de legalidad. Así mismo, por no cumplir el principio de que solo deben ser reprimidos penalmente los actos que perjudican o ponen en peligro de manera concreta un bien jurídico importante. La situación no cambia si se prefiere hablar de violación de expectativas, pues, primero, es demasiado impreciso hablar de que las expectativas de la población al gozar de tranquilidad pueden ser perjudicadas o cuestionadas por actos "capaces" de afectar las relaciones internacionales del Estado.

El hecho de que actos que pueden ser considerados, como lo hemos afirmado, actos preparatorios o actos de tentativa respecto al hecho de provocar zozobra o alarmar la población, sean reprimidos con pena de diez años de penitenciaría como sanción mínima, constituye un desconocimiento evidente del criterio de proporcionalidad de la represión.

Por todo esto, puede concluirse que el artículo 1 del D. Leg N.º 46 no era conforme a la Constitución de 1979.

e. Artículo 2 del D. Ley N.º 25475

El tipo legal del delito de terrorismo fue insertado en el CP de 1991 (artículo 319), promulgado mediante el D. Leg. N.º 635. Luego modificado por el D. Ley N.º 25475, artículo 2, y cuya conformidad a la Constitución de 1993 es analizada en la sentencia del TC comentada y es objeto del presente trabajo.

La nueva disposición incrimina el delito de terrorismo en los términos siguientes:

> "El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años."

Varios son los cambios aportados a la descripción del delito de terrorismo prevista en el D. Leg. N.º 46 y de igual manera en el CP de 1991. En cuanto al comportamiento incriminado se prevén, a diferencia del único comportamiento reprimido en la disposición modificada, dos actos: (1) provocar, crear o mantener un estado de zozobra, alarma o temor y (2) realizar actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra la seguridad de determinados bienes o servicios.

Así, el propósito con el que el delincuente debía actuar, según el D. Leg. N.º 46, es transformado en comportamiento típico. Ahora, es indispensable que, por ejemplo, el autor alarme a la población y no basta que, mediante otro comportamiento, busque alarmar a las personas. El delito no es más un delito de peligro sino de resultado consistente en producir zozobra, alarma o temor colectivos.

Sin emplear conjunción alguna, en este caso hubiera sido la "o", se dice "realiza actos [...]". De modo que se transforman en comportamiento autónomos los que eran indicados como medios para alarmar, crear zozobra o miedo en la población. Por la referencia a los bienes jurídicos perjudicados se distinguen dos grupos. El primero relativo a bienes individuales: la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la seguridad y el patrimonio. El segundo concerniente a bienes colecti-

vos, en la medida en que se trata de la seguridad de ciertos bienes (edificios públicos, vías de comunicación [...]) o servicios (prestados, por ejemplo, mediante las torres de energía o comunicación mencionadas).

Después de mencionar el último acto (contra cualquier otro servicio) y separando con una coma, se prevé que el autor debe actuar "empleando medios capaces de [...]". Esta manera de redactar crea la duda sobre si el recurso a estos medios se refiere solo a los actos enumerados como debiendo ser realizados o también al hecho de provocar, crear o mantener en zozobra, alarma o medio a la población.

Lo que significaría que el delito de terrorismo sería delito de resultado en la primera hipótesis que requiere producir alarma, zozobra o miedo y, por el contrario, en la segunda hipótesis, de peligro colectivo en cuanto que la realización de los actos contra bienes jurídicos personales debe tener lugar mediante medios capaces de perjudicar o perturbar la seguridad colectiva. Sin que sea necesario, en este caso, la concretización del miedo, la alarma o zozobra colectivas.

Esta duda no se presentaba respecto al D. Leg. N.º 46 porque la descripción del comportamiento delictivo se efectuaba de manera menos incoherente. El encadenamiento consistía en la realización de ciertos actos (matar, lesionar [...]), utilizando determinados medios capaces de causar determinados perjuicios (a la seguridad pública, relaciones internacionales, etc.) y con la finalidad de alarmar a la población. Según el artículo 2 D. Ley. N.º 25475, el tipo legal sería alternativo y el delito consistiría, sea en provocar, crear o mantener una situación de alarma, sea en realizar uno de los actos mencionados mediante uno de los medios señalados.

f. Versión del Tribunal Constitucional

La lectura que hacen los jueces constitucionales del artículo 2 del D. Ley N.º 25475 está condicionada por las impugnaciones que hacen los recurrentes, lo que les impide apreciar mejor todas las implicancias de la manera como se describe la conducta delictiva.

Su conclusión es que el delito de terrorismo "exige necesariamente la concurrencia de los tres elementos o modalidades del tipo penal, además de la intencionalidad del agente". De modo que la falta de uno de los elementos objetivos "hace imposible la tipificación"[13].

13 STC, Exp. N.º 010-2002-AI/TC, fundamento 78bis.

El razonamiento realizado para llegar a esta conclusión no es claro. Los jueces dicen, por ejemplo, que "se observa que el legislador ha previsto tres modalidades de conductas básicas: provocar, crear o mantener un estado de zozobra, alarma o temor en la población o un sector de ella; y actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, [...]". Además señalan que "esas 2 modalidades per se no constituyen delito de terrorismo, sino que se requiere, además, de la actuación a través de los medios típicos previstos en la ley".

Estas son afirmaciones confusas porque, primero, se habla de tres modalidades y se mencionan provocar, crear o mantener y, luego, de "2". Estas últimas estarían constituidas, por un lado, de las tres antes indicadas y, por otro, de la realización de "actos contra [...]". Las mismas que solo serían delito de terrorismo si son cometidas "a través de los medios típicos previstos en la ley".

La confusión aumenta por la manera en que, luego, se mencionan las tres modalidades. Así, el fundamento 61 tiene el título de "La primera modalidad de la acción: atemorizar a la población". El fundamento 68, comienza diciendo: "La segunda modalidad de la acción: actos contra bienes o servicios". Por último, el § 8.4 se refiere a: "Tercera modalidad: Examen de los medios típicos".

De modo que las modalidades de comportamiento típico no son tres sino solo dos. La llamada tercera modalidad está constituida por los medios de ejecución. Para ejecutar las dos modalidades, se debe recurrir a los "medios capaces de [...]". Esto se desprende de la explicación dada respecto a la frase "realiza actos". Según los jueces, "tales 'actos' son los que están dirigidos a afectar la vida, el cuerpo, la salud, etc., con el objeto de crear zozobra o pánico en la comunidad". Respecto a estos actos la creación de zozobra o pánico es el objetivo que se ha fijado el delincuente, mientras que en cuanto a la primera modalidad esta situación debe ser provocada, creada o mantenida.

En la cuestión referente a si el tipo legal es o no alternativo no ha sido por tanto suficientemente aclarada. En cierta forma parecería que los jueces tienden, al menos en cuanto a la segunda modalidad, al criterio admitido en el D. Leg. N.º 46; es decir, por ejemplo, que si el delincuente mata debe hacerlo con uno de los "medios capaces de [...]" y con la finalidad de alarmar a la población. De modo que la primera modalidad habría sido agregada a la prevista en el texto legal que venimos de citar.

Para responder a los requerimientos de los recurrentes, los jueces analizan los aspectos de la disposición legal que ellos consideran imprecisos y, por tanto,

no conformes al principio de legalidad previsto en la Constitución. De esta manera, argumentan que la expresión "realiza actos" debe ser entendida en el sentido de comisión de "delitos". Los que corresponden, primero, a aquellos que atacan los bienes jurídicos personales mencionados: delitos contra la vida el cuerpo y la salud, contra la libertad, contra el patrimonio, contra la seguridad personal. Este último caso, a diferencias de los restantes, no corresponde a la sistemática y terminología del Código Penal, de modo que queda oscuro saber de qué delitos se trata. Segundo, a delitos que atacan bienes colectivos. Así, las fórmulas "contra la seguridad de [...] vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole" se referirían "a las conductas constitutivas del delito contra la seguridad pública que afecten a vías o medios de transporte o comunicación". Del mismo modo, las expresiones "contra la seguridad de [...] cualquier otro bien o servicio" estarían relacionadas "únicamente a bienes o servicios que posean tutela penal específica en las diferentes modalidades de delitos contra la seguridad pública, previstos en el Título XII del Libro Segundo del Código Penal". Sin embargo, las dudas persisten, por ejemplo, en saber si también están comprendidos los delitos contra la tranquilidad pública (Título XIII), contra el Estado y la defensa nacional (Título XV), a los que se refiere el texto legal cuando caracteriza los medios (y no los actos que deben realizarse) que debe utilizar el delincuente y dice: "cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad social o estatal".

Si la comprensión de la norma y de la interpretación practicada por el TC nos resulta, a pesar de poseer mayores conocimientos en derecho penal que el común de los ciudadanos, bastante complicada, no es del todo convincente la siguiente afirmación que hacen los jueces:

> "Por todo ello, el Tribunal Constitucional considera que el texto del artículo 2 del Decreto Ley N.º 25475 emite un mensaje que posibilita que el ciudadano conozca el contenido de la prohibición, de manera que pueda diferenciar lo que está prohibido de lo que está permitido. Solo existe indeterminación en el tipo penal en relación con la necesidad de precisar el alcance de la expresión "actos" que debe ser entendida como hechos ilícitos, para precisar una más exacta delimitación conceptual. Dentro de los márgenes de indeterminación razonable que contiene esta norma, la aplicación de este dispositivo debe orientarse en el sentido indicado en las pautas interpretativas de esta sentencia, por lo que las interpretaciones que inobserven estas pautas vulneran el principio de legalidad (*lex stricta*)".

La disposición legal (texto escrito) y la norma establecida por el TC (sentido atribuida a la disposición legal mediante interpretación) no permiten establecer,

con la relativa seguridad exigida por el principio de legalidad, los alcances del campo de aplicación del artículo 2 del D. Ley N.º 25475. Además, cómo pensar que el ciudadano para conocer "el contenido de la prohibición" va a consultar la sentencia, "orientarse en el sentido indicado en las pautas interpretativas de esta sentencia". Aún más, muchos jueces tampoco lograran orientarse, por la simple razón de que ni la argumentación expuesta ni las pautas establecidas son suficientemente claras. Al menos no lo son de modo que se justifique se decrete que "las interpretaciones que inobserven estas pautas vulneran el principio de legalidad (*lex stricta*)".

En esta perspectiva, cabe cuestionar los alcances que deben reconocerse a sentencias de esta índole. No porque sean dictadas por el TC tienen que ser apreciadas como portadoras del único, verdadero y definitivo sentido de las disposiciones legales interpretadas. Conforme a la índole misma de todo proceso interpretativo, ningún intérprete puede irrogarse el monopolio de no equivocarse o de establecer normas que no requieren ser interpretadas para ser aplicadas[14].

Una conclusión absurda sería la de concluir que está prohibido interpretar las sentencias del TC, por tanto la ley que este promulga al sentenciar, ya que los jueces estiman que sus decisiones "por su propia naturaleza, tienen valor de ley" y que, por tanto, "en la noción de ley, a la cual se refiere el principio de legalidad penal, para reservar la determinación de las hipótesis del delito, incluso, debe considerarse las sentencias del TC". La portada de esta ley sería más significativa que la de las leyes dictadas por el Parlamento que pueden y deben ser siempre interpretadas.

De admitirse en toda su extensión la calificación de ley de una sentencia del TC, tendría que tirarse todas las consecuencias, por ejemplo, la de aplicar retroactivamente la nueva ley más favorable (la sentencia del TC) a los casos cometidos antes de ser dictada.

Las deficiencias de la sentencia, en la parte materia de análisis del presente trabajo, tienen, entre diversas otras causas, la manera como los jueces perciben

14 Al respecto vale citar a BERNALES BALLESTEROS, "Aspectos constitucionales de la Sentencia del Tribunal sobre la legislación antiterrorista", cit., 87, quien destacando el valor de la sentencia dice: "Lo que podemos detectar aquí es una sensibilidad especial que nos permite situarnos frente a una sentencia donde se admite como sustrato o como fundamentación de la misma, no solamente una declaración formal sino la seguridad ciudadana, el orden democrático y las libertades públicas. No se puede a mi juicio leer esta sentencia sin entender estos fundamentos últimos que enmarcan y determinan el porqué unas normas son declaradas inconstitucionales, otras son interpretadas para releerse entre los marcos de la interpretación y otras son declaradas constitucionales".

la interpretación. A pesar de la terminología empleada y las opiniones doctrinarias citadas, aparece que en su opinión el proceso de interpretación concluye con el establecimiento del sentido verdadero de la disposición legal. Velando de esta manera su real índole, que es la de constituir un proceso lógico y valorativo consiste en aplicar los diferentes criterios de interpretación y escoger, entre los diferentes sentidos conformes a los posibles sentidos del texto legal, aquel que es considerado como el justo. Esta última etapa es esencialmente axiológica y debe ser debidamente explicada por quien aplica la ley. Esta explicación es insuficiente en la sentencia analizada.

La situación se complica debido a la falta de sólidos conocimientos en materia penal. Por ejemplo, cuando se afirma, como verdad absoluta, que el derecho penal "admite la posibilidad de que existan tipos abiertos que, frente a la indeterminación, sobre todo de los conceptos valorativos, delegan al juzgador la labor de complementarlos mediante la interpretación". Para justificar la afirmación, se dan una serie de ejemplos tomados de la parte especial del Código Penal. El objetivo es neutralizar las impugnaciones de los recurrentes contra la manera como se describe el delito de terrorismo. Ahora bien, lo cierto es que si se quiere seguir distinguiendo entre los elementos del tipo legal los objetivos y normativos, debe admitirse que la distinción debe hacerse considerando que hay elementos preponderantemente objetivos o normativos, por el simple hecho de que todo término utilizado por el legislador deviene en normativo. Por esto, todos ellos y naturalmente el texto en su conjunto exigen de la parte del intérprete una apreciación valorativa. En consecuencia, se puede decir que todos los tipos legales son abiertos y, por tanto, la afirmación de los jueces constitucionales es superflua, sino fuente de malentendidos.

La cuestión es más la de determinar hasta dónde puede ir esta índole abierta (relativa indeterminación) de las descripciones de los comportamientos penalmente incriminados. La vaguedad, ambigüedad, ambivalencia del lenguaje impiden que el texto legal constituya en sí el límite. Este es determinado mediante la interpretación, pero en ningún caso de manera fija y definitiva. En esta perspectiva debe ser comprendida la afirmación de que la analogía es admitida en el razonamiento interpretativo. Lo que no significa reconocer al intérprete toda arbitrariedad en la fijación de los alcances de la norma. La garantía de que esto no suceda no es la simple declaración del principio de la legalidad, sino la exigencia de que el intérprete (es decir, en primer lugar, los jueces) explique y justifique debidamente por qué ha considerado como más adecuado y justo el sentido que ha atribuido al dispositivo legal.

En este aspecto, como ya lo hemos dicho, reside la debilidad de la sentencia comentada. Así, se puede afirmar respecto a esta sentencia (comprendida como ley) lo afirmado por la Corte Suprema norteamericana, como lo recuerda el mis-

mo TC[15], que "una norma que prohíbe que se haga algo en términos tan confusos que hombres de inteligencia normal tengan que averiguar su significado y difieran respecto a su contenido, viola lo más esencial del principio de legalidad" (Fundamento Jurídico N.º 6 de la sentencia americana).

g. A manera de conclusión

Para terminar creemos conveniente limitarnos a dos aspectos de la temática tratada. El primero se refiere a la constatación del hecho que si bien los jueces constitucionales han respondido relativamente bien a las objeciones particulares de los recurrentes, por ejemplo, explicando los alcances en que deben ser comprendidas determinadas expresiones, les ha faltado, sin embargo, una apreciación global de la disposición legal en cuestión considerando el cúmulo de imprecisiones que ellos mismos admiten y, en particular, de la indeterminación resultante de la manera misma como la disposición ha sido redactada. En lugar de transcribir literalmente el artículo 2 del D. Ley N.º 25475 y remitir a las directivas establecidas a lo largo de la sentencia, se debió presentar resumidamente cómo quedaba constituida "la ley" establecida en la sentencia.

El segundo aspecto esta referido a lo afirmado al final de párrafo precedente. Cuando manifestábamos nuestra oposición[16] al proyecto que llegó a convertirse en D. Leg. N.º 46, en el seno de la comisión encargada de elaborar una disposición antiterrorista, uno de los proyectos que presentamos se asemeja mucho a lo que, sin demasiada claridad, plantean los jueces constitucionales. El artículo 1 de nuestro proyecto estipulaba lo siguiente:

> "El que con propósito de alarmar o intimidar a un número indeterminado de personas, hubiere cometido alguno de los delitos contra la seguridad pública o de los delitos previstos en los artículos 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12 y 13 de este Decreto Legislativo, será reprimido con pena de penitenciaría no mayor de diez años, ni menor de cinco años".

Si en la sentencia comentada, se hubiera logrado establecer un texto, claro más completo y desarrollado, que el que venimos de citar, las directivas interpretativas hubieran sido más claras, pero hacerlo hubiera exigido admitir que el artículo 2 del D. Leg. N.º 25475 no cumplía con las exigencias del principio constitucional de la legalidad.

---

15 STC Exp. N.º 010-2002-AI/TC, Lima, fundamento N.º 47.

16 Hurtado Pozo, José, *Materiales para una historia de la legislación sobre terrorismo en el Perú*, Versión en línea: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t_20080528_86.pdf.

X
El magnicidio*

El que intencionalmente mata a otro es homicida. Si lo hace mediante fuego, explosión u otro medio capaz de poner en peligro la vida o la salud de las personas, comete asesinato. Nuestra ley no prevé, de manera especifica, la muerte en agravio del jefe de Estado. Se trata del magnicidio, mencionado expresamente en la nueva Constitución (artículo 109).

Antes de la Revolución Francesa, el sistema punitivo del régimen monárquico se caracterizaba porque el monarca de manera directa exigía, decidía y hacía ejecutar los castigos (suplicios, muerte, etc.) contra los delincuentes, en la medida en que él, a través de la ley, era agraviado por el delito.

Describiendo muy bien esta concepción, Foucault dice que "en toda infracción hay un crimen majestatis, y en el más pequeño de los criminales un pequeño regicida en potencia".

1. Fantasmas del miedo

El regicida, a su vez, no es ni más ni menos que el criminal total y absoluto, puesto que en lugar de atacar, como cualquier otro delincuente, una decisión o voluntad particular del poder soberano, ataca el principio de la persona misma del príncipe. Entonces, la sanción ideal para el regicida debería ser la suma de todos los suplicios posibles. Esta forma de lesa majestad fue calificada por Carrara de terrible y fantasmagórica. Terrible "porque se apoya sobre millones de cadáveres" y fantasmagórica "porque tuvo como objeto el sustituir, con sus reglas excepcionales y feroces, los preceptos de justicia, con los fantasmas del miedo".

---

* Diario *Expreso*, Lima, 3 de abril de 1981.

Sin embargo, muchos escritores, filósofos y juristas defendieron el tiranicidio. Es de recordar la discutida expresión de Santo Tomás de Aquino: "Quien para la liberación de su patria mata al tirano, es alabado y obtiene recompensa". En el siglo XVII, la doctrina del tiranicidio es comprendida en la difundida fórmula del "derecho a la resistencia". Con la consagración legislativa de este derecho se abolió el crimen de esa majestad, iniciándose la etapa liberal que hace del delito político un crimen atenuado en razón al móvil que guía al agente. El tratamiento privilegiado del delincuente político se materializó, en nuestra legislación, desde la Ley de Extradición de 1938 que disponía, en su artículo 3, la improcedencia de la extradición en caso de los delitos político-sociales.

El magnicidio es un atentado contra el bien jurídico vida (muerte dada al jefe del Estado). En el Código Penal, no está considerado como una de las infracciones que atacan al Estado o a los Poderes del Estado (traición a la patria, rebelión, sedición, espionaje, etc.). Desde un punto de vista subjetivo, el magnicidio puede haber sido motivado por odio, rivalidad o venganza personales; y, de otro lado, por un fin político-social. En el primer caso, se trata de un delito común; en el segundo, de un delito político complejo. Mediante este, el delincuente busca y logra lesionar "el orden político, y el interés privado".

En todo caso, el magnicida debe actuar dolosamente; es decir, con conciencia y voluntad de matar al jefe del Estado. Puede presentarse, también, el caso de que el delincuente solo quiere lesionar al jefe de Estado; pero culposamente le causa la muerte, no buscada ni querida. Estaríamos ante la llamada preterintención, una forma mixta de subjetividad menos grave que la forma dolosa (artículo 165, último párrafo y artículo 166). Si el magnicida emplea fuego, explosión u otro medio capaz de crear un peligro común, será reprimido con pena de internamiento no menor de 25 años (artículo 152). No podría ser reprimido por terrorismo; pues, conforme al artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 046, el agente debe, dolosamente, cometer actos que creen peligro para la vida o la salud de las personas, valiéndose de medios capaces de provocar graves estragos y con el propósito de alarmar o aterrorizar a la población.

Sin embargo, si culposamente causa la muerte o una lesión grave, con ocasión de realizar dichos actos, la pena será de internamiento no menor de 25 años de acuerdo al artículo 2, e del mencionado Decreto Legislativo. De esta manera se equipararían en la pena acciones de diferente gravedad; el asesinato con la muerte y las lesiones graves preterintencionales descritas antes. La agravación de estas últimas radicaría en el propósito del agente de provocar alarma en la población o en una parte de ella.

2. Dentro del Código

Este es el pequeño ejemplo de por qué es inconveniente establecer nuevas figuras delictivas en leyes especiales y no en el marco del Código Penal. En este, ya figuran los principales casos de actos terroristas. En nuestra opinión, solo era necesario completar y modificar sus disposiciones. Para los efectos de la duración de quince días de la detención policial y de la extradición de los responsables de terrorismo (como también los magnicidas) hubiere bastado señalar que los latrocinios, ya previstos en el código, deberían ser considerados como actos de terrorismo.

Esta es la solución adoptada en la Convención Europea sobre la Represión del Terrorismo (1977), en el Proyecto de códigos de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad (1954) y en el Proyecto de convención sobre terrorismo y secuestro de personal diplomático (OEA, 1970).

XI

Reforma del Código Penal suizo y terrorismo*

Sumario: 1. Introducción. 2. Trabajos de la comisión de expertos. 3. Propuesta de la comisión de expertos. 4. Proyecto del Consejo Federal. 5. Secuestro y rapto. 6. Toma de rehenes. 7. Provocación pública a la violencia. 8. Asociación de malhechores. 9. Actos preparatorios delictuosos. 10. Ayuda internacional y ampliación de la jurisdicción federal. 11. Jurisdicción federal. 12. Proyecto de modificación del Código Penal suizo. 13. Bibliografía sucinta.

1. Introducción

En varias intervenciones parlamentarias, se planteó que era necesario y urgente modificar la legislación penal con el fin de hacer más eficaz la lucha contra la delincuencia violenta. En ellas, se reclamaban "disposiciones penales más rigurosas, en particular, con relación a los grupos terroristas y a las bandas de malhechores" (Moción Meier Raspar de 16-12-75). Estas intervenciones tuvieron lugar y fueron aceptadas, por que el Parlamento y el Consejo Federal reconocían que el reforzamiento —considerado como indispensables—, de las medidas de lucha contra el terrorismo y los otros actos de violencia criminal implicaba la ampliación de las disposiciones del Código Penal y del Código Penal militar. Se trataba, pues, de un eslabón más de la cadena de medidas de defensa, preventivas y represivas, ya adoptadas o por adoptarse a diversos niveles. Por ejemplo, la Convención sobre la represión de la captura ilícita de aeronaves de la Haya (16-12-70); la Convención sobre la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil de Montreal (23-9-71); la Convención Europea sobre la represión del terrorismo del 27 de enero de 1977; la abolición de la prescripción

* *Revista Judicial* N.º 1, Lima 1981, pp. 77 y 94.

para los actos de terrorismo, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra; el control más estricto del comercio de explosivos; la adopción de una ley referente al comercio de armas y municiones; la organización de una policía eficaz, capaz de detener, rápidamente, a los delincuentes y de ponerlos a disposición de los jueces.

2. Trabajos de la Comisión de expertos

El Consejo Federal dio prioridad al tratamiento de esta reforma en detrimento de las demás revisiones de CP. En junio de 1977, el Departamento de Justicia y Policía dispuso que la Comisión de expertos, encargada de revisar la Parte especial del CP, se abocara a la elaboración del proyecto respectivo. En abril de 1978, la Comisión presentó su informe. El proyecto del Consejo federal se basa, fundamentalmente, en dicho documento.

3. Propuesta de la Comisión de expertos

La Comisión reconoció, en principio, la necesidad de efectuar la revisión; sin embargo, consideró que las disposiciones reprimiendo el homicidio (artículo 111 del C.P.; artículo 115 CPM), et asesinato (artículo 11 C.P., artículo 116 CPM), las lesiones corporales graves (artículo 122 CP, artículo 121 CPM) y las "infracciones intencionales asimilables a los actos de terrorismo capaces de crear un peligro colectivo" (incendio, empleo de explosivos o gas tóxicos o transportar explosivos o gas tóxico, inundación, propagación de enfermedad peligrosa, contaminación de agua potable, etc.), no necesitaban ser modificadas; pues, las penas previstas eran lo suficientemente severas. Por el contrario, los expertos preconizaron la reforma de las disposiciones referentes al hurto calificado, al robo calificado, a las infracciones contra la libertad y a la provocación pública al crimen. Ellos estimaron que la descripción típica era deficiente y las penas insuficientes.

De otro lado, la comisión propuso la incorporación al C.P. de nuevas figuras delictivas: la toma de rehenes, la asociación de malhechores, los actos preparatorios delictuosos. Por último, los expertos proponían extender la jurisdicción federal sobre varios de estos graves delitos que están sometidos, normalmente, a la jurisdicción cantonal; y, asimismo, regular la omisión de denunciar los proyectos de actos delictuosos por parte de quien llega a conocerlos.

Las propuestas de la Comisión fueron sometidas al análisis de los Gobiernos cantónales. De los partidos políticos representados en la Asamblea Federal y a todos los organismos interesados (Federaciones de Abogados, de Funcionarios

de Policía, de Juristas, Colegios de Abogados, etc.). Luego de apreciar las diversas opiniones vertidas sobre el anteproyecto de revisión (44 fueron las respuestas recibidas), el Consejo Federal elaboró un proyecto de ley, que fue remitido a la Asamblea Federal en diciembre de 1979 (ver texto traducido al final de este trabajo.

4. Proyecto del Consejo Federal

En primer lugar, es de destacar que el CF admite la concepción de la Comisión de Expertos de que los actos de violencia criminal, expresión que comprende los denominados "actos de terrorismo", se encuentran, fundamentalmente, regulados en el CP En el proceso de revisión, en ningún momento, se planteó la necesidad de definir, en una sola disposición, al terrorismo como figura delictiva autónoma. Esta no es una actitud aislada en Europa; por el contrario, es la preponderante en la legislación de los países de Europa Occidental. En Alemania, Italia y España, países profundamente afectados por el terrorismo, se han modificado.

La posición del Consejo Federal como la de la Comisión de Expertos, se encuentra, normativamente, condicionada por las convenciones internacionales ratificadas; en especial, la Convención europea contra el terrorismo. En esta, precisamente, se enumeran los diversos actos de terrorismo. Esta enumeración tiene por objeto, en el fondo, señalar en qué casos procede la extradición; aun cuando puedan ser considerados, conforme a los criterios tradicionales, como delitos político-sociales. En lugar de dictar el Decreto Legislativo N.º 046 (Ley Antiterrorista), bien pudo seguirse, en nuestro país, el mismo procedimiento para esclarecer a qué actos se refiere el artículo 109 de la Constitución, mediante la expresión "actos de terrorismo", cuando les niega el carácter de "delitos políticos" a efectos de la extradición, es decir, que el texto constitucional no suponía que dichos actos eran atípicos, impunes.

En la propuesta de Grendelmeier en la Asamblea Federal (moción del 17 de marzo de 1959), se hacia alusión a la temerosa inquietud del público ante el gran aumento de crímenes cometidos mediante armas de fuego u otros objetos peligrosos. Reflejo directo de esta preocupación es la reforma propuesta en relación con los casos agravados de los delitos de hurto y robo (este último es llamado, entre nosotros asalto y robo).

No está demás recordar que muchos de los actos cometidos por grupos terroristas son atentados contra el patrimonio. De esta manera no sólo buscan desestabilizar al régimen, sino sobre todo, agenciarse fondos para fomentar sus acti-

vidades ilícitas. Los ataques contra bancos, empresas y particulares pueden tener estos objetivos; cuando no son meramente delitos comunes. En la década del 60, se cometieron en nuestro país diversos atentados de esa naturaleza. Sus autores eran grupos de izquierda que trataban de llevar adelante una acción de guerrillas. Actualmente, no se ha llegado a establecer, al menos es lo que aparece de la información oficial, un vínculo entre los diversos asaltos a entidades bancarias y financieras y el grupo ultraizquierdista "Sendero Luminoso", ejecutor de los actos terroristas. Hasta ahora, se cree, sobre todo que se trata de delincuencia común. En ambos, casos, la delincuencia es peligrosa y debe ser eficazmente combatida. La severa represión no es, evidentemente, la mejor y única manera de hacerlo.

Sin olvidar las circunstancias sociales, en particular la profunda crisis económica en que se debate el país, consideramos que no puede dejarse de lado un elemento para comprender la proliferación, ciegamente, en la intimidación de la pena (mediante los Decretos Leyes N.ºs 19000 y 19910, se aumentó excesivamente la sanción para los casos de asalto y robo, rapiña o robo propiamente dicho), los márgenes mínimos eran siete y diez años de penitenciaría. De modo que era frecuente la imposición de estas penas en casos de poca gravedad como el "arrebato" de carteras o de relojes. Además, tenemos en cuenta que el artículo 9 del Decreto Ley N.º 199910 excluía la aplicación del artículo 148 del CP (atenuación de la pena a los menores de 2 años y mayores de 18) podemos pensar que muchos de los autores de los "asaltos y robos" son estos jóvenes que, después de largas detenciones egresan de las prisiones, que solo son propias para deshumanizar y corromper. Con el fin de atenuar este abuso del castigo en relación con los casos menos graves, se ha modificado el Decreto Ley N.º 19910. Modificación que es interesante comparar con la propuesta de reforma del Consejo Federal suizo.

En primer lugar, conviene observar que la reforma suiza está condicionada por la debilidad de las penas previstas para el hurto calificado y el robo. En nuestro país, las penas referentes al robo eran excesivamente severas.

Con relación al hurto calificado (artículo 137, 2 CP, Suizo), se propone, primero, aumentar el mínimum de tres meses de prisión a seis meses. Pena ya prevista, en nuestro Código (artículo 238). Segundo, la introducción de una nueva circunstancia agravante, el hecho de portar un arma de fuego u otra arma peligrosa al momento de cometer el delito. Según el informe del consejo Federal, armas peligrosas deben ser consideradas las granadas de mismo, las bombas, los petardos a gas, los spray, las armas blancas.

La tercera propuesta es más sutil y de gran importancia con relación a los fundamentos de derechos penal. Se trata de reemplazar la fórmula genérica, "o

si por cualquier otra circunstancia, el hurto revela que el auto es particularmente peligroso" ("ou si par tout autre circonstance le vol dénote que son auteur est particulièrement dangereux"). Así se trata de evitar que los jueces dejen de deducir la peligrosidad del agente del temor que crea su manera de actuar de que reincidirá; a fin de lograr que lo hagan a partir de la manera audaz, temeraria, pérfida e inescrupulosa de su acción. Se busca reafirmar el derecho penal basado en la personalidad (*Schuldstrafrecht*) en oposición del derecho penal basado en la personalidad del delincuente (*Täterstrafrecht*). No se debe castigar con mayor severidad porque se teme que el delincuente volverá a delinquir, sino de acuerdo a la gravedad que confiere a la acción su ilicitud y su culpabilidad.

El artículo 238 de nuestro Código Penal no ha sido modificado, por lo que concuerda con el texto original del CP suizo, cuyos proyectos de 1916 y 1918 sirvieron de modelo a nuestro legislador.

Casi las mismas modificaciones han sido propuestas en relación al robo calificado. Al respecto, se distinguen dos grupos. El primero está constituido por los casos de robos cometidos (1) en calidad de afiliados a una banda dedicada a cometer hurtos o robos, (2) portando arma de fuego u otra arma peligrosa y (3) los que por la manera de comisión demuestren que el delincuente es particularmente peligroso. El segundo grupo lo forman los robos en que el autor (1) pone en peligro de muerte a la víctima (2) le causa lesión grave o la (3) trata con crueldad.

Para el primer grupo, la pena es fijada en reclusión no menor de dos años; y, para el segundo, en reclusión no menor de cinco años. Se nota, un uso prudente de la pena, que se refleja en la búsqueda de una proporcionalidad entre la sanción y la gravedad de la acción delictuosa.

En nuestro Derecho, las penas son, notablemente, más severas, a pesar de la reforma hecha mediante el Decreto Legislativo N.º 121, del 12 de junio de 1981. Ahora, el robo simple es sancionado con penitenciaría o prisión no mayor de siete años ni menor de cuatro, el robo calificado, con pena de penitenciaría no mayor de doce años ni menor de siete; y, por último, en caso de muerte preterintencional, penitenciaría no menor de doce años.

En cuanto a las agravantes, la legislación peruana y la suiza se asemejan, actualmente, en cuanto a la producción de una lesión grave a la víctima y al porte de un arma en el momento de la comisión del delito. En lugar de la referencia a la calidad del agente como afiliado a una banda, el legislador peruano señala el hecho de haberse cometido el delito por dos o más autores. De este modo, no basta pertenecer a una banda formada para cometer delitos ni actuar como cómplice secundario (artículo 100, párr. 2 CP peruano). Este último caso se en-

contraba comprendido en la expresión, de cometerlo "acompañado de alguien", utilizada en el Decreto Ley N.º 19910.

La cláusula general sobre la peligrosidad del delincuente no ha sido variada en nuestra ley; sí lo ha sido en la suiza. Conservamos, pues, la fórmula original helvética.

Por último, señalemos que tanto el legislador suizo como el peruano han corregido el error de técnica legislativa que se deslizó en el Proyecto de 1918, al mantenerse entre las agravantes "la amenaza de muerte a una persona", determinando que la amenaza, medio de comisión del delito junto con la violencia, debería ser "de un peligro inminente para la vida".

El Consejo Federal suizo ha propuesto que se considere que el agente ha puesto en peligro de muerte a la víctima, lo que no es lo mismo que amenazarla con tal peligro. Se trata de un peligro concreto, que permite eliminar la tradicional forma agravada por la muerte preterintencional de la víctima. Esta, es, por el contrario, mantenida en la legislación nacional.

Con relación a este último aspecto y criticando la severidad de la reclusión a vida prevista en el artículo 139, inciso 2 del CP suizo, el Consejo Federal dice, en su informe, que "la pena es demasiado elevada en comparación a la prevista para los delitos contra la vida y la integridad corporal. De otro lado, continúa, una represión sin culpabilidad debe ser eliminada del Derecho penal moderno, regido por el principio no hay pena sin culpabilidad (*Schuldstrafrecht*). Una pena máxima de 20 años, agrega el Consejo Federal, es suficiente; puesto que en la mayor parte de los casos existe concurso ideal de delitos con el homicidio por negligencia; y la penal, por lo tanto, debe ser agravada conforme al artículo 68, so de concurso ideal (artículo 105), sólo se aplica la pena del delito más grave sin tener en cuenta la otra figura delictiva.

5. Secuestro y rapto

Los terroristas recurren con frecuencia a los atentados contra la libertad individual. Sus víctimas son políticos, funcionarios, miembros de las fuerzas policiales, empresarios o personas comunes. Los fines que persiguen son crear una situación económico-social caótica u obtener ventajas económicas o políticas. Típicos casos son los cometidos por las Brigadas Rojas en Italia o la Fracción de la Armada roja (RFA) en Alemania Federal: En nuestro medio aún no se han dado casos de esta naturaleza. Sin embargo, resultad indispensable, como en Suiza, replantearse la manera como han sido concebidas las figuras delictivas y, en algunos casos, la graduación de las penas previas.

La pena de prisión establecida en el artículo 182 CP suizo para la figura simple del secuestro, resulta, conforme al criterio correcto del Consejo Federal helvético, demasiado leve. El artículo 223 del Código peruano prevé la pena de prisión no mayor de dos años ni menor de un mes, sanción insuficiente, sin duda alguna.

En relación con el rapto, es de destacar, fuera de las deficiencias señaladas con relación al secuestro, la defectuosa descripción de la acción delictuosa.

Víctimas de este delito, según los códigos suizo y peruano, sólo pueden ser las mujeres y los menores. Por tanto, en casos de carácter terrorista, el secuestro de un hombre mayor de 16 años, no solo sería sancionado como coacción con una pena bastante ligera e insuficiente. Además, es de tener en consideración que ambas leyes estatuyen la acción privada para perseguir las formas simples de rapto de mujeres.

La propuesta del Consejo Federal consiste, primero, en simplificar el tipo legal: víctima de rapto puede ser cualquier persona, y los medios utilizados pueden ser la violencia, la astucia o la amenaza. Segundo, en considerar como caso especial el rapto de menores de 16 años y de personas incapaces de discernimiento o de resistencia. Con relación a los medios toda referencia resulta inútil, dada la calidad de la víctima.

En ambos casos de rapto, como en el de secuestro, el límite máximo de la pena (reclusión o prisión) es elevado y cinco años, conforme la propuesta de Consejo Federal suizo. Por el contrario, renuncia a fijar un *límite mínimum*; pues "la infracción puede ser cometida de manera particularmente ligera" (p. 19).

Se nota, de manera especial, la preocupación por luchar contra típicos actos de terrorismo, en las circunstancias agravantes propuestas en relación con el rapto y el secuestro. La primera es la de exigir una recompensa prevista antes como condición de punibilidad del rapto de menores; la segunda agravante es la de someter a la víctima a un trato cruel: torturas físicas o morales. La tercera circunstancia consiste en la duración de la privación de la libertad de la víctima. Según la propuesta gubernamental suiza basta que dure diez días. El texto original, como el de nuestro Código, exige un mes. Esta reducción es favorable, en opinión del Consejo, Federal, a la víctima; en razón a que así se obliga al delincuente a escoger entre prolongar la detención o ponerle fin. Es interesante destacar que los técnicos helvéticos han estimado, que si bien tal reducción del tiempo limita —lamentablemente— el plazo disponible para negociar con el autor, la amenaza de una pena grave constituye, según ellos, un argumento decisivo en tales negaciones.

La última circunstancia agravante es la de poner, seriamente, en peligro la salud de la víctima. Según el informe del Consejo federal, es suficiente, por ejemplo, que el local utilizado para mantener detenida a la víctima sea húmedo, sombrío o tan exiguo que no pueda casi moverse (pág. 20). En caso de crear un peligro de muerte, la pena es suficientemente severa por aplicación de las reglas sobre concurso de infracciones (rapto o secuestro y abandono o exposición de personas en estado de peligro).

Por esa misma razón, se ha dejado de lado, así mismo, la circunstancia de raptar para abusar de la víctima o para corromperla. En último lugar, señalaremos que no se tiene en cuenta la circunstancia de secuestrar a una persona con el pretexto de que sufre de una en enfermedad mental, por considerarla de poca importancia práctica, en la actualidad.

Dado el sistema admitido en nuestro Código, respecto al concurso de delito, la modificación de nuestra ley no puede ser del mismo tipo que la propuesta en Suiza. Sería indispensable replantear diversas disposiciones del Código. En todo caso, es necesario completar las normas sobre rapto y secuestro que no se encuentran claramente comprendidas en el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 046, Ley antiterrorista, a pesar de su extrema vaguedad.

6. Toma de rehenes

El hecho de raptar, secuestrar o, de cualquier otra manera, someter a una persona con el fin de obtener de un tercero una acción determinada, constituye una acción delictuosa, que no está debidamente reprimida por la ley penal suiza. Las disposiciones sobre secuestro, rapto o coacción no comprenden en toda su amplitud la ilicitud de la acción y la gravedad de la culpabilidad del agente. Lo mismo sucede en nuestra legislación.

La actividad terrorista se manifiesta, con bastante frecuencia, en esta forma de atentar contra la libertad de las personas. La variedad de formas que puede asumir la acción delictuosa hace necesario que se omita toda referencia al medio que puede utilizar el delincuente. Por eso, el Consejo Federal suizo, de acuerdo con los expertos, describe este delito sin aludir a la violencia, amenaza o astucia que el agente puede emplear para someter a la víctima su poder. La precisión que exige el principio de la legalidad es respetada cuando se hace referencia al rapto, al secuestro y al fin que debe impulsar al agente. De esta manera, individualiza la acción delictiva como el sometimiento de una persona, de modo a tenerla a merced, a poder disponer de ella, con el fin de coaccionar a un tercero para que haga u omita algo. De la víctima no depende, en principio, la acción exigida al tercero. Su suerte está en manos de este y del delincuente.

Más aún, el rehén es, frecuentemente, ajeno al asunto en causa. En el informe del Consejo Federal, se da como ejemplo, para señalar esta circunstancia, la desviación de aviones con fines políticos, o para obtener la liberación de detenidos (p. 21).

El propósito de obtener algo de un tercero, es nota distintiva de la toma de rehenes. No es la misma víctima contra quien se ejerce presión. No es el caso, en consecuencia, del raptor o secuestrador que exige una recompensa. En el informe suizo, se explica que "el acto de coacción está dirigido —en el caso de rapto o secuestro agravado por exigencia de una recompensa— contra la víctima, aun cuando terceros sean forzados a participar en la entrega de la recompensa. Por esto conviene —en su opinión— tratarlo como un caso particular de secuestro o rapto; a pesar que la acción se asemeja bastante a un caso de toma de rehenes" (p. 20).

Los actos exigidos al tercero pueden ser: la liberación de un detenido o condenado, la anulación de una decisión de alguna autoridad, la entrega de armas o de una suma de dinero, el dejar huir al delincuente o el permitir algo determinado.

Por la forma como se describe el delito, es correcto sostener que se trata de un caso particular de coacción que, aun en ausencia de violencia o amenaza, constituye un atentado contra la libertad de acción de un tercero.

Con el fin de evitar posibles dificultades de interpretar y aplicar la nueva disposición con relación a la participación delictiva, se estatuye, en el proyecto suizo (artículo 185 inciso 1, pf. 2), que se impondrá la misma pena que el autor de la toma de rehenes, a quien aprovecha de la situación creada por la ejecución de este delito, con el fin de obtener de un tercero un comportamiento determinado. Según el informe del Consejo Federal, el juez no tendrá dudas en cuanto a la participación de quien interviene en los hechos ya sea, por ejemplo, en el momento mismo del rapto, o cuando la víctima a la manera como ha sido redactada la disposición, basta que la gente haya aprovechado de la situación.

La toma de rehenes es calificada en dos casos: primero, cuando el delincuente amenaza de muerte a la víctima; segundo, cuando le causa lesiones corporales graves o le trata con crueldad. Estas son agravantes simples, pues se considera otra manera especial. Esta consiste en que el acto esté dirigido contra un gran número de personas. Por ejemplo, en caso de apoderamientos ilícitos de aeronaves. La pena prevista para este caso, especialmente grave, es la reclusión perpetua.

A efectos de la represión, el proyecto establece el principio universal de la aplicación de la ley penal. Es decir, que la ley penal suiza será aplicada en el juzgamiento de la toma de rehenes cometida en el extranjero, cuando el delin-

cuente fuera arrestado en Suiza y no fuera entregado mediante la extradición. Así, se establece, también, para los delitos de trata de blancas y de menores, falsificación de moneda, etc. Pero no es condición para la represión de la toma de rehenes, como lo es para las otras infracciones citadas, que el delito éste previsto, igualmente, en la legislación del país donde ha sido cometido (artículo 185, inciso 5).

Debido a la compleja situación que crea la ejecución del delito y, en particular, las tratativas a que da origen, el proyecto suizo considera la posibilidad que el agente dé marcha atrás en la ejecución de la infracción. Con este objeto, se dispone que el juez podrá atenuar la pena, si el agente renuncia a sus exigencias y libera a la víctima.

Propuestas de la comisión de expertos no admitidas en el Proyecto del Consejo Federal.

En lo que concierne a la modificación de la Parte especial de la ley, la comisión de expertos propuso al Consejo Federal, además de las reformas hasta ahora analizadas, una nueva descripción del delito de provocación pública a la comisión de un crimen, y, además, la incorporación de dos nuevas formas delictivas: la asociación de malhechores y los actos preparatorios.

7. Provocación pública a la violencia

La modificación propuesta por la Comisión consiste en ampliar los alcances del artículo 259 del CP. En lugar de reprimir a la provocación pública a la realización de un crimen (infracción grave reprimida con pena de reclusión), los expertos consideran necesario sancionar toda incitación pública a la violencia contra persona o contra los bienes. La fórmula propuesta es la siguiente: "El que hubiere incitado, públicamente, en un reunión o por cualquier medio capaz de alcanzar a un gran número de personas, ejercer violencia contra otro o contra bienes, será penado con reclusión no mayor de tres años o con prisión". De esta manera, se castigaría no sólo a quien provoca la ejecución de delitos y faltas; es decir, de todo acto de violencia; debe vías de hecho hasta leves daños contra el patrimonio.

La gran mayoría de autoridades (federales y cantónales), partidos políticos, entidades profesionales, etc., rechazaron la propuesta de la Comisión. Las críticas formuladas fueron hechas, fundamentalmente, desde dos perspectivas.

Primero, la amplitud dada a la noción de "público" fue estimada contraria al ejercicio de la libertad de reclusión garantizada a los ciudadanos y a su derecho

de disponer de una "esfera de privacidad" en la que no deberían sentirse espiados, ni el temor de ser denunciados por las opiniones que emitan.

Segundo, la referencia a todo acto de violencia fue, ampliamente, considerada como insatisfactoria. Algunos la criticaron por no comprender la incitación a la comisión de ciertos crímenes no violentos, y otros, porque se comprendía a infracciones leves ejecutadas mediante violencia. Este término fue, justamente, criticado por su vaguedad.

Esta crítica, casi unánime contra la propuesta de la comisión de expertos, facilitó que el Consejo Federal no la incorporase, desde el primer momento, en el proyecto de reforma definitivo.

8. Asociación de malhechores

Mediante la Ley federal del 5 de octubre de 1950 (vigente desde el 5 de enero de 1951), se introdujo en el CP suizo el delito de agrupación ilícita, consistente en formar grupos dirigidos a ejecutar crímenes o delitos contra el Estado y la defensa nacional (artículos 265 a 275 bis). Por el contrario, no existe disposición general represora por asociarse para preparar o cometer infracciones graves, como sucede en Francia (artículo 265), Italia (artículo 416), Alemania Federal (artículos 129 y 129 a) y Austria (artículo 298).

Entre los funcionarios, el rechazo de esta propuesta es mayoritario; pero sin la claridad y uniformidad que caracterizan las opiniones sobre la provocación pública a la comisión de actos de violencia.

Las principales observaciones formuladas pueden ser resumidas: primero, que la manera como está concebida la nueva figura delictiva permitiría reprimir a las personas por sus opiniones, lo que es indigno de un Estado de derecho; asimismo, que favorecería la delación y la soplonería. Segundo, que la propuesta es contraria a los principios del derecho penal suizo, que sólo admite la represión desde los actos de tentativa. De ser aprobada, daría lugar a que el simple acto de ponerse de acuerdo con otro para preparar la comisión de actos delictuosos, debería ser considerado como delito consumado de asociación ilícita. La descripción típica no permite, según sus críticos, que se distinga, rigurosamente, entre el núcleo activo y sancionable del grupo y las personas que tienen con éste algún otro tipo de vinculación. Quedaría en manos del juez, en definitiva, establecer si se da o no el comportamiento delictuoso. De allí que llevar a esos extremos la amenaza penal, daría lugar a iniciar, precozmente, instrucciones penales que empujarían a los posibles infractores a dar el paso decisivo en la realización de las infracciones proyectadas. Además se considera –correctamente– que una

sospecha más o menos fundada de la existencia de una asociación de malhechores justificaría la apertura de una investigación; hecho que comportaría un obstáculo importante para que los grupos de la oposición ejerciten sus derechos políticos y, asimismo, crearía un ambiente de inseguridad (p. 13).

Estas observaciones han sido apreciadas críticamente por el Consejo Federal. Llegando a establecer que, en alguna forma, reflejan una incomprensión parcial de la propuesta de la Comisión. Según el Consejo Federal, es acuerdo puramente intelectual de dos personas para preparar actos de violencia criminal no cae en el campo represivo de la fórmula propuesta. Es necesario, por el contrario, participar –consciente y voluntariamente– de las actividades tendientes a preparar la realización de infracciones graves. Sin embargo, el Consejo Federal prefirió, siguiendo la opinión mayoritaria, desecharla.

Todas estas apreciaciones son, con mayor razón, aplicables al artículo 5 del Decreto Legislativo N.º 046, represor del terrorismo en nuestro país. La amplitud de esta disposición es tal que reprime el simple hecho de pertenecer a una agrupación que admita en su programa, estatutos o ideología, el recurso a la violencia para transformar el sistema social. Sus efectos pueden ser, en consecuencia, inconvenientes para la actividad legal de ciertos grupos políticos al régimen de turno.

9. Actos preparatorios delictuosos

El interés que condujo a la Comisión de expertos a extender la represión a los actos preparatorios fue de impedir, en la medida de lo posible, que las infracciones graves proyectadas sean cometidas por el hecho de iniciarse instrucción penal contra quienes las preparan.

La disposición que reprime dichos actos es estimada como complementaria de aquella que sanciona la asociación de malhechores. Por la manera como ha sido concebida, se le hacen, esencialmente, las mismas críticas formuladas contra la disposición que reprime dichas asociaciones ilícitas. Así, de manera amplia se considera inútil, para lograr una mejor protección de los bienes jurídicos, abandonar la distinción entre actos preparatorios y tentativa. La represión de los primeros no tendría un efecto demasiado importante; por el contrario, empujaría al agente a dar el paso decisivo hacia la ejecución del delito.

La Comisión, con el fin de eliminar la posibilidad de que sólo se reprima los actos preparatorios, ha tratado de precisar los elementos constitutivos de la nueva infracción, en el sentido que el autor debe haber puesto en práctica, de acuerdo a un plan previo, medidas de orden técnico, organizativo de cualquier

otra naturaleza; por ejemplo, la adquisición sistemática de armas, vehículos o el recojo de información precisa respecto a la residencia y costumbre de la víctima escogida. A pesar de este esfuerzo, el Consejo Federal estima que si bien hay alguna ventaja por extender, de esta manera; la represión más importante son los inconvenientes. En la actitud final del Consejo Federal de rechazar la propuesta de la comisión, ha pesado el hecho de que "la policía puede intervenir más rápidamente aun cuando la sospecha fundada de un acto preparatorio de una infracción no se confirma".

10. Ayuda internacional y ampliación de la jurisdicción federal

Teniendo en cuenta la gravedad del terrorismo y la escala internacional en que se desarrolla, el Consejo Federal ha propuesto –por propia iniciativa– la modificación de la disposición que prevé el delito de dificultar la persecución penal (artículo 305). En nuestro Código, se trata del delito de encubrimiento personal, regulado en el artículo 331 como delito contra la administración de justicia.

La modificación consiste en ampliar los alcances del artículo 305 no sólo en caso de personas perseguidas penalmente en Suiza, o que son objeto de un pedido de extradición, sino también cuando estén sometidas a cualquier investigación; pero siempre que se trate de delitos especialmente graves; crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y actos de terrorismo.

Resulta interesante destacar que para estos efectos, el Consejo Federal hace referencia, en el texto propuesto, al nuevo artículo 75 bis del Código Penal. Según esta disposición, la acción penal es imprescindible en relación con los tres grupos de infracciones antes mencionadas. En su primera parte, contiene verdaderas definiciones. A los actos de terrorismo los individualiza como "los crímenes perpetrados en vista de ejercer una coacción, una extorsión o un simple chantaje, y que ponen en peligro o amenazan con poner en peligro la vida y la seguridad corporal de las personas especialmente, mediante la utilización de medios de exterminio masivo, por la producción de una catástrofe o por la toma de rehenes".

Con todas estas medidas, se logra ampliar la represión penal contra delitos particularmente graves e, igualmente, disminuir las dificultades que la obstaculizan.

Lo verdaderamente valioso es la técnica legislativa utilizada con el objeto de respetar los principios básicos del derecho penal liberal: no hay delito sin ley escrita previa y precisa no hay pena sin culpabilidad impunidad de los actos preparatorios sanción sólo por acciones y no por opiniones etc.

Comparando con lo sucedido en nuestro país, vemos que en Suiza, siguiendo un criterio dominante (p. e., Convención Europea para la Represión de terrorismo, Estrasburgo, 1977), el terrorismo o los actos de Terrorismo son ciertas acciones delictivas ya previstas en el Código Penal o que deben ser incorporadas. Pero, no se trata de un delito específico que requiere una descripción legal especial, como se ha hecho en el artículo 1e del Decreto Legislativo N.º 046. La descripción general del terrorismo es utilizada para identificar cuáles son los delitos comunes que, por revestir la característica común de estar orientados a desestabilizar mediante el terror al régimen político-social vigente, son considerados como delitos políticos, y conceder siempre la extradición (Convención europea contra el terrorismo), Constitución Política peruana 1980 (artículo 109); declarar imprescriptible la acción penal a que da lugar (artículo 109); declarar imprescriptible la acción penal a que da lugar (artículo CP suizo). Fuera de estos casos, cada uno de dichos actos debe estar clara y expresamente tipificados en la ley penal.

11. Jurisdicción federal

De conformidad con el artículo 343 del CP suizo, las autoridades cantónales perseguirán y juzgarán, conforme a sus leyes procesales, las infracciones previstas en dicho Código, salvo las sometidas a jurisdicción federal. El Derecho penal sustantivo está unificado; por el contrario, el derecho penal adjetivo o formal es diverso. Si a los Códigos procesales de los Cantones, agregamos la ley procesal federal y la militar, tendremos 27 Códigos procesales vigentes en Suiza. Según François Clerc[17], esto significa más de siete mil disposiciones legales, fuera de las otras muchas que están contenidas en otros instrumentos jurídicos.

Para lograr una mayor y más eficaz represión, se propone aumentar la jurisdicción federal y facilitar la colaboración de las autoridades federales y cantónales. La evolución de la delincuencia, en general, y de la actividad terrorista, en particular, condicionan estos cambios; en general, y de la actividad terrorista, en particular, condicionan estos cambios; los mismos que se imponen, también, en el ámbito de la cooperación internacional. Como la hemos señalado anteriormente, fruto de esta última necesidad son las diversas Convenciones internacionales sobre esta materia.

Siendo el objeto de los actos terroristas, a menudo, los diplomáticos, sus familias, y los locales donde desempeñan sus funciones, el Consejo federal ha

17 Clerc, François, *Introduction à l'étude du Code pénal suisse. Partie spéciale, II*, Neuchâtel, 1956, t. I, p. 12.

propuesto que estos atentados caigan en la jurisdicción federal. Para este efecto, invoca las dos Convenciones de Viena sobre las relaciones diplomáticas y consulares, que imponen a cada Estado el deber de proteger a dichos locales y personas. De manera correcta, en el texto modificatorio del artículo 340, inciso 1e, se hace referencia a las personas de derecho internacional. Se encuentran comprometidos, por lo tanto, no sólo los diplomáticos sino también los funcionarios consulares, los jefes de Estado y sus acompañantes.

Se extiende la jurisdicción federal, además, a los casos de toma de rehenes con la finalidad de coaccionar a las autoridades federales o extranjeras, de provocación pública al crimen (artículo 259), y, por último, de amotinamiento (artículo 260) cuando están dirigidos contra la Confederación.

Estos peculiares problemas de la administración de justicia no se presentan como tales en nuestro país, debido a nuestra organización política centralista; pero, es altamente positivo observar cómo se coordinan y complementan las medidas legales del derecho penal sustantivo con las disposiciones de las Convenciones internacionales aceptadas; y cómo, asímismo, se tiene en cuenta sus repercusiones en el derecho procesal. Todo esto, en armonía con una concepción que no considera al derecho penal como el medio único e idóneo para combatir eficazmente los actos de terrorismo, una clase particular de delincuencia. En nuestro país, la situación es casi contraria, conforme lo muestran las últimas modificaciones efectuadas en la legislación penal.

12. Proyecto de modificación del Código Penal suizo[18]

La Asamblea Federal de la Confederación Suiza, visto el mensaje del Consejo Federal de marzo de 1980, decide:

El Código Penal suizo del 2 de diciembre de 1937 es modificado de la manera siguiente:

> **Artículo 137, inciso 2**
>
> El hurto será penado con reclusión no mayor de diez años o con prisión no menor de seis meses, si el delincuente lo hubiera cometido en calidad de afiliado a una banda formada para cometer robos o hurtos; si fuera habitual en el hurto; si hubiera portado arma de fuego u otra arma peligrosa; o si, de cualquier otra manera, el modo de cometer el hurto denotara que su autor es particularmente peligroso.

18 Conseil Fédéral, *Message concernant la modification du Code pénal et du Code pénal militaire (Actes de violence criminels) du 10 décembre 1979.*

Artículo 139, incs. 2 y 3

- El robo será reprimido con reclusión no menor de dos años, si el delincuente lo hubiera cometido en calidad de afiliado a una banda formada para cometer robos o hurtos; si hubiere portado arma de fuego u otra arma peligrosa; o si, de cualquier otra manera, el modo de cometer el robo denotara que su autor es particularmente peligroso.
- La pena será de reclusión no menor de cinco años, si el autor hubiera puesto a la víctima en peligro de muerte, si le hubiera inferido una lesión corporal grave, o si la hubiera tratado con crueldad.

Artículo 182 Secuestro

El que, sin derecho, hubiera arrestado a una persona, la hubiera mantenido prisionera, o la hubiera, de cualquier otra manera, privado de su libertad, será penado con reclusión no mayor de cinco años o con prisión.

Artículo 183 Rapto

El que, usando violencia, astucia o amenaza, hubiera raptado una persona, será penado con reclusión no mayor de cinco años o con prisión.

Se impondrá la misma pena a quien hubiera raptado a una persona incapaz de discerniendo o de resistir, o que es menor de 16 años.

Artículo 184 Circunstancias agravantes

El secuestro y el rapto serán penados con reclusión, si el autor hubiera tratado de obtener rescate, si hubiera tratado a la víctima con crueldad, si la privación de libertad hubiera durado más de diez días o si la salud de la víctima hubiera sido puesta seriamente en peligro.

Artículo 185 Toma de rehenes

Será castigado con reclusión:

- El que hubiera raptado, secuestrado una persona o, de cualquier otro modo, la hubiera sometido a su dominio, a fin de obligar a un tercero para que haga, omita o deje de hacer algo; el que para obligar a un tercero, hubiera aprovechado dicha situación creada por otro.
- La pena será de reclusión no menor de 3 años, si el autor hubiera amenazado de muerte a la víctima, con causarle lesiones corporales graves o de tratarla con crueldad.
- El Juez podrá imponer la reclusión a vida en los casos particularmente graves, así cuando el acto estuviera dirigido contra un gran número de personas.

- Si el autor hubiera renunciado a sus exigencias y hubiera liberado a la víctima, la pena podrá ser atenuada (Artículo 65).
- Es igualmente punible, quien hubiera cometido una infracción en el extranjero, si fuera detenido en Suiza y no fuera entregado en extradición. El artículo 6, inciso 2, es aplicable.

Artículo 305, inciso 1 bis (nuevo)

bis. El que sustrajera a la persecución penal iniciada en el extranjero o a la ejecución de una pena o de cualquier medida de seguridad impuestas en el extranjero, a quien es perseguido o ha sido condenado por uno de los crímenes reprimidos según el artículo 75 bis, será penado, si fuera detenido en Suiza y no fuera entregado mediante extradición, con la pena de prisión. El artículo 6, inciso 2, es aplicable.

Artículo 340, inciso 1

Están sometido a la jurisdicción federal:

- Las infracciones previstas en los Títulos Primero y Cuarto, así como en los artículos 139, 156 y 183, cuando sean cometidas contra otras personas que gozan de protección especial de acuerdo al Derecho internacional;
- Las infracciones previstas en los artículos 137 a 145, cuando afectan locales, archivos y documentos de las misiones diplomáticas o puestos consulares;
- La toma de rehenes prevista en el artículo 185, dirigida a presionar autoridades federales o extranjeras;
- Los crímenes o delitos previstos en los artículos 224 a 226;
- Los crímenes y delitos previstos en el Título Décimo y concernientes las monedas, los títulos valores o los cheques bancarios, así como los timbres oficiales de la Confederación y las pesas y medidas;
- Los crímenes o delitos previstos en los artículos 259 y 260, en los títulos 15 y 17, en cuanto han sido cometidos contra la Confederación, las autoridades federales; los crímenes o delitos contra la voluntad popular en las elecciones, votaciones, pedidos de referéndum e iniciativa federal; los crímenes, o contra la autoridad o la justicia federales; los crímenes o delitos previstos en el Título 16 y las infracciones cometidas por un funcionario federal en el ejercicio de sus funciones (Título 18); las contravenciones previstas en los artículos 329 a 331.
- Los crímenes o delitos políticos que son causa o efecto de disturbios que ocasionan una intervención federal armada.

13. Bibliografía sucinta

Allemann Fritz, René, *Macht und Ohnmacht der Guerrilla*, Munich, 1974.

Arzt, Gunther, *Kommentar Einziehung Organisiertes Verbrechen Geldwäscherei*, vol. I, 1998, artículo 260ter, pp. 148 y ss.

Bernales Ballesteros, Enrique, "Aspectos constitucionales de la Sentencia del Tribunal sobre la legislación antiterrorista", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, T. 9, N.º 53, Lima, 2003.

Baumgartner, Hans, en Niggli/Wiprächtiger (éd.), Strafgesetzbuch II, artículo 111-401 StGB, Kommentar, 2003, artículo 260bis N.º 9.

Blum, R., *Drugs and violence. A consultats report prepard for the National Commission on the Causes and Prevention of Violence*, Standfort/Cal, 1969.

Böhnw Wolfgang, *Terrorismu contra Rechtsstaat*, Luchterhand, Neuwid, 1976.

Burt, Jo-Marie, *Violencia y autoritarismo en el Perú: bajo la sombra de sendero y la dictadura de Fujimori*, IET Asociación SER, Lima, 2009.

Bovet, Christian, *Lutte contre le terrorisme et autres développements récents dans la surveillance des intermédiaires financiers*, Journée 2001 de droit bancaire et financier, 2002, pp. 171 y ss., 174 y ss.

Cassani, Ursula, "Le train de mesures contre le financement du terrorisme: une loi nécessaire?", en *SZW*, 2003, pp. 293 y ss.

Clerc, François, *Introduction à l'étude du Code pénal suisse. Partie spéciale, II*, Neuchâtel, 1956.

Comité Multisectorial de Control de Drogas (COMUCOD), Lineamientos de Política – Período, 1983-84. Lima s/f.

Congrès de criminologie, 1972. Les frontières de la répression, Moeurs, Drogue, Rapport général, Bruxelle 1974.

Conseil de l'Europe Résolution 1271 (2002) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Lutte contre le terrorisme et respect des droits de l'homme, adoptée le 24 janvier 2002 (6e séance), ch. 12.

Conseil de l'Europe, Convention européenne pour la répression du terrorisme, du 27 janvier 1977, RS 0.353.3. Protocole portant amendement à la Convention européenne pour la répression du terrorisme, du 15 mai 2003.

Conseil Fédéral, *Message concernant la modification du Code pénal et du Code pénal militaire (Actes de violence criminels) du 10 décembre 1979.*

Conseil fédéral Rapport du Conseil fédéral à l'intention du Parlement, Analyse de la situation et des menaces pour la Suisse à la suite des attentats terroristes du 11 septembre 2001, du 26 juin 2002, FF 2003 1674 ss., 1735)

DESCO, "Sendero luminoso, terror y Fuerza Armada. Informe especial", en *Qué hacer*, N.º 30, Lima, agosto 1984.

D'HONDT JACQUES, "Terrorisme et politique", en *Violence et Justice*, N.º 24-25, París, 1973.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco, "Los efectos de la sentencia sobre inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional", en *Constitucionalismo y derechos humanos. Ponencias peruanas al VII Congreso Iberamericano de Derecho Constitucional*, Lima, 2002.

ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy, "Sentencias interpretativas: sus alcances y algunas reflexiones sobre uso a la luz de la experiencia peruana", en *Estudios Constitucionales*, N.º 2, Talca, 2006.

FORSTER, Marc, *Die Strafbarkeit der Unterstützung (insbesondere Finanzierung) des Terrorismus*, RPS, 2003, pp. 341 y ss.

FORSTER, Marc, *Kollektive Kriminalität, Das Strafrecht vor der Herausforderung durch das organisierte Verbrechen*, Beiheft 27, Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 1998.

GAFI, *Recommandations spéciales du GAFI sur le financement du terrorisme, du 31 octobre 2001*, GMT (2001) 41.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo, "Nota sobre el control de constitucionalidad en el Perú: antecedentes y desarrollo (1823-1979)", en *Revista Electrónica de Historia Constitucional*. Versión en línea: http://www.garciabelaunde.com/articulos/NotasobreelcontroldelaconstitucionalidadenelPeru.pdf.

GLASER HAGEN, *Drogenmissbrauch und Betäubungsmittelgesetz*, Kriminalistik Verlag- Heidelberg, 1978.

GORRITI, Gustavo, *Sendero. Historia de la guerra milenaria en el Perú*, Apoyo, Lima, 1990.

HASSEMER, Winfried, "Rechtssystem und Kodifikation. Die Bindung des Richters an des Gesetz", en A. KAUFMANN y Winfried HASSEMER, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heildelberg, Karlruhe, 1977.

HUAMÁN, María; TUROS Mario y Mercedes VILLANUEVA, *Aspectos político-sociales relacionados con el uso de drogas en los adolescentes de Lima Metropolitana*, Mimeo, Lima, s/f.

HURTADO POZO, José, "Terrorismo y tráfico de drogas", en *Revista del Foro*, Lima, LXXI, N.º 2, Lima, 1984.

HURTADO POZO, José, *Manual de derecho penal. Parte General I*, 3.ª ed., Grijley, Lima, 2005.

HURTADO POZO, José. *Materiales para una historia de la legislación sobre terrorismo en el Perú*. Versión en línea: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t_20080528_86.pdf.

JACKSON GEOFFREY, *Entführt von den Tupamaros*, Herder-Freiburg i. Br. 1974.

JENNY R., "Drogenkonsum und Drogenhandel", en *Blickpunkt der Kriminologen*, Zürich, 1973.

KERN, Alexander, International Legal Developments, Journal of Money Laundering Control, vol. 6/3 (2003), Special Issue, The Funding of Terror: The Legal Implications of the Financial War on Terror, 217.

KREUSER, A., "Kriminologische und Kriminalpolitische Aspekte der Drogenproblematik", en *Kriminalistik*, 1973, Drogen und Delinquenz, Wiesbaden 1975.

LACOSTE-CARLS ILSE, *Die Europäsische Terrorismuskonvention*, Zürich, 1982.

LAGONI, Rainer, "Die vereinten Nationen und der Internationale Terrorismus", en *Europa-Archiv*, 1977, p. 171.

LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, 1985.

LAMBERG, Robert, *Die Guerrilla in Lateinamerika. Theorie und Praxis eines Revolutionären Modells*, Munich, 1972.

LANDA ARROYO, César, "Estado constitucional y terrorismo en el Perú", en LOSANO, Mario G. y Francisco José MUÑOZ (coordinadores), *El derecho ante la globalización y el terrorismo, "Cedant arma togae": Actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo, abril 2003*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

LAQUEUR, Walter, "Terrorismo. Hechos y ciencias políticas", en *Revista de Occidente*, N.º 2, Madrid, 1980.

LARENZ, Karl, "Die Bindung des Richters an das Gesetz al hermeneutisches Problem", en *Festschrift fèr E. R. Huber*, Göttingen, 1973.

LINKE, Robert, "Internationaler Terrorismus als Rechtsproblem", en *Österreischiche Juristen Zeitung*, vol. 31, 1976.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José, "La cooperación judicial y policial en la Unión Europea: Primeras reflexiones en torno a la lucha contra el terrorismo y la Euroorden", en *El derecho penal ante la globalización*, Madrid, 2002, pp. 171 y ss.

MEINI, Iván, "Notas sobre la inconstitucionalidad de la cadena perpetua. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la legislación antiterrorista", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, T. 9, N.º 53, Lima, 2003.

MOREILLON LAURENT /FRÉDÉRIQUE DE COURTON, *La lutte contre le terrorisme et les droits du suspect: le principe de sécurité à l'épreuve des droits fondamentaux*, RPS, 2003, pp. 117 y ss.

NIZAMA VALLADOLID, Martín, "Sindrome de Pasta B.C.", en *Revista de Neuropsiquiatría*, Lima, 1979.

Proyecto Especial de Alto - Huallaga (PEAH), Publicación del Directorio, Lima s/f.

RODRÍGUEZ-IBAÑEZ, José, "Fragmentos sobre terrorismo", en *Terrorismo y sociedad democrática*, Akal, Madrid, 1992.

ROJAS VARGAS, Fidel, "Los errores de apreciación y confusiones manifiestas en materia penal observados en la Sentencia del Tribunal Constitucional del 4 de enero del 2003", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, T. 9, N.º 53, Lima, 2003.

SÁNCHEZ TEJADA, Elart, "Algunos aspectos epidemiológicos de la dependencia a PBC", en *Revista de Neuropsiquiatría*, Lima, 1978.

SCHÜRMANN, Frank, *Der Begriff der Gewalt im schweizerischen Strafgesetzbuch*, 1986 (in toto).

SCHUTTER, Olivier, "La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la lutte contre le terrorismo", en Emmanuelle BRIBOSIA/Anne WEYEMBERGH (éd.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, 2002, pp. 153 y ss.

TORSTEN, Stein, "Die Europäische Konvention zur Bekämpfung des Terrorismus", en *Zeitschrift für ausländisches und Volkerrechts*, 1977, p. 668.

TERRADILOS BASOCO, Juan M., *Terrorismo y derecho*, Madrid, 1988.

THAYER, Charles, *Guerrillas und Partisanen*, München, 1964.

TRAN-TAM, *Le terrorisme et le droit pénal international contemporain, in Revue de droit international, de science diplomatiques et politiques*, 1967, p. 1219.

TRECHSEL, Stefan, *Schweizerisches Strafgesetzbuch*, Kurzkommentar, 2ème éd. 1997, artículo 129 N.º 3.

UNIVERSITÉ DE BRUXELLE, Actes de colloque; Réflexions sur la définition et la répression du terrorisme, Bruxelle, 1974.

VIGNES, Claus-Henri, "Les modifications apportées à l'organe international de contrôle par les amendements à la convention unique sur les stupéfiants", en *Annuaire Français de Droit International*, 1972, p. 629.

WALDAMNN, Peter, "Observaciones comparativas con respecto a los movimientos guerrilleros en la Argentina, Guatemala, Nicaragua y Uruguay", en *Ensayos sobre política y sociedad en América Latina*, Barcelona, 1983.

WASSERMANN, Rudolf (Editor), *Terrorismus contra Rechtsstaat*, Neuwid, 1976.

WEYEMBERGH, Anne, "L'impact du 11 septembre sur l'équilibre sécurité/liberté dans l'espace pénal européen", en Emmanuelle Bribosia/Anne Weyembergh (éd.), Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux, 2002,pp. 153 y ss., pp. 165 y ss.

WOLFFERS, Artur, "Philosophische Überlegungen zum Terrorismus", en *Archiv für Rechts and Sozialphilosophie*, 1980.

ZIMMERMANN, Robert, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 1999.

QUINTA PARTE

SANCIONES

§ 19
DE LAS PENAS

I

Propuesta de un sistema de sanciones penales relativo al proyecto de Código Penal tipo hispanoamericano*

Sumario: 1. Introducción. 2. Conveniencia de un modelo de sanciones hispanoamericano. 3. Condiciones sociales. 4. Principios generales. 5. Esquema del sistema de penas. a. Exención de pena. b. Reserva condicional del pronunciamiento de la pena. c. Suspensión condicional de la ejecución de la pena. d. Penas imponibles en general. e. Prohibición para conducir vehículos motorizados (delitos de tránsito). f. Penas cuestionables. g. Conversión de penas. h. Medidas de seguridad. i. Relaciones entre penas privativas de libertad y medidas de seguridad implicando la misma privación. j. ¿Penas accesorias? k. Consecuencias accesorias. l. Penas aplicables a las personas jurídicas: disolución.

Advertencia: el objetivo pretendido con las sucintas explicaciones aportadas es el hacer comprensible el esquema del sistema de sanciones que se presenta seguidamente. Dicho esquema tiene, sobre todo, la finalidad de orientar la atribución de temas a los participantes a la reunión de México. Tanto las explicaciones como el esquema constituyen materia de discusión. Las propuestas bien

---

* Publicado en *Anuario de Derecho Penal 1997-1998* (monográfico sobre *El sistema de sanciones penales*), Lima, 1998, pp. 17 y 31.

pueden consistir en la no previsión de una de las sanciones mencionadas o, en su caso, en su distinta regulación.

1. Introducción

La evolución de las penas, en los países pertenecientes al sistema de derecho europeo, puede ser descrita considerando cuatro etapas. Las penas corporales (muerte, tortura, galeras), fundamentadas principalmente en criterios expiatorios o simplemente utilitaristas, predominaron hasta el siglo XVIII. La rápida expansión de las ideas preconizadas por los ilustrados y la, aún no suficientemente calibrada, influencia de la Revolución francesa y de la gran codificación, determinaron que las penas privativas de libertad, auspiciadas por la incesante reivindicación humanizadora, alcanzasen su generalizada imposición durante todo el siglo XIX. No obstante, las críticas de las que fueron objeto desde su nacimiento y que aún perduran en la actualidad, cobraron especial virulencia cuando a finales de siglo, y bajo la influencia de von Liszt, se comprueba la ineficacia de las penas privativas de libertad de corta duración. Surge, a partir de ese momento, la necesidad de buscar sustitutivos a las mismas. Con este fin, se prevén nuevas técnicas de punición. En los países anglosajones se introduce, por ejemplo, la *probation*; la misma que es puesta en práctica en Europa continental bajo la forma de la suspensión condicional de la pena (modelo franco-belga).

El presente siglo se distingue sobre todo por la aparición de sanciones alternativas o complementarias a las penas privativas de libertad como la pena pecuniaria de los días-multa, la confiscación, la inhabilitación o las formas atenuadas de su cumplimiento como la semidetención o el arresto de fin de semana. Bajo el influjo de la crisis de la llamada "ideología del tratamiento", condicionada a su vez por las crisis del modelo de "Estado-bienestar", se introducen, a partir de la década de los 80, nuevas sanciones destinadas a suplir las penas privativas de libertad de corta y mediana duración. A la par, se acentúa el carácter punitivo de la suspensión condicional de la pena. De un lado, se trata de hacer que el sometimiento a vigilancia aparezca más como una privación de libertad y, de otro lado, se pretende volver a propugnar la aplicación de penas privativas cortas con el objeto de provocar un impacto eficaz sobre ciertos infractores. Es de mencionar la *probation* bajo estricta vigilancia y el acompañamiento social del sometido a prueba, el arresto domiciliario (mediante control electrónico), el trabajo al servicio de la comunidad (aún bajo medidas de seguridad físicas), los arrestos de fin de semana, la semidetención (como pena y no como forma de ejecución de la pena privativa de libertad). De hecho, el objetivo prioritariamente buscado no es otro que el neutralizar al delincuente (prevención especial negativa) en detrimento del tratamiento resocializador (prevención especial positiva).

Esta tendencia orientada hacia un retorno a la retribución y prevención general no debe ser seguida en detrimento de aquella que privilegia la restricción de las penas privativas de libertad. No solo porque se trata de alcanzar un mayor respeto por las garantías individuales, propias de un Estado liberal y democrático, sino también por ser más conforme con las exigencias utilitarias, inherentes a un Estado eficiente. La observancia de principios como el de humanidad o de proporcionalidad de la reacción penal, implica el abandono de la concepción absoluta del derecho de castigar, así como la admisión de la idea de que el recurso, en general, a la pena debe fundamentarse en razones de necesidad y oportunidad. Esta concepción se manifiesta, en particular, en la utilización racional de la pena privativa de libertad: el recurso a la misma debe suponer la inexistencia de cualquier otro medio menos dañino para evitar que tanto el delincuente como las demás personas cometan delitos (*ultima ratio*).

No resulta superfluo señalar que la evolución descrita no ha constituido una sucesión de etapas claramente delimitadas. Muy al contrario, se han superpuesto; han presentado características diferentes según la realidad de cada uno de los países. Del mismo modo, las concepciones y terminologías no han sido homogéneas. En lo que nos concierne, es de subrayar la enorme influencia de la dogmática alemana y de los proyectos de reforma como el Proyecto Alternativo alemán que tan fuertemente marcó la reforma de su viejo Código Penal. En el ámbito teórico y legislativo, esta influencia se percibe fundamentalmente en el derecho penal español. La recepción de este modelo en América Latina se produce, en primer lugar, por intermedio de España y, luego, de manera más autónoma mediante el acceso directo de los propios juristas latinoamericanos al modelo germano. No se puede dejar de recordar la influencia que, sobre todo en el ámbito legislativo, han tenido, de manera general, los diversos proyectos de Código Penal suizo (por ejemplo, en lo que se refiere al sistema dualista de penas y medidas de seguridad, regulado por primera vez por Carl Stooss en su proyecto de 1893-1894).

2. Conveniencia de un modelo de sanciones hispanoamericano

A pesar de constituir una comunidad cultural, fruto de la colonización, la elaboración y la puesta en marcha de un modelo de código y, en particular, de un modelo de sanciones penales hispanoamericano, resulta bastante problemática. Las diferencias económicas, políticas y sociales entre España y los países latinoamericanos convierten en dificultosa la tarea de estructurar una "concepción global" sobre un sistema de sanciones. Los obstáculos disminuyen pero no desaparecen por la comunidad de ideas y de legislaciones, debida tanto a la in-

fluencia germánica como al desarrollo, posterior al franquismo, de la dogmática española y de los trabajos de reforma penal que concluyeron con la adopción del Código de 1995. En los nuevos códigos penales y en los últimos proyectos de reforma, se han dejado de seguir otros modelos legislativos: por ejemplo, el italiano en Colombia o el suizo en el Perú. Además, se notan ciertos esfuerzos dirigidos a innovar los modelos europeos; por ejemplo, en cuanto a la amplitud de sanciones y la regulación flexible de la individualización judicial de la pena, es de citar el Proyecto argentino de 1988 y el Proyecto ecuatoriano de 1993.

Si bien los principios generales del derecho penal liberal deben ser generalmente aceptados (legalidad, culpabilidad, humanidad, proporcionalidad, *ultima ratio*, reintegración social, etc.), también es cierto que la elaboración y aplicación de un sistema de sanciones penales está fuertemente condicionada por la propia realidad social de cada país. Por esto, no se debe pretender la elaboración de un modelo ideal de código o de sistema de sanciones penales, sino más bien un modelo pragmático y flexible que pueda constituir una referencia para los legisladores nacionales. Esto implica, entre otras consecuencias: primero, evitar la tentación de querer resolver problemas dogmáticos al regularse las condiciones de la represión penal y al establecerse el arsenal de sanciones. Segundo, tener en cuenta las particulares condiciones de funcionamiento del sistema judicial y político de cada país, al regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas, orientar la reacción social teniendo especialmente en cuenta los intereses de la víctima, a establecer el margen de discreción del juez en la imposición y ejecución de la sanción. Tercero, considerar que el punto crítico no es la admisión o no de las nuevas sanciones penales y de las técnicas de tratamiento, sino su regulación, para que sean más fácilmente aceptadas y aplicadas.

Por ello, las siguientes reflexiones pueden resultar provechosas en la fórmulación de propuestas referentes a la regulación de las sanciones en el Código Penal tipo. Si bien conciernen sobre todo a América Latina, también es cierto que la influencia del modelo que se escoja puede ser determinante en los procesos de reforma de los países que la conforman [y no tanto en España, donde un proceso de reforma viene de producirse y donde el sistema político no es propicio a reformas frecuentes y apresuradas].

3. Condiciones sociales

En cuanto a la situación económica de América Latina, es evidente que la pobreza y la desocupación de gran parte de la población condicionan, significativamente, el sistema de control penal. Es asimismo incuestionable que son los miembros de los sectores sociales menos favorecidos quienes menos escapan a

la reacción penal. Estos factores influyen en el tipo de delincuencia. Aun cuando las infracciones más cometidas sean, como en Europa, los delitos contra el patrimonio, en América Latina son, por lo general, de carácter violento (robo, rapiña). En segundo lugar, se encuentran los delitos de tráfico de drogas. En tercer lugar, los delitos contra la vida y la integridad corporal. Y, en algunos países, en último lugar, los actos de terrorismo. La política criminal altamente represiva de los Estados está fuertemente marcada por este tipo de delincuencia, produciendo legislaciones penales en las que las penas previstas para los delitos en particular se caracterizan por su severidad y, en especial, por los límites mínimos bastante elevados. No resulta, por tanto, extraño comprobar cómo la severidad de las penas conminadas respecto de estos delitos produce un aumento en la gravedad de las penas de los demás delitos. Esto determina la preeminencia de la pena privativa de libertad dentro del sistema de sanciones. Situación que se agrava por el frecuente recurso a las penas privativas de libertad de muy larga duración (30, 40 años), o absolutamente indeterminadas, como la cadena perpetua (prisión de por vida). Esto, a su vez, repercute en la superpoblación de las cárceles. Que la mayoría de los detenidos sean simples procesados responde a que su detención efectiva lo es por la imputación de delitos para los cuales la ley prevé mínimos que no permiten, por ejemplo, la libertad provisional. Tratándose de los condenados, esta circunstancia impide que se recurra a la suspensión de la ejecución de la pena. Sin embargo, a pesar de su gran número, los detenidos no constituyen la mayoría de las personas sometidas a un proceso penal.

Es de mencionar, igualmente, que las penas privativas de libertad de corta o mediana duración efectivas (tomando como límite cuatro años de duración máxima) siguen siendo numerosas. Los procesados en libertad se hallan en libertad provisional y los condenados a penas privativas de libertad de corta duración no efectivas no sufren detención debido a la aplicación generalizada del mandato de comparecencia (en el caso de los procesados) y de suspensión de la ejecución de la pena (en el caso de los condenados). En este último caso, que es el que nos interesa, la aplicación de esta medida penal se realiza sin ninguna posibilidad de control. La imposición de las reglas de conducta deviene una simple formalidad y el control de su observancia en simbólico u ocasional. A esto es de agregar que su "ejecución" no va acompañada de medidas de asistencia social.

Desde esta perspectiva, la problemática existente en la elaboración de un sistema de sanciones penales no es tanto el prever medidas adecuadas para combatir las penas privativas de libertad de corta duración sino más bien el reducir las penas de larga duración (de acuerdo con el criterio admitido en este texto, mayores de cuatro años), así como el eliminar las penas perpetuas (cadena perpetua, reclusión de por vida). Esto implica, en primer lugar, la simplificación de

las penas privativas de libertad previendo una sola (pena unitaria) y estableciendo márgenes generales de duración proporcionados (seis meses como mínimo y 15 o 20 años como máximo). Respecto de su duración máxima, la intensidad y, por ende, el contenido punitivo de esta pena, es sensiblemente mayor en países como los latinoamericanos. Las condiciones de ejecución no corresponden a los criterios mínimos establecidos por las ONU La reinserción social del condenado constituye solo un simple postulado programático. Segundo, debe constituir un objetivo fundamental la reducción de la severidad de las penas previstas para los delitos en particular, tanto respecto del margen mínimo como del máximo. Sobre todo, con miras a la delincuencia más tenida en cuenta a la hora de regular el sistema penal (delitos contra el patrimonio, tráfico de drogas, delitos contra la vida y la salud) y que condicionan la evolución de este sistema. Tercero, conviene asumir el principio de que el sistema de sanciones que se vaya a estructurar sea lo suficientemente flexible para excluir la introducción de regulaciones excepcionalmente severas respecto de determinados tipos de delincuencia. La experiencia demuestra que la coherencia y estabilidad de un sistema de sanciones se ve trastocada por la tendencia a superar, calificando de particularmente peligrosos determinados delitos, el límite máximo de las sanciones.

La situación es diferente en los países europeos, donde está estadísticamente comprobado que las penas de larga duración constituyen un porcentaje mínimo de las penas que se imponen. La mayoría está constituida por penas de corta duración. En consecuencia, se comprende fácilmente que el aspecto central de las reformas penales sea la introducción de penas que sustituyan a las privativas de libertad de corta duración para evitar sus efectos negativos.

La prosperidad y estabilidad económica de los países desarrollados permiten comprender que la pena de multa (días-multa) sea considerada como la pena moderna por excelencia. Tratándose de sociedades de consumo, no es difícil admitir que esta pena sea concebida como una restricción sustantiva de la libertad, en la medida en que la privación de una parte del patrimonio impide al multado realizar determinadas actividades por falta de medios económicos necesarios. De manera que resulta coherente pensar que la multa puede constituir un medio eficaz para reprimir sobre todo la delincuencia de mediana y poca gravedad (por ejemplo, los autores de delitos contra el patrimonio no violentos).

La pobreza de la mayoría de los latinoamericanos, que viven sin poseer el salario mínimo vital, hace casi utópica la utilización de los días-multa como principal medio de lucha contra la delincuencia. La mayoría de los autores de delitos no tienen la capacidad de soportar una pena pecuniaria, la misma que no debería afectar, según la concepción generalmente admitida, los recursos necesa-

rios para satisfacer las necesidades primarias. Esto debería hacer reflexionar sobre la conveniencia de no prever la aplicación de esta pena a los insolventes; para quienes debería establecerse otras sanciones no privativas de libertad.

Desde esta óptica, merece ser analizada la pena de trabajo en favor de la comunidad. El porcentaje de desocupados en los países europeos, asistidos por un sistema social relativamente adecuado, no constituye un obstáculo para tratar de introducir y desarrollar este tipo de pena en lugar de las penas privativas de libertad. Por el contrario, la desocupación y el subempleo, muchas veces informal, predominantes en América Latina hacen poco probable la aplicación masiva del trabajo en beneficio de la comunidad. Muchos de estos posibles trabajos han sido o son utilizados para subvencionar a personas sin ocupación pagándoseles un salario mínimo (limpieza de vías públicas, tareas de jardinería, de vigilancia, etc.). Para los desocupados o subempleados tampoco tiene mucho sentido la pena de los arrestos de fin de semana, si es que la ejecución de esta pena va a disminuir aún más sus posibilidades de completar sus ingresos económicos. Reflexiones parecidas deben hacerse, igualmente, con relación a la pena de arresto domiciliario. Pena que no tiene demasiado sentido teniendo en cuenta la crisis habitacional: construcciones improvisadas en las barriadas, tugurización de los barrios populares, etc. ¿Cómo y para qué obligar a una persona a que permanezca en su habitación estrecha e insalubre? ¿Cómo controlar su cumplimiento?

En este dominio, la capacidad del Estado para organizar un sistema adecuado y eficaz para la ejecución de las nuevas penas constituye un factor decisivo. Sin locales especiales, ninguna eficacia se puede esperar de los arrestos de fin de semana; sobre todo, si su ejecución, según la ley, debe estar destinada al desarrollo de programas de educación, formación, tratamiento y no solo a aislar al condenado durante un breve lapso para que reflexione sobre lo que ha hecho y sobre su responsabilidad. El trabajo al servicio de la comunidad no puede ser ejecutado sin establecer una institución de control y gestión, encargada de encontrar y distribuir adecuadamente los trabajos a realizar, de vigilar su cumplimiento y de coordinar con la autoridad judicial. La falta de medios materiales y personales del Estado influencia, asimismo, de manera decisiva, la real aplicación de instituciones como la reserva del pronunciamiento de la condena o la suspensión de la ejecución de la pena; pues para el cumplimiento de sus fines de prevención especial debe implementarse el control sobre el cumplimiento de las reglas u obligaciones de buena conducta, así como la necesaria asistencia social.

Asimismo, es de destacar el importante papel que juega la manera de pensar de las personas en general, de los responsables políticos y de los miembros de la administración de justicia sobre la reacción ante la delincuencia. La impuni-

dad, debida tanto a los privilegios sociales como a la corrupción y deficiencias del sistema, crea desconfianza e inseguridad generalizadas. En este contexto, se explica la cada vez más frecuente iniciativa de los particulares a la autojusticia, ya sea individual o corporativamente. Justicia expeditiva que refuerza el sentimiento que solo la represión severa de los delincuentes asegurará la protección de las personas y de sus bienes. No es por ello de extrañar que en las encuestas de opinión, un sector importante de la población se manifieste en favor de la pena de muerte o de la cadena perpetua; que la suspensión de la ejecución de la pena o del pronunciamiento de la misma, que el trabajo al servicio de la comunidad o los arrestos domiciliarios sean considerados como privilegios o beneficios y no como verdaderas sanciones que puedan eficazmente evitar la comisión de nuevos delitos. Esta misma incomprensión se tiene, con mayor razón, respecto de la exención de la pena.

Esta mentalidad represiva constituye, asimismo, uno de los factores que explica la reticencia de jueces y fiscales para aplicar las nuevas sanciones. Nada extraño, en consecuencia, que la pena de trabajo en favor de la comunidad, allí donde ha sido estatuida, sea raramente aplicada. Lo mismo sucede con la reserva del pronunciamiento de la condena. Sobre el particular, conviene no olvidar que la severidad de las penas restringen las posibilidades de que estas sanciones sean impuestas.

La exagerada confianza en la eficacia de la severidad de las penas por parte de los políticos se manifiesta en la evolución legislativa de las últimas décadas. Según nuestro conocimiento, no hay país en América Latina donde la legislación penal no haya evolucionado hacia un sistema punitivo más estricto. Parecería que se considera que solo la amenaza de penas bastante severas constituye el medio eficaz para combatir la delincuencia, en lugar de admitir que la eficacia del sistema depende más de la certeza de la represión mediante sanciones adecuadas y proporcionadas a la responsabilidad del delincuente. Sanciones que no deben constituir siempre la privación de la libertad, pues esta produce, generalmente, efectos contrarios a los que se tratan de conseguir. La carga que representan no solo afecta al condenado, sino también y, muchas veces, sobre todo a la comunidad misma.

4. Principios generales

De manera esquemática, en la perspectiva de las breves explicaciones precedentes, se pueden mencionar los siguientes criterios básicos:

- Simplificación y coherencia del sistema de penas.
- Reducción de los límites mínimos y máximos de los márgenes penales previstos para cada delito en particular.

- Eliminación de penas privativas de libertad de larga duración o perpetuas así como de las excepciones al límite superior general de la pena con base en la previsión de circunstancias agravantes particulares.
- Unificación de la pena privativa de libertad, fijándose una duración mínima de seis meses y máxima de 15 o 20 años.
- Exclusión de la imposición de penas privativas de libertad inferiores a seis meses.
- Exención de pena en casos de castigo innecesario cuando la culpabilidad o los perjuicios sean insignificantes, el autor haya reparado el daño causado y se cumplan los requisitos para reservar el pronunciamiento de la condena.
- Previsión de la reserva del pronunciamiento de la condena de manera que comprenda también los casos de delincuencia medianamente grave, si aparece como medida suficiente para evitar que el sentenciado vuelva a delinquir.

En los casos de suspensión del pronunciamiento de la condena y en consideración tanto a las circunstancias personales del procesado como a las posibilidades materiales existentes, podría facultarse al juez para que imponga determinadas reglas de conducta o sòmeta al procesado a una asistencia social determinada. Podría resultar asimismo positivo condicionar la aplicación de esta medida al cumplimiento de una obligación, sobre todo cuando la infracción ha consistido en su violación.

- Ampliación del campo de aplicación de la suspensión condicional de la ejecución de la pena para abarcar los casos de delincuencia medianamente grave. En todo caso, debería delimitarse claramente los casos de aplicación con respecto a la reserva del pronunciamiento de la condena. Como las condiciones para su imposición son las mismas, esta última debe ser reservada a los casos en que la pena sea inferior a dos años y la segunda para las penas mayores de dos años y menores de cuatro. Así, se establecería una jerarquía indicando que la suspensión de la ejecución de la pena es una medida relativamente más severa.

Los efectos del fracaso de la puesta a prueba, constitutiva de la suspensión del pronunciamiento y ejecución de la pena, deben ser proporcionados al incumplimiento incurrido por el sentenciado.

Debe evitarse la revocación automática ante cualquier violación cometida por este. Las medidas deben ser progresivas: comenzar por una advertencia o amonestación en caso de incumplimiento repetido; continuar con la prolonga-

ción del plazo de prueba cuando la violación es grave o persistente; revocar solo en caso de la comisión de nuevo delito doloso.

En caso de solvencia del procesado, debe imponerse preferentemente la pena de días-multa en lugar de penas privativas de libertad de corta o mediana duración. Solo en caso de voluntario incumplimiento de la multa, esta debe ser convertida en detención. Si se dan las condiciones de la suspensión de la ejecución de la pena, esta debería ser aplicada en lugar de la detención sustitutiva. Si aparece inoportuna la aplicación de la multa, el juez debe poder, con el consentimiento del procesado, reemplazar la multa por la pena de trabajo en favor de la comunidad.

Si el procesado es insolvente, es decir, incapaz de soportar la imposición de la pena pecuniaria, debe ser reprimido con una de las nuevas penas: por ejemplo, trabajo en favor de la comunidad, reserva del pronunciamiento de la condena, arrestos de fin de semana, de acuerdo con las circunstancias personales y materiales del caso particular.

La pena de trabajo en favor de la comunidad debe ser regulada de manera que su aplicación sea posible y eficaz. Para cierto tipo de delitos debe ser considerada como pena principal. En otros casos debe ser un sustituto de otras penas, por ejemplo, de la detención sustitutiva de la multa impagada, de la revocación de la reserva del pronunciamiento de la pena o de la suspensión de la ejecución de la pena, así como de la multa cuando el procesado es insolvente. En caso de incumplimiento del trabajo al servicio de la comunidad, debe evitarse su conversión en pena privativa de libertad; siendo preferible reemplazarla por arrestos de fin de semana o someterlo a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, si no es factible imponerle una multa (en caso de solvencia).

En las disposiciones de la parte especial, se deben indicar, en la medida de lo posible y conforme con la índole del delito, las penas principales. A diferencia de la tradicional previsión centrada exclusivamente en las penas privativas de libertad o multa, debe recurrirse, también, a las otras penas (trabajo al servicio de la comunidad, arrestos de fin de semana, etc.). Si por razones de técnica legislativa se optase por la previsión tradicional, la claridad en las disposiciones sobre sustitución de la pena privativa de libertad (según la culpabilidad del agente) por una de las nuevas sanciones, deviene un objetivo ineludible. A su vez, la regulación resultante debe prever la imposibilidad de que el juez imponga una pena privativa de libertad efectiva inferior a cuatro años, salvo en el supuesto de pena de corta o mediana duración, si aparece como la única reacción adecuada al caso particular. Esta excepción debería ser

prevista de manera restringida, pues podría dar lugar a abusos y, por tanto, a la desnaturalización del sistema que se propone.

Un elemento clave es la regulación de la individualización de la pena. Aunque el elemento básico siga siendo la culpabilidad, no empece el plantearse la cuestión sobre si debe consistir solo en la fijación judicial de la pena o debe concebirse una individualización progresiva que comprendería la ejecución de la pena. En esta variante, se debería reconocer al juez competente la facultad de controlar la ejecución y de modificar la pena de acuerdo con criterios de prevención especial propios al caso individual. La introducción de este sistema supone casi la admisión de la pena indeterminada, no en el momento de su imposición sino más bien durante su ejecución. Los aspectos positivos de la individualización progresiva no deben hacernos olvidar los problemas que implica su aplicación en países como los latinoamericanos y la inseguridad a que puede dar lugar (principio de legalidad).

Un caso particular, pero común sobre todo a los países andinos, es el de las poblaciones aborígenes y, en particular, aquellas que no están integradas totalmente en el sistema oficial. Además de la previsión de una norma relativa a las condiciones de la punibilidad (error de prohibición por razones culturales, por ejemplo), debe reflexionarse sobre si es conveniente someter a sus miembros que delincan a una pena particular y si, en función de la naturaleza de la infracción, aceptar la reacción penal propia a sus comunidades.

Si se admiten las medidas de seguridad, conviene establecer claramente las relaciones entre las penas y las medidas de seguridad que impliquen privación de libertad; por ejemplo, mediante la previsión del sistema vicarial. Eso no sería necesario, en caso de admitirse medidas de seguridad solo para incapaces de culpabilidad y, evidentemente, si se decidiese excluirlas de la legislación penal para tratarlas solo como medidas administrativas.

En caso de conservarse, como lo hacen diversos legisladores, las faltas en el Código, habría que determinar cuáles son las penas por las que deberían ser sancionados los responsables. En todo caso, debería "excluirse toda privación de libertad. Quizá sería conveniente excluirlas del Código.

Las penas referentes a las personas jurídicas deben ser reguladas considerando la peculiar índole de su responsabilidad y las consecuencias que provocan respecto de sus miembros, ajenos a la actividad delictuosa, de los trabajadores y de la comunidad.

5. Esquema del sistema de penas

a. Exención de pena

a) Formas

a.a. Renuncia a la acción penal.

a.b. Renuncia a enviar la causa a un tribunal.

a.c. Renuncia a imponer una pena.

b) Supuestos

b.a. Ausencia de interés por castigar debido a que la culpabilidad del autor y las consecuencias del acto son de poca importancia.

b.b. Si el autor ha reparado el daño causado o ha hecho los esfuerzos necesarios que podía esperarse de su parte.

- Si se cumplen las condiciones para reservar el fallo.
- Si el interés público y el de la víctima para que se reprima al autor son poco importantes.

b.c. Si el autor ha sufrido directamente las consecuencias de su acto, de manera que resulte inapropiado imponerle una pena.

c) Relación con la suspensión de la ejecución de la pena, la reserva condicional del pronunciamiento de la pena o la liberación condicional

c.a. Si se cumplen las condiciones de la exención de la pena, el Tribunal no revoca la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, la reserva condicional del pronunciamiento de la pena o la liberación condicional.

b. Reserva condicional del pronunciamiento de la pena

a) Requisitos generales

a.a Tipo de pena: en caso de pena de multa, de privación de la libertad no mayor de un año, y

a.b. Pronóstico favorable: la ejecución de la pena no resulte necesaria para evitar que vuelva a cometer un delito.

b) Requisito particular

b.a. En caso de existir condena anterior a pena privativa de libertad no mayor de seis meses, a multa no superior de [...] días multa o se ha reservado el fallo respecto de una pena no mayor de [...] unidades penales.

b.b. La reserva condicional solo procede si las circunstancias son particularmente favorables.

c) Efectos inmediatos

c.a. El tribunal declara la culpabilidad.

c.b. Fija la pena en unidades penales.

c.c. Reserva la ejecución de la pena.

c.d. Pone a prueba durante dos a tres años al condenado.

c.e. Ordena (eventualmente) una asistencia social e impone reglas de conducta (sistema abierto y facultativo).

d) Efectos mediatos

d.a Si el condenado ha cumplido exitosamente el régimen de prueba, no se ejecuta más la pena no pronunciada.

d.b. En caso de revocación por comisión de un delito doloso durante el periodo de prueba: si se prevé que cometerá nuevo delito, impondrá la pena y esta será ejecutada.

Si se trata de una pena privativa de libertad, el juez no la impondrá.

- Si no es mayor de seis meses (acumulación de la primera y segunda penas).
- Si se cumplen las condiciones de la reserva del fallo y se admite que el condenado no podrá cumplir con una pena de multa, ni de trabajo en servicio a la comunidad.

Si se prevé que no cometerá nuevo delito:

- Advertencia y prolongación del plazo de prueba no mayor de la mitad del plazo fijado en la sentencia.
- Posibilidad de someter a asistencia social y de imponerle reglas de conducta por la prolongación.

d.c. En caso de incumplimiento de reglas de conducta o rechazo a ser asistido socialmente prolongación del plazo de prueba hasta una mitad adicional.

- Supresión de la asistencia social o imposición de otra.
- Modificación, revocación o imposición de reglas de conducta.

c. Suspensión condicional de la ejecución de la pena

a) Requisitos generales

a.a. Tipo de pena: en caso de pena privativa de libertad no menor de un año ni mayor de tres.

a.b. Pronóstico favorable: si su ejecución no parece necesaria para evitar que cometa nuevo delito.

b) Requisito particular

b.a. En caso de existir condena anterior a pena privativa de libertad no mayor de 6 meses, a multa no superior de [...] días-multa o se ha reservado el fallo respecto de una pena no mayor de [...] unidades penales.

b.b. La reserva condicional solo procede si las circunstancias son particularmente favorables.

c) Efectos inmediatos

c.a. Suspensión de la ejecución de la pena.

c.b. Sometimiento a régimen de prueba.

c.c. Eventualmente: pronunciación de una multa adicional; suspensión parcial de la pena(no menor de seis meses), si basta para evitar que vuelva a cometer nuevo delito; el resto que será ejecutado no debe ser inferior a este límite ni mayor de la mitad de la pena.

d) Efectos mediatos

d.a. Si el condenado ha cumplido exitosamente el régimen de prueba, no se ejecuta más la pena suspendida condicionalmente.

d.b. En caso de revocación por comisión de un delito doloso durante el periodo de prueba: si se prevé que cometerá nuevo delito, impondrá la pena y esta será ejecutada.

Si se trata de una pena privativa de libertad, el juez no la impondrá:

- Si no es menor de seis meses (acumulación de la primera y segunda penas).
- Si se dan las condiciones de la reserva del fallo y se admite que el condenado no podrá cumplir con una pena de multa, ni de trabajo en servicio a la comunidad.

Si se prevé que no cometerá nuevo delito:

- Advertencia y prolongación del plazo de prueba no mayor de la mitad del plazo fijado en la sentencia.
- Posibilidad de someter a asistencia social y de imponerle reglas de conducta por la prolongación.

d.c. En caso de incumplimiento de reglas de conducta o rechazo a ser asistido.

- Prolongación adicional del periodo de prueba hasta en una mitad.
- Suspensión de la asistencia social o imposición de otra.
- Modificación, revocación o imposición de (nuevas) reglas de conducta.

d. Penas imponibles en general

a) Multa

a.a. Sistema aplicable.

Días-multa equivale a [...] como cuantía máxima y es aplicable en función de los medios que tiene para cancelarla y lo que puede razonablemente exigírsele, teniendo en cuenta el plazo amplio para el pago, posibilidad de cancelarla en cuotas.

a.b. Extensión temporal.

Días-multa, salvo disposición en contrario. A determinar en función de la culpabilidad del autor.

a.b. Condiciones de pago.

Plazo: entre [...] y [...] meses, prorrogable a solicitud del condenado.

Ejecución en bienes por la vía civil.

Pago por cuotas.

Reducción de la multa: deterioro no culpable de las condiciones económicas del condenado con posterioridad a la sentencia.

b) Trabajo de interés general

b.a. Concepto.

Es un trabajo no remunerado en favor de instituciones sociales, obras públicas o personas necesitadas.

b.b. Características.

Puede durar como máximo 720 horas. El plazo para cumplirlo es de dos años. Requiere el consentimiento del condenado.

c) Pena privativa de libertad

c.a. Duración general: mínima de 6 meses y máxima de 15 o 20 años.

c.b. Excepcionalmente, se impondrá pena efectiva menor de 6 meses si no se puede suspender el pronunciamiento de la pena, y si se admite que no pueden ser ejecutadas ni una multa, ni un trabajo de interés general el juez debe motivar por qué opta por la pena privativa de libertad.

d) Arresto de fin de semana

Forma: restricción de la libertad ambulatoria durante los fines de semana.

Duración: mínima de [...] horas y máxima de [...].

Ejecución: en locales distintos a los que se emplean para ejecutar pena privativa de libertad (siempre y cuando no supongan aislamiento celular del sujeto) (vid. Caso español).

e) Arresto domiciliario

Forma: obligación de permanecer en domicilio.

Ejecución: control judicial y posibilidad de permiso de salir Duración: mínima de [...] y máxima de [...].

e. Prohibición para conducir vehículos motorizados (delitos de tránsito)

f. Penas cuestionables

- Inhabilitación: privación del empleo, cargo, ejercicio profesional [...]
- Privación de derecho a obtener empleo, cargo [...]

- Limitación y privación de residencia.
- Cumplimiento de instrucciones judiciales.
- Confiscación.
- Amonestación.
- Expulsión.

g. Conversión de penas

a) De la multa

a.a. Por pena privativa de libertad.

Supuesto: si de manera culpable el condenado no paga la multa.

Equivalencia de conversión: 1 día de pena privativa de libertad por 1 de multa, que debe ser suspendida o remplazada por trabajo al servicio de la comunidad si se dan las condiciones.

Reducción ulterior de la pena convertida: por pago posterior.

a.b. Por trabajo de interés general.

Límite máximo de conversión: 180 días-multa.

Equivalencia de conversión: una jornada de trabajo de interés general por un día-multa.

b. Del trabajo de interés general.

b.a. Por multa.

Supuesto: si el condenado no ejecuta el trabajo no obstante la advertencia de la autoridad equivalencia de la conversión: una jornada de trabajo de interés general por un día-multa.

b.b. Por pena privativa de libertad.

- Supuesto: si el condenado, voluntariamente, no ejecuta el trabajo no obstante la advertencia de la autoridad y siempre que sea de prever que no se pueda imponer una multa.
- Equivalencia de la conversión: una jornada de trabajo de interés general por un día de pena privativa de libertad.

h. Medidas de seguridad

a) Principios

a.a. Aplicación de las mismas garantías que las de las penas.

a.b. Fundamento en la peligrosidad personal.

a.c. Comisión de un delito.

a.d. Proporcionalidad.

b) Clases

b.a. Privativas de libertad: inimputables o imputables relativos y peligrosos.

- Internamiento en establecimiento psiquiátrico.
- Internamiento en centro de deshabituación.
- Internamiento en centro educativo especial.

b.b. No privativas de libertad.

- Sumisión a tratamiento ambulatorio.
- Sometimiento a programas de tipo formativo.

i. Relaciones entre penas privativas de libertad y medidas de seguridad implicando la misma privación

j. ¿Penas accesorias?

k. Consecuencias accesorias

Comiso de los efectos o instrumentos y ganancias provenientes del delito.

l. Penas aplicables a las personas jurídicas: disolución

Clausura temporal (mínimum de [...] y máximum de [...]).

Multa de triple al [...] del beneficio obtenido por la acción delictuosa Intervención judicial por un periodo no mayor de [...].

Publicación de sentencia condenatoria.

II
La pena de multa*

Sumario: 1. Realidad socio-económica. 2. Evolución legislativa. 3. Dominio de aplicación de la multa. 4. La reglamentación de la multa. a. La fijación de la multa según la capacidad económica del delincuente. b. Las ventajas del modelo escandinavo. c. La multa escalonada (modelo del Proyecto Alternativo Alemán). d. Experiencias prácticas en la aplicación de los días-multa. 5. Conversión de la multa en pena privativa de la libertad. a. Trabajos legislativos. b. Ventajas del sistema. c. Inconvenientes. 6. Otros medios de substitución de la multa no pagada. 7. Problemas específicos de la aplicación del sistema de días-multa a determinadas categorías de la población.

1. Realidad socio-económica

Si se observa la legislación penal y la práctica judicial de los países europeos, se constata que la multa se ha convertido, junto a la pena privativa de la libertad, en uno de los pilares del sistema punitivo[1]. Esta situación es el resultado de una larga evolución tendiente a humanizar, hacer más eficaz y menos dañina la represión penal[2]. Dos factores han favorecido este cambio fundamental de la

* Publicado en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 50, 1993, Lima, pp. 149-173.

1 Por ejemplo, en Alemania Federal, las multas impuestas, en 1974, constituyeron el 82.4 %; en Austria, el 59.2 %; en Dinamarca, el 34 %; en Suecia, el 46 %; en Finlandia, el 72 %; en Francia (1972), el 46.9 % (delitos) y el 97.6 % (faltas); en Italia (1972), el 46.8 % (delitos); en Suiza (1996), el 31.2 %; ver: JESCHECK, Hans-Heinrich/GREBING, Gerhardt (editores), *Die Geldstrafe im deutschen und ausländischen Recht*, Baden-Baden, 1978, p. 1195, n. 17; Office fédéral de la statistique, Statistique suisse des condamnations pénales, 1998.

2 VON LISZT, Franz, "Der Zweckgedanke im Strafrecht", en *ZStW*, N.º 3, 1883, p. 1; BONNEVILLE DE MARSANGY, A., *De l'Amélioration de la Loi Criminelle*, vol. 2, París, 1864; STOOSS, Carl, *Zur Natur der Vermögensstrafen*, Bern, 1878.

política criminal: de un lado, el desarrollo económico y, del otro, el rechazo de las penas privativas de corta duración.

El primero es de carácter social. Los países que recurren cada vez más a la multa son los países desarrollados, donde el nivel de vida es elevado y la pobreza limitada a sectores sociales marginales. En este tipo de sociedades llamadas de consumo, el dinero juega un rol decisivo y el deseo de bienes materiales está enraizado en la mentalidad de las personas[3]. Esta realidad, según los penalistas, justifica utilizar la multa para luchar eficazmente contra el crimen, lo que supone la ampliación de su campo de aplicación. Stooss[4] afirmó, a inicios del presente siglo, que la prohibición de convertir la multa no pagada en detención constituía un hábeas corpus para el trabajador. No para el proletariado; pues es un orgullo que, en Suiza, no exista proletariado ni se conozca la miseria de la plebe romana. Más cerca de nosotros, Baumann[5] ha dicho que si "la revolución francesa recurrió a la pena privativa de la libertad porque, como Montesquieu lo había formulado, la libertad es el bien que permite gozar de todos los demás; esta función clave, es hoy en día, asumida por el dinero, especie de libertad materializada".

La multa aparece, y la doctrina es casi unánime al respecto, no solo como una sanción tangible bajo el punto de vista económico, sino también como adecuada a la realidad socio-cultural de Europa. En los países subdesarrollados, los legisladores se han apresurado, siguiendo los criterios más avanzados, a perfeccionar las normas legales que regulan la multa. Estas han permanecido letra muerta. La recepción no ha superado la etapa del acto legislativo. El derecho importado no ha sido asimilado[6]. Esto debido a que su aplicación ha sido impedida por la realidad social. En el caso del Perú, se trata de un país de pobreza generalizada y se cuenta

3 Cf. Ermgassen, Olav, "Die Geldstrafe in den nordischen Ländern (Danemark, Norwegen, Schweden, Finnland", en Jescheck-Grebing, p. 950, n. 3.

4 Stooss, Carl, "Die Geldstrafe im schweizerischen Strafgesetzentwurf", en *Revue Pénale Suisse*, N.º 20, 1907, pp. 244 y s.

5 Baumann, Jürgen y Michael Melzer, "Peine pécuniaire échelonnée en tant que postulat et qu'instrument d'une individualisation pénale efficace", en *Les techniques de l'individualisation judiciaire, Rapports nationaux et particuliers, VIII Congrés international de Défense sociale*, Roma, 1971, pp. 317 y s.

6 Hurtado Pozo, José, *La ley "importada". Recepción del derecho penal en el Perú*, cit. El sistema días-multa fue previsto en diversos códigos latinoamericanos: Perú (CP 1924), El Salvador (CP 1973), Cuba (CDS 1936), Costa Rica (1971), Bolivia (1973), Brasil (1969), Panamá (Proyecto CP 1969), Argentina (Proyecto CP 1974-75), Código Penal tipo para Latinoamérica.

entre los países más pobres del mundo[7]. En 1988, se calculaba el ingreso nacional por habitante era de 240,000 intis (1, 100 dólares), mientras que en Estados Unidos era de 17,000 dólares y en Europa de 8,000. Esta referencia global debe ser apreciada en relación con la manera desigual como se distribuye la riqueza y con la capacidad adquisitiva. Así, en nuestro país, la disparidad en los ingresos es enorme; así el 2% de la población dispone del 20% de ingresos, mientras que el 60 % de la población tiene acceso a solo 23.8 %[8].

Sin embargo, la estrecha relación existente entre, de una parte, la manera como es regulada y aplicada la multa y, de otra parte, las condiciones socioeconómicas, se percibe también en países como Italia, donde el campo de aplicación de la multa es reducido. Según Dolcini[9], mucho tiene que ver en esto, "la distribución escandalosamente desigual de los recursos económicos entre los diferentes grupos sociales y las diversas regiones geográficas".

El segundo factor, determinante para que la multa adquiera una importancia cada vez más grande en la política criminal de los países europeos, es el desprestigio creciente del encarcelamiento como medio de represión de las infracciones menos graves. Desde fines del siglo pasado se lucha de modo constante contra los efectos nefastos de las penas privativas de la libertad de corta duración. La consigna fue: "guerra contra el encarcelamiento de breve duración". Franz von Liszt[10] resumió las opiniones de quienes participaron en este movimiento, de la manera siguiente: "La pena privativa de libertad de corta duración no solo es inútil, sino que provoca prejuicios más graves que los que produciría la impunidad completa del delincuente".

Conforme con este punto de vista, Stooss[11] señaló, primero, el carácter inapropiado de este tipo de pena para reeducar al detenido; segundo, los efectos

---

7 Asociación Peruana de Estudios e Investigación para la Paz, *Violencia estructural en el Perú: Economía*, Lima, 1990, p. 143.

8 Id., pp. 145 y ss.; Banco Central de Reserva. *Gerencia de Investigación Económica: Mapa de pobreza del Perú*, Lima, 1986; Instituto Nacional de Planificación. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Pobreza en el Perú, Lima, 1988.

9 Dolcini, Emilio, "Le 'sanzioni sostitutive' applicate in sede di condanna", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, 1982, p. 1397; Mantovani, Ferrando, "Sanzioni alternative alla pena detentiva e prevenzione generale", en A.A.V.V, *Teoria e prassi della preventione generale dei reati*, a cura di Romano e Stella, Bolonia, 1980, p. 94.

10 Von Liszt, Franz, "Kriminalpolitische Aufgaben", en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, vol. I, 1905, p. 347.

11 Stooss, Carl, "Geldstrafe und Bussenabdiener", en *Revue Pénale Suisse*, N.º 29, 1916, p. 6.

dañinos sobre el desarrollo tanto de la vida familiar como profesional del condenado; y, por último, los gastos inútiles que exige su ejecución.

2. Evolución legislativa

En el Código derogado de 1863, la multa era considerada tanto pena grave como leve (artículo 23). De manera redundante, se establecía que solo podía ser aplicada "en los casos especificados por la ley" (artículo 53). Como era corriente en la época, no se preveía ningún tipo de preferencia en relación con las penas privativas de libertad. Ambas penas tenían el carácter de principales. Es decir, la pena pecuniaria no era concebida como un medio para reemplazar las penas privativas de libertad de corta duración. En buena cuenta, estas no eran cuestionadas y, de acuerdo con la concepción retribucionista, se les preveía para poder reprimir las infracciones menos graves (arresto mayor y arresto menor).

La regulación de la multa y de su dominio de aplicación era bastante incompleta. En el nivel teórico no fue debidamente estudiada o discutida. En la práctica, la multa no llegó a ser aplicada correctamente, tanto porque no contaba con la preferencia de los magistrados como por las dificultades materiales anteriormente mencionadas. En este sentido, es de señalar que ignoró frecuentemente el hecho que, de acuerdo con el artículo 53, para su aplicación debía de tenerse en cuenta "no solo la gravedad del delito, sino también la renta del culpable [...]". (artículo 53 CP de 1924)

Los autores del proyecto de código que fuera adoptado en 1924, estimaron, expresamente, que "la principal dificultad de esta pena ha consistido en la desigualdad que entrañaba cuando se imponía el pago de cantidades determinadas a personas de diferente condición económica"[12] e, implícitamente, la inconveniencia de convertir automáticamente la multa no cancelada en pena de prisión. Ya que a pesar de considerar esta conversión un medio "ventajoso", previeron la posibilidad de remplazarla por "la prestación obligatoria de trabajo diurno"[13].

Para combatir estos defectos de la multa tradicional, de un lado, se recurre al modelo de los días-multa[14] y, de otro lado, se prevé que el juez puede conce-

12 Exposición de motivos, en Espino Pérez, *Código Penal. Concordancias*, Lima, 1982, p. 22.

13 Exposición de motivos, en Espino Pérez, *Código Penal. Concordancias*, p. 22, n. 14.

14 Sistema que fue definitivamente concretizado por Carlo Thorp, proyecto del Código Penal noruego de 1917, y Johan C. Thyren, Proyecto sueco de 1916. El primero había formulado, ya en 1900, una proposición concreta, cf. Ermgassen, p. 898, n. 3. En América Latina, los antecedentes de este sistema se encuentran en el C.P. brasileño de 1830.

der un plazo para el pago o disponer su cancelación por partes. Sin embargo, ninguna mejora se hace para convertir la multa en un medio eficaz para evitar las penas privativas de libertad de corta duración. Su dominio de aplicación está determinado tanto por el hecho que se le considere una pena de doble naturaleza: principal cuando sea prevista como pena única o alternativa para reprimir al responsable de una infracción y accesoria en la medida en que su aplicación es supeditada a la imposición de otra pena aplicada como principal (como en el caso en que el agente hubiere actuado con fines de "lucro o por codicia" y aun cuando "no esté establecida para el delito cometido", artículo 25 Código derogado de 1924), como por la omisión de establecer su aplicación preferente a la de las penas privativas de corta duración.

A pesar de las mejoras que significó la nueva regulación legislativa, no se lograron los efectos esperados. El sistema de días-multa, defectuosamente regulado, nunca ha sido realmente comprendido por los encargados de administrar justicia. En el momento de la determinación de la multa, no se distinguió entre, la primera etapa, la determinación de la renta del procesado para precisar la unidad punitiva (día-multa) y la segunda consistente en la fijación del número de estos de acuerdo con la índole del delito y la culpabilidad del agente. Además, tampoco el legislador fue consecuente, ya que cada vez que dictó una nueva ley estatuyendo como pena la multa no se refirió al sistema previsto en el código. Por último, las multas infligidas en base a las disposiciones del código no fueron generalmente ejecutadas, en razón a la falta de un sistema administrativo destinado a hacer efectivo su pago. Esto último queda evidenciado por el hecho que la Caja de indemnizaciones a las víctima, donde debían haberse depositado el producto de la ejecución de las multas (artículo 47 del Código derogado de 1924), nunca se hizo realidad. Fondos que debían ser administrados por el Concejo local de patronato (artículo 403 y 404 del Código derogado de 1924).

En el proceso de reforma que culminó con la dación del Código derogado de 1991, se ha perfeccionado la regulación legislativa de la multa; pero no se han tomado, en la práctica, las medidas necesarias para hacer efectiva su aplicación. Siguiendo sobre todo las normas del Código Penal Tipo para Latinoamérica (artículos 45, 48, 80), nuestro legislador ha precisado el sistema de días-multa, ampliado la aplicación de la multa y, en cierta medida, flexibilizado tanto su ejecución como su conversión en caso de no cancelación. Estos cambios legales no aseguran, de ninguna manera, el funcionamiento correcto y eficaz del sistema. Nuevamente, se ha procedido de una manera inadecuada: no se ha reflexionado sobre como hacer efectiva una sanción que solo ha tenido efectos positivos, aún de modo relativo, en sociedades desarrolladas y ricas económicamente. Se ha seguido un modelo jurídico avanzado fundamentalmente por razones teóricas. La

ventaja que avizoramos es la misma que la obtenida, en 1924, con la previsión de la suspensión condicional de la pena[15]. Su aplicación frecuente, aunque desnaturalizada, impedirá la aplicación y ejecución de penas privativas de libertad de corta duración en un buen número de casos.

En los países desarrollados cuyas legislaciones penales han sido consideradas como modelos por nuestro legislador, la evolución ha sido lenta hasta llegar a la adopción del sistema días-multa y otorgarle la prioridad en detrimento de las penas privativas de libertad de breve duración.

3. Dominio de aplicación de la multa

En el Código derogado de 1991, a diferencia de la legislación anterior, se ha buscado restringir la aplicación y/o ejecución de las penas privativas de corta duración. Con este objeto ha diversificado el arsenal de penas incorporando nuevas sanciones que implican la restricción o privación de otros derechos que el de la libertad. Así mismo, ha previsto su posible substitución por la condena condicional y la reserva del fallo condenatorio o su conversión en pena de multa. El dominio de aplicación de la multa resulta en consecuencia de la frecuencia con que, en la parte especial del nuevo código, ha sido prevista como pena alternativa a la pena privativa de libertad. Pero sobre todo de lo dispuesto en el artículo 52. Según esta disposición, "en los casos que no fuera procedente la condena condicional o la reserva del fallo condenatorio, el Juez podrá convertir la pena privativa de libertad no mayor de un año en otra de multa, prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres [...]". De esta manera se ha establecido un sistema de cascada que obliga al juez, cuando llega a la conclusión que el agente no merece una pena superior de un año de privación de la libertad, a comprobar, primero, si están o no reunidas las condiciones legales para reservar el fallo (artículo 62) o suspender la ejecución de la sanción (artículo 57). En caso que la respuesta fuera negativa, deberá apreciar si es o no conveniente substituirla por la pena de multa, de prestación de servicios a la comunidad (artículo 34) o la limitación de días libres (artículo 35).

A diferencia de otros códigos, el de 1991 no contiene normas estableciendo los criterios determinantes para preferir, por ejemplo, la multa a la pena privativa de libertad. Fuera de considerar las ventajas de la multa (no interrumpe la vida familiar y la actividad laboral del condenado, constituye un medio excelente de prevención por afectar de manera sensible su capacidad económica, compor-

15 Hurtado Pozo, José, "Condena condicional", cit., pp. 60 y 80.

ta ingresos para el fisco en lugar de los gastos que requiere la construcción de prisiones, representa una suficiente para las infracciones leves en relación a la significación del bien que se afecta), el juez deberá tener en cuenta las circunstancias personales y materiales en que la infracción ha sido cometida, así como del contexto social en que la represión tiene lugar.

El Código derogado de Alemania extendió el dominio de la multa - como verdadera pena de sustitución - a las infracciones reprimidas mediante una pena privativa de libertad inferior a seis meses. Respecto a esta pena se consagra así la idea de la *ultima ratio*: su aplicación tiene carácter excepcional. Este es el caso cuando, en razón de circunstancias especiales relativas a la personalidad del delincuente o a la comisión de la infracción, aparece como necesaria para influenciar en el autor o indispensable para la defensa del orden jurídico (§ 47, al l). Además, de acuerdo con el § 56, inciso 3, del mismo código, la ejecución de dichas penas será siempre suspendida condicionalmente. El legislador austríaco sigue los mismos criterios y va más lejos, en la medida en que abandona el criterio del tipo de delito y prevé la aplicación excepcional de la multa para reprimir algunos crímenes[16].

Según el Código derogado austríaco (artículo 37), la substitución de las penas privativas de libertad inferiores a seis meses por la pena de multa es la regla, si la ley no prevé una pena superior a cinco años; por el contrario, la substitución es excepcional si la pena prevista por la ley no es mayor de 10 años de detención. El paso dado por el legislador austríaco ha sido considerado como una verdadera revolución y no solo una evolución de la política criminal[17].

Si se tienen en cuenta los años siguientes a la entrada en vigor de las disposiciones alemanas, se puede afirmar que los resultados han sido concluyentes: la pena pecuniaria ha desplazado casi enteramente a un segundo plan la pena privativa de libertad de corta duración en el dominio de la criminalidad menor[18]. Las estadísticas[19] muestran que el porcentaje de multas de 67%, en 1969, ha

16 DRIENDL, Johannes, "Entwicklung und Neuregelung der Geldstrafe nach dem Tagessatzsystem in Oesterreich", en JESCHECK/GREBING, p. 677, n.º 1. LEUKAUF OTTO y STEININGER HERBERT, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Eisenstadt, 1974, pp. 168 y s.

17 DRIENDL, Johannes, "Entwicklung und Neuregelung der Geldstrafe nach dem Tagessatzsystem in Oesterreich", en JESCHECK/GREBING, cit., p. 673, n.º 16.

18 GREBING, G., "L'amende, Journées de l'Association allemande de droit comparé, Séance de droit pénal comparé", en *Revue sciences criminelle et droit pénal comparé*, 1974, pp. 700 y ss.

19 GREBING, "Die Geldstrafe im deutschen Recht nach Einführung des Tagessatzsystems", en JESCHECK/GREBING, p. 169, n.º 1.

pasado a 86%. En otras palabras, si de cada tres condenaciones dos eran penas pecuniarias, luego de la reforma de cada siete penas pronunciadas seis son de multa[20]. Así también un cambio radical ha sido constatado en relación con las infracciones a la circulación. Tröndle[21] señala que en Baden-Wurtemberg, en 1971, el 94% de todos los procesados ha sido condenado a multa. La misma idea fue recogida en el proyecto Español de 1980. Según el artículo 100 de este proyecto, el juez, en casos excepcionales y siempre que el reo no sea reincidente ni haya obrado por móviles abyectos o fútiles, podrá sustituir las penas privativas de libertad inferiores a dos años por las de multa, aunque la ley no prevea esta pena para el delito de que se trate. En el proyecto de 1990, artículo 83, se amplía esta disposición en la medida en que se elimina su carácter excepcional. La misma solución se mantiene en el artículo 88 del proyecto de 1992. Las críticas que ha provocado esta proposición no cuestionan el principio de la encarcelación en tanto que sanción ultima *ratio*; se refieren, sobre todo, al límite de dos años que los críticos desearían disminuir a seis meses o a un año. Su argumento es que se sacrifica en exceso las exigencias de la prevención general para atender a los fines de la prevención especial[22].

La reforma del Código derogado suizo de 1932 que se realiza por partes, se orienta, en cuanto a la pena de multa, igualmente a la solución antes indicada[23]. En el anteproyecto de 1993, artículo 41. De acuerdo con esta disposición, las penas privativas de libertad cuya duración sea mayor de seis días y menor de seis meses solo serán impuestas efectivamente cuando, por razones jurídicas o circunstancias propias a la persona del condenado, no pueda pronunciarse o ejecutarse otra pena. Por ejemplo, cuando el condenado rechaza el trabajo de interés general, aparece que no lo ejecutará o que no cumplirá con cancelar la multa. Esto significa que la prioridad es dada a estas penas y que la pena privativa de libertad de corta duración no será aplicada cuando las condiciones

20 Según ALBRECHT, Hans-Jorg, *Strafzumessung und Vollstreckung bei Geldstrafen unter Berücksichtigung des Tagessatzsystems*, Berlín, 1980, p. 200, entre los años 1973 a 1976, el 83 % de las penas impuestas fueron de multa.

21 TRONDLE HERBERT, "Die Geldstrafe in der Praxis und Probleme ihrer Durchsetzung unter besonderer Berücksichtigung des Tagessatzsystems", en *ZStW*, N.º 86, 1974, p. 546.

22 MANZANARES, José Luis, "La multa en la propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal", en *Poder Judicial*, N.º 9, Madrid, p. 67; CEREZO MIR, José, *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Madrid, 1993, pp. 136, 160, 206.

23 GRAVEN, Jean, *La révision des concepts sur les courtes peines privatives de liberté et la peine pécuniaire*, Staempfli & Cie., Berne, 1963, n.º 79, p. 407; SCHULTZ, Hans, "Vierzig Jahre schweizerisches Strafgesetzbuch", en *RPS*, N.º 99, 1982, p. 30.

(únicamente aquellas relacionadas con la persona del procesado) de aplicación de dichas penas existan[24].

La legislación francesa ha evolucionado de manera semejante. En la reforma de 1983, se conservó la multa como pena correccional (artículos 9 y 41); pero se incorporó como pena aplicable a título principal la de multa en forma de días-multa, cuando el delito es sancionado con la pena de prisión (artículo 43-8)[25]. Esta pena de substitución ha sido prevista, en el nuevo Código francés de 1992, como pena correccional (artículo 131-3) y regulada de manera más completa (artículo 131-5). En Francia, la multa no tiene un papel muy importante en el dominio de la represión. En 1974, sobre 236, l77 condenas por delitos, 133,061 fueron condenas a penas privativas de libertad, de las que 67,370 fueron impuestas condicionalmente (63%)[26]. La situación no parece haber variado, puesto que el número de detenidos condenados a penas inferiores a 6 meses en 1981 eran alrededor de 16,000. Esto demuestra, según Puech[27], "la insuficiencia del dispositivo establecido" (anterior al Código de 1992).

4. La reglamentación de la multa

a. La fijación de la multa según la capacidad económica del delincuente

A diferencia de la mayor parte de los códigos vigentes entonces, el Código de 1863, artículo 53, preveía que la multa se determine de acuerdo con la gravedad del delito, la calidad de autor, cómplice o encubridor y "la renta del culpable". Al respecto, Viterbo Arias[28] afirmó: "justo y racional hallamos que para la imposición de la multa se atienda a la calidad de autor, cómplice o encu-

24 *Avant-Projet de la Commission d'experts concernant la Partie générale et le Troisième livre du Code pénal et concenrnant une Loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs*, Office fédéral de la Justice, Berne, 1993, y Rapport établi sur la base du rapport final de la commission d'experts, Office fédéral de Justice, Berne, 1993, pp. 56 y s.

25 SCHÜTZ, Bernard, "Les jours-amende entre l'espoire et la réalité", en *Droit pénal contemporain, Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, París, 1989, pp. 460 y ss.; PINATEL, Jean, *Peines de substitution et criminologie*, VIe Congrés de l'Association française de droit pénal (texte polycopié), Faculté de droit et de sciences économiques de Montpellier, 7-9 novembre 1983, s/d, p. 9.

26 JESCHECK, "La peine privative de liberté dans la politique criminelle moderne, Exposé comparatif de la situation en République fédérale d'Allemagne et en France", en *Revue de sciences criminelles et droit pénal comparé*, 1982, p. 720.

27 PUECH MARC, *Actualité législative Dalloz*, 1983, p. 120.

28 Exposición comentada y comparada del Código Penal de 1863, t. 1, p. 372.

bridor del que fuere penado; pero no a su renta; por cuanto no se trata de una contribución sino de un castigo". Una regulación semejante contenía el Código derogado argentino de 1877, artículo 73. En esta disposición se estatuía, de manera más detallada, que la "multa será siempre proporcionada a los bienes, empleo o industria del delincuente".

De manera que recuerda en parte el viejo texto argentino, el artículo 20, inciso 2, del Código de 1924 —al regular la multa como días-multa— establece que "se considerará como renta lo que obtuviere el condenado cada día por bienes, empleo o trabajo". Esta disposición ha sido precisada, siguiendo a modelos más modernos y, en especial, al Código Penal tipo para Latinoamérica, indicándose que el importe del día-multa "es equivalente al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos de riqueza".

De esta manera se ha buscado abandonar el riguroso principio que afirma: "todos los individuos deben ser indistintamente tratados con la misma severidad en razón de infracciones parecidas" y, al mismo tiempo, aplicar un criterio de justicia material: inexistente si "a culpabilidad idéntica, se impone la misma multa tanto al rico como al pobre"[29].

En el sistema de los días-multa, la sanción pecuniaria es fijada en un nombre de unidades (días-multa) cuyo monto es determinado, en cada caso particular, según la situación económica de cada condenado. El objetivo es idéntico al que enunciara Stooss. Uno de los creadores del "día - multa", el sueco Thyren[30], ha dicho que "mientras las penas pecuniarias sean infligidas sin considerar de manera efectiva la capacidad económica del condenado, la misma pena será para una persona muy grave, para otra en cambio insignificante". En comparación al modelo suizo, el progreso hecho mediante el sistema días-multa se haya en el procedimiento establecido para la fijación de la multa. Este procedimiento se descompone en dos etapas.

En la primera, el juez debe precisar la gravedad tanto del acto ilícito así como de la culpabilidad del autor y evaluarla en un cierto número de unidades penales (días-multa). A este nivel, no tendrá en cuenta la capacidad económica del delincuente. La segunda etapa consiste en establecer, considerando la solvencia del condenado, el monto de cada multa. Separando radicalmente las dos faces, se evita el defecto del sistema tradicional que da "una indicación falsa

29 Stooss, Carl, *Avant-projet*, 1894, p. 252.

30 Thyrén Johann, C.W., *Prinzipien einer Strafgesetzreform*, Berlín-Lund, 1910, p. 73.

sobre la importancia" de la infracción. Dicho de otra manera, el sistema de los días-multa permite apreciar mejor "la gravedad de la falta con relación al número de días-multa"[31]. Así se logra establecer la igualdad ante la ley: dos coautores, culpables en el mismo grado de una infracción, serán castigados con la misma pena: se les impondrá el mismo número de días-multa (por ejemplo 10). En seguida, se puede realizar "la igualdad en el sacrificio" considerando las diferencias de capacidades económicas de los delincuentes. En relación con el primero, la unidad será fijada en 20 francos, y con el otro, menos adinerado, en 10 francos. Ellos deberán pagar respectivamente 200 y 100 francos de multa.

b. Las ventajas del modelo escandinavo

La determinación del monto de la multa en dos etapas bien diferenciadas hace de esta pena una sanción transparente. La gravedad de la infracción es, claramente expresada por el número de unidades penales fijadas, en el primer lugar, por el juez. No se puede afirmar lo mismo del sistema tradicional puesto que el monto de la multa es el resultado de la apreciación simultánea de la culpabilidad y de la situación económica del condenado. No resulta así claro, en qué medida, dos multas impuestas a dos coautores, de capacidades económicas diferentes, constituyen el resultado de un juzgamiento basado sobre la gravedad del acto delictuoso o de una estimación calculada en función de la solvencia de los condenados[32]. Consecuencia lógica: el sistema de días-multa permite una individualización mas precisa de la sanción. La segunda operación, efectuada independientemente de la primera, facilita la búsqueda de una equivalencia entre el sufrimiento que debe siempre producir la pena y la situación personal del delincuente. De esta manera se logra dar a la sanción pecuniaria una "base social", y a hacer respetar mejor el principio de la "igualdad de sufrimiento"[33].

La fijación de la multa en dos faces separadas tiene, igualmente, el efecto positivo de garantizar la estimación real de la solvencia del condenado y de obligar a las autoridades judiciales a demostrar si y en qué grado han tenido en cuen-

31 STRAHL, Ivar, "Les jours-amendes dans les pays nordiques", en *Revue de sciences criminelles et droit pénal comparé*, 1951, p. 60.

32 MANZANARES, "La pena de multa en el Proyecto de Código Penal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1980, p. 18; cf. JESCHECK/GREBING, pp. 692, 905, 1262 y ss.

33 GREBING, "Die Geldstrafe im deutschen Recht nach Einführung des Tagessatzsystems", en JESCHECK/GREBING, op. cit., p. 88.

ta esta solvencia[34]. En el sistema tradicional, existe el riesgo que esta exigencia sea evitada o que permanezca letra muerta[35]. Debido a que las disposiciones del Código derogado de 1924, relativas a la determinación de la multa, no fueron aplicadas por los jueces carecemos de experiencia para saber si la situación será diferente con la entrada en vigor del nuevo código.

Otro aspecto positivo del modelo días-multa está en relación con la conversión de la multa, en caso de no pago en pena privativa de la libertad. Las dificultades propias a esta operación de sustitución son sensiblemente reducidas debido a que el juez fija, en primer lugar, el número de unidades. Luego, basándose en la relación de conversión prevista en la ley, puede fácilmente fijar los días de detención. En regla general, se tiene en cuenta, a este propósito, el ingreso neto medio diario del que dispone el autor o del que podría disponer.

En doctrina, se considera como ingreso neto[36] el conjunto de recursos pecuniarios cotidianos de un individuo, deducidos tanto los impuestos, los seguros sociales y privados, como el monto de los gastos indispensables para el ejercicio de un trabajo profesión, oficio. La jurisprudencia austríaca deduce de la norma legal (artículo 19, ch. 2, C.P.) el principio del daño o perjuicio: el monto del día-multa (unidad penal) debe ser igual a la suma que se puede exigir diariamente al condenado, luego de haber deducido la suma que le es necesaria para satisfacer sus necesidades personales y las de las personas que están a su cargo.

Los autores del proyecto alternativo alemán adoptaron un criterio diferente: el principio del ingreso factible de ser embargado: el monto de cada día-multa es igual al ingreso cotidiano del condenado que supera el mínimo vital calculado en función de los bienes embargables. La ley francesa, como la alemana y la austríaca, no ha definido expresamente el día-multa. El segundo inciso del artículo 23-9 prescribe únicamente que "su monto será determinado considerando los ingresos y las cargas del procesado". De los trabajos preparatorios de la reforma, aparece que se tomó en cuenta el criterio austríaco. Así, en el informe del Senador Marcel Rudloff[37], en nombre de la Comisión de las leyes constitucionales,

34 Strahl, "Les jours-amendes dans les pays nordiques", en *Revue de sciences criminelles et droit pénal comparé*, cit., p. 67.

35 Ermgassen, Olav, "Die Geldstrafe in den nordischen Ländern (Danemark, Norwegen, Schweden, Finnland", en Jescheck/Grebing, p. 905.

36 Grebing, "Die Geldstrafe im deutschen Recht nach Einführung des Tagessatzsystems", cit., p. 101.

37 Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du réglement et d'administration générale sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale portant abrogation et révision de certaines dispositions

se lee en, primer lugar, "que el monto de cada día-multa deberá corresponder a la suma que el condenado puede economizar diariamente, si limita sus gastos a lo necesario"; y, en segundo lugar, "que la filosofía del sistema es la de no privar jamás al delincuente de lo que le es estrictamente necesario para vivir o hacer vivir las personas a su cargo, para evitar que la pena sea un medio disociador".

Todas estas reflexiones en relación con la determinación del importe del día-multa reflejan el contexto social en que se realizan. En países como el nuestro, donde la pobreza es generalizada y los delincuentes se reclutan sobre todo en los sectores menos favorecidos, la preocupación fundamental debió ser la de preguntarse qué hacer cuando el procesado es un desocupado, un subempleado que no tiene ingresos suficientes para satisfacer convenientemente sus necesidades elementales o un empleado (en el sector privado o público) que para cubrir el presupuesto mínimo familiar debe efectuar otra u otras actividades suplementarias. En nuestro nuevo código, se distinguen dos grupos de personas: de un lado, los que viven "exclusivamente de su trabajo" (artículo 43) y, de otro lado, los que sin trabajar viven de sus rentas o que además de las remuneraciones obtenidas por el trabajo que realizan, poseen patrimonio, rentas [...] En cuanto a este segundo grupo, el importe del día-multa es "equivalente al ingreso promedio diario" (artículo 41, inciso 2). No se fija, en este caso, ni el mínimo ni el máximo; en razón tal vez a que se ha pensado que se trata de personas pudientes (en el inciso citado, se dice "y demás signos de riqueza"). Por el contrario, respecto al primer grupo, se ha previsto que el monto del día-multa "no podrá ser menor del veinticinco por ciento ni mayor del cincuenta por ciento del ingreso diario del condenado" (artículo 43). Además, en caso de que el pago se efectué mediante el descuento de la remuneración, este no "debe incidir sobre los recursos indispensables para el sustento del condenado y su familia" (artículo 44, inciso 3). Pero, en la gran mayoría de casos, descontar del salario de un trabajador el veinticinco por ciento, ya significa privarlo de los medios indispensables para sobrevivir. Esta es la realidad que hará inaplicable, como hasta ahora, el sistema de días-multa en nuestro país.

Aun cuando nos limitemos al análisis del sistema en cuanto tal y reconozcamos que los esfuerzos hechos tienen el mérito de tratar de tomar en cuenta la realidad con más rigor, resulta ilusorio pretender que se puede establecer la capacidad económica del condenado en detalle y, enseguida fijar el monto del día-multa con una precisión matemática. Pero allí no esta de acuerdo con los

---

de la loi N.º 81-82 du 2 février 1981, no 197, Sénat, seconde session ordinaire de 1982/1983, p. 34 ss; cf. Rapport du chef du Département de la justice: NJA, II 1931, p. 14.

partidarios de los días-multa, el aspecto esencial del sistema. Lo fundamental es, sobre todo, que los días-multa permitan fijar una suma apropiada al caso particular; es decir, adaptada a las posibilidades de pago del condenado. Hasta aquí parece que no hubiera casi diferencia con el sistema tradicional. Pero esta diferencia reside en el segundo aspecto esencial del sistema, a saber, que el juez, al infligir un cierto número de día-multa, expresa separadamente su idea sobre la gravedad de la infracción y de la culpabilidad del condenado[38]. Finalmente, se debe reconocer con Baumann[39] que "la determinación de la situación económica de un delincuente es sin embargo un juego de niños comparada a la pretensión de establecer una proporcionalidad exacta entre pena y culpabilidad. Resulta también mucho mas fácil que la investigación sobre la personalidad exigida con miras a que toda pena privativa de libertad tenga un sentido real". Si se trata de hacer un balance de las ventajas y de las desventajas del sistema de los día-multa, se constata, en toda caso, que no puede negarse su transparencia específica. Esta transparencia, sinónimo de individualización más precisa y de justicia social, justifica y explica de manera decisiva la superioridad del modelo escandinavo con relación al sistema tradicional.

De acuerdo con el Código de 1991, artículo 42, la pena de multa se extenderá de un mínimo de diez días-multa a un máximo de 365 días-multa, salvo disposición distinta de la ley. El límite mínimo concuerda con el fijado para dos de las penas limitativas de derechos: la prestación de servicios a la comunidad (artículo 34, inciso 4) y la limitación de días libres (artículo 35, inciso 2). El límite máximo corresponde al establecido (un año) para determinar la pena privativa de libertad que puede ser substituida por la pena de multa (artículo 52). Así está confirmado el objetivo de hacer de esta pena un medio adecuado para luchar contra las penas privativas de libertad de corta duración.

En la legislación comparada, estos límites han sido establecidos de diferentes maneras. Esto es debido, generalmente, a las formas particulares con que ha sido regulado el sistema de días-multa. Veamos algunos ejemplos, en Finlandia y en Suecia, los límites inferior y superior van de un día-multa a 120 días-multa; en Dinamarca de uno a 60; en Alemania de 5 a 360; en Austria, de 2 a 360. En Francia, la ley solo establece el máximo de 360 días-multa. En el proyecto Español, en razón a la manera peculiar en que la pena pecuniaria es concebida, los márgenes van de un día a 24 meses.

38 STRAHL, "Les sanctions", en ANCEL, Marc e Ivar STRAHL, *Le droit pénal des pays scandinaves*, París, 1969, p. 119.

39 BAUMANN/MELZER, "Peine pécuniaire échelonnée en tant que postulat et qu'instrument d'une individualisation pénale efficace", cit., p. 322.

Además, las leyes prevén también límites mínimos y máximos para la unidad penal (día-multa). En Austria, estos límites han sido fijados a 20 y 3000 chelines; en Alemania, a 2 y 10,000 marcos; en Francia, el monto no puede superar 2000 francos. El proyecto español prevé un mínimo de 100 pesetas y un máximo de 20000. Los diferentes han sido evidentemente determinados tomando en cuenta el ingreso medio de los habitantes y la situación económica del país. La fijación de estos límites demuestra la preocupación de los legisladores de respetar el principio de la legalidad.

c. La multa escalonada (modelo del Proyecto Alternativo Alemán)

El paso más audaz para lograr que la multa reemplace eficazmente las penas privativas de corta duración, ha sido obra de los autores del Proyecto Alternativo Alemán. Han tratado de dar a la pena pecuniaria una dimensión temporal a fin de superar el sistema de días-multa. Se trata de la sanción pecuniaria llamada "escalonada", concebida en su origen por Baumann[40]. Este sistema consiste en imponer, durante un cierto periodo, al condenado el pago, en plazos fijos, de determinadas sumas de dinero. Según Baumann[41] tanto en el sistema de la multa escandinava como en el de la multa helvética, la infracción sigue costando tal o tal suma de dinero. En este aspecto, en su opinión, contradice, desde el punto de vista moral, el efecto de "reconciliación con la sociedad que debe producir toda pena". Además, esto no impide —aun si las tazas de evaluación de los días multas difieren— que los efectos sean muy diferentes sobre las personas multadas. Por todo esto, Baumann concluye proponiendo el concepto de la "pena pecuniaria escalonada". Así, "se logrará transferir el centro de gravedad del simple pago único a las restricciones progresivas del nivel de vida durante un cierto periodo".

Esta proposición no fue, en un principio, muy bien acogida por la gran mayoría de especialistas. En consecuencia, su inserción en el nuevo Código alemán de 1965 fue rechazada. La pena pecuniaria escalonada ha sido por el contrario mejor apreciada en el extranjero. La idea ha sido seguida por los autores del proyecto español de 1980. Ellos prevén el pago —el último día de cada semana o

40 BAUMANN, Jürgen, "Von den Moglichkeiten einer Laufzeit-geldstrafe", en KLEINE, *Streitschriften zur Strafrechtsreform*, 1965, p. 61; BAUMANN, Jürgen, *Beschränkung des Lebensstrandards anstatt kurzfristiger Freiheitsstrafe*, Neuwied und Berlín, 1968, pp. 32 y ss., 95 y ss.; *Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches*, A.T., 2.ª ed., Tübingen, 1969, pp. 97 y ss.

41 BAUMANN/MELZER, "Peine pécuniaire échelonnée en tant que postulat et qu'instrument d'une individualisation pénale efficace", cit., p. 318.

de cada mes— de unidades semanales o mensuales que en conjunto constituyen la multa (artículo 56).

La privación periódica de una parte de su patrimonio, durante un lapso bastante largo, infringiría al condenado un sufrimiento comparable al producido por una pena privativa de la libertad. Dicho de otra manera, la pena pecuniaria es transformada, en cierta forma, en una pena que priva parcialmente la libertad[42]. En realidad, la fórmula del proyecto alternativo es una variante del sistema de los días-multa"; pues "la idea de base, limitar el nivel de vida del condenado durante un periodo prolongado, es común a ambos modelos"[43].

d. Experiencias prácticas en la aplicación de los días-multa

Como ya lo hemos señalado anteriormente, por falta de comprensión, de la regulación prevista en el Código derogado de 1924, en nuestro país no existe una experiencia respecto a la aplicación del sistema días-multa. Por esto resulta interesante observar la de otros países.

La descripción comparativa de las últimas reformas penales europeas permite, sin duda alguna, establecer un balance favorable al sistema escandinavo. En Italia, por el contrario, a pesar de la opinión favorable de una parte de la doctrina, este modelo no ha logrado seducir al legislador en razón sobre todo a la situación económica del país[44].

Un rápido inventario de las experiencias hechas en la aplicación del sistema de los días-multa, le es igualmente favorable. En Suecia y en Finlandia, los especialistas y los magistrados admiten generalmente que los resultados son buenos. Esto no significa, sin embargo, que ninguna crítica haya sido formulada. Bien por el contrario, estas han sido diversas y han conducido, en dos ocasiones (1963 y 1969), al legislador finlandés a retocar su reglamentación, sin practicar cambios esenciales en el sistema. La satisfacción de los suecos se refleja en el hecho de que han conservado, sin modificaciones importantes, los días-multa en el Código de 1962.

---

42 Manzanares, "La pena de multa en el Proyecto de Código Penal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1980, p. 18.

43 Zipf Heinz, "Probleme der Neuregelung der Geldstrafe in Deutschland", en *ZStW* 86, 1974, pp. 516 y ss.

44 Esposito Vitaliano/Nastro Domenico/Romeo Gioacchino/Uccella Fulvio, "Querela, oblatione, pene pucuniarie, pene accessorie e altre misure", en *Modifiche al sistema penale*, Milano, 1982, p. 188.

En la República Federal de Alemania y en Austria, algunos años después de la entrada en vigor de los nuevos códigos, las experiencias prácticas son también positivas En conjunto, se considera que la introducción del sistema de los días-multa es un verdadero éxito, provocando un cambio importante en la práctica judicial[45]. Los jueces han abandonado la práctica secular de fijar directamente el monto global de la multa. Actualmente, proceden a una fijación por etapas. En Dinamarca, por el contrario, existe un descontento muy fuerte. Las críticas contra este sistema no han cesado jamás desde 1939, año de su inserción en el Código Penal. Dichas críticas han aumentado al punto que su abrogación ha sido formalmente propuesta por el consejo de Derecho Penal, presidido por M. Knud Waaben[46].

Como puede acontecer en nuestro país, debido a que los días-multa son igualmente previstos para reprimir las faltas, la razón —tal vez mas importante— de este fracaso, consiste, en el hecho que el sistema no ha sido aplicado sino de manera restringida a las infracciones previstas en el Código Penal y no a las reprimidas por la legislación complementaria, de modo que solo un número reducido de multas es impuesto en forma de días-multa. De acuerdo con Strahl[47] este número no supera el uno por ciento de todas las multas. Otra consecuencia negativa: infracciones similares son sometidas, en consideración únicamente a la ley que las reprime, a dos criterios diferentes de individualización de la pena (sistema tradicional y sistema de días-multa). Por último, parece que, en el momento de aplicar el sistema de días-multa, el juez no procede a la operación de dos niveles que le es propia. Se limita a fijar directamente la suma global que considera justa y la divide, enseguida, para determinar las unidades penales: no se trata sino de una parodia del sistema original[48]. En Francia, donde los jueces están acostumbrados a aplicar el método tradicional que consiste en determinar directamente un monto fijo, podrían presentarse problemas similares. Una apre-

45 Horn Eckhard, "Zwei Jahre neues Geldstrafensystem - eine Zwischenbilanz", en *Juristische Rundschau*, 1977, p. 100; Trondle, "Die Geldstrafe in der Praxis und Probleme ihrer Durchsetzung unter besonderer Berücksichtigung des Tagessatzsystems", cit., p. 551; Pallani, Franz, *Erfahrung über das Tagesbussensystem in Oesterreich*, cité par Driendl, cit., p. 730.

46 Cf. Ermgassen, "Die Geldstrafe in den nordischen Ländern (Danemark, Norwegen, Schweden, Finnland", cit., p. 910, note 252; Grebing, "Die Geldstrafe in rechtsvergleichender Darstellung", en Jescheck/Grebing, cit., p. 1265.

47 Strahl, "Les jours-amendes dans les pays nordiques", en *Revue de sciences criminelles et droit pénal comparé*, cit., p. 66.

48 Grebing, "Die Geldstrafe in rechtsvergleichender Darstellung", en Jescheck/Grebing, cit., p. 1265.

ciación correcta de la experiencia solo sería posible años más tarde. El modelo escandinavo es apropiado para las infracciones más graves, pero no para reprimir las contravenciones o faltas. En este dominio, debido a dificultades prácticas evidentes, el legislador alemán abandonó el modelo sueco que aplica los días-multas a las contravenciones. Adoptó una solución más moderna, la despenalización de las contravenciones. Estas han sido transformadas en *Ordnungswidrigkeiten*, es decir, en infracciones de orden administrativo.

5. Conversión de la multa en pena privativa de la libertad

a. Trabajos legislativos

La *ratio* de la reglamentación legislativa de la fijación de la multa es lograr que la sanción pecuniaria sea más eficaz y justa. En este sentido, Stooss[49] sostuvo de manera insistente que se trataba de lograr que el juez estableciese la pena justa con relación al condenado. Con este fin previo, en su proyecto de Código Penal suizo un procedimiento muy flexible para el pago de la multa. Esta idea fue perfeccionada en los proyectos posteriores. Su objetivo era sin duda alguna suprimir completamente la conversión de la multa en pena privativa de la libertad. De acuerdo con este procedimiento, si la sanción pecuniaria es individualizada de tal manera que el condenado pueda pagarla y que lo haga efectivamente, el problema de la conversión no existe más.

La solución adoptada por el Parlamento fue una solución de compromiso. La conversión, considerada como cuerpo extraño al proyecto por sus principales autores, fue incorporada en el Código Penal; pero limitada por la aplicación de la suspensión de la condena, si todas las condiciones se encontraban reunidas (artículo 49, inciso 3, pf. 2 del Código derogado suizo). Fue igualmente limitada por la exclusión de las conversión, al momento de dictarse la condena o por decisión posterior, si el condenado probaba que se encontraba, sin su culpa, en la imposibilidad de pagar la multa (artículo 48, inciso 3, pf. 2). En realidad, el Estado renuncia, de esta manera, a la ejecución de la pena en consideración a la insolvencia del condenado no debida a su culpa .

En el Código de 1991 se ha adoptado un sistema flexible. El punto de partida es que el juez imponga una pena de multa conforme a la culpabilidad del agente y adecuada a su situación económica. Esto debería, en principio, significar que el condenado tiene la posibilidad material de cancelar al Estado

49 Stooss, "Geldstrafe und Bussenabdiener", cit., p. 7.

la "suma de dinero fijada en días-multa" (artículo 41). Esto supone, a su vez, que el multado es una persona solvente (capaz de disponer una parte de su patrimonio sin afectar "los recursos indispensables" para su sustento y el de su familia (artículo 44, inciso *in fine*). Si ese es el caso, el condenado podrá pagar la multa dentro de los diez días de dictada la sentencia (artículo 44, ab initio). Sin embargo de acuerdo a las circunstancias y a pedido del condenado, el juez podrá autorizarlo a pagar la multa en cuotas mensuales (segunda parte del inciso antes citado). De esta manera, se busca nuevamente una mejor adecuación de la pena a la situación personal del condenado y, en lo posible, asegurar el pago de la multa. La ejecución de la sanción gana en eficacia resocilizadora, en la medida que dicha forma de pago supone la buena voluntad del condenado para cumplir con lo dispuesto en la sentencia. Este acuerdo es, igualmente, indispensable para que el pago se efectué mediante el descuento de la remuneración del condenado. El inciso segundo del artículo 44 no establece expresamente esta condición como lo hizo con relación al pago por cuotas; pero se deduce del hecho que el condenado podría y querría pagarla en una sola vez.

Cuando por mala voluntad no paga dentro de los diez días la multa o, establecida una de las formas de pago antes señaladas, frustra su cancelación, el juez ejecutará la multa en los bienes del condenado solvente o la convertirá en pena privativa de libertad. Antes de practicar esta conversión, el condenado será requerido judicialmente. La equivalencia es de un día de pena privativa de libertad por cada día-multa no pagado. Dada la *ratio* del sistema adoptado, solo deberá procederse a la conversión de la multa en pena privativa de libertad cuando la realización en los bienes del condenado sea infructuosa.

El carácter de medida extrema de esta forma de conversión esta también evidenciado, primero, en cuanto se dispone, en caso que el condenado deviene en insolvente por causas ajenas de su voluntad, que la multa se convierta en una pena de limitación de días libres (la ley dice equivocadamente "limitativa de derechos) o de prestación de servicios a la comunidad. Debido a la ausencia de mala voluntad, se establece una equivalencia favorable al condenado "de una jornada por cada siete días-multa". Y segundo, al estatuirse que la conversión de la multa en pena privativa de libertad no es definitiva, ya que el condenado puede pagarla en cualquier momento descontándose el equivalente a la parte de la pena ya cumplida.

Todas esta regulación detallada contrasta con la ausencia de disposición referente a los condenados insolventes en el momento de dictarse la sentencia. Insolventes porque solo ganan lo suficiente para sobrevivir o porque carecen de toda fuente de recursos (por ejemplo, desocupados). Parecería que se ha partido

de la idea que toda persona, puesto que vive en sociedad, cuenta necesariamente con alguna fuente de ingresos. De allí que tampoco se haya establecido criterio alguno para determinar, en los casos indicados, el monto del día-multa.

b. Ventajas del sistema

A pesar de la constatación unánime, en Europa, de los efectos nefastos de las penas privativas de libertad de corta duración, la conversión de la multa no pagada en detención ha subsistido en todas las legislaciones[50]. Su papel es el de la espada de Damocles. La eficacia de la sanción pecuniaria es así garantizada. Además de su efecto disuasivo para el deudor recalcitrante, se espera que la conversión colme el vacío creado por la inejecución de la sanción pecuniaria, evitando que una infracción permanezca impune. Hoy en día, casi no existen partidarios de la eliminación total de la conversión como era el caso en el siglo pasado[51]. La gran mayoría de juristas[52] considera que se trata de un mal inevitable y necesario. Además, como consecuencia, la conversión permite accesoriamente a imponer una sanción a las personas "inmunizadas" contra la multa; por ejemplo, aquellas que tendrían la capacidad de obtener ingresos pero que no realizan esfuerzos para obtenerlos.

c. Inconvenientes

La pena privativa de libertad que substituye la pena de multa constituye una verdadera sanción penal. No se trata, en este caso, de la prisión por deuda según el modelo francés "*contrainte par corps*"[53]. En los países donde esta pena no es acompañada de la suspensión de su ejecución, la conversión tiene por efecto volver a introducir las penas privativas de corta duración, cuya desaparición se trata de obtener. Esto es debido a la ejecución de un gran número de penas de substitución.

---

50 Trondle, "Geldstrafe und Tagessatzsystem", en *OeJZ*, 1975, p. 597.

51 Grebing, "Die Geldstrafe im deutschen Recht nach Einführung des Tagessatzsystems", en Jescheck/Grebing, p. 147, note 646.

52 Schultz, "Vierzig Jahre schweizerisches Strafgesetzbuch", en *RPS*, N.º 99, 1982, p. 31; Maurach/Gossel/Zipf, *Deutsches Strafrecht*, A.T., Teilbd. 2, Heidelberg/Karlsruhe, 1978, p. 392; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, A.T., Berlín, 1978, p. 631; Stree, en Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 21.ª ed., Múnich 1982, § 43, Rdn. 1.

53 Artículo 131 y 25 C.P. francés: "Le défaut total ou partiel de paiement de ce montant entraine l'incarcération du condamné pour une durée correspondant a la moitié du nombre de jours-amendes impayés; il est procédé comme en matiére de contrainte par corps. La détention ainsi subie est soumise au régime des peines d'emprisonnement".

Por ejemplo, en Alemania Federal, según Jescheck[54], "25'000 a 28'000 personas se encuentran cumpliendo una pena privativa de libertad de substitución de una multa, en razón no a la importancia de su monto sino de la incapacidad para pagar una suma módica". Se trata, según este autor, "de pequeños delincuentes que han cometido delitos contra el patrimonio, con números antecedentes judiciales y cuya situación profesional o relaciones familiares están en crisis. Se trata pues de grupos marginales que forman también el gran porcentaje de la población penitenciaria".

Otra desventaja de la conversión consiste en que la detención subsidiaria es resentida simultáneamente por el condenado como una sanción por la infracción y como castigo por el no pago de la multa, o hasta como solo la punición de su falta de solvencia. Esta situación se agrava cuando la conversión se hace en relación de un condenado insolvente como sucede generalmente entre nosotros.

6. Otros medios de substitución de la multa no pagada

En Italia, la Corte constitucional[55] ha declarado, en 1979, inconstitucional el artículo 586, inciso 4, del Código Penal italiano, que preveía la conversión de la multa en pena privativa de libertad. El legislador ha debido, en consecuencia, prever otros medios de substitución: la libertad controlada y el trabajo de substitución (artículo 101 y 102 de la Ley N.º 689 del 24 de noviembre de 1981 y artículo 136 del Código Penal italiano).

La libertad controlada no es sino una de las medidas de substitución de las penas privativas de libertad de corta duración (artículo 53 y 56 de la ley n. 689). De acuerdo a la ley, un día de detención equivale a dos días de libertad controlada.

El trabajo en libertad (*lavoro sostitutivo*) es una aplicación limitada del "*comunity service*"[56]. Su aplicación debe ser solicitada por el condenado. Consiste en un trabajo efectuado fuera de todo establecimiento de detención durante los días de descanso. Una medida similar ha sido prevista en el Código suizo como forma posible de pago de la sanción pecuniaria. Según el artículo 49,

54 Jescheck, "La peine privative de liberté dans la politique criminelle moderne, Exposé comparatif de la situation en République fédérale d'Allemagne et en France", en *Revue de sciences criminelles et droit pénal comparé*, cit., p. 727.

55 *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1980, p. 1375.

56 Esposito/Nastro/Romeo/Uccella, "Querela, oblatione, pene pucuniarie, pene accessorie e altre misure", en *Modifiche al sistema penale*, cit., II, p. 176.

inciso 1, pf. 2 Código Penal, el condenado "puede ser autorizado a pagar la multa mediante una prestación de trabajo, por ejemplo, en favor del Estado o de la Comuna"[57]. La idea del trabajo libre, como sanción principal o como pena subsidiaria, ha fracasado siempre en sus formas modernas. En Suiza y Alemania Federal, las normas que lo prevén han casi permanecido letra muerta. En Suiza, la doctrina considera, frecuentemente, a las autoridades como responsables de este fracaso. Les reprocha su falta de iniciativa y de interés. Las autoridades en cuanto a ellas estiman que los condenados no están, generalmente, entusiasmados por la idea de someterse a esta medida[58]. Con el fin de hacer más eficaz el trabajo libre, ya previsto por Stooss, Thormann propuso de obligar al condenado a pagar la multa trabajando en un establecimiento público. Una proposición semejante sería hoy en día incompatible con los derechos de la persona[59]. La Corte constitucional italiana ha invocado —para poder calificar la conversión de inconstitucional— el hecho que una medida de esta naturaleza es arcaica, superada puesto que pone en el mismo nivel la persona y el patrimonio[60]. En Suiza, la doctrina[61] estima que la conversión no viola el artículo 59, inciso 3 de la Constitución, pues la sanción pecuniaria no es una deuda civil, y la decisión judicial de substituir la multa por la detención es una resolución que instituye una verdadera sanción penal. No se trata pues de un

57 Thormann había propuesto en la 2.ª comisión de expertos "das zwangsweise Abverdienen", Procés-verbaux I, p. 271.

58 Stooss, *Avant-projet 1894*, p. 253; Stooss, op. cit., en RPS, N.º 4, 1891, p. 267; Bernhard Reto, *Der Bussenvollzug gemass Artículo 49 StGB unter besonderer Berücksichtigung der Praxis des Kt. Zürich*, Zürich 1982, p. 59 s, 62.

59 Artículo 4 CEDU: "1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre. 2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio. 3. No se considera como 'trabajo forzado u obligatorio' en el sentido del presente artículo: a) Todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio, o durante su libertad condicional. b) Todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio. c) Todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad. d) Todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.".

60 Esposito/Nastro/Romeo/Uccella, "Querela, oblatione, pene pucuniarie, pene accessorie e altre misure", en *Modifiche al sistema penale*, cit., II, p. 145.

61 Hafter Ernst, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts*, A.T., 2.ª ed., Berne, 1946, p. 298; Trechsel Stefan, *Die Europaische Menschenrechtskonvention, ihr Schutz der personlichen Freiheit und die schweizerischen Strafprozessrechte*, Berne, 1974, p. 30, n. 1190; Bernhard, *Der Bussenvollzug gemass Artículo 49 StGB unter besonderer Berücksichtigung der Praxis des Kt. Zürich*, cit., p. 72, 74.

simple medio de coerción que iría en contra del artículo 5, inciso 1, letra a, de la Convención europea de derechos humanos.

Ni la decisión de la Corte constitucional italiana, ni la ley adoptada para eliminar la inconstitucionalidad establecida, han tenido por efecto de abrogar totalmente la conversión de la multa en pena privativa de libertad. En la perspectiva helvética, las medidas de libertad controlada y de trabajo libre solo constituyen medios de un sistema de pago progresivo de la multa[62]. La legislación suiza es más completa en la medida en que autoriza al juez a excluir, en el juicio mismo o mediante una decisión posterior, la conversión cuando el condenado prueba que, sin culpa, se encuentra imposibilitado de pagar la multa.

En nuestra opinión, el problema permanece siempre insoluble debido a la falta de un distanciamiento suficiente con las penas privativas de libertad y, especialmente, con las penas de corta duración. Sería necesario abandonar algunos criterios considerados como verdades inmutables. Con el profesor Philippe Graven[63], convendría preguntarse sí "sería aventurado generalizar la suspensión de la condena a los casos de multa, prevista hace mucho tiempo en relación con losa adolescentes (artículo 96). Esto permitiría proporcionar, en caso necesario, al delincuente, un apoyo educativo sin necesidad de condenarlo primero a una pena privativa de libertad. Esta solución, discutida ya con ocasión de los trabajos preparatorios del Código Penal, ha sido eliminada debido a que, de una parte, la "ejecución de una condena de multa no expone al condenado a los peligros de contaminación que corre en prisión"[64] y, de otra parte, a que los cantones temían perder una fuente importante de ingresos.

Tal respuesta no se justifica más en la perspectiva de una renovación de la sanción pecuniaria. Esta constituye, como lo hemos subrayado, una pena que restringe la solvencia del condenado, cuya ejecución puede ser pospuesta bajo ciertas condiciones y cuyo objetivo es influir eficazmente sobre su comportamiento. Este objetivo de política criminal sería alcanzado si cesara de considerar a la multa como una sanción destinada únicamente a reprimir las faltas, o como medio punitivo insuficiente en comparación con la encarcelación. Las experiencias no del todo convincentes realizadas en Francia o Italia, donde la suspensión de la ejecución de la multa ha sido admitida, no son determinantes para Suiza

62 Esposito/Nastro/Romeo/Uccella, "Querela, oblatione, pene pucuniarie, pene accessorie e altre misure", en *Modifiche al sistema penale*, cit., II, p. 181.

63 Graven, op. cit., en *RPS* 85, 1969, p. 237.

64 Gautier, A., *Procès-verbaux de la 2e commission d'experts*, I, p. 421.

donde la situación económica y la organización judicial son mejores[65]. Es interesante indicar que en Austria, la suspensión de la ejecución de la multa existe desde hace mucho tiempo (artículo 43, inciso 1)[66]. En Alemania, por el contrario, la fuerte oposición de la doctrina a su admisión ha determinado su eliminación del nuevo Código Penal. Sin embargo, en el artículo 59, el legislador tudesco ha previsto la suspensión del pronunciamiento de la pena acompañada de una amonestación para toda sanción pecuniaria de 180 días-multa como máximo. Ha fijado tres condiciones: es necesario, en primer lugar, que se pueda esperar que, en el futuro, el autor no cometa otra infracción; en segundo lugar, que aparezca como conveniente, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del acto y la personalidad del autor, de evitarle la condena a una pena: en tercer lugar, que la defensa del orden público no haga necesaria la condena a una pena. Pero ha dejado de criticar esta medida por razones de política criminal. De acuerdo con la opinión del profesor Zipf[67], es preferible en el dominio de la criminalidad menor, dar al Ministerio Público la posibilidad de paralizar la persecución penal, previa aprobación del juez, acompañada de un llamado de atención al delincuente.

7. Problemas específicos de la aplicación del sistema de días-multa a determinadas categorías de la población

La aplicación de una sanción pecuniaria moderna (de acuerdo al modelo escandinavo) a grupos de personas sin ingresos o con ingresos bajos constituye un problema específico. No se trata de grupos marginales sino más bien de personas bastante bien integradas en la vida social: amas de casa, estudiantes, aprendices, pequeños artesanos, desocupados, [...] Hay grandes discrepancias doctrinarias al respecto. Por lo esencial, señalemos que se trata solo de una cuestión estrechamente relacionada al principio del carácter personal de la pena. Dos aspectos deben ser distinguidos.

El primero, es el relacionado con la fijación del monto de los días-multa conforme a la capacidad económica del procesado. Constituye, por ejemplo, una violación de este principio, el tomar en consideración la capacidad económica del marido o el nivel de vida de la familia. La mayor parte de estos casos están

65 Von Liszt, en *ZStW*, 1890, p. 75.

66 Driendl, "Entwicklung und Neuregelung der Geldstrafe nach dem Tagessatzsystem in Oesterreich", en Jescheck/Grebing, cit., p. 707.

67 Zipf, "Probleme der Neuregelung der Geldstrafe in Deutschland", en *ZStW*, cit., pp. 536 y s.

vinculados a la comisión de infracciones a la ley de tránsito y de infracciones benignas contra el patrimonio. Para resolver este problema, se ha reflexionado en qué medida sería necesario tener en cuenta las fuentes potenciales de ingreso del procesado. Así, el Código Penal alemán prevé que el juez debe, en el momento de fijar el monto del día-multa, considerar el "ingreso neto medio diario del cual dispone el autor o del que podría disponer".

A nuestro conocimiento, no se encuentra en la legislación extranjera solución explícita y específica a este problema. Se observa, sobre todo, que los legisladores no han fijado el límite inferior o que lo han hecho a un nivel bastante bajo (por ejemplo, cinco días-multa en Alemania, ningún límite en Austria y Francia), dejando así al juez un amplio margen de apreciación. El artículo 40, inciso 3 del Código Penal alemán, dice que "los ingresos del autor, su fortuna y los otros elementos necesarios a la determinación del día-multa pueden ser el objeto de una estimación". El criterio del derecho helvético referente a la determinación del monto de la multa, adoptado desde los primeros proyectos, no es diferente. Pero, cabe aún preguntarse si no sería necesario, teniendo en cuenta la personalidad del procesado, de no imponer la multa, para evitar todo riesgo de encarcelación; puesto que la simple condenación, que presupone un proceso, constituiría ya un llamado de atención suficiente para evitar el peligro de la reincidencia. Esta es la solución prevista en el artículo 49, inciso 3, pf. 2, del Código Penal suizo: "el juez podrá, en el momento de juzgar o por decisión posterior, excluir la conversión cuando el condenado pruebe que sin su culpa se encuentra en la imposibilidad de pagar la multa"[68]. El problema subsiste, sin embargo en relación con ciertas categorías de personas, como por ejemplo la ama de casa desprovista de toda fuente de ingreso propia y cuyo esposo es insolvente. El Tribunal federal no ha tenido ocasión de pronunciarse respecto a este problema. El principio de la personalidad debería sin embargo ser respetado, aún si en la práctica no es siempre posible. Además, la ventaja principal del modelo de los días-multa y de su transparencia deriva del hecho que la decisión judicial debe indicar el número y el monto de los días-multa.

El segundo aspecto de la ampliación de la sanción pecuniaria a personas sin ingreso propio o con ingresos muy bajos, se relaciona con el problema del pago de la multa impuesta, es decir, la posibilidad que tiene el condenado de descargarse en la persona de un tercero (marido, parientes, empleador, [...]). Hecho que es prácticamente imposible de evitar. Este defecto es inherente a la multa y su consecuencia es afectar indirectamente a las personas cercanas al condenado

68 Stooss había ya previsto que una reprimenda podría bastar y que la represión no sería debilitada, op. cit., en RPS, N.º 20, 1907, p. 245.

y no solamente a este. El mismo reproche vale también para las demás penas: el principio de la personalidad de las penas no puede ser pues respetado de manera absoluta.

Desde un punto de vista de política criminal, no es posible, actualmente, eliminar este aspecto negativo de la multa. Para evitar que terceros paguen la multa, queda solo la amenaza de represión a causa de obstrucción a la justicia, por substracción de una persona a la ejecución de una pena (artículo 331 CP). Lo cierto es que, en la práctica, ningún juez se preocupa de determinar quién paga realmente la multa. Este es un hecho que debe ser tomado en cuenta y no ignorado o disimulado. No sancionar su intervención significaría, como dice Waiblinger[69], "una amenaza constante a los bienes jurídicos protegidos penalmente, si por ejemplo una gran empresa diera a sus choferes, desde el momento de contratarlos, la seguridad de tomar a su cargo toda multa que podría imponérseles en razón de una violación a las prescripciones de la ley de la circulación realizada en interés de la empresa".

69 Hillenkamp, Thomas, "Zur Hochstpersonlichkeit der Geldstrafe", en *Festschrift Karl Lackner*, Berlín, 1987, p. 469. Cf. Waiblinger, *L'amende*, Fiches Juridiques Suisses, N.º 1202, p. 3.

III
La condena condicional*

Sumario: 1. Introducción. 2. Antecedentes legislativos nacionales. 3. Naturaleza jurídica de la condena condicional. 4. Denominación dada a la institución. 5. Fines de la condena condicional. 6. Fuente legal. 7. Condiciones para su concesión: a) condena a pena de prisión no mayor de seis meses. 8. Fijación de la pena y concesión de la condena condicional. 9. Pena de prisión compurgada total o parcialmente y condena condicional. 10. Pena de multa. 11. Condena condicional en caso de penas conjuntas de prisión y multa. 12. Pena de prisión sustitutiva de multa y condena condicional. 13. Penas accesorias. 14. Criterio admitido en la Ley N.º 9014. 15. Primera condena nacional o extranjera. 16. Amnistía e indulto. 17. Delincuentes primarios y ocasionales. 18. Pronóstico favorable sobre el futuro comportamiento del condenado. 19. Arbitrio judicial en la concesión de la condena condicional. 20. Período de prueba: reglas de buena conducta. 21. Duración del período de prueba. 22. Revocación en caso de violación de las reglas de buena conducta. 23. Condena condicional y "Probation". 24. Reparación civil. 25. Revocación en caso de comisión de un nuevo delito. 26. Efectos de la revocación. 27. Concurso real retrospectivo. 28. Buen comportamiento durante el período de prueba. 29. Conclusión.

1. Introducción

En la doctrina y legislación extranjeras ha existido desde hace muchos años, una constante preocupación en torno a los problemas que presenta la frecuente aplicación de penas privativas de libertad de corta duración. Esto ha dado lugar a la creación de nuevas técnicas en el modo de ejecutarlas, a la admisión de nuevos medios para reemplazarlas o al perfeccionamiento de aquellos medios tradicionalmente utilizados. Entre estos últimos, se encuentra la condena con-

* Publicado en *Derecho*, N.º 31, Lima, 1973, pp. 60-80.

dicional. Por esto, nos ha parecido interesante presentar la manera en que fue concebida por nuestro legislador, cómo fue modificada posteriormente y cómo ha sido comprendida y aplicada por nuestros jueces.

La escasa bibliografía nacional sobre esta Institución nos ha llevado a consultar las fuentes doctrinarias extranjeras. La referencia constante a la legislación extranjera, la consideramos indispensable por estimar que el método comparativo permite preparar y favorecer toda reforma, mostrándonos las posibilidades de realizarla y la experiencia adquirida en otras latitudes.

La falta casi total de estadísticas nos ha imposibilitado comprobar el exacto funcionamiento de la condena condicional en nuestro medio. Las pocas y parciales referencias que sobre este aspecto hacemos en las páginas que siguen son el resultado de una labor de investigación en las mesas de partes de los tribunales y juzgados.

Debemos señalar, finalmente, que no pretendemos ni un tratamiento exhaustivo a todas las cuestiones relacionadas con la condena condicional, ni haber dado solución a todos los problemas de interpretación y aplicación. Lo único que buscamos es destacar esta institución, sobre todo en estos momentos en que se proyecta reformar nuestro Código Penal.

2. Antecedentes legislativos nacionales

En ninguno de los proyectos elaborados para modificar o reemplazar el Código Penal de 1863, se consideró a la condena condicional. Cuando se elabora el proyecto de 1900-1902, ya se habían aprobado las leyes belga (1888) y francesa (1891), sin embargo, debido a la fuerte influencia española, no se intentó incorporar esta nueva institución, tan en boga en aquella época. Solo en el proyecto Maúrtua de 1916 se establecen normas para regular la condena condicional. El autor las elabora inspirándose en los trabajos del legislador suizo, que tendían a la unificación de su legislación pena. Dichas disposiciones, con algunas modificaciones devienen, en 1924, en los artículos 53 y siguientes del Código Penal.

El 23 de noviembre de 1939, por iniciativa de la Corte Suprema, se modifican las disposiciones del Código Penal que regulan la condena condicional; pero en la misma fecha se promulga el nuevo Código de Procedimientos Penales, cuyo artículo 286 trata también de la condena condicional. Este código entró en vigor el 18 de marzo de 1940. Esta sucesión de disposiciones legales ha creado cierta confusión en torno a la institución" que estudiamos.

3. Naturaleza jurídica de la condena condicional

Antes de iniciar el estudio de la manera cómo la condena condicional ha sido regulada en nuestra legislación, nos parece conveniente analizar el problema de la naturaleza jurídica de esta institución. La doctrina nacional no se ha ocupado con la debida amplitud de este tema y la jurisprudencia no es lo suficientemente clara.

En la doctrina extranjera, especialmente de habla alemana, no hay un criterio unánime al respecto. Algunos juristas consideran que la condena condicional es una especial clase de pena[1]; otros estiman que es un modo de ejecutar determinadas penas privativas de libertad; algunos otros opinan que se trata de una medida de corrección[2]; una minoría defiende el criterio de que se trata de un medio de reacción penal independiente de las penas y de las medidas de seguridad[3]. Además, es de señalar que hay autores que la consideran sea como un medio de individualización de la pena[4] o como un sucedáneo de las penas privativas de libertad[5].

Del estudio de las diversas opiniones vertidas en torno a este problema, podemos afirmar que todo enfoque unilateral fracasará, por cuanto la condena condicional, como ya lo señalara Molinario en 1915, "no es una institución unilateral por su objeto". Lejos de ahí, ella realiza a un mismo tiempo funciones de

1 Hans Welzel dice: "La suspensión a prueba de la pena contiene una auténtica sanción", *Derecho penal alemán. Parte general*, 11.ª ed., Santiago de Chile, 1970, p. 345; Ricardo Núñez, siguiendo a Herrera, afirma: "Es una verdadera pena de advertencia o de intimidación, fruto del principio de la individualización de la pena", *Derecho penal argentino*, 21.ª ed., Buenos Aires, 1965, t. II, p. 523; Fontán Ballestra expresa: "Es una clase de pena destinada a ejercer una acción preventiva y moral sobre el condenado", *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, 1966, t. III, p. 396.

2 Schmidt, E., "Reform des Strafvollzugs", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1952, p. 1; Thormann- von Overbeck expresan: "Massregel strafrechtlicher Art" Das schweizerische Strafgesetzbuch, Zürich, 1940, t. I, p. 168; Reinhart Maurach afirma: "Massregel im Gewande einer Friheitsstrafe", *Deutsches Strafrecht*, 4.ª ed., Karlruhe, 1971, p. 866.

3 Jürgen Baumann manifiesta: "Sie (die Strafaussetzung) ist eine Rechtsfolge besonderer Art, wenn man will eine "dritte Spur im Strafrecht", en Strafrecht, 5.ª ed., Tübingen 1968; cf. H. H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, allgemeinen Teil*, Berlín, 1969, p. 547.

4 Saleilles, R., *L'individualisation de la peine*, París, 1898, pp. 190 y s.

5 Zürcher, E., *Exposé des motifs de l'avant-projet d'avril 1908*, cit., p. 148, p. Logoz, *Commentaires du Code Pénal suisse. Partie générale*, Neuchâtel-París, 1939, p. 178; Peco, José, *Proyecto de Código Penal argentino*, cit., p. 185.

índole diversa, debiendo, pues, considerársela en el sistema general del Derecho penal, como un organismo de compleja trama y multiplicada eficacia[6], es decir, que no se podrá comprender la condena condicional si se parte solo desde un punto de vista represivo o solo desde un; punto de vista preventivo; ya que sus fines son múltiples.

Es de tener en cuenta, también, que los juristas no mantienen, en su mayoría, puntos de vista unilaterales; sino que, expresa o tácitamente, destacan un aspecto de esta Institución considerándolo como el más importante. Por esto, podríamos decir con Maurach que la solución debe ser un compromiso entre las opiniones extremas. Según este autor, la condena condicional es, materialmente, una medida correctiva que comporta la cooperación del autor, y, formalmente, una particular pena privativa de libertad (aunque no ejecutable condicionalmente)[7]. Recurriendo a un método parecido, Lackner y Massen al comentar el Código Penal alemán, estiman que la condena condicional, de acuerdo a las disposiciones legales, no es una pena ni una medida de seguridad, sino tan solo una modalidad de ejecución de la pena, pero que si se tiene en cuenta sus fines, debe ser concebida como un medio efectivo para lograr la resocialización del condenado[8].

Existe unanimidad en la doctrina, por el contrario, en el rechazo a la opinión que concibe la condena condicional como una gracia, como una medida de indulgencia o de clemencia[9].

En sus decisiones, la Corte Suprema concibe a la condena condicional, en primer lugar, como un beneficio[10] que debe ser concedido al delincuente pri-

---

6 Molinario, "La condena de ejecución condicional", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1925, p. 72.

7 Maurach, *Deutsches Strafrecht, parte general*, p. 866.

8 Lackner y Massen, *Strafgesetzbuch*, pp. 50 y 51.

9 Esta concepción ha sido sostenida, en Francia, por Donnedieu de Vabre, quien afirma: la suspensión de la ejecución de la pena es una medida de indulgencia que el juez tiene la facultad de ordenar cuando condena a un delincuente primario—, Traité de droit criminel et de législation pénale comparée, 3.ª ed., París 1917, p. 518. Entre nosotros, Gómez de la Torre sostuvo que la condena condicional es, en realidad, el perdón de la primera falta cometida por una persona en circunstancias tales, y cuyos antecedentes hacen presumir que se trata de un delincuente ocasional que entrará fácilmente en el camino del arrepentimiento, de la enmienda y la readaptación. Llegando a afirmar que la condena condicional es, pues, el olvido del primer delito [...]", "La condena condicional", en *Revista Universitaria*, Lima, 1902, p. 41.

10 El texto original del artículo 53, *in fine*, se refería al "beneficio de (la) suspensión condicional". La exposición de motivos del anteproyecto del código de procedimientos pe-

mario, no peligroso, y cuando la pena a imponerse sea exigua[11]. Este criterio está determinado por el hecho de que el Supremo tribunal subraya, de manera particular, el aspecto represivo (punitivo) de nuestro sistema penal. De ahí que califique a una pena de prisión de seis meses, impuesta condicionalmente, de castigo insignificante", "hasta cierto punto irrisorio"[12]. Por eso, igualmente, considera que si bien "el artículo 148 del Código Penal (referente a menores de 21 años y mayores de 18) favorezca al encausado, no quiere decir que se vaya hasta la impunidad. Puede rebajarse la pena prudencialmente, pero no al extremo de conceder el beneficio de la Condena condicional"[13]. Esta manera de comprender la condena condicional es expresada por la misma Corte Suprema en los considerandos de su proyecto de ley modificatorio del Código Penal, en la parte relativa a la condena y liberación condicional. Dice textualmente: "la condena condicional deja impune el delito y solo es aceptable en circunstancias muy excepcionales"[14].

Sin embargo, es de destacar la Ejecutoria del 21 de julio de 1951, en la que contradiciendo al Fiscal que afirmaba "que la condicionalidad importa la impunidad", la Corte Suprema afirma: "que no pueden considerarse impunes los hechos delictuosos que son objeto de una condena condicional, impuesta, en cada caso, [...] que el carácter punitivo de esta sanción aplicada por los códigos modernos para sustituir las prisiones cortas, es incuestionable"[15]. Después de esta aclaración resulta incongruente que la misma Corte Suprema continúe refiriéndose a la condena condicional como si se tratara de un mero beneficio. Posteriormente, veremos cómo esta concepción influye negativamente en la comprensión y aplicación de las disposiciones legales referentes a la condena condicional.

---

nales se refiere, igualmente, a la condena condicional como un "beneficio", ver: *Revista del Foro*, Lima, 1939, p. 301.

11 Ver ejecutorias del 21 de mayo de 1932, del 7 de octubre de 1933 y del 23 de abril de 1953 y el oficio de la Segunda Sala de la Corte Suprema dirigido a la Corte Superior de Arequipa, en *Revista de los Tribunales*, 1932, p. 109. *Anales Judiciales*, 1933, p. 265, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1953, p. 989 y *Anales Judiciales*, 1935, p. 419, respectivamente.

12 Ejecutoria del 26 de octubre de 1942, en *Anales Judiciales*, 1942, p. 327. 14. Ejecutoria del 25 de julio de 1951, en *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1951, p. 1328. 15. *Anales Judiciales*, 1939, p. 343.

13 Ejecutoria del 25 de julio de 1951, en *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1951, p. 1328.

14 *Anales Judiciales*, 1939, p. 343.

15 Ejecutoria del 21 de julio de 1951, en *Revista del Foro*, 1951, p. 794.

4. Denominación dada a la institución

En doctrina se ha discutido mucho sobre el nombre dado a esta institución. Se critica, por ejemplo, que la denominación generalmente usada de "condena condicional" no es correcta, pues, no es la condena la afectada por la condición, sino la ejecución de la pena. La justeza de esta observación solo sea determinada teniendo en cuenta la manera cómo el legislador ha regulado esta institución. Así, tal crítica es acertada si se considera la manera cómo está configurada en los primeros proyectos suizos, en la Ley Belga de 1888, en el Código Penal italiano de 1930 o en el texto original del Código Penal suizo de 1940. Por el contrario creemos según nuestra legislación, la denominación de condena condicional, no es del todo errónea; por cuanto, en el artículo 55 nuestro legislador ha sometido a una "condición resolutoria" a la condena que se impone al delincuente. Sabemos que esta opinión ha sido frecuentemente criticada por destacados juristas. Nos basta señalar a Soler y Núñez en la Argentina, autores que comentan disposiciones muy parecidas a las de nuestra legislación sobre la condena condicional[16].

En defensa del criterio sostenido por nosotros está el hecho de que autores como Logoz y Graven, al estudiar el Código Penal helvético, consideran que el legislador de su país escoge, en definitiva, la noción de "remisión a la ejecución de la pena", solo al aprobar el texto definitivo del Código. Por el contrario, la segunda comisión de expertos admitió, al elaborar el proyecto de 1918, que fue la base para las discusiones parlamentarias, la condena condicional[17]. En este proyecto, los expertos suizos reprodujeron, en buena cuenta, las disposiciones de los anteproyectos de 1915 y de 1916. Y es el caso dé que el modelo seguido por nuestro legislador al redactar las normas del Código Penal sobre condena condicional, fueron, precisamente, estos antecedentes legislativos helvéticos. A su vez, el legislador suizo se inspiró en el modelo francés. La fuente de la disposición aprobada por las Cámaras legislativas suizas fue la legislación belga[18].

5. Fines de la condena condicional

El legislador ha considerado, casi siempre, como fin primordial de la condena condicional, la lucha contra las consecuencias dañinas producidas por la

16 Es de recordar que la doctrina argentina no es unánime, al respecto, discrepan Allende y Gatti; ver: "Posibilidad de aplicar más de una vez la condena condicional", en *La Ley*, Buenos Aires, t. 55, p. 237.

17 Logoz, P., *Commentaires, partie générale*, cit., p. 177, 178; Graven, Jean, "Le sens du sursis conditionnel et son développement", en *Revue Pénale Suisse*, 1954, p. 261.

18 Graven, J., *Revue Pénale Suisse*, 1954, p. 274.

Tres años antes de aparecer nuestro Código, el legislador argentino había establecido que la condena condicional podía ser concedida hasta cuando la pena privativa de libertad fuere de dos años. El límite de seis meses, escogido por nuestro legislador, se revela insuficiente si se piensa que él mismo ha considerado, en el Código de Procedimientos Penales, que la liberación provisional (cuya finalidad es, igualmente, evitar el ingreso del delincuente en prisión) se concederá a los inculpados de delito sancionado con no más de dos años como extremo máximo de la pena. Podría suceder, por ejemplo, que el autor de un delito de seducción (artículo 201, pena no mayor de dos años de prisión) sea puesto en libertad provisional por el juez instructor, a fin de evitarle los efectos nocivos del encarcelamiento; pero al dictar sentencia, le imponga un año de prisión efectiva, pena que considera adecuada a la culpabilidad del agente. Los fines de la libertad provisional se verían frustrados. Para evitar esto, nuestros jueces imponen penas de seis meses, aún cuando no correspondan a la gravedad del acto y a la culpabilidad del agente, y poder, de esta manera, conceder la condena condicional.

La tendencia legislativa en los últimos años, se orienta hacia la concesión de la condena condicional a penas de mayor duración. En Alemania, se prevé para penas no mayores de un año y, en condiciones especiales, para penas de hasta dos años[24]; en Suecia, se concede para toda pena de reclusión, cuyo máximo puede ser hasta de diez años[25]; en Bélgica, es posible otorgarla hasta por penas no mayores de tres años[26]; en Suiza, la ley de reforma del 18 de marzo de 1971 aumenta de un año a dieciocho meses la duración de las penas cuya ejecución puede ser suspendida condicionalmente[27]; en Italia, el proyecto Gonella mantiene el límite de un año establecido en el Código, pero lo aumenta en caso de multa a dieciocho meses[28]; en el Brasil y la Argentina se mantienen los límites de dos años[29]; en nuestro país, el artículo 53 del proyecto de 1972 fija, igualmente, dicho límite en dos años.

---

24 Artículo 23, párrafo 1 y 2, texto de setiembre de 1969, en Bundesgesetzblatt, Bonn 1969.

25 Capítulo XXVII, artículo 2, del Código Penal sueco, texto de 1965, en Información Jurídica, N.º 294-295, Madrid, 1967.

26 Artículo 9 de la Ley del 29 de junio de 1964, en Pasinomie, Bruselas, 1964, p. 858.

27 Artículo 41 N.º 1, párrafo 1; ver: José HURTADO, "La reforma parcial del Código Penal suizo (Ley penal del 18 de marzo de 1971)", en *Derecho*, Lima, 1972, pp. 103 y s.

28 Artículo 42. El limite se duplica en caso de delincuentes que han cumplido 70 años y es de 3 años en caso de menores de 18 años; ver: Senato della Republica, V Legislatura, NQ 351, Roma, 1968.

29 Artículo 71 del Código Penal brasileño de 1969, en *Revista de Información Legislativa*, Senado Federal, año VI, N.º 24, y artículo 26 del Código Penal argentino, modificado

8. Fijación de la pena y concesión de la condena condicional

El agente puede haberse hecho merecedor de esta pena por la ejecución de cualquier delito o falta que sea reprimido con pena no mayor de seis meses de prisión o cuando siendo superior a este límite, la existencia de determinadas circunstancias, por ejemplo, un error de hecho o de derecho no culpable (artículo 87), una eximente incompleta de pena (artículo 90), permite al juez imponer una sanción de tal magnitud.

Se trata, pues, de la pena fijada en la sentencia de acuerdo a la culpabilidad y peligrosidad del agente (artículo 51). De manera que la naturaleza de la acción, el tiempo y lugar de la perpetración, los medios usados, el modo de ejecución, en buena cuenta, el tipo y la gravedad de la infracción no son determinantes para la concesión de la condena condicional. Estos factores serán considerados, por el juez, al momento de individualizar la pena. Con razón afirmaba Ángel Gustavo Cornejo: "la importancia o naturaleza del delito no entra en consideración para otorgar la condena condicional"[30].

Nuestra jurisprudencia no distingue, correctamente, estas dos fases. La primera, en la que se determina la pena (artículo 51), y, la segunda, en la que se tiene en cuenta la gravedad de la infracción. En muchos casos, como en los delitos culposos, las circunstancias fácticas no revelan, necesariamente, que el autor sea indigno de la condena condicional, y, por el contrario, un caso objetivamente leve ya puede constituir un indicio de que el agente tiende a cometer nuevos actos delictuosos.

En reiteradas oportunidades la Corte Suprema, ya sea para conceder o denegar la condena condicional, recurre a la "naturaleza del delito" o a la necesidad de "sancionar hechos de tal naturaleza". Ver, por ejemplo, ejecutorias del 29 de abril de 1941, del 19 de diciembre de 1941, del 5 de mayo de 1944 y del 23 de octubre de 1952[31]. En las dos últimas se dice, expresamente, "que la forma y circunstancias en que se ha cometido el delito excluye el beneficio de la suspensión

---

por ley N.º 17567 del 19 de julio de 1968., Parte general, 1967, p. 31.

30 Comentarios al nuevo Código Penal, Lima, 1926, p. 187; cf. Bruns quien dice: Comentarios al nuevo Código Penal, Lima, 1926, p. 187; cf. Bruns quien dice: "Erst nach Fixierung der schuldangemessene Strafe ist die Frage der Strafaussetzung zu prüfen, beider es sich nach h. L. lediglich um eíne Modifikation der Vollstreckung handelt [...]", Strafzumessungsrecht, AT 1967, p. 31.

31 Dichas ejecutorias han sido publicadas en *Anales Judiciales*, 1935, p. 419, *Revista del Foro*, 1941, p. 383, *Revista de los Tribunales*, 1942, p. 25, *Anales Judiciales*, 1944, p. 95, *Revista de Jurisprudencia Peruana* 1952, p. 2983.

de la pena" y que es "necesario sancionar hechos de esta naturaleza (accidente de tránsito que provoca tres muertos y dos heridos) que se repiten con frecuencia". Aquí predomina una razón de prevención general, directamente vinculada al tipo de infracción. Lo mismo sucede en la ejecutoria de] 26 de octubre de 1952, en la que la Corte Suprema declara haber nulidad en la sentencia recurrida que imponía al acusado la pena de seis meses de prisión condicional, y reformándola, le impuso un año de 'prisión, considerando, de acuerdo con el dictamen del Fiscal, que "el abigeato es un delito que se está repitiendo con frecuencia; (y) debe ser reprimido en forma seria (sic)[...]"[32]. En nuestra opinión, estos fallos revelan de parte de sus autores una equivocada concepción de la naturaleza y fines de la condena condicional[33].

9. Pena de prisión compurgada total o parcialmente y condena condicional

No procede otorgar la condena condicional por el resto de la pena (no mayor de seis meses) que debe aún cumplir el condenado, después de ser descontada la carcelería sufrida durante el proceso. Se ha discutido con cierta frecuencia, si es posible conceder la condena condicional por una pena de prisión no mayor de seis meses y al mismo tiempo dar por compurgada una parte de esta sanción. En una de sus resoluciones, la Corte Suprema ha respondido, desestimando la opinión favorable del Fiscal. Considera que "es inadmisible la aplicación conjunta de una condena condicional y una pena de prisión (efectiva) aunque sea compurgada ya que por su naturaleza y consecuencias se excluyen [...]"[34]. Se trataba de una mujer sancionada por el Tribunal Correccional a tres meses de prisión compurgada en un mes y veinte días, y suspendida condicionalmente en el resto. La Corte Suprema declara haber nulidad en la sentencia, por las razones ya indicadas, y reformándola, le impone un mes de prisión, compurgada con la carcelería sufrida. Con este mismo criterio, es evidente que no es posible admitir la condena condicional en caso de que la pena impuesta se dé por compurgada totalmente.

Esta concepción de nuestra jurisprudencia es demasiado formalista y no tiene en cuenta los fines de la institución. En la doctrina y jurisprudencia extranjera, las soluciones adoptadas en torno a este problema no son concordes. Así, por ejemplo,

32 Ejecutoria del 26 de octubre de 1942, en *Anales Judiciales*, 1942, p. 327.

33 Ver *supra* 3 y 5.

34 Ejecutoria del 13 de octubre de 1947, en *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1948, p. 565.

la Corte de Casación Italiana considera que el "beneficio es aplicable aún cuando la pena ha sido completamente cumplida en detención preventiva"[35]. El Tribunal federal suizo, en reiteradas decisiones, adopta la misma solución, por considerar que aún en tal caso la condena condicional es ventajosa para el delincuente y para la sociedad[36]; el Tribunal alemán considera inadmisible que se conceda por tan solo una parte de la pena[37], pero considera que no es excluida por la imputación de la detención preventiva o de otro tipo de privación de la libertad. Por el contrario, la jurisprudencia francesa sostiene el criterio opuesto[38].

10. Pena de multa

La pena de multa consiste en la imposición al delincuente, por parte del juez, de la obligación de pagar a cierta cantidad de dinero, en concepto de retribución del delito cometido. En la legislación penal moderna, esta pena ha desempeñado un rol importante en la lucha contra las penas privativas de libertad de corta duración[39].

En el artículo 20 de nuestro Código Penal, la multa ha sido regulada conforme al sistema sueco del profesor Thyrén. Según este sistema, el monto de la multa resulta de multiplicar el número de días multa (unidad de medida artificial) por el monto de cada día multa (fijado por el juez de acuerdo a la capacidad económica del delincuente)[40]. El objetivo principal es que el condenado cumpla con hacer efectiva la multa. Para esto, el juez fijará un plazo prudencial para el

35 Cass. Sez. I, 22 gennaio 1962, Bulla, Cass. Pen. Mass, ann. 1962, 640, m. 1158, citada por Guissepe Latenzi, *I Codici penali*, Milano 1964, p. 226.

36 Bundesgerichtsentscheid 1955 81 IV 210; 1943 69 IV 151.

37 Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen 6, 163. El artículo 23, párrafo 4, ab initio, del Código Penal alemán reformado dice: "Die Strafaussetzung kann nicht auf eien Teil der Strafe beschrankt werden". Pero, esta misma disposición estatuye que la condena condicional no es excluida por la imputación de la detención preventiva o de otro tipo de privación de libertad. Expresamente dispone: "Sie wird durch eine Anrechnung von Untersuchungshaft oder einer anderen Freiheitenziehung nicht ausgeschlossen", en Bundesgesetsblatt, 1969.

38 Lyon, 20 février 1893, Gaz. Pal. 1893, II 547, citada por Bouzat et Pinatel, *Traité de droit pénal et criminologie*, 2.ª ed., *Droit pénal général*, París, 1970, p. 636.

39 Schmelck y Picca, *Pénologie et droit pénitentiaire*, París, 1967, p. 109.

40 Ancel y Strahal, *Le droit pénal des pays scandinaves*, París, 1969, pp. 118 y s. Nuestro código en su artículo 20, *in fine*, estatuye que si el condenado no tiene bienes, empleo o industria, no ganare salario, se considerará como renta el salario normal.

pago y podrá, también, autorizar a realizarlo por cuotas, "haciéndolo compatible con las necesidades del condenado y de su familia"[41].

Solo en el caso de que el condenado no pague la multa en el plazo fijado o sea insolvente, la multa se convertirá en prisión a razón de un día por cada sol. La duración de la prisión no podrá exceder de tres meses (artículo 21). Esta conversión representa, especialmente, en caso de insolvencia del condenado, "uno de los mayores peligros de injusticia de esta pena"[42].

Pero aún cuando la conversión ha sido ordenada, es posible evitar la prisión. De un lado, el condenado puede, en cualquier momento, hacer cesar su encarcelamiento pagando la multa, deducida la parte correspondiente de la prisión sufrida (artículo 22); y, de otro, el condenado puede pedir que se reemplace la prisión sustitutiva de la multa por la prestación de un trabajo determinado en una obra del Estado o de instituciones de utilidad pública, en razón de un día de trabajo por cada día de prisión (artículo 24)[43].

Teniendo en consideración las medidas previstas por nuestro legislador para el cumplimiento de la pena de multa, podemos afirmar que su conversión en una pena de prisión tendrá lugar, solo, en caso de insolvencia o de incumplimiento de pago por mala voluntad del condenado. En el segundo caso de los nombrados, el encarcelamiento del condenado que no quiere pagar la multa sería justo, si bien podría discutirse sobre su oportunidad. En el primer caso, por el contrario, el encarcelamiento del condenado insolvente parece como un castigo a su falta de capacidad económica. Esto ha dado pie a numerosas críticas contra la pena de multa. Esta posibilidad parece que fue tomada en cuenta por nuestro legislador para admitir la condena condicional en caso de que se imponga la pena de multa. Al respecto, el texto original del artículo 53, *in fine,* estatuía: "La pena de multa podrá ser también objeto del beneficio de suspen-

41 Artículo 23 del Código Penal; ver exposición de motivos en Código Penal edición oficial, 1939, pp. 166 y 167.

42 Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, cit., t. II, p. 391.

43 A nuestro conocimiento, no se ha aplicado este substituto de la prisión que reemplaza a la multa impaga. Este sistema, admitido últimamente en el contraproyecto alemán de 1966, ha sido criticado, sobre todo, en relación a las posibilidades prácticas de ejecución. Sus defensores han respondido que, ciertamente, el Estado deberá crear los nuevos organismos que permitirán la aplicación de tal disposición y que modificaciones institucionales de esta envergadura están vinculadas a toda reforma en profundidad. Ver al respecto Peter Noll, "Le contreprojet d'un code pénal allemand", en *Revue de Droit pénal et de Criminologie*, 1969, p. 757, n. 11 y la bibliografía citada.

sión condicional"[44]. El artículo 286 del Código de Procedimientos Penales la enumera en primer lugar. Esta solución ya había sido adoptada por la Ley belga de 1888, la Ley francesa de 1891, el Código Penal argentino de 1921 el Código Penal Italiano de 1940[45]. Doctrinariamente, muchos no aprueban este criterio por estimar que la ejecución de una pena de multa no expone al condenado a los peligros propios de las penas privativas de libertad de corta duración. Este es el criterio que primó, por ejemplo, en la segunda gran comisión redactora del Código Penal suizo, que no aceptó una propuesta de Delaquis y Studer para extender, siguiendo el ejemplo francés, la condena condicional a la pena de multa[46]. Este rechazo se comprende por cuanto la condena condicional surge como medio de lucha ideal para combatir los efectos nocivos de las penas privativas de libertad de corta duración. Hacia este fin, a nuestro entender, se orientaron tanto el legislador francés como el nuestro, al extender la aplicación de la condena condicional a la multa. Esta amplitud del campo de aplicación favorece el aspecto preventivo, autoreeducador, de la condena condicional.

Algunas legislaciones extranjeras contienen una solución intermedia, admiten que la condena condicional procede solo cuando la pena de multa se sustituya por una pena privativa de libertad. Es el caso del Código Penal español, artículo 93[47]; entre los proyectos cabe indicar el venezolano de 1967, artículo 98; y al peruano de 1972, que en el último párrafo del artículo 53, establece: "La pena de multa, en caso de insolvencia, podrá ser suspendida".

---

44 Reproduce el último párrafo del artículo 40 del Proyecto peruano de 1916, que parece inspirado en la legislación francesa.

45 El proyecto Gonella mantiene el mismo criterio, pero señala que convertida (mentalmente) la multa a prisión (sola o conjunta a pena privativa de libertad) no sea mayor de 18 meses, en lugar de un año como lo hace el artículo 163 del Código vigente. Ver artículo 45, N.º 1, del proyecto de Código Penal austríaco de 1969, en 706 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates XI G. P., Viena 1968.

46 Procès-verbaux de la 2éme Commission d'experts, Lucerne, 1913, t. I, p. 421. En el Código Penal brasileño de 1969, artículo 71, último párrafo, se excluye la suspensión condicional de la multa. El Código Penal alemán, artículo 29, NQ6, disponía la remisión de la pena de multa, cuando el condenado, sin culpa, no la cancelaba. Esta disposición ha sido conservada en el texto reformado. El legislador argentino ha modificado, mediante Ley N.º 17567, el artículo 26 del Código Penal, en el sentido de excluir para las penas de multa la aplicación de la condena condicional.

47 Artículo 93, N.º 3: "Que la pena consiste en privación de libertad, cuya duración no exceda de un año y esté impuesta como principal del delito o falta o cono subsidiaría por insolvencia en caso de multa". Casi en idénticos términos estaba redactado el artículo 2, N.º 3, de la ley española NQ 233 del 17 de marzo de 1998, que introdujo la condena condicional. Ver: Quintano Ripollés, Comentarios al Código Penal, Madrid, 1966.

Nuestro legislador no hace depender del monto de la multa la concesión de la condena condicional.

La pena de multa, según nuestro Código Penal puede ser impuesta como pena principal o como accesoria (artículo 29). Como principal será impuesta cuando haya sido prevista, en la parte especial, como la única pena para el delito en particular[48], como pena alternativa junto a una pena de prisión[49]o como pena conjunta a una pena de prisión[50] o de inhabilitación[51]. En su calidad de accesoria, la pena de multa será impuesta cuando el delito es cometido con fines de lucro o por codicia (artículo 25)[52].

A pesar de la amplitud con que nuestro legislador recurre a la pena de multa, nuestros tribunales imponen en raras ocasiones esta sanción[53]. De la misma manera proceden los jueces instructores en los casos que dictan sentencia.

En los raros casos en que imponen la pena de multa, nuestros jueces casi no hacen uso de la condena condicional[54].

48 No son más de diez y se trata de infracciones dolosas leves o culposas: artículos 183, 210, 234, 242, 243, 276, 306, 325, 327, 346.

49 Existen veinticuatro casos; ejemplos: artículos 185, 209, 232, 268, 287, 292, 301.

50 Hay treintaitrés casos, ejemplos: artículos 243, 248, 276, 298, 365, 367.

51 Se dan veintiún casos, ejemplos: artículos 243, 248, 276, 298, 365, 367.

52 Sobre penas accesorias y condena condicional, ver *infra* 13. El artículo 29 de nuestro Código Penal parece no tener antecedentes legislativos nacionales o extranjeros. Sin embargo, es de considerar que la idea proviene de los anteproyectos suizos de 1915 y 1916 y fuentes legales del proyecto peruano de 1910. En dichos anteproyectos se consideró a la multa, impuesta i cuando el delincuente ha actuado por codicia, entre las penas accesorias. Así el anteproyecto de 1915, bajo el rubro marginal. de "5. Peines accesoires" consideró en el artículo 49 la "amende accessoire à une peine privative de liberté". En el proyecto de 1918, ya no figura bajo dicho rubro, sino en el correspondiente al de la multa; pero no se modifica el texto de la disposición: "Si le délinquant a agi par cupidité, le juge accessoirement à la peine privative de liberté, pourra le condanner à une amende" (artículo 47). Por esta misma razón, creemos que José Peco consideró en su proyecto entre las penas accesorias la multa cuando el delito se comete por móvil de lucro (artículo 49 de su proyecto). Ver su Proyecto de Código Penal argentino, p. 153.

53 De una simple revisión de los cuadernos copiadores de sentencias de los Tribunales Correccionales, aparece que del total de sentencias pronunciadas entre 1967 y 1971 (15,287), en no más del uno por ciento se imponen multas.

54 Como referencia diremos que uno de nuestros legas que ejerció el cargo de juez instructor suplente, en forma continuada durante tres años, no dictó mas de diez sentencias imponiendo multas, de las cuales una sola condicionalmente

En todos los casos en que la pena de multa es impuesta como principal (sola o conjuntamente con una pena privativa de libertad), el juez puede conceder la condena condicional en virtud del artículo 286 del Código de Procedimientos Penales. Si fuere impuesta como accesoria, deberá invocarse el artículo 54 del Código Penal que permite extender los efectos de la condena condicional, concedida para la pena principal, a las penas accesorias.

11. Condena condicional en caso de penas conjuntas de prisión y multa

Nuestra jurisprudencia no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la concesión de la condena condicional a un delincuente sancionado por una pena privativa de libertad y por una pena pecuniaria. De acuerdo a las disposiciones legales vigentes, es posible que el juez la otorgue en relación a las dos penas. Pero, ¿podría otorgarla en relación a una y negarla en la otra? Sobre el particular, consideramos que estando cumplidas las condiciones exigidas por la ley y estimando el juez necesaria la concesión, sería poco lógico negarla, supongamos solo en relación a la pena privativa de libertad. Este criterio es admitido por la doctrina y jurisprudencia de Francia e Italia, países cuyas legislaciones admiten la condena condicional para la multa[55].

12. Pena de prisión sustitutiva de multa y condena condicional

De la manera como se ha regulado la multa y la condena condicional en nuestro ordenamiento legal, surge el problema de saber si sería posible suspender condicionalmente la pena de prisión que sustituye una pena de multa no pagada por insolvencia. De "*lege lata*", no procede, ya que el artículo 286 del Código de Procedimientos Penales dice: "En los casos en que se dicte condena de multa o de prisión que no exceda de seis meses [...]". De "lege ferenda", cabría preguntarse si la concesión de la condena condicional no compensaría la injusticia debida a la desigualdad económica, de la cual el condenado no es culpable. Sin embargo, podría evitarse esta situación, al menos parcialmente, no

55 Ver Bouzat et Pinatel, *Traité de droit pénal et criminologie*, p. 636. La Corte de Casación italiana ha resuelto que "en el caso de condena por un delito sancionable con pena privativa de libertad y, con pena pecuniaria, es, legítima la concesión del beneficio limitado solo a la primera", Cass. 24 giguno 1948, Remo altri, Giustizia Penale 1948, II, p. 598. Merece señalarse el caso del Código Penal sueco que establece: "junto a la condena condicional puede imponerse multa no mayor de 120 días-multa, aún cuando la ley no lo establezca, pero si es que es necesaria para la reeducación del delincuente o para la prevención general" (artículo 2, Capítulo XXVII).

imponiendo la pena de multa cuando se conoce o se tiene razones fundadas para creer insolvente al delincuente[56].

13. Penas accesorias

Según el artículo 14 de la Ley N.º 9014, cuyo texto reproduce casi literalmente el del artículo 54 del Código Penal, la suspensión condicional de la ejecución de la pena principal puede ser extendida por el juez a la de las penas accesorias y a la de las incapacidades establecidas en la sentencia. De esta manera, el legislador resuelve, expresamente, un problema muy discutido en doctrina.

En doctrina se considera penas accesorias a aquellas que siguen a una pena principal (sanción esencial) de la infracción. Cuando el juzgador impone una pena principal, a la cual el legislador ha vinculado una pena accesoria, esta se aplica automáticamente, de pleno derecho, por ley, sin que haya necesidad de que el juez la pronuncie especialmente. El juez no puede, por otra parte, ordenar su no aplicación[57].

Sin embargo, es de destacar que esta clasificación precisa de la doctrina no es, rigurosamente, admitida por el legislador. Este parece ser el caso en nuestra legislación; el artículo 29 de nuestro Código Penal estatuye que las penas de multa e inhabilitación pueden ser impuestas como penas principales o como accesorias. La multa podrá ser considerada accesoria, solo cuando el delito hubiera sido cometido con fines de lucro o por codicia. El artículo 25 establece que en esos casos, "el juez agregará una multa"; es decir, que es necesario que la imponga expresamente el juez y este no la podrá imponer en todos los casos que condene, por ejemplo, a pena privativa de la libertad. Respecto a la inhabilitación, el artículo 30, *in fine,* declara expresamente: "Cuando fuere impuesta como accesoria de las penas privativas de la libertad, su tiempo comenzará a correr desde el día de la liberación definitiva del condenado"[58]. Es decir, que nuestro legislador no ha considerado su aplicación automática, de pleno derecho. Si el juzgador omite declarar la inhabilitación posterior y su sentencia queda consentida, no podrá

56 En realidad, los delincuentes se reclutan en su gran mayoría entre los menos favorecidos económicamente; esto explicaría también el porqué esta pena ha logrado poco éxito en nuestro medio.

57 Bouzat et Pinatel, *Traité de droit: pénal et criminologie*, p. 324. El Código Penal italiano define ambos tipos de penas de la siguiente manera: artículo 20 "Le pene principali sono inflitte dal giudice con sentenza di condanna; quelle accessorie consegitono di diritto alla condanna, come effetti penal di essa".

58 Ver artículos 31, 34 y 35 del Código Penal.

considerarse al condenado como inhabilitado. Nuestra jurisprudencia exige que en las condenas por infracciones cometidas con abuso del ejercicio de un mandato, cargo, empleo, profesión, negociación o arte, se imponga, taxativamente, la inhabilitación relativa, a pesar de que el artículo 36 establece que esta Irá siempre anexa" a tales condenas[59].

Admitir que la noción de pena accesoria aceptada por nuestro legislador debe ser la sostenida por la doctrina, nos conduciría a confusión en la interpretación de otras disposiciones del Código Penal. Esto implicaría que la pena de prisión no admite pena accesoria alguna y que, por lo tanto, está de más el artículo 54 (artículo 14 de la Ley N.º 9014) que prevé la extensión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena principal a la de las penas accesorias. Los miembros de la Comisión revisora del Código Penal que ha elaborado el proyecto de 1972, admiten que la prisión tiene accesorias, al disponer que "la suspensión condicional de la ejecución de la pena principal no se extenderá a las penas accesorias [...]". De esta maneara, se seguiría la orientación del Código de Procedimientos Penales francés que en su artículo 736 establece igual prohibición; en la América latina, el Código Penal brasileño de 1969 contiene igual solución, por lo demás ya prevista en el Código de 1940.

No existiendo actas de las sesiones de la Comisión elaboradora del proyecto peruano, ni exposición de motivos, no sabemos qué razones pueden haber tenido sus miembros para proponer dicha modificadora. Creemos, sin embargo, que es más conveniente para que la condena condicional cumpla con sus fines, que ella se extienda a las penas accesorias. Hacer efectiva estas penas podría significar poner obstáculos al proceso de autoeducación que debe propiciar la condena condicional. Además, es de recordar que el artículo 14 de la Ley N.º 9014 (artículo 54 del Código Penal) deja en poder del juez la decisión de extender o no su aplicación a las penas accesorias.

Se consideran penas accesorias de la pena de prisión, según nuestro Código Penal, la multa (en caso de infracciones cometidas con fines de lucro o por codicia, artículo 25), la privación de la patria potestad (siempre que el delito se haya cometido sobre los hijos del condenado o en perjuicio de los mismos, artículo 33), la inhabilitación especial (declarada en la sentencia, artículo 35), la inhabilitación relativa (anexa a condena por infracciones cometidas con abuso de] ejercicio de un mandato, cargo, etc., artículo 36) y la confiscación (artículo 46).

59 Ejecutoria del 3 de mayo de 1945, en *Anales Judiciales*, 1915, p. 1466.

Si se tiene en cuenta, primordialmente, el fin de prevención individual de la condena condicional, hay que estimular y no entorpecer el proceso de autoeducación que ella comporta. Por esta razón, José Peco estima con justeza que: "Conceder condicionalmente la remisión y aplicar sanciones accesorias implicaría cohibir al delincuente y conspirar contra su rehabilitación. Lo lógico, lo natural, es conceder condicionalmente la remisión del cumplimiento de las sanciones accesorias con la principal. También es lógico y natural dejar subsistente la responsabilidad civil y las costas"[60].

Podemos pensar, sin embargo, que en la práctica cuando el juez pronuncie una pena accesoria, lo hará estimando que es indigno de la condena condicional[61].

14. Criterio admitido en la Ley N.º 9014

El presupuesto de la condena condicional, referente a la pena, es de carácter formal; y es, generalmente, aceptado en la legislación extranjera. Esto es debido, justamente, al hecho de que la condena condicional fue, inicialmente, admitida como un eficaz medio de lucha contra los efectos nocivos de las penas privativas de corta duración.

Nuestro legislador al dictar la Ley N.º 9014 estableció otro criterio, dependiente más bien de la naturaleza de la infracción. Mediante el artículo 13 se modificó el artículo 53 del Código Penal, en los siguientes términos: "El juez podrá a su juicio suspender la ejecución de la pena a los responsables de los delitos previstos en los artículos 82 y 83 del Código Penal [...]". Ya no era, pues, la pena el primer criterio, para discriminar los casos en que procede la condena condicional. De conformidad al artículo 83, el agente de la infracción no intencional ni culposa (no culpable), será también reprimible, en los casos de peligro social, cuando la ley lo prescriba expresamente, sustituyendo a la pena la medida de seguridad o educativa más adecuada determinada por la ley. Esto quiere decir, que ya no se trata de imponer una pena ("no hay pena sin culpabilidad"), sino de imponer al autor peligroso una medida de seguridad o educativa. Es, por tanto, inconcebible hablar en estos casos de condena condicional[62]. Cómo pretender suspender, sin desnaturalizar completamente estas medidas, la ejecución del in-

60 Proyecto de Código Penal argentino, p. 187.

61 Logoz, P., *Commentaires du Code Pénal suisse*, cit., p. 180.

62 Es por esto que el Código Penal italiano dispone que la suspensión condicional de la pena no puede ser concedida "allorche alla pena inflitta deve essere aggiunta una misura di sicurezza personale, perche il reo o persona che la legge presume socialmente

ternamiento en un hospital o en un hospicio de delincuentes inimputables o semiresponsables peligrosos (artículos 89 y 91), o de la colocación en una sección especial de una escuela de artes y oficios, o en una casa destinada exclusivamente a la educación por el trabajo, de delincuentes cuyos actos fueron consecuencia del desarreglo o de la ociosidad en que hubieran vivido. Además, no vemos cómo se cumpliría, precisamente a causa de la personalidad especial de tales agentes, la segunda condición establecida por la misma ley en el artículo 13: "si los antecedentes y el carácter del condenado [...]". Puede pensarse que mediante la referencia al artículo 83, el legislador no quiso referirse a las medidas de seguridad sino a las penas que con ellas se substituyen. Pero, en caso de inimputables no se aplica pena alguna; en relación con la medida para los delincuentes ebrios habituales, el artículo 41 dispone que se ejecutará después de cumplida la pena (no hay, pues, suspensión alguna); en referencia a la medida destinada a los delincuentes semisalvajes (artículo 45) no se suspende la pena sino se la reemplaza con tal medida. Quedarían los casos previstos en los artículos 42 y 91 del Código Penal. Se trata de los delincuentes de imputabilidad relativa y los que viven en el desarreglo o la ociosidad. En el artículo 91, se establece que el juez "suspenderá la ejecución de la pena y ordenará" el internamiento; y en el artículo 42, se establece que el juez puede "suspender condicionalmente la ejecución de la pena y colocarle [...]". Si es a estos casos a los que quería referirse el legislador, no solo se equivocó sino que reveló desconocimiento de lo que es la condena condicional.

El artículo 82: al cual también se refiere el artículo 13 de la Ley N.º 9014, trata de la negligencia o culpa. De esta manera, trató el legislador de restringir la aplicación de la condena condicional; pero al mismo tiempo ampliaba su concesión a casos en que la pena era superior a seis meses[63]. En las decisiones publicadas por la Corte Suprema, no hemos podido encontrar casos en que esta disposición haya sido aplicada durante el tiempo en que estuvo en vigencia. Estimamos que dicha disposición ha sido tácitamente derogada por el artículo 286 del Código de Procedimientos Penales. Este artículo retorna, como lo hemos indicado antes, a la orientación del texto original del Código Penal.

---

pericolosa" (artículo 164, inciso 2, pf. 19). Esta disposición es mantenida en el proyecto Gonella.

63 Generalmente, nuestro legislador ha previsto que la comisión culposa de ciertos delitos es sancionada con pena de prisión no mayor de dos años o con pena de multa. Por ejemplo: artículos 156, párrafo 19; 168; 262, párrafo 19; 263, párrafo 39; 267, párrafo 39; 274, párrafo 29.

15. Primera condena nacional o extranjera

El texto original del artículo 53 del Código Penal establecía, como requisito de naturaleza objetiva, que el delincuente "no hubiere sido objeto, por razón de delito intencional de ninguna condena anterior nacional o extranjera". La referencia al "delito intencional" parece provenir del proyecto suizo de 1918. Por el contrario, nuestro legislador se aleja del modelo helvético, el cual exigía que "el condenado no haya sufrido, en Suiza o en el extranjero, ninguna pena privativa de libertad [...] 1'. Nuestro legislador prefirió, quizás siguiendo al Código Penal argentino, otorgar la condena condicional solo en los casos de "primera condena". El artículo 286 del Código de Procedimientos Penales modifica este requisito en el sentido de que toda condena anterior nacional o "extranjera dictada contra el delincuente impide que se le conceda la condena condicional"[64].

La referencia que se hace a la condena extranjera es tan general que comprende hasta las impuestas por un acto que no sea considerado delito en nuestro país. La razón radica, quizás, en el hecho de que dichos antecedentes ya impedirían realizar un pronóstico favorable sobre la futura conducta del delincuente, puesto que revelaría en él una tendencia a realizar conductas prohibidas. En este punto, existe, también, una diferencia con las normas que regulan la reincidencia. El artículo 111, párrafo 3, establece "cuando se trate de condena extranjera, solo se tomará esta en cuenta vara los efectos de la reincidencia, si el hecho que la hubiere motivado fuere también punible como delito en la República". Estimamos que restringir, mediante una exigencia parecida, la fórmula tan general de nuestra ley sería favorable para destacar aún más el aspecto preventivo de la condena condicional. En la legislación extranjera reciente, podemos señalar que la ley suiza de reforma penal del 18 de marzo de 1971, incluye en el artículo 41 del Código Penal la siguiente disposición: "Las sentencias extranjeras son tomadas en cuenta si no contradicen el orden público". Fórmula semejante es empleada en la misma ley en relación con la reincidencia (artículo 67, N.º 2).

Quien sea merecedor de una pena mayor de seis meses de prisión y que haya sido, anteriormente, condenado en razón de un delito o falta a una pena de multa o de inhabilitación temporal, etc. (no es necesario que la haya cumplido en todo o en parte), no podrá ser sometido a la condena condicional. Dicha condena anterior puede haber sido dictada en cualquier época. En esto también el legislador nacional abandona el modelo suizo que fijaba un plazo de diez años. Este plazo fue disminuido, posteriormente, a cinco años, que es el mismo fijado

64 En el proyecto de 1972, se vuelve a exigir que la condena anterior debe ser dictada a la ocasión de la comisión de un delito doloso (artículo 53, pf. 1).

en la norma que regula la reincidencia. Asimismo, la legislación suiza exige en ambas instituciones que el delincuente haya sufrido pena privativa de libertad.

En nuestro Código Penal, por el contrario, no existe tal concordancia. Así el artículo 111 requiere para la reincidencia que el condenado haya cumplido, anteriormente, en todo o en parte una pena privativa de libertad; el artículo 286 del Código de Procedimientos Penales, como lo hacía el artículo 53 del Código Penal, considera suficiente para no otorgar la condena condicional que al delincuente ya se le haya impuesto una condena. El caso peruano es, para nuestro conocimiento, excepcional. Los legisladores siempre han regulado uniformemente ambas instituciones, ya sea exigiendo la ejecución parcial o total de la condena anterior (Suiza, Alemania, Italia, Bélgica) o estimando suficiente la imposición de una condena (Francia, Argentina).

En doctrina se ha discutido, con frecuencia, si la condena impuesta al delincuente por un acto cometido posteriormente al acto que actualmente se juzga, puede ya enervar la posibilidad de conceder la condena condicional[65]. En 1930 un Tribunal Correccional de la República se pronunció negativamente. Consideró que no es aplicable el artículo 53, inciso 19, del Código Penal "porque el encausado no ha infringido la ley, después de haber sufrido la condena condicional [...] y de haberse tenido constancia en autos de la existencia de' estos actuados, se hubieran acumulado ambos procesos, pronunciándose un solo fallo, y la situación procesal que se presenta no puede apreciarse desfavorablemente para el encausado, negándosele el beneficio de la condena condicional, no procediendo por lo mismo, hacer efectiva la pena, que fue suspendida en la anterior condena...". La Corte Suprema declaró haber nulidad en esta sentencia recurrida, apoyándose en el Dictamen del Fiscal. Este afirmó que "si consta de autos que ya el agente ha sufrido una condena anterior, en el momento en que es sentenciado por nuevo delito, poco importa que su segunda delincuencia se hubiese realizado antes de ser condenado, ya que para los efectos de la ley basta que esa condena haya existido en el momento en que se impone la nueva"[66].

Del texto de la ley se desprende, a diferencia de lo que sucede en la reincidencia, que la concesión de la condena condicional no se funda en el fracaso de una medida judicial (pena). Todo gira en torno al hecho de que el candidato a la condena condicional no haya sido objeto de una condena anterior.

Cabría aún preguntarse, si es posible conceder la condena condicional cuando la condena anterior fue impuesta condicionalmente. La respuesta supo-

65 Ver Ricardo Núñez, *Derecho penal argentino*, t. II, pp. 526 y 527.

66 Ejecutoria del 21 de mayo de 1932, en *Revista de los Tribunales*, 1932, p. 109.

ne la determinación de los efectos de la condena condicional[67]. Aquí, nos basta decir que si la nueva infracción se comete dentro del plazo de prueba, será de aplicación el artículo 56, inciso 19, *in fine*. Por el contrario, si esta infracción es cometida. Una vez transcurrido dicho plazo, sería posible conceder nuevamente la condena condicional, por cuanto el artículo 55 establece que el "juzgamiento se considerará como no producido", es decir, que la condena desaparece[68].

16. Amnistía e indulto

Procede conceder, igualmente, la condena condicional al delincuente amnistiado o indultado, por cuanto la amnistía "suprime legalmente el hecho punible a que se refiere el implica el perpetuo silencio respecto de él. El indulto suprime la represión del hecho punible (artículo 126). En la misma condición se encontrará e rehabilitado, ya que el artículo 131 establece que "el juez ordenará la supresión (de la condena del Registro judicial), quedando así la historia del condenado libre de todo antecedente penal.

En fin, lo que interesa es que el candidato a la condena condicional no tenga en su haber, en el momento de ser juzgado, una condena anterior cuya inscripción en el Registro judicial no haya sido borrada. La condena extranjera debe ser conocida por la vía legal[69].

No se trata, pues, del primer delito o falta. Ya hemos visto que es posible conceder la condena condicional cuando la pena (no mayor de seis meses de prisión o multa) es impuesta en consideración a un concurso real de delitos[70].

17. Delincuentes primarios y ocasionales

Si se considera delincuente primario al que no ha sufrido en el Perú ni en el extranjero ninguna condena y al que condenado condicionalmente no dio lugar a la revocación, al rehabilitado, al amnistiado, bien podemos decir que la condena condicional está destinada a los delincuentes primarios.

Por el contrario, si tenemos en cuenta la tercera condición establecida para conceder la condena condicional (pronóstico de que el condenado no cometerá nuevo delito), se puede estimar que no es suficiente el carácter primario del

67 Ver *infra* 28.

68 Ver *infra* 25 y 28.

69 Abastos, Manuel, G., *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Lima, 1938, p. 313.

70 Ver *supra* 7 a 11.

delincuente, sino que este debe ser además un ocasional, entendiéndose por tal "el sujeto sin antecedentes penales, dotado de sensibilidad moral, que habiendo delinquido una vez, no ofrece la probabilidad de cometer nuevo delito"[71]. En las ejecutorias de la Corte Suprema se habla, generalmente, de delincuente primario[72].

18. Pronóstico favorable sobre el futuro comportamiento del condenado

El artículo 286 del Código de Procedimientos Penales establece, siguiendo en parte el artículo 53 del Código Penal, como última condición "que los antecedentes y el carácter del condenado hagan prever que no cometerá nuevo delito"[73].

De esta manera, se exige al juez el análisis detenido del caso individual. Para poder conceder la condena condicional, él debe, después de observar los antecedentes y el carácter del delincuente, concluir formulando un pronóstico favorable sobre su futuro comportamiento. La sola esperanza de que no volverá a reincidir no es suficiente. En caso de duda no puede admitirse la aplicación del principio *in dubio pro reo*[74]. No se puede admitir, por la necesidad que hay de examinar al delincuente, la concesión de la condena condicional en procesos contra ausentes. La Corte Suprema lo declara, expresamente, en una de sus ejecutorias[75].

Este pronóstico exige una apreciación individual de todas las circunstancias que permitan prever la futura conducta del autor. Los índices objetivos y subjetivos de peligrosidad enumerados por nuestro legislador en el artículo 51 del Código Penal, pueden servir de gula al juez en esta tarea. Indicios que conducen, justamente, al conocimiento de la personalidad del delincuente. Esto supone, de la parte del juez, un esfuerzo mayor que el de la simple constatación, mediante el boletín de condenas, de que el inculpado tiene o no antecedentes judiciales o penales. Esta insuficiente manera de formular el pronóstico de no reincidencia

71 Abastos, Manuel G., *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, cit., p. 306. Respecto a que se trata del primer delito,.

72 Ver: Ejecutoria del 19 de diciembre de 1941, en *Revista de los Tribunales* 1942, p. 25, y del 23 de abril de 1953, en *Revista de Jurisprudencia Peruana* 1953, p. 989.

73 Artículo 53, inciso 2: "Si los antecedentes y el carácter del condenado hacen prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito".

74 Lackner y Massen, *Strafgesetzbuch*, p. 52.

75 Ver: *Boletín de la Corte suprema*, año 1, N.^{os} I, p. 45.

prima en nuestro medio. La causa principal de esta situación es la defectuosa organización de la administración judicial. La acumulación de procesos en los tribunales y juzgados impide el estudio serio de la personalidad de cada inculpado.

Esta exigencia basada en los antecedentes y el carácter del condenado, fundamento para considerar esta institución como medio de individualización de la penal, excluye la posibilidad de que el juez niegue la condena condicional en razón de criterios formales generales; por ejemplo, la necesidad de reprimir severamente a los autores de ciertos delitos, como aquellos contra el honor sexual o contra los deberes de función.

La Corte Suprema en varias de sus decisiones se aleja, sin embargo, de este criterio. En 1935, por ejemplo, la Segunda Sala de la Corte Suprema, al conocer que la Corte Superior de Arequipa otorgaba con cierta frecuencia la condena condicional (casos de delitos contra el honor y el patrimonio), acordó recomendar a dicha Corte "proceda a la debida aplicación del Título VI del Código Penal sujetándose en todo lo que a dicha condena se refiere a las prescripciones en él establecidas, todo lo cual contribuirá seguramente a hacer más respetables y efectivas, las sanciones autorizadas por la ley penal, en relación con la comisión de los diversos delitos cuya frecuencia transforma la vida jurídica y normal de la sociedad". Esta última frase supone erigir en obstáculo del efecto de intimidación general atribuido a la pena, descuidando el factor individual a que se refiere el legislador. Esa misma opinión, defendida por el fiscal en su dictamen sirve de base a la Corte Suprema para negar la condena condicional al autor del delito de abigeato. Sostenía el fiscal que "el abigeato es un delito que se está repitiendo con mucha frecuencia; debe ser reprimido en forma seria..." y "que una prisión suspendida resulta hasta cierto punto irrisoria"[76]. Lo mismo sucede con los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud cometidos culposamente[77].

Este criterio se refleja, igualmente, en la política legislativa del Estado, quien descarta, expresamente, la concesión de la condena condicional en ciertas clases de delitos. En el caso, por ejemplo, de la Ley N.º 10202 del 22 de julio de 1945 que reprime el delito de abigeato (artículo 10); del Decreto Ley N.º 17716 del 24 de junio de 1969 (Ley de Reforma Agraria), en cuanto reprime ciertas formas de los delitos de usurpación y contra la tranquilidad pública (Tercera disposición especial); del Decreto Ley N.º 17816 del 16 de setiembre de 1969 que prohíbe la caza de la vicuña (artículo 10); del Decreto Ley N.º 19049 del 30 de noviembre de 1971, que reprime ciertas formas de terrorismo.

76 Ejecutoria del 26 de octubre de 1942, en *Anales Judiciales* 1942, p. 327.

77 Ejecutoria del 23 de octubre de 1952, en *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1952, p. 2983.

No creemos que la exclusión total de la condena condicional en relación con determinados delitos sea la solución adecuada para luchar eficazmente contra tal tipo de delincuencia. La restricción del campo de aplicación de la condena condicional, significa en esos casos la manifestación de una política puramente represiva, la cual olvida la naturaleza y fines de la institución que estudiamos. Por tratarse, justamente, de una medida cuya aplicación depende, sobre todo, de la personalidad del agente, consideramos que es más oportuno dejar en manos del juez (estableciéndolo en forma expresa) la facultad de no otorgar la condena condicional, si por razones de prevención general se considera necesaria la ejecución de la pena, a pesar de que se den todos los requisitos de la condena condicional. Este es el criterio admitido, por ejemplo, por los legisladores germano y sueco. El artículo 23, N9 3, del Código Penal alemán estatuye que la condena condicional no se concederá, en caso de penas privativas de libertad cuya duración no sea inferior a seis meses, si la defensa del orden público lo exige[78]. El Código Penal sueco contiene una disposición más general, por cuanto no establece límite respecto a la duración de la pena[79].

19. Arbitrio judicial en la concesión de la condena condicional

Dadas las tres condiciones exigidas, el juez debe, por regla general, conceder la condena condicional. Pero, él no está obligado a hacerlo. Sin embargo, la ley al establecer que el juez "podrá suspender la ejecución de la pena" no le está concediendo un poder discrecional de decisión. Con esta expresión, el legislador ha admitido la posibilidad de que el juez niegue la condena condicional en razón de una circunstancia que no esté indicada expresamente en la ley. Esto no significa que se deje al juez plena libertad para decidir. No puede, sin violar el sentido de la ley, considerar otras condiciones generales como las que hemos señalado al final del acápite precedente. Solo circunstancias propias al caso que se juzga, más exactamente, a la personalidad del delincuente, justifican tal negativa a pesar de que se den las tres condiciones nombradas por la ley[80]. En buena cuenta, el criterio determinante que ha de tener en cuenta el juez es la finalidad de la condena

78 Dice textualmente esta disposición: "Bei der Verurteilung zu Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten wird die Vollstreckung nicht ausgesetzt, wenn die Verteidigung der Rechtsordnung sie gebietet", Bundesgesetzblatt, N.º 88, 1969.

79 Capítulo XXVII, artículo 1.

80 Logoz, P., *Commentaires du Code Pénal suisse*, cit., p. 183; Schwander, Vital, *Das schweizerische Strafgesetzbuch unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis*, 2.ª ed., Zürich, 1966, p. 184.

condicional: evitar que un delincuente no peligroso reincida, alejándolo de la prisión y dándole ocasión para que se autoeduque.

20. Período de prueba: reglas de buena conducta

El artículo 53 del Código Penal, en su penúltimo párrafo (*ab initio*), establecía que "la sentencia mencionará las razones que justifiquen la concesión de la condena condicional [...]"[81]. El Código de Procedimientos Penales y la Ley N.º 9014 no dicen nada al respecto, y tampoco contienen normas que lo contradigan. Estimamos, pues, que el juez debe establecer en la sentencia el porqué se otorga la condena condicional. Debiendo indicar de manera concreta las circunstancias que le han permitido elaborar el pronóstico favorable sobre la futura conducta del condenado. Esta disposición tiene como fin, exigir de la parte del juez, un cuidado especial para conceder la condena condicional. Además, sirve de garantía para el propio condenado[82]. Por estas mismas razones, el mismo párrafo 53 obligaba al juez a fijar, en la sentencia, las reglas de conducta que debía respetar el condenado condicionalmente. A título de ejemplo, dicha disposición mencionaba la obligación de aprender un oficio, de residir en un lugar determinado, de abstenerse de bebidas alcohólicas, o de reparar el daño en un término dado.

El artículo 15 de la Ley N.º 9014 modificó esta disposición en los términos siguientes: "El Tribunal Correccional al conceder la suspensión de la pena, fijará las reglas de conducta a que quedará sometido el sentenciado y la forma de hacer efectiva la responsabilidad civil". Los ejemplos dados originalmente por el legislador son útiles para interpretar esta norma.

En la práctica, los jueces se limitan a establecer reglas de carácter general que debe observar el condenado condicionalmente. Por ejemplo, en caso de delitos de seducción: "observar buena conducta", "no tener trato sexual con menores", "no frecuentar cantinas ni lugares inmorales", "evitar malas compañías"; en caso de lesiones culposas: "manejar (vehículos) con prudencia", "observar fielmente las disposiciones del Reglamento de tránsito". En nuestra opinión, el juez debería abandonar estas tradicionales y estereotipadas frases, y tratar de establecer exigencias concretas que impulsen al condenado a comportarse bien y que por su misma naturaleza sean fáciles de controlar.

81 El Anteproyecto de Código Penal suizo, texto agosto 1915, estatuía en su artículo 41, pf. 2: "Le jugement mentionnera les raisons qui justifient l'octroi du sursis, les motifs qui ont engagé le juge à disposer exceptionnellement le condamné du patronnage et les règles de conduite imposées par le juge".

82 ZÜRCHER, E., *Exposé des motifs de l'avant-projet d'avril 1908*, cit., p. 109.

21. Duración del período de prueba

Al tratar de la naturaleza jurídica de esta institución[83], ya tuvimos oportunidad de señalar que la condena condicional no es una gracia ni un beneficio otorgado sin más al inculpado. Además de ser necesario que, al momento de ser juzgado, el delincuente merezca ser sometido a la condena condicional, es indispensable que con su comportamiento posterior al juzgan lento no la desmerezca. El artículo 55 estatuye que el período de prueba durará cinco años. Durante los cuales el condenado no debe ser "objeto de ninguna condenación" ni haber "infringido las reglas de conducta impuestas por el juez". Este período de prueba es de solo un año cuando la condena condicional ha sido impuesta con ocasión de sancionar al autor de una falta (artículo 383, inciso 49).

En las disposiciones respectivas de los proyectos suizos se fijó, por el contrario, un mínimo y un máximum (anteproyecto 1915 y proyecto 1918, dos a cinco años), dentro de los cuales el juez escogerá el lapso propio a cada caso particular. Nuestro legislador parece haber seguido el Código Penal argentino, cuyo texto original establecía un período igual al de la prescripción de la pena (artículo 26). El artículo 123, inciso 69, de nuestro Código Penal señala, justamente, que el derecho a ejecutar la pena de prisión no mayor de un año y las otras penas (multa, inhabilitación, etc.) se extinguen a los cinco años. Esta misma relación se presenta entre el plazo de prueba de la condena condicional en caso de falta y el lapso que debe transcurrir para que prescriba la pena en relación al mismo tipo de infracciones (artículo 383, inciso 79).

En la legislación extranjera predomina el criterio de dejar cierta libertad al juez para la fijación del plazo de prueba en cada caso particular[84].

22. Revocación en caso de violación de las reglas de buena conducta

Durante el período de prueba el condenado debe comportarse bien; pero no es necesario que tenga una conducta intachable. La ley exige únicamente que cumpla con las reglas de conducta que le ha impuesto el juez y no cometa un nuevo delito intencional (artículo 56 del Código Penal y artículo 16 de la Ley

83 Ver *supra* 3.

84 Señalan un plazo mínimo (de un año y máximo de cinco años, la ley belga de 1964 y el proyecto austríaco (artículo 3, pf. 49 y artículo 45, pf. 1, respectivamente), aumentan a dos años, conservando el mismo mínimo, el Código Penal alemán y el Código Penal suizo (artículo 24 y 41, respectivamente); el Código Penal sueco se limita a fijar un plazo (de dos años (Capítulo XXVII, artículo 3, pf. 1). El Código de Procedimientos Penales francés, como nuestra legislación, señala un plazo de cinco años (artículo 735).

N.º 9014). Si el condenado no satisface estas exigencias se le revoca la condena condicional.

El simple incumplimiento de las reglas de conducta no basta para la revocación. Lo contrario parece deducirse del artículo 55 del Código Penal que estatuye sobre los efectos de la condena condicional y que se refiere tan solo a "sin haber infringido las reglas de conducta". Es necesario que el condenado las infrinja y que, a pesar de la advertencia de la autoridad, persista en hacerlo. Esto se deduce del segundo párrafo del artículo 56 del Código Penal y está, expresamente, fijado por el artículo 16 de la Ley N.º 9014[85].

La autoridad a que se hace referencia es la policía, que, como muy bien dice el profesor Abastos, es la menos indicada para tales menesteres[86]. Nuestro legislador no ha previsto, expresamente, una organización *ad hoc* para controlar a los condenados condicionalmente. Sin embargo, cabría preguntarse si hubiera sido posible recurrir a los Consejos locales de patronato, los cuales, según el artículo 406, inciso 29, cumplirán la función de vigilar "por medio de los empleados de la Inspección general de prisiones, de los inspectores que designare con ese fin y de los delegados de las sociedades particulares de patronato, a los liberados provisionales o definitivos"; a quienes protegerá procurándoles trabajo y velando de todos modos por su readaptación a la vida social". Creemos que esta disposición hubiera podido ser utilizada, por jueces y autoridades administrativas advertidas, para implementar el control que requiera la condena condicional para su eficaz funcionamiento.

23. Condena condicional y *probation*

La sumisión del liberado condicionalmente a un control calificado, eficaz y discreto es el complemento necesario de la condena condicional. Este es el elemento que asegura el notable éxito del sistema inglés. Si se tiene en cuenta que casi siempre la debilidad o la falta de protección, moral y material, son las causas por las que el condenado haya incursionado en la delincuencia; la asistencia, el consejo y el control son, también, por eso, casi siempre indispensables. No bas-

85 El mismo legislador decía, muy ligeramente, en su exposición de motivos que "El juzgamiento se considera como no producido, si transcurren cinco años sin que el condenado haya sido objeto de ninguna otra condenación por delito intencional y sin haber infringido las reglas de conducta, Código Penal, edición oficial, p. 169. La comisión revisora del Código no ha corregido este defecto de técnica legislativa en su proyecto de 1972.

86 *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, 1938, p. 315.

ta, pues, conceder al delincuente primario una oportunidad para autoeducarse; es imperioso, por el contrario, prestarle una ayuda necesaria para que logre éxito en la prueba.

Se ha comprobado en Derecho comparado que en los países donde prima el simple régimen de la condena condicional (sin sumisión al patronato), tal era el caso especialmente en Francia, no fueron alcanzados los resultados tan esperados. A pesar de la ausencia casi total de estadísticas en nuestro medio, podemos afirmar, teniendo en consideración como la condena condicional es aplicada, que la situación es la misma. Esta realidad ha impulsado a la mayoría de países a incorporar determinadas medidas de control y asistencia como complemento de la institución que hemos; tendencia que se ha acentuado con la adopción en las legislaciones de la institución de la "*Probation*".

Ejemplo de esta evolución es la legislación belga, la primera en introducir la remisión de la ejecución de la pena en el continente europeo. En 1888, se admite esta institución para los delincuentes primarios (sin establecer medidas de control) condenados a pena no mayor de seis meses; en 1947, se extiende su aplicación a todos los casos en que la pena impuesta no es mayor de dos años, y se establece que su revocación procederá solo en caso de reincidencia y cuando la pena impuesta sea al menos de un mes de duración; en 1964, se amplía su aplicación a toda pena no mayor de tres años; se estatuye que la revocación solo procederá en caso de pena mayor de dos meses; se incorpora la suspensión del pronunciamiento de la condenación y se establece la aplicación de la "*Probation*" en caso imponerse la remisión de la ejecución de la pena y de la suspensión de la condenación. Casi idéntico sistema ha adoptado el legislador francés en los artículos 737 y 738 del Código de Procedimientos Penales. En Holanda y Noruega se iniciaron, hace ya algún tiempo, reformas legislativas parecidas[87]. En Suiza, siempre se ha previsto la sumisión del liberado al control del patronato[88]. En Alemania, el nuevo Código Penal estatuye en su artículo 24c que el juez someterá al condenado a la vigilancia y dirección de un "*Bewahrungshelfer*", si es lo indicado para evitar que vuelva a delinquir. El contraproyecto alemán de 1966, elaborado por un grupo de profesores, establecía también la colocación del condenado bajo el control de un tutor (artículo 40); pero iba más lejos al estatuir que "el Tribunal puede recomendar a las autoridades, particularmente, a aquéllas que son competentes en materia de trabajo, de vivienda, de asistencia social y de salud pública, de tomar las medidas necesarias que exija la reinserción

87 Ver ANCEL-STRAHAL, *Le droit pénal des pays scandinaves*, pp. 137 y ss.

88 Ver proyecto de 1918, artículo 39; anteproyecto de agosto 1915, artículo 41.

del condenado en la comunidad jurídica". De esta manera se pretendía incorporar en la le positiva el principio moral de la corresponsabilidad de la sociedad y trataba, al mismo tiempo, de eliminar las causas de la criminalidad, en relación el caso particular, que provienen del medio ambiente[89].

24. Reparación civil

Debido, pues, a la falta de un sistema de control sobre el comportamiento del condenado condicionalmente durante el período de prueba, es que solo con ocasión de un incidente se establecerá, en la práctica, la inobservancia, por parte del condenado, de una regla de conducta; y, en definitiva, solo es controlable el cumplimiento del pago de la reparación civil[90].

Nuestros jueces y tribunales no llevan la cuenta de las revocatorias de las condenas condicionales por ellos impuestas. De las investigaciones que hemos realizado, hemos podido constatar que, generalmente, solo el cumplimiento en el pago de la reparación civil puede ser controlado. Muy raro es el caso en que se revoque por incumplimiento de cualquier otra regla de conducta.

En diversas oportunidades la Corte Suprema se ha visto obligada a declarar que el no cumplir con hacer efectiva la reparación civil (en casos de delitos contra la libertad y el honor sexual, también, la dote), es causa de revocatoria de la condena condicional[91]. Estos pronunciamientos de la Suprema se han debido a que los tribunales o jueces no habían fijado el "término" a que hace referencia el artículo 536 a "la forma" de hacerla efectiva, indicada por el artículo 15 de le Ley N.º 9014. El juez debe, en la sentencia, fijar como regla de conducta el pago de la reparación civil en un plazo determinado, el cual no puede ser mayor de cinco años (duración del período de prueba).

25. Revocación en caso de comisión de un nuevo delito

La revocatoria de la condena condicional procede, igualmente, cuando el condenado comete nuevo delito intencional. Esto lo establece, claramente, el artículo 16 de la Ley N.º 9014. Por el contrario, el artículo 55 del Código Penal, se refería a que el condenado no haya "sido objeto de ninguna otra condenación".

89 Noll, Peter, *Revue de Droit pénal et de Criminologie,* 1969, p. 759.

90 Artículo 66: "La reparación civil comprende: 1. La restitución de la cosa; 2. La reparación del daño causado; 3. La indemnización del perjuicio material o moral irrogado a la víctima del delito, a su familia, o a un tercero".

91 Ejecutoria del 11 de diciembre de 1957, en *Anales Judiciales,* 1957, p. 96.

De acuerdo con esta norma, no interesaba qué tipo de infracción daba lugar a la nueva condenación; era suficiente, por ejemplo, un delito culposo o una falta. La doctrina interpretaba restrictivamente esta disposición, relacionándola con el artículo 56, primer párrafo[92]. El legislador sostuvo en su exposición de motivos[93] el mismo criterio, sin percatarse quizás de que el texto de los artículos 55 y 56 podían ser diferentemente interpretados.

De acuerdo al texto del artículo 16 de la Ley N.º 9014 este problema de interpretación desaparece: la revocatoria procede solo cuando se somete, durante el período de prueba, un delito intencional. Las infracciones culposas y las faltas solo darían lugar a la revocatoria cuando constituyen una infracción, reiterada de las reglas de conducta fijadas por el juez.

En la legislación extranjera se tiende a "atenuar la severidad de las reglas que fijan los casos en que procede la revocación de la condena condicional. La ley belga de 1964 ordena que se producirá de pleno derecho solo cuando el autor por el delito cometido durante el período de prueba, merece pena efectiva mayor de seis meses; en caso de pena mayor de un mes pero menor de seis meses, establece que la revocación será facultativa. De no ordenar la revocación, el juez puede siempre de acuerdo a la ley belga reemplazar la "remisión condicional simple" de la pena por la "remisión condicional con *probation*" o establecer nuevas condiciones[94].

26. Efectos de la revocación

El condenado condicionalmente que cometiera, dentro del período de prueba, un nuevo delito intencional, sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que le corresponde por el segundo delito conforme a lo dispuesto en las leyes de la reincidencia (artículo 56).

La exigencia de que el nuevo delito sea intencional está en armonía con el párrafo cuarto del artículo 111, que dice: "No se computarán (para la reincidencia) las condenas por faltas, ni por delitos culposos, ni por los exclusivamente militares, ni por los político-sociales no cometidos con homicidio, Incendio o saqueo". Cuando se trate de faltas, se considerará que sus autores son castigados por el solo hecho de cometerlas (consumación), sin tener en cuenta si hubo intención o negligencia (artículo 383, inciso 19).

92 Bramont Arias, Luis, *Código Penal anotado*, p. 128.

93 Código Penal, edición oficial, p. 168.

94 Artículo 13; ver: Revue de droit pénal et criminologie, 1967, p. 759.

Mediante el artículo 56 del Código Penal, el legislador no buscó, originalmente, señalar las condiciones de revocación, sino solucionar de manera directa el problema de saber si el condenado condicionalmente que volviera a delinquir debía ser considerado como reincidente. Esto era necesario debido a que, según el criterio admitido en el artículo 111, solo es reincidente el que después de haber sufrido en todo o en parte una condena a pena privativa de libertad, impuesta en sentencia nacional o extranjera, incurre, antes de pasar cinco años, en otro delito reprimido también con pena privativa de libertad.

En la legislación extranjera se admite, como agravante de la pena, a veces la reincidencia "ficticia" (impropia) y otras veces la "verdadera" (propia). Esta última es considerada en Alemania, Suiza, Perú, Panamá, Paraguay, etc. La reincidencia ficta es prevista en Francia, España, Argentina, Brasil, Uruguay, etc.[95].

En Italia, donde Carrara sostuvo el criterio de la reincidencia "verdadera", se ha admitido en el Código Penal tanto la reincidencia ficta como la verdadera. En el primer párrafo del artículo 99, se estatuye:

> "Chi dopo essere stato condannato per un reato, ne commette un altro, soggiace a un aumento fino a un sesto della pena da infliggere per il nuovo reato"; en el párrafo segundo, dispone que "La pena é aumentata fino alla meta: 3º se il nuovo reato é stato commesso durante o dopo l'esecuzione della pena, ovvero durante il tempo in cui il condannato si osttrae volontariamente all'esecuzione della pena". Al respecto, Rocco manifestaba en la exposición de motivos de su proyecto, que "in tal guisa, le distinzioni scolastiche tra recidiva propia e finta, generica e specifica, sono state vivificate, dando loro un contenuto; reale, inspirato al criterio direttivo di tutto il Progetto, cioè di considerare in particolar modo la personalita del delinquente"[96].

Nuestro legislador establece, en relación con el condenado condicionalmente que comete nuevo delito intencional durante el período de prueba, la reincidencia "impropia" (ficticia), porque para él, precisamente, la condena condicional no es solo la suspensión de la ejecución de la pena. Este criterio no ha sido, por el contrario, admitido en el Código de Justicia Militar de 1963, que en su artículo 68, párrafo segundo, estatuye: "Si cometiere nuevo delito intencional

95 Respecto a América Latina, ver: Jiménez de Asúa, *Códigos Penales Iberoamericanos - Estudio de legislación comparada*, Caracas, 1946, p. 360 v s. 99; *Lavori preparatori del Codice Penale e del Codice di procedura penale*, vol. V, parte I, Roma 19-29, p. 119.

96 *Lavori preparatori del Codice Penale e del codice di procedura penale*, vol. V, parte 1, Roma, 1929, p. 149.

(dentro del periodo de prueba), sufrirá la pena impuesta en la primera condena y la que la corresponda por el segundo delito".

El que la reincidencia sea ficta (impropia) no significa que dejará de agravarse la pena de acuerdo al artículo 112 del Código Penal, si es que además se cumplen las otras condiciones legales. Se puede, de "*lege ferenda*", ser contrario a la severidad con que en nuestro Código se admite la reincidencia ficta para los condenados condicionalmente. Sin embargo, de "*lege lata*", es correcto el cambio de criterio habido en la jurisprudencia de la Corte Suprema, quien declara ahora reprimible, de acuerdo a las reglas de la reincidencia, al liberado condicionalmente que vuelve a delinquir dentro del período de prueba[97].

97 Hasta hace poco tiempo nuestro máximo Tribunal sostuvo que "exigiendo el artículo 111 del Código Penal, que la pena se haya sufrido en todo o en parte, no es reincidente, quien, condenado a prisión condicional comete nuevo delito intencional antes de vencerse cinco años de la condena anterior. Conforme a lo dispuesto en el artículo 56 del acotado, el reo debe cumplir la pena impuesta en la primera sentencia, además de la que le corresponde por el nuevo delito" (Ejecutoria del 4 de diciembre de 1947, en *Anales Judiciales* 1947, p. 327; cf. ejecutorias del 22 de marzo de 1960, en *Anales Judiciales* 1960, p. 129; del 29 de abril de 1952, en *Revista de Jurisprudencia Peruana* 1952, p. 2325; del 31 de mayo de 1961, en *Anales Judiciales* 1961, p. 114). Actualmente, la Corte Suprema admite que "esta norma (artículo 56) no es implicante con la contenida en el artículo 111 del mismo código que exige como requisito para la reincidencia que se haya cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad, porque la condena condicional, por las razones en que se sustenta y por su propia naturaleza, fija el periodo de prueba, durante el cual, cuando menos, el beneficiado se verá impedido de cometer nuevo delito; que fracasada la previsión del juzgador, de otro lado, hace obligatoria la ejecución de la pena, y, por tanto, el que vuelve a delinquir asume la categoría de reincidente, pues el beneficio indicado no ampara el rigor de la ley -artículo 111- sino que suspende la ejecución de la pena en aras de tina política criminal." (Ejecutoria del 5 de noviembre de 1971, en *Anales Judiciales* 1971, p. cf. ejecutoria del 27 de junio de 1970, en *Revista de Jurisprudencia Peruana* 1970, p. 1488. del 20 de febrero de 1973, inédita, recaída en el expediente N.º 2193-72, procedente del Callao. En este último caso, el señor vocal Barrós Conti sostuvo en un interesante voto singular que "no quiere esta circunstancia (artículo 56, *in fine*) significar que resultan de aplicación los artículos 111 y 112 del Código Penal, pues, de haber sido así, la redacción hubiera sido distinta y al referirse aquel artículo 5C) [...]"a lo dispuesto por las leyes de la reincidencia" no hace otra cosa que aludir a la reincidencia 'ficticia", desde que el mismo artículo señala expresamente, a más de la pena impuesta en la primera condenación, se le impondrá la que le corresponde por el segundo delito", mas no la pena tasada que se impone en el caso (le la reincidencia "verdadera", todo lo que viene claramente a significar que esa disposición del Código esta amparada en el concepto doctrinario de la reincidencia "ficticia".

27. Concurso real retrospectivo

El artículo 56, *ab initio*, trata del denominado "concurso real retrospectivo". Establece que si después de condenar condicionalmente a un infractor, se descubre que cometió, antes de dicha condena y dentro del plazo de prueba, otro acto delictuoso, se revocará la condena condicional y se hará efectiva la pena impuesta. Esta disposición nada dice respecto a la nueva pena que debe imponerse por la infracción descubierta. Consideramos que es de aplicación el artículo 110 que, en relación a sentencias definitivas, estatuye: "se le someterá (al mismo condenado) a un nuevo juicio y se le aumentará la pena o se le aplicará la nueva pena correspondiente". No se le podrá considerar, por lo tanto, como reincidente.

Si solo se llegan a conocer los antecedentes delictivos una vez transcurridos los cinco años del plazo de prueba, la pena impuesta condicionalmente no se hará efectiva.

La pena fijada de manera condicional no puede prescribir ya que es inejecutable. La prescripción solo puede transcurrir a partir de que la condicionalidad sea revocada[98].

28. Buen comportamiento durante el período de prueba

Si ninguna de las causas de revocación se presentan durante el período de prueba, "el juzgamiento se considerará como no producido", es decir, no solo la pena dejará de ser ejecutada, sino que se considera, mediante una ficción, que el juzgamiento no ha tenido lugar. No se trata de una simple condición suspensiva, de la cual se hace depender la ejecución de la pena impuesta. Se trata más bien de una condición resolutoria que cumplida hace desaparecer, pura y simplemente, todo antecedente penal Es de admitir por esto, que el buen comportamiento del condenado condicionalmente, durante todo el período de prueba, comporta su rehabilitación automática (El interesado podrá obtener un certificado en que figure sin antecedentes penales)[99].

Nuestro legislador emplea, siguiendo el texto del inciso 49 del artículo 39 del proyecto suizo de 1918, el poco castizo término de "juzgamiento", en lugar de "condenación" que es el equivalente de la palabra francesa "*condenation*"

98 Logoz, P., *Commentaires du Code pénal suisse*, cit., p. 187.

99 Sobre las relaciones con la rehabilitación de condenados a penas efectivas, ver *supra* 21.

utilizada por el legislador helvético. A la condenación se refiere, por ejemplo, el legislador argentino.

Lo que se debe comprender por "juzgamiento" debe ser la condenación, y no su significado procesal de juicio oral, segunda etapa del proceso penal[100]. En este sentido, lo ha empleado también el legislador en los artículos 118, inciso 39, párrafos 29 y 121 del Código Penal.

29. Conclusión

La condena condicional es uno de los medios más eficaces substitutos de las penas privativas de libertad de corta duración. Sin embargo, el máximo aprovechamiento de esta institución, de múltiples fines, no se logra mediante la simple suspensión de la ejecución de la pena. Es necesario, por el contrario, comprender que la condena condicional exige un control sobre el liberado condicionalmente durante el período de prueba. Para esto se requiere organizar el Patronato, institución que no ha podido ser puesta en marcha en nuestro medio a pesar de haber sido prevista legislativamente desde 1924.

Teniendo en cuenta que la aplicación de la condena condicional depende, fundamentalmente, de la personalidad del inculpado; que no tenemos establecimientos penales adecuados para la eficaz ejecución de las penas privativas de libertad; que nuestro mismo Código de Procedimientos Penales da la posibilidad de conceder la libertad provisional hasta en caso de penas de dos años de prisión; que en el Derecho comparado existe la marcada tendencia a extender el campo de aplicación de la condena condicional, consideramos que una futura reforma penal deberá fijar en dos años el límite para la concesión de la condena condicional.

En consideración a que la condena condicional se impone en relación a la situación penal del agente, debe dejarse al juez la posibilidad de determinar la duración del período de prueba, para lo cual es necesario que el legislador establezca solo un mínimum y un máximum.

Tanto el legislador como el juzgador deben reforzar el aspecto preventivo de la condena condicional. El primero, atenuando el carácter represivo de las causas de revocación y flexibilizando los requisitos para su concesión; en especial, el referente a que el inculpado no haya sufrido condena anterior nacional o extran-

100 Artículo 9 del mismo Código expresa: "Corresponde a la Justicia penal ordinaria la instrucción y el juzgamiento de los delitos y las faltas comunes".

jera. El juzgador, teniendo en cuenta los fines reeducativos de la institución en el momento de aplicar las normas legales que la regulan.

Es evidente, que las modificaciones a realizar deben formar parte de una reforma profunda de nuestro sistema penal; reforma que no debe consistir "solo en corregir el Derecho penal, sino en crear un mejor Derecho penal".

IV
Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo*

Sumario: 1. Introducción. 2. Denominación. 3. Carácter jurídico. 4. Evolución legislativa. 5. Finalidad. 6. Condiciones para su concesión. 7. Poder discrecional del juez. 8. Contenido de la decisión. 9. Reglas de buena conducta. 10. Duración del período de prueba. 11. Efectos del incumplimiento de las reglas de buena conducta. 12. Conclusión.

1. Introducción

El rigor del principio clásico de que todo delito debe ser reprimido ha sido, progresivamente, flexibilizado mediante la introducción de una serie de excepciones. Estas han sido establecidas tanto en el ámbito procesal como en el del derecho penal material. Sin olvidar la amnistía (olvido del delito) y el indulto (perdón de la pena), pensamos en particular en medidas más recientes inspiradas en la idea de que la pena (restricción y privación de derechos fundamentales) debe ser impuesta y ejecutada solo si es necesaria para cumplir los fines de prevención general o especial.

En el derecho procesal, esta tendencia se pone en evidencia, por ejemplo, con la admisión del principio de la oportunidad del ejercicio de la acción penal. Según el artículo 2 del Código Procesal Penal de 1991, se faculta al Ministerio Público a abstenerse, con el consentimiento expreso del imputado, de ejercitar la acción en caso de insignificancia del delito, culpabilidad mínima del agente

---

* Publicado en *Anuario de Derecho Penal 1997*, monográfico sobre *El sistema de sanciones penales*, Lima, 1997, pp. 233 y ss.

o padecimiento por parte de este de los efectos producidos por su propio comportamiento delictuoso.

En el Código Penal de 1991, se ha previsto, junto a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la reserva del fallo condenatorio como excepciones al principio de que el delito debe tener necesariamente como consecuencia el castigo efectivo del responsable. Asimismo, estos medios de reacción penal han sido considerados, junto a la pena de multa, para evitar los efectos negativos del encarcelamiento. Con este fin se busca excluir tanto las penas privativas de libertad de corta duración, como las de mediana duración.

Mediante la suspensión de la ejecución de la pena impuesta se impone al procesado, cuando procede privársele de su libertad por no más de cuatro años, una sanción especial. La libertad del condenado es restringida imponiéndosele determinadas obligaciones durante un plazo de prueba, bajo la amenaza de ejecutar efectivamente la pena en caso de incumplimiento. En cuanto a la reserva del fallo condenatorio, no se impone pena, pero se somete al procesado a la misma restricción de libertad. Hubiera sido preferible, siguiendo el modelo español, agruparlas bajo la denominación de "formas substitutivas de la imposición y de la ejecución de las penas". De este modo, se indicaría mejor la finalidad de dichas instituciones penales y se facilitaría la interpretación de las disposiciones que las regulan y su aplicación concreta.

2. Denominación

Antes de entrar en materia, es conveniente plantear una cuestión de terminología. La denominación condena condicional utilizada en el Código de 1924 y, frecuentemente, en la doctrina para designar la suspensión condicional de la ejecución de la pena ha sido críticada afirmándose que no es la condena la afectada por la condición sino la ejecución de la pena. Por esto se ha preferido emplear, en el Código de 1991, la expresión "suspensión condicional de la ejecución de la pena"[1]. La discusión pierde importancia cuando se precisa la perspectiva que se adopta[2]. Si se tiene en cuenta en qué consiste la medida y su efecto inmediato, resulta mejor hablar de suspensión condicional de la ejecución de la pena. Pero si se considera su efecto mediato y decisivo (la condena se tiene por no pronunciada), no es del todo desacertado denominarla condena condicional.

1 Muñoz Conde, F., y M., García Arán, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 1993, p. 498.

2 Zaffaroni, E., *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 1979, p. 646.

La ventaja de la primera fórmula es que comprende todos los casos, mientras que la segunda se refiere solo a los casos exitosos[3].

En lo que concierne a la medida prevista en el artículo 62, los redactores de nuestro Código han preferido el término reserva en lugar del de suspensión, utilizado en los proyectos españoles. La denominación aparece acertada en la medida en que, según el artículo 63, el juez "se abstendrá de dictar la parte resolutiva de la sentencia". Tratándose de sentencia condenatoria, en el fallo o parte resolutiva de la sentencia se fija la pena, individualizada conforme a las circunstancias materiales y personales establecidas en los considerandos de la misma. De modo que al no dictarse la parte resolutiva, el juez se reserva la posibilidad de hacerlo en caso de incumplimiento de las condiciones que el sentenciado debe ejecutar durante el plazo de prueba. En este sentido, resulta mejor hablar de reserva de fallo que de suspensión. Pero depende, en definitiva, de la manera cómo se haya regulado la medida. Por ejemplo, en Alemania, se prefiere la expresión reserva de pena (*Strafvorbehalt*) debido a que, según el § 59 del Código Penal, se trata más bien de una amonestación con reserva de pena. El juez debe, además establecer el veredicto de culpabilidad (*Schuldanspruch*), determinar la pena correspondiente y reservar la condena respectiva. Lo que se suspende entonces es la imposición de una pena que ya ha sido fijada. En Francia, se hace referencia claramente al aplazamiento del pronunciamiento de la pena (*ajournement du prononcé de la peine*). El nuevo Código Penal francés prevé tres tipos de aplazamiento de pena: uno simple (artículo 132-29 y ss), otro con plazo de prueba, parecido al nuestro (artículo 132-40 y ss.), y, un tercero, con mandato de cumplir un trabajo de interés general (artículo 132-54).

3. Carácter jurídico

En la doctrina extranjera, especialmente de habla alemana, se discute mucho sobre cómo clasificar a la suspensión de la ejecución de la pena. Las opiniones divergen en la medida en que se le considera una especial clase de pena[4]; un modo de ejecutar determinadas penas privativas de libertad[5]; una medida

3 GRAVEN, J., "Le sens du sursis conditionnnel et son développement", cit, p. 274.

4 Hans WELZEL dice: "La suspensión a prueba de la pena contiene una auténtica sanción", Derecho penal alemán, Parte general, 11.ª ed., Santiago de Chile 1970, p. 345; RICARDO NÚÑEZ, siguiendo a Herrera, afirma: "Es una verdadera pena de advertencia o de intimidación, fruto del principio de la individualización de la pena", *Derecho penal argentino*, 21.ª ed., Buenos Aires, 1965, t. II, p. 523.

5 LACKNER, K., *Strafgesetzbuch mit Erlauterungen*, 22.ª ed., Múnich, 1997, § 56, N.º 2; SCHONKE, A./SCHRODER, H., *Strafgesetzbuch*, 24.ª ed., Múnich, 1991, p. 730.

de corrección[6]; un medio de reacción penal independiente de las penas y de las medidas de seguridad[7]; un procedimiento para individualizar la pena[8]; o, finalmente, como un sucedáneo de las penas privativas de libertad[9].

La deficiencia de estos criterios radica en su carácter unilateral. La complejidad de la condena condicional se debe a que cumple múltiples funciones tanto de índole preventiva como punitiva. Esta realidad es implícitamente considerada en las propuestas mencionadas. Sus autores no hacen sino poner en primer lugar uno de los aspectos. Para superar estas dificultades, se ha sostenido, por ejemplo, que esta es, materialmente, una medida correctiva que implica la cooperación del autor, y, formalmente, una particular pena privativa de libertad (aunque no ejecutable condicionalmente)[10]. Y que la condena condicional, de acuerdo a las disposiciones legales, no es una pena ni una medida de seguridad, sino tan solo una modalidad de ejecución de la pena, pero que si se tiene en cuenta sus fines, debe ser concebida como un medio para resocializar al condenado[11].

Problemas semejantes se presentan al momento de caracterizar la reserva de fallo condenatorio. Debido a la manera cómo ha sido regulado en Alemania, los penalistas alemanes sostienen en su mayoría que es la sanción menos severa del Código, de carácter peculiar y muy parecida a una medida. Su carácter punitivo está dado por la declaración de culpabilidad, la fijación de la pena y la imposición de reglas de conducta. No se trata de una pena propiamente dicha porque esta, precisamente, no es impuesta en la sentencia. Si bien en nuestro Código no se dice expresamente que debe declararse culpable al procesado, ni se estatuye que debe fijarse la pena sin imponerla, es de reconocer que la reserva de fallo del artículo 62 debe ser caracterizada de la misma manera. No es una pena ni una medida de seguridad, sino un medio de reacción penal sui generis, muy

6 SCHMIDT E., "Reform des Strafvollzugs", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1952, p. 1; THORMANN, PH./VON OVERBECK, A., *Das Schweizerisches Strafgesetzbuch*, Zürich, 1940, t. I, p. 168.

7 Jürgen BAUMANN manifiesta: "La suspensión de la ejecución de la pena es una consecuencia jurídica de tipo especial, si se pretende seguir una tercera vía en el derecho penal", Strafrecht, 5.ª ed., Tübingen 1968; cf. JESCHECK, H.H., *Tratado de derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Granada, 1993, p. 759; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F, *Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., 1997, p. 748.

8 SALEILLES, R., *Lindividualisation de la peine*, París, 1898, pp. 190 y s.

9 ZÜRCHER, R., *Exposé des motifs de l'avant-projet d'avril 1908*, cit., p. 148; LOGOZ, P., *Commentaires du Code pénal suisse. Partie générale*, cit., p. 178; PECO, J., *Proyecto de Código Penal argentino*, cit., 1942, p. 185.

10 MAURACH/GOSSEL/ZIPF, *Deutsches Strafrecht*, A.T., cit., p. 507.

11 LACKNER, K., *Strafgesetzbuch mit Erlauterungen*, § 56, N.º 3, cit., n. 5.

parecido a la suspensión de la ejecución de la pena. En particular, en la medida que la sentencia, en su parte considerativa, contiene una desaprobación del acto realizado y la constatación de que el procesado es culpable y que además se le fijan reglas de conducta obligatorias.

Sin embargo, ninguna de las dos medidas debe ser considerada como una gracia, una medida de indulgencia o de clemencia[12]. La reserva de fallo constituye, ciertamente, una concesión muy importante en favor de la prevención especial en detrimento del principio que todo autor culpable de un delito debe ser castigado. Pero tiene una dimensión punitiva que permite considerarla como una "sanción cuasipenal"[13]. No constituye, propiamente, una medida de resocialización, mas mediante la desaprobación del acto del autor y la imposición de obligaciones a este, se busca influenciar su comportamiento futuro. El aspecto punitivo de estas medidas es reconocido por el legislador, en la medida en que las regula en sendos capítulos del Título III de la Parte general dedicado a las penas.

La idea de que la condena condicional representa un privilegio para el delincuente es, generalmente, admitida por quienes sostienen una concepción, sobre todo, favorable a la retribución. Así, no debe sorprender que se sostenga este criterio[14], si se piensa que una pena privativa de libertad de seis meses es un castigo insignificante o irrisorio.

4. Evolución legislativa

El origen tanto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena como de la reserva de fallo es la *probation* anglosajona. Casi simultáneamente,

12 Esta concepción ha sido sostenida, en Francia, por Donnadieu de Vabre, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3.ª ed., París 1917, p. 518. Entre nosotros, Gómez de la Torre sostuvo que la condena condicional es, en realidad, "el perdón de la primera falta cometida por una persona en circunstancias tales, y cuyos antecedentes hacen presumir que se trata de un delincuente ocasional que entrará fácilmente en el camino del arrepentimiento, de la enmienda y la readaptación. Llegando a afirmar que la condena condicional es, pues, el olvido del primer delito.", "La condena condicional", en *Revista Universitaria*, Lima, 1902, p. 41.

13 JESCHECK, p. 773, n. 7.

14 Es la tendencia que indicaba el texto original del artículo 53, *in fine*, del Código de 1924, en el que se hacía referencia al "beneficio de [la] suspensión condicional". La exposición de motivos del anteproyecto del Código de Procedimientos Penales se refiere, igualmente, a la condena condicional como un "beneficio", ver: *Revista del Foro*, Lima, 1939, p. 301. Respecto a la jurisprudencia de la Corte Suprema relacionada al CP de 1924, que también admitía con frecuencia este criterio ver: HURTADO POZO, J., "Condena condicional", en *Derecho*, N.º 31, 1973, pp. 60 y ss.

a mediados del siglo XIX, se desarrollo en Estados Unidos (al comienzo por iniciativa privada) y en Inglaterra (mediante la práctica judicial), la renuncia a la condena del procesado, luego de declararlo culpable, acompañada de su sometimiento a un control durante un plazo de prueba.

En los países de Europa continental, la *probation* no fue recepcionada como tal y solo, en las últimas décadas, se ha acentuado su introducción de manera diversa por parte de legisladores preocupados en adecuarla a sus realidades y necesidades particulares. Una de estas formas es la reserva de fallo, prevista en el artículo 62 del Código de 1991. Su introducción fue propuesta solo a partir del proyecto de 1990 (artículos 62 y 66), en términos muy semejantes a los de las disposiciones del Código vigente. Para la elaboración de estas disposiciones, se ha tenido sobre todo en consideración los proyectos españoles que culminaron con la dación del Código Penal de 1995. La suspensión de la ejecución de la pena, bajo la denominación de condena condicional, fue también una de las formas de recepcionar la idea de la *probation* anglosajona. Primero, tuvo lugar en Bélgica mediante las leyes de 1888 y, luego, en Francia en 1891. Es este modelo franco-belga, el que Maúrtua, siguiendo a los proyectos suizos, toma en cuenta para incorporarla en su proyecto de 1916, que devino Código en 1924 (artículos 53 y ss).

Una situación particular se creó cuando, el 23 de noviembre de 1939 y por iniciativa de la Corte Suprema, se modificaron las disposiciones relativas a la condena condicional y, en la misma fecha, se promulgó el nuevo Código de Procedimientos Penales, cuyo artículo 286 trata, también, de la condena condicional. Sin embargo, en ambos casos la condena condicional fue definida, en el sentido del Código Penal, como la suspensión de la ejecución de la pena bajo la condición de que el condenado se porte bien durante un período de prueba.

El artículo 286 del Código de Procedimientos Penales, aún vigente, que dejó sin efecto la modificación de 1939, puede considerarse de origen francés; pero constituyó, en buena cuenta, un retorno al texto original del artículo 53.

5. Finalidad

En 1924, al introducirse por primera vez la condena condicional en nuestra legislación, el fin primordial que se perseguía, siguiendo el modelo suizo, era evitar la aplicación efectiva de penas privativas de libertad de corta duración[15].

15 En la exposición de motivos, el legislador expresaba: "Entre los sistemas creados con tanta felicidad para sustituir las penas de prisión de corta duración, el proyecto ha adoptado el sistema franco-belga, que consiste en suspender la ejecución de la condena".

Por esta razón, su aplicación fue limitada a las penas privativas de libertad no mayores de seis meses de duración. Sin abandonar este objetivo, pero buscando sobre todo evitar los efectos negativos del encarcelamiento, el ámbito de aplicación fue ampliado a las penas de mediana duración (dos años, según D. Leg. 126 de 12 de junio de 1981). Tendencia que se acentúa en el Código de 1991, en el que se prevé el tope de cuatro años. La predominancia de dicho objetivo se evidencia también en el hecho que se prevé con respecto a la pena de multa. Si se consideró por el contrario en el Código derogado, fue en razón a que, en caso de no cancelación, podía ser convertida en pena privativa de libertad de corta duración.

La finalidad de la reserva de fallo es más amplia, pues no solo es aplicable a las condenas relativas a la pena privativa de libertad. Aun cuando no resulta del todo claro por qué se limita su aplicación a las penas no mayores de tres años de duración, en lugar de cuatro como en el caso de la suspensión de la ejecución de la pena, es evidente que también es un medio para evitar los efectos negativos de la privación de libertad. Sin embargo y, sobre todo, si se tiene en cuenta que es aplicable también respecto a las penas de multa, prestación de servicios a la comunidad, de limitación de días libres y de inhabilitación, las mismas que tienden igualmente a excluir la detención, debe admitirse que la reserva de fallo está fuertemente orientada a evitar la estigmatización del responsable de un delito, la que tiene lugar mediante la imposición de una condena.

6. Condiciones para su concesión

a. Respecto a la pena

Según el artículo 57, el juez puede suspender la ejecución de la pena privativa de la libertad que no sea mayor de cuatro años. Estamos lejos de la cautela con la que, en 1924, solo se previó esta medida con relación a la pena de prisión que no excediera de seis meses. Entonces, el legislador justificó su decisión diciendo que "el tiempo mínimo adoptado para la pena de prisión se explica fácilmente por tratarse de un medio enteramente nuevo cuya aplicación demanda suma prudencia"[16].

Este límite era demasiado bajo, si se tiene en cuenta que en el modelo helvético era de un año[17] y que, por ejemplo, en 1921, el legislador argentino lo

16 Código Penal, edición oficial, p. 169.

17 Cf. Abastos, Manuel G., "El delincuente en el Código Maúrtua", en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Año II, n.º II, Lima, 1937-38, p. 311.

había establecido en dos años. Ese criterio resultaba asimismo incongruente debido a que, en el Código de Procedimientos Penales, se declaraba procedente la liberación provisional (destinada también a evitar el ingreso del delincuente en prisión) en caso de inculpados por delito sancionado con no más de dos años. En la práctica, la restricción del ámbito de aplicación de la condena condicional produjo el efecto no deseado consistente en que los jueces imponen penas de seis meses, aun cuando no correspondieran a la gravedad del acto y a la culpabilidad del agente, para poder, de esta manera, conceder la condena condicional.

El nuevo límite establecido en el artículo 57 es conforme a la tendencia legislativa de las últimas décadas. Si se consultan los más recientes Códigos penales europeos se constata que, por ejemplo, en el Código español de 1995, artículo 80, inciso 1, es fijado en dos años; en el Código francés de 1994, artículo 132-31, se estatuye en cinco años; en el Código portugués de 1982 (artículo 48) se fija en 3 años. En América Latina, el Código colombiano de 1980 (artículo 68) prevé el límite de tres años; en 2, lo fija el Código brasileño de 1984 (artículo 77) y para los condenados mayores de 70 años, en 4 años (artículo 77, párrafo 2). El Código de Costa Rica de 1970, artículo 59, indica el límite de 3 años. Teniendo en cuenta la influencia que ha tenido en nuestra legislación el derecho suizo, es interesante señalar que la ley de reforma del 18 de marzo de 1971 aumentó el límite original de un año a dieciocho meses[18] y que, en el artículo 42 del Proyecto de reforma de la Parte general, se fija en tres años.[19]

En los proyectos de Código Penal, los límites fluctuaron entre los 3 o 4 años. Se fijó el límite en 3 años en los publicados en setiembre de 1984 (artículo 40, inciso 1) y en octubre del mismo año (artículo 62). Sin mencionar la pena de multa, como se hacía en los dos anteriores, el mismo límite fue conservado en los proyectos de 1985 (artículo 73, inciso 1) y 1986 (artículo 72, inciso 1). El límite de 4 años, figuró por primera vez en el proyecto de 1990 (artículo 61, inciso 2) y, así mismo, en el de 1991 (artículo 57, inciso 1). Los autores de estos dos últimos proyectos, se inspiraron muy probablemente en el proyecto español elaborado por el Grupo parlamentario del Partido Comunista y en el Código brasileño. El primero establecía, en su artículo 67, último acápite, el límite de 4 años con carácter excepcional y el segundo, artículo 77, párrafo 2, para los condenados mayores de 70 años.

18 Artículo 41 N.º 1, párrafo 1; ver: HURTADO, J., "La reforma parcial del Código Penal suizo (Ley penal del 18 de marzo de 1971)", cit., pp. 103 y s.

19 Artículo 42. El límite se duplica en caso de delincuentes que han cumplido 70 años y es de 3 años en caso de menores de 18 años; ver: Senato della República, V Legislatura, NQ 351, Roma 1968.

Poco importa el tipo y la gravedad del delito que el condenado ha cometido. Lo decisivo es que la pena impuesta, de acuerdo con las reglas relativas a la individualización de la sanción (artículo 46 y ss.), no supere el límite establecido en el artículo 57. En consecuencia, la manera, el tiempo y el lugar de la perpetración, los medios usados, es decir, el tipo y la gravedad del delito no son determinantes para suspender la ejecución de la pena. Estos factores son considerados, por el juez, al momento de individualizar la pena. Con razón afirmaba Ángel Gustavo Cornejo que "la importancia o naturaleza del delito no entra en consideración para otorgar la condena condicional"[20]. Debe distinguirse claramente estos dos aspectos; de lo contrario, se tenderá a excluir la condena condicional por razones puramente objetivas (naturaleza del delito, frecuencia de su comisión, necesidad de sancionar hechos de la naturaleza del delito en cuestión). Esta concepción equivocada sirvió de base a diversas ejecutorias de la Corte Suprema en los años siguientes a la introducción de la condena condicional[21].

Los casos en los que procede la reserva de fallo según el tipo de pena son más numerosos. En caso de pena privativa de libertad, debe tratarse de pena no mayor de tres años. Se entiende que se trata de la pena que merece el autor por el delito que da lugar al proceso y no al máximum de la pena fijada en la disposición legal. Esto último parecería establecerse en el artículo 62 mediante la expresión "cuando el delito está sancionado con pena privativa de libertad [...]". Como ya lo hemos señalado, no es clara la razón por la que ha conducido no se han considerado las penas de hasta cuatro años de duración como se ha hecho respecto a la suspensión de la ejecución de la pena. La similitud entre ambas medidas y la amplitud del criterio admitido no justifican tan pequeña diferencia. Si la idea es que la suspensión de la reserva de fallo es un medio de reacción penal menos grave que la suspensión de la ejecución, la diferencia hubiera debido ser más importante. La explicación está quizás en relación al tipo de delincuentes considerados como sujetos de la reserva de fallo[22].

Respecto a la pena de multa, por el contrario, no se fija límite alguno. Esto quiere decir que la reserva de fallo es posible aún si la multa es fijada en un

20 Comentarios al nuevo Código Penal, Lima 1926, p. 187; cf. BRUNS quien dice: "Solo después de la fijación de la pena correspondiente a la culpabilidad debe examinarse la cuestión de suspensión de la pena, en ambos casos se trata únicamente, de acuerdo a la doctrina dominante, de una modificación de la ejecución (de la pena)", *Strafzumessungsrecht, Allgemeiner Teil*, 1967, p. 31.

21 *Anales Judiciales* 1935, p. 419, *Revista del Foro* 1941, p. 383, *Revista de los Tribunales* 1942, p. 25, en *Anales Judiciales* 1942, p. 327; *Anales Judiciales* 1944, p. 95, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1952, p. 2983.

22 Cf. *supra* 6.

número elevado de días-multa. Esta amplitud crea el riesgo que en ciertos casos (delitos contra el medio ambiente) o con relación a ciertos autores (económica y socialmente favorecidos), la necesaria represión sea escamoteada. Además, resulta un poco paradójico que se restrinja su aplicación respecto a las demás penas.

Así, la reserva de fallo solo procede respecto a las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres que no superan las noventa jornadas y a la inhabilitación cuando no sea mayor de dos años. En razón de la finalidad atribuida a la reserva de fallo (evitar la estigmatización para facilitar la reinserción), la amplitud adoptada respecto a la pena de multa se justifica aun más con relación a estas tres penas limitativas de derechos.

b. Pronóstico favorable

De manera idéntica para las dos medidas, se dispone (artículos 57 y 62) que estas se aplicarán "cuando la naturaleza, modalidad del hecho punible y personalidad del agente, hagan prever que esta medida le impedirá cometer un nuevo delito".

En cuanto a la suspensión de la ejecución de la pena, a diferencia de la regulación prevista en el Código derogado, la establecida en el nuevo Código corresponde mejor a los fines perseguidos. No se hace depender más su aplicación de criterios formales y objetivos, como si el condenado "no hubiere sido objeto por razón de delito intencional de ninguna condena anterior nacional o extranjera" (artículo 53, inciso 1, del Código de 1924). Circunstancias de este tipo deben ser tomadas en cuenta al momento de individualizar la pena. Una vez que se ha establecido la pena inferior de cuatro años, la suspensión de su ejecución solo depende del pronóstico favorable que no volverá a cometer nuevo delito.

De manera semejante al artículo 68 del Código colombiano, el inciso 2 del artículo 57 establece como segunda condición "que la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del agente hiciera[n] prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito". En nuestro Código derogado, se hacía simplemente referencia a "los antecedentes y el carácter del condenado".

El factor decisivo, válido igualmente para la reserva de fallo, es la apreciación de prevención especial del caso particular. Por tanto, la naturaleza y la modalidad del hecho deben ser considerados en la perspectiva de la personalidad del agente. De esta manera se puede admitir que, en realidad, todos los factores subjetivos y materiales tomados en cuenta para la individualización de la pena deben ser considerados como indicios del futuro comportamiento del condena-

do. La nueva regulación es defectuosa pues con la fórmula, "naturaleza, modalidad del hecho punible", parece aludirse a la manera como este ha sido caracterizado en el tipo legal. Lo conveniente hubiera sido hacer referencia directa a la naturaleza, modalidad del delito concreto que da lugar al procesamiento del agente y que constituye una manifestación de su personalidad.

El juicio que sirve de base a la decisión de suspender la ejecución de la pena o a reservar el fallo debe constituir una apreciación individualizada de la persona del condenado, la misma que permitirá pronosticar que la aplicación de una de estas medidas será suficiente para disuadir al condenado de volver a delinquir. No basta, en consecuencia, que el juez intuya, tenga una simple esperanza o confíe que el condenado se comportará bien. En caso de duda no puede aplicarse el principio *in dubio pro reo*[23].

Tratándose de casos en los que la pena a imponerse es la privativa de libertad (no mayor de tres años), resulta importante y, al mismo tiempo, difícil determinar si se debe aplicar una u otra medida. En estos casos, la gravedad del delito y la personalidad de los procesados son las mismas, por lo que el factor decisivo es el hecho de saber el grado de sensibilidad del agente para determinar si basta con amenazarlo con la futura imposición de una pena o es necesario intimidarlo con una pena pronunciada cuya ejecución se suspende. También es de considerar si por las circunstancias en que ha sido cometido el delito y los efectos que este ha producido sobre la persona misma del agente, es conveniente evitarle el estigma de la condena. Así mismo, sería de tener presente que la renuncia del objetivo de prevención general de la condena resulta sobre todo eficaz respecto a delincuentes primarios y ocasionales, para los cuales es suficiente la reserva del fallo para impedir que vuelvan a cometer el paso en falso, consistente en la comisión de un primer delito. No obstante y en consideración a que no hay elemento legal que permita deducir que se ha buscado limitar la reserva del fallo solo a los delincuentes primarios, esta medida no concierne únicamente la delincuencia de mínima importancia (la misma gravedad de la pena de tres años indica lo contrario). La decisión de optar por la reserva del fallo dependerá, sobre todo, cuando también sea procedente la suspensión de la ejecución de la pena, de la sensibilidad penal más o menos grande del agente, de que la culpabilidad del agente sea significativamente disminuida o de que se presenten circunstancias particulares de atenuación relativas tanto al hecho como al autor[24].

Teniendo en cuenta como ha sido considerada y aplicada la "condena condicional" entre nosotros, debemos destacar una vez más que, si bien no es de recurrir a la

23 LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erlauterungen*, § 56, N.º 8, cit., n. 5.

24 Cf. JESCHECK, p. 774, n. 7.

noción de peligrosidad social del delincuente, tampoco es de caer en un criterio unilateral (material o formal). La aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena (lo mismo vale para la reserva del fallo) no puede depender del tipo de delito, del hecho que el procesado haya cometido otros delitos o haya sido condenado anteriormente o de la constatación que es un delito cometido muy frecuentemente. Tampoco debe estar supeditada a que se considere, a priori, como peligrosos a determinados delincuentes en razón a alguna circunstancia personal: por ejemplo, alcohólicos, drogadictos, cleptómanos [...] Excluir la suspensión de la ejecución de la pena o la reserva del fallo invocando, unilateralmente y de manera formal, una de estas circunstancias implicaría considerar a la prevención general como el factor decisivo. Esto las desnaturalizaría completamente en la medida en que desconocería que ambas se orientan sobre todo hacía una mejor individualización de la reacción penal en función de las condiciones personales del condenado[25].

7. Poder discrecional del juez

La defectuosa redacción de los artículos 57 y 62 puede dar lugar a dudas sobre el poder concedido al juez para aplicar la suspensión de la ejecución de la pena y la reserva del fallo. En ambas disposiciones, se dice que este "podrá". Lo que debería entenderse en el sentido de tener la facultad, aun cuando las condiciones se hayan cumplido, de decidir si en el caso concreto procede o no suspender la ejecución o reservar el fallo. Como si el legislador hubiera, implícitamente, considerado una condición más que permitiría al juez, excepcionalmente, no aplicarlas. Esta interpretación no es acertada, pues implica una inseguridad jurídica que contradice los objetivos del principio de la legalidad. Si el objetivo era dar al juez ese poder discrecional, hubiera sido necesario señalarlo expresamente. Así, por ejemplo, cuando se estima que la reserva del fallo es una medida excepcional y que, por razones de política criminal, es conveniente impedir que se crea que "una vez es ninguna", debería introducirse una exigencia adicional. En el caso de Alemania, se establece (§ 52, pf. 3) "que la defensa del ordenamiento jurídico no exija la correspondiente condena". De esta manera, es el juez quien decidirá si la finalidad de prevención general debe desplazar el objetivo de prevención especial propio a la reserva del fallo.

Este no es el caso de nuestro Código Penal, razón por la que hemos afirmado que lo decisivo es el pronóstico favorable de que el procesado no volverá a cometer un delito. En el texto legal se encuentra apoyo suficiente en favor de

25 Sobre la orientación de la jurisprudencia de la Corte Suprema, ver HURTADO, pp. 73 y s, n. 12.

esta interpretación. A pesar de decirse que "el juez podrá", enseguida se dice "siempre que se reúnan los requisitos siguientes" (artículo 57) y "la reserva será dispuesta" (art 62). De modo que el poder discrecional del juez está limitado a establecer el pronóstico favorable referente a que la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena o la reserva del fallo "impedirá [al procesado] cometer un nuevo delito [doloso]". De modo que el criterio determinante es la finalidad de la suspensión de la ejecución de la pena: evitar que el delincuente, permeable o receptivo a los mandatos del orden jurídico, no vuelva a delinquir, alejándolo de la prisión o evitando el estigma de la condena y dándole ocasión para que se rehabilite el mismo.

De acuerdo a las normas procesales y constitucionales, el juez debe motivar debidamente la decisión (negativa o positiva) respecto de la suspensión de la ejecución de la pena o de la reserva del fallo, debiendo indicar de manera concreta las circunstancias que le han permitido elaborar el pronóstico sobre la futura conducta del condenado. Esta exigencia garantiza que el juez no decida de manera arbitraria[26].

8. Contenido de la decisión

En caso de la suspensión de ejecución de la condena, la sentencia está constituida tanto por la parte considerativa como resolutiva. Mediante esta última, el juez condena al procesado a la pena privativa de libertad que le corresponde de acuerdo a su culpabilidad, fijándole el monto de la reparación civil que proceda. La ejecución de esta pena es suspendida por el juez en el fallo de la sentencia. Al mismo tiempo, somete al condenado a un periodo de prueba imponiéndole las reglas de conducta que estime conveniente. De modo que, en el caso de revocarse la suspensión, se sabe qué pena debe ser ejecutada.

Por el contrario, cuando se trata de la reserva del fallo, según el artículo 62, el juez debe abstenerse "de dictar la parte resolutiva de la sentencia, sin perjuicio de fijar las responsabilidades civiles que procedan". De acuerdo con el nombre dado a esta medida, la parte de la sentencia que no se dicta es el fallo; es decir, el pronunciamiento decisivo sobre la imposición de una pena determinada. En la parte considerativa, el juez deberá argumentar tanto sobre los hechos como sobre el derecho aplicable para determinar la responsabilidad del acusado. La cuestión que se plantea es la de saber, debido a la imprecisión del texto, si el juez debe también fijar el quántum de la pena. La respuesta debe ser afirmativa en la

26 Zürcher, E., *Exposé des motifs de l'avant-projet d'avril 1908*, cit., p. 109, n. 9.

medida que la individualización de la pena permite constatar si se cumple con la condición objetiva que la pena no supere los máximos estatuidos en los artículos 57 y 62. La duda que hace surgir la deficiente redacción del artículo 62, número 1 ("cuando el delito está sancionado con pena [...]"), desaparece a la lectura de los números 2 y 3, en donde se dice: "cuando la pena a imponerse no supere [...]". En consecuencia, el juez tiene que fijar la pena, pero no imponerla. En el Código Penal alemán, como lo hemos señalado, se establece con claridad que debe establecerse la culpabilidad, determinar la pena correspondiente y reservar la condena respectiva. Esta solución tiene la ventaja de mostrar claramente al procesado la importancia de su falta y, así mismo, de economizar una nueva actuación procesal en la que se deba imponer la pena si se revoca la reserva (fracaso de la prueba de no cometer un delito doloso durante el plazo fijado). Además, permite, de un lado, respetar mejor el principio procesal de la inmediatez (¿cómo fijar la pena después de transcurridos dos años del plazo de prueba?) y, de otro lado, que la comisión del nuevo delito no influya en la determinación de la pena correspondiente al primero. Es en este sentido, positivo para la administración de justicia y favorable al procesado, que debe interpretarse la última frase del artículo 66. En esta se estatuye que "la revocación determina la aplicación de la pena que corresponde al delito, si no hubiera tenido lugar el régimen de prueba"[27]. Si es posible de aplicarla es porque ha sido previamente fijada. Y como no se dice, de manera expresa, cuándo debe hacerse esto, cabe completar la ley en el sentido que proponemos.

9. Reglas de buena conducta

En el artículo 58, se regula, de manera más clara y detallada que en el artículo 53, inciso 2, del Código de 1924, la fijación de las reglas de conducta al condenado. Nuevamente, los redactores de esta disposición fueron influenciados, al menos en la estructura de la disposición, por el Código colombiano (artículo 69). Esto se nota, en particular, en el hecho de que se diga, como lo hace el legislador colombiano, "el juez al otorgar la condena condicional". De esta manera, contradice la designación que han dado al título del capítulo en que la regulan: suspensión de la ejecución de la pena.

Las mismas reglas son establecidas en el artículo 64 respecto a la reserva del fallo. Las diferencias de redacción con el artículo 58 son mínimas. En el inciso cuatro, se dice "salvo que demuestre que esté imposibilitado de hacerlo" en lugar de "salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo". El fondo en

27 Ver *infra* 11.

realidad es el mismo. La otra diferencia parecería ser de mayor importancia: en el inciso 6 del artículo 58, se alude a "los demás deberes que el juez estime convenientes a la rehabilitación [...]", mientras que en el artículo 64, inciso 6, se dice "las demás reglas de conducta que el juez estime convenientes para la rehabilitación [...]". Sin embargo, se trata de lo mismo porque mediante las reglas de conducta se imponen deberes al procesado sometido a prueba.

La enumeración de las reglas no es exhaustiva. Solo son ejemplos de las obligaciones que el juez puede imponer al condenado. Como venimos de indicarlo, el número 6 de las disposiciones citadas autoriza al juez a establecer otras reglas o deberes que estime "convenientes a la rehabilitación social del agente". Además de este límite relacionado con la finalidad de la institución, se estatuye como restricción que el deber que el juez imponga "no atente contra la dignidad del condenado". Los ejemplos dados por el legislador constituyen también una limitación del poder del juez. Los deberes no mencionados que este decida imponer deben ser análogos a los expresamente indicados en la ley. Por último, el cumplimiento de estos deberes debe estar al alcance del condenado, aun cuando este deba hacer un esfuerzo especial.

La eficacia de las reglas que se impongan al condenado depende de la posibilidad de controlar su cumplimiento. En los grandes o medianos centros urbanos, en especial, resultará difícil sino imposible constatar que se cumplan las prohibiciones de frecuentar determinados lugares, de ausentarse del lugar donde reside, de poseer objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito. Por el contrario, el control de la obligación de comparecer personalmente al juzgado y la de reparar los daños ocasionados por el delito serán en cierta forma más efectivos. Respecto a estas dos últimas obligaciones, se presentarán problemas en la medida en que su control supone que los órganos competentes cuenten con el personal y material necesario.

En la práctica, los jueces se limitan a establecer reglas de carácter general, por ejemplo, en caso de delitos sexuales "observar buena conducta", "no tener trato sexual con menores", "no frecuentar cantinas ni lugares inmorales", "evitar malas compañías"; en caso de lesiones culposas: "manejar (vehículos) con prudencia", "observar fielmente las disposiciones del Reglamento de tránsito". En nuestra opinión, el juez debe abandonar estas tradicionales y estereotipadas frases, y tratar de establecer deberes en el sentido de los dados en el ejemplo por el legislador y que, además ser adecuados para impulsar al condenado a comportarse debidamente, sean de fácil y práctico control.

El control es, conforme el Código, de la competencia del juez que condena. En la práctica, estará a cargo de la policía. Esta, como muy bien dijo Abastos, es

la menos indicada para tales menesteres[28]. Hubiera sido mejor que se prevea un sistema *ad hoc* de control. Si no se conservó el patronato, se le debió remplazar por otra institución. Este control podría haber estado a cargo de un juez de ejecución de sentencias.

10. Duración del período de prueba

El procesado, además de merecer por sus características personales la suspensión de la ejecución de la pena o la reserva del fallo, es indispensable que no las desmerezca con su comportamiento posterior a la sentencia. En los artículos 57, último párrafo, y 62, se estatuye que el plazo de prueba podrá durar entre uno y tres años. En el caso de la reserva del fallo, este plazo comienza a correr desde que la decisión adquiere calidad de cosa juzgada (artículo 62, *in fine*). Respecto a la suspensión, ante el silencio justificado de la ley, se comprende que la suspensión es efectiva desde el momento en que es decretada.

Tanto por la menor duración del plazo como por su flexibilidad, el artículo 57 es más acertado que el artículo 55 del Código derogado, en el que se establecía el plazo fijo y único de cinco años. Ahora, el juez, según la personalidad del condenado y las circunstancias del caso particular, individualizará su duración entre el mínimo de un año y el máximo de tres.

El criterio flexible adoptado es conforme a la orientación de la legislación extranjera. De esta manera, nuestro legislador ha preferido dejar cierta libertad al juez para que determine la duración del plazo de prueba en cada caso particular. Así, se respetan mejor sus fines al tenerse como factor decisivo el aspecto personal del condenado.

11. Efectos del incumplimiento de las reglas de buena conducta

Durante el período de prueba el sentenciado debe comportarse bien; pero no es necesario que tenga una conducta intachable. La ley prevé los mismos efectos para el incumplimiento de las reglas de conducta y para la comisión de un nuevo delito durante el periodo de prueba (artículos 59 y 65). La redacción del artículo 65 es defectuosa en la medida en que no corresponde a la manera cómo ha sido concebida la reserva del fallo.

28 Abastos, Manuel G., "Prevención y represión de los delitos de tránsito", en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Año XVI, N.os I-II-III, Lima, 1952, p. 315, n. 17.

El incumplimiento de estas exigencias no implica la revocación automática de la suspensión de la ejecución de la pena. Así lo disponía, por el contrario, el Código derogado respecto a la condena condicional (artículo 56). Sin embargo, en la nueva regulación solo se prevé que el condenado sea advertido por el juez que de persistir en infringir las reglas de conducta se tomarán medidas en su contra. Por tanto, debe considerarse que la regulación del artículo 59, así como del artículo 65, se inspira en la idea de que el juez debe proceder de manera gradual en la determinación de esos efectos. En principio y tratándose, en general, de violaciones simples a las reglas de conducta, el juez deberá, primero, amonestar al infractor. Esta amonestación servirá de advertencia para las medidas más graves consistentes en la prórroga del periodo de suspensión o la revocación de la suspensión.

La amonestación (artículo 59), denominada advertencia en el artículo 65, consiste en la notificación por la que se reprende al condenado por el incumplimiento de las reglas de conducta y se le advierte de las consecuencias si persiste en hacerlo. Debe ser expresada de manera formal y clara para que tenga el efecto de intimar al condenado a cumplir con los deberes que se le han impuesto. Con este objeto, debe ser personal; lo que no supone necesariamente que se haga oralmente y en presencia del condenado. Teniendo en cuenta las circunstancias concretas, esta amonestación se hará por escrito y cuidando que llegue a conocimiento del interesado. El riesgo es que esta medida se reduzca a una simple formalidad consistente en dejar constancia en el expediente respectivo.

La prórroga del periodo de prueba constituye una medida grave que solo debe adoptarse de ser necesaria. El fundamento no solo debe ser de carácter represivo, sino sobre todo preventivo-especial. De acuerdo a la finalidad de los deberes que se impongan, el juez debe llegar al convencimiento que la prórroga es necesaria para "la rehabilitación social del agente". Dada la gravedad de la medida, el legislador ha limitado el poder del juez estableciendo que la prórroga no puede superar la mitad del plazo inicialmente fijado y, en ningún caso, la suma de ambos puede sobrepasar el límite de tres años (artículos 59 y 65, número 2 en ambos). Este límite es, por tanto, el máximo absoluto de la duración del periodo de prueba. Por ningún motivo, se deberá imponer un plazo mayor.

Tanto la amonestación como la prórroga del periodo de prueba son medidas que no afectan el mantenimiento de la suspensión de la ejecución de la pena o de la reserva del fallo. La primera tiende al logro de su mejor ejecución y, por tanto, de sus fines. La segunda se orienta, de un lado, a corregir el primer plazo en consideración a un mejor conocimiento de la personalidad del agente (revelada por el incumplimiento de las reglas) y, de otro lado, a darle una nueva oportunidad para que colabore en su reinserción.

La revocación, por el contrario, es una medida relativa al mantenimiento mismo de la suspensión de la ejecución de la pena. Es una constatación del fracaso y, en consecuencia, un mandato para que se haga efectiva la privación de libertad. Esta diferencia y sus distintos fundamentos imponían su regulación en disposiciones diferentes.

Para la revocación no basta, como sucede en la amonestación y la prórroga del periodo de prueba, que el agente incumpla las reglas de conducta o fuera condenado por otro delito. Según los artículo 60 ("condenado por la comisión de un nuevo delito doloso") y 66 ("cometa un nuevo delito doloso"), es indispensable que sea responsable de un delito doloso y que le sea impuesta, en razón de esta infracción, una pena privativa de libertad superior de tres años. De manera más clara en el artículo 66, se dispone que el agente debe ser "condenado [por el nuevo delito] a pena privativa de libertad [...]", en lugar de la defectuosa redacción del artículo 60, en el que se establece: "condenado por delito [...] cuya pena privativa de libertad sea superior.". Esta disposición lleva a confusión, en la medida en que hace pensar que se está aludiendo a la pena que merece el delito y no a la que se impone al agente por haberlo cometido. El texto legal dice "por la comisión de un nuevo delito doloso cuya pena privativa de libertad sea superior a tres años". "Cuya pena" no debe comprenderse como la pena del delito, fijada en la disposición legal; sino la que, mediante individualización, se imponga al agente por haber cometido dicho delito doloso. La restricción a los casos de condenas por delito doloso es correcta en la medida en que el agente, en estos casos, pone más en evidencia una actitud contraria al orden jurídico que en los delitos culposos y más aún que en las meras faltas. Nadie está libre de provocar un perjuicio por una imprevisión culpable y por más grave que sea la pena, esta no revela generalmente una falta de integración social.

La revocación tiene el efecto de hacer efectiva la pena suspendida. Esta será ejecutada junto con la nueva pena impuesta por el delito doloso que da lugar a la revocación. Esto significa, primero, que no se puede conceder la suspensión de la ejecución respecto a esta segunda pena, a pesar que no sobrepasa el límite de cuatro años fijado en el artículo 57. Esto se explica por el hecho que la revocación es el efecto extremo del fracaso del periodo de prueba. Sin embargo, hubiera sido más coherente que ambos límites coincidieran (como en el caso de la reserva de fallo); es decir, que la segunda condena debería ser a una pena no superior a cuatro años en lugar de tres. La justificación se encuentra en que la revocación será decretada aun cuando el agente haya cumplido con los deberes que se le impusieron. Además, no se da al juez la libertad de decidir, de acuerdo con las circunstancias del caso, si es o no conveniente revocar la suspensión.

En relación con la reserva del fallo, se presenta una situación peculiar. Aun cuando este medio de reacción penal consiste en la no imposición condicional de la pena al procesado culpable, en el artículo 66, se habla de revocación del "régimen de prueba", en lugar de revocación de la reserva del fallo. Además, de manera igualmente incorrecta, se hace referencia a "si no hubiera tenido lugar el régimen de prueba". Este periodo de prueba tiene lugar siempre y no puede ser revocado. Lo que realmente sucede es que deja de tener sentido desde que el sentenciado comete un delito doloso. Circunstancia que obliga al juez a pronunciarse sobre si deja sin efecto la reserva del fallo. De acuerdo con el artículo 66, el juez tiene, de un lado, la facultad de revocarla o no cuando la pena a imponerse por el segundo delito es menor de tres años y, de otro lado, la obligación de hacerlo cuando la pena "exceda de este límite". Esta fórmula muestra que el término "superior" empleado en lugar de "menor" constituye un error en relación con la primera hipótesis. Las penas mayores de tres años exceden necesariamente este límite. La revocación de la reserva del fallo decretada en ambos casos "determina la aplicación de la pena" (artículo 66, segundo párrafo, *in fine*).

12. Conclusión

La suspensión condicional de la ejecución de la pena es uno de los más eficaces substitutos de las penas privativas de libertad. Si este es el objetivo final, su aplicación debe ser la ocasión para tratar de rehabilitar socialmente al condenado. Esta tarea requiere ejercer, mediante las reglas y durante el periodo de prueba, un control eficaz sobre el condenado. La inexistencia de un sistema de control eficaz determinará que, como ha sucedido durante toda la vigencia del Código derogado, el efecto de la medida se reduzca a evitar que el condenado no sea privado de su libertad.

La reforma del Código de 1924 ha permitido al legislador ir más allá de lo que se podía esperar teniendo en cuenta las modificaciones hechas a dicho código y la tendencia restrictiva de los jueces respecto a la condena condicional. El límite de cuatro años amplía de manera significativa el campo de aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena. Lo que redundará en favor de la política orientada a evitar, en la medida de lo posible, los efectos negativos de la privación de libertad. Este límite no es exagerado si se considera el carácter particularmente represivo de nuestra legislación y los extremos mínimos bastante elevados de las penas establecidas en las disposiciones de la parte especial.

Es bastante positivo, igualmente, que se haya abandonado el criterio rígido en la fijación de la duración del periodo de prueba. Se ha hecho bien en considerar que este, de la misma manera que la suspensión de la ejecución, debe estar

en función de la personalidad del agente y de las circunstancias particulares del caso *sub iudice*. Lo mismo se puede decir de la manera cómo se han aligerado las exigencias para que la suspensión sea dictada (en especial, eliminando la referente a que el inculpado no haya sufrido condena anterior) y se ha atenuado el carácter represivo de las causas de revocación.

En relación con la técnica legislativa, se deben destacar los defectos de redacción de las nuevas disposiciones. Defectos que revelan un deficiente conocimiento de los códigos o proyectos extranjeros que han sido consultados. Desgraciadamente, estos defectos formales pueden tener consecuencias importantes en la manera cómo los jueces las aplicarán. Vale la pena recordar, la manera cómo han sido regulados los efectos del mal comportamiento del agente durante el periodo de prueba. Primero, en el artículo 59, se enumeran las tres consecuencias: amonestación, prórroga de dicho periodo y revocación. Las causas para decretarlas son el incumplimiento de las reglas de conducta y la condena del agente por otro delito. Lo que deja entender que puede tratarse de cualquier desobediencia a las reglas y de cualquier tipo de delito (doloso o culposo, grave o simple). Luego, se precisa que la revocación tendrá lugar si, durante el periodo de prueba, el agente es condenado por la comisión de un "nuevo delito doloso" a una pena privativa de libertad mayor de tres años. De donde se deduce que no basta, como parecía establecerse al principio, el simple incumplimiento de las reglas o la comisión de cualquier delito. Además, el que se diga "un nuevo delito doloso" puede dar lugar a que se crea que el primer delito (por el que se suspendió la ejecución de la pena) también debe ser del mismo tipo. Con lo que se concluiría, incorrectamente, que la suspensión no procede en caso de delitos culposos. Por último, el efecto de la no revocación y las consecuencias del respeto a las reglas de conducta son establecidos de manera incoherente. El considerar la condena como no pronunciada depende de "si transcurre el plazo de prueba sin que el condenado cometa nuevo delito doloso, ni infrinja de manera persistente y obstinada las reglas de conducta". De modo que si para la revocación basta la condena por nuevo delito doloso a pena superior de tres años, sería de admitir que hay casos en que la pena no es ejecutada (pues la suspensión no fue revocada) y la condena subsiste porque no se dan acumulativamente las condiciones previstas en el artículo 61.

Los jueces deberán establecer, en decisiones uniformes, criterios coherentes de aplicación y esto, a nuestro modesto entender, en el sentido de la interpretación que proponemos en este trabajo. No necesitan esperar que se modifique una vez más el ya maltrecho Código de 1991.

V

Pena de muerte y política criminal en el Perú*

Sumario: 1. Introducción. 2. Sistema, penal de la Colonia. 3. Origen del sistema punitivo moderno. 4. Inicios de la República. 5. Período de 1850-1870. a. Ramón Castilla: Constituciones de 1856 y 1860. b. Ley sobre homicidio calificado y Código Penal de 1863. c. Constitución liberal de 1867. 6. Periodo de 1879-1930. a. Estatuto Provisorio de Piérola (1879) y Gobierno de García Calderón durante la ocupación chilena. b. El Oncenio y la Constitución de 1920. 7. Sánchez Cerro y la Constitución de 1933. a. El Estatuto Provisorio de Piérola y el Gobierno de García Calderón durante la ocupación chilena. b. El Oncenio y la Constitución de 1920. 8. Pena de muerte en el Código de 1924 y leyes que lo modifican. a. Tesis abolicionista del codificador. b. Repugnancia del país a la penco da muerte. c. La Defensa Social y la pena capital. 9. Constitución de 1979 y Política Criminal. 10. Bibliografía sucinta.

> "Levanten patíbulos, enciendan hogueras, arrastren al culpable a las plazas públicas, llamen al pueblo a grandes voces[...] Imbuido de esas terribles imágenes y de esas ideas saludables, cada ciudadano regresará a difundirlas en su familia, y allí, mediante largas narraciones hechas con tanto calor como ávidamente escuchadas, sus hijos, a su alrededor, abrirán su tierna memoria para recibir, en rasgos inalterables, la idea del crimen y del castigo, el amor a las leyes y a la patria, el respeto y la confianza en la magistratura". Joseph Michel Antoine de Servan 1819, 1, p. 13.

---

* Publicado en Hurtado Pozo, José (editor), *La nueva Constitución y el derecho penal*, Lima, 1979, pp. 102 y ss.

1. Introducción

La delincuencia y los comportamientos marginales de las personas en el curso de su evolución histórica no han sido debidamente estudiados. Lo mismo ha sucedido en relación con los medios de control y represión utilizados por el Estado frente a tales comportamientos. El estudio de uno de esos medios, conforme aparece hoy en día, tendrá éxito solo en la medida en que se le ubique correctamente en el contexto sociopolítico en que aparece y se consolida. En países como el nuestro, esta exigencia es, en particular, imperiosa. Estudiar el derecho penal, en general, y el sistema de sanciones, en particular, implica el conocimiento de la manera cómo se ha ido formando y consolidando el aparato estatal y, sobre todo, de los órganos destinados específicamente a la vigilancia y control de las personas.

No es mera coincidencia que el primer Código Penal haya sido promulgado por Ramón Castilla (1863), primer gobernante que tuvo una visión integral de la problemática nacional. Se preocupó; por ejemplo, de dictar una serie de reglamentos de Policía; de mejorar la Gendarmería y de organizar seriamente el sistema carcelario. En este dominio, construyó la única penitenciaría del país (1862), destruida en 1961 sin ser reemplazada. Tampoco lo es que el segundo Código Penal, aún vigente, haya sido dado por Leguía (1924), modernizador de nuestro Estado, quien reorganizó la Policía, creó la escuela de Policía, y trajo una misión española con este fin (7 de agosto de 1919).

Desde esta perspectiva sociojurídica, hemos tratado, en otras oportunidades[1], de determinar las causas y efectos de la recepción de leyes foráneas en la formación del sistema normativo que regula y legitima la actividad controladora y sancionadora del Estado. Al mismo tiempo, hemos tratado de ver como, paralelamente a la incorporación de nuestra región y país al sistema económico mundial, se producía su alineamiento al sistema ideológico y jurídico eurocontinental.

Tanto en uno como en el otro dominio, los fenómenos europeos se dan o reproducen, entre nosotros, con características peculiares. Muchas veces, el reflejo se reduce a la letra muerta de un texto legal o constituye una parodia del modelo original.

1 Hurtado Pozo, José, *La ley importada*, Lima, 1979.

2. Sistema penal de la Colonia

En cuanto al sistema de sanciones penales, constatamos, en primer lugar, que la pena de muerte, los suplicios y las penas infamantes, caracterizaban el derecho penal virreinal, como sucedió con el derecho europeo anterior a la Revolución francesa. En esa época, y conforme a la concepción entonces predominante, el delincuente no solo violaba, mediante la comisión de la infracción, la ley; sino que causaba un daño y, sobre todo, atentaba contra quien hacía cumplir la ley. El delito era concebido como una agresión contra la víctima inmediata y contra el soberano. Foucault[2] dice al respecto que "la intervención del soberano no es un arbitraje entre dos adversarios. Se trata más bien de una acción destinada a hacer respetar los derechos de cada uno. Es una réplica directa contra quien lo ha ofendido". De modo que el soberano no solo busca restaurar el desorden producido y destruir el mal ejemplo dado, mediante la infracción; sino, también, persigue castigar el vejamen causado a su persona. El poder punitivo del soberano se manifiesta en penas severas (muerte, galeras, suplicios, exilio, etc.) y en su ejecución pública y ceremoniosa. En la pena de muerte y los suplicios se revela mejor este mecanismo, y muestran, descarnadamente, el enfrentamiento brutal y sangriento en que consistía, generalmente, la represión penal. Este mecanismo se inserta en un sistema punitivo, en el que el soberano exige, decide y hace ejecutar, directa o indirectamente, las sanciones, en la medida en que ha sido afectado por el delito[3].

La legislación hispana, implantada en nuestro país por los conquistadores españoles durante la época colonial (Las Siete Partidas, la Nueva Recopilación, la Novísima Recopilación, el Fuero Real, etc.), contenía normas para aplicar la pena de muerte y los suplicios para diversos casos. Se acentuó esta tendencia con la implantación de la Santa Inquisición en América. La aparatosidad y formalidad de la ejecución de estas penas eran las mismas que las existentes en la metrópoli. Como ejemplo, basta señalar que en relación con un caso de homicidio, la Real Sala del Crimen condenó, el 7 de enero de 1632, a un delincuente "a ser llevado por las calles de esta ciudad y a cortarle la mano derecha, en frente a la casa donde cometió el delito y después a ser ahorcado"[4].

La dureza de este sistema punitivo tuvo ecos posteriores durante la época republicana. Primero, señalemos el proyecto de Código Penal de Lorenzo de

2 Foucault, Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison.* Gallimard, París, 1975, p. 51.

3 Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, cit., p. 57.

4 *El Diario de Suardo*, p. 210.

Vidaurre (1828). El señalaba por ejemplo, la pena de muerte para el parricida, y ordenaba: "[P]óngasele una gorra que anuncie su crimen y al pecho colgado el retrato de la persona que asesinó". Luego, recordemos que el Código Penal de Santa Cruz, vigente brevemente en el Estado Norperuano de la Confederación Perú-boliviana, estatuía que la pena de muerte sería infligida fusilando al reo sin mortificación previa de su persona (artículo 51) y remitía al Código de procedimientos judiciales respecto a su ejecución. El reo debía ser conducido al suplicio atadas las manos, vestido de túnica blanca y una soga de esparto al cuello (artículo 920). Si se trataba de un asesino, parricida o traidor llevaría, además, los pies descalzos, la cabeza descubierta y sin cabellos. Los dos primeros vestirían túnica blanca con mangas encarnadas y el último, llevaría en la espalda un cartel en que con grandes letras se anuncie su delito de traidor (artículo 921).

La multiplicidad y desorden del conjunto de normas legales vigentes durante la Colonia hacen difícil determinar los muchos crímenes reprimidos con la pena de muerte y con los suplicios. Pero la existencia de ese arsenal legislativo no debe llevarnos al equívoco de minimizar el alejamiento que existía entre la realidad y el sistema normativo. Dichas sanciones no eran las más frecuentes. Lo mismo sucedía en Europa. Sin embargo, las penas que las substituían estaban acompañadas de medidas que se aproximaban mucho al suplicio: exposición, marca, picota, etc. En relación con el derecho español, Jiménez de Asúa afirma, correctamente, que "justo es reconocer, de una parte, que este vigoroso sistema se fue templando gradualmente y que no era patrimonio exclusivo de los españoles"[5].

3. Origen del sistema punitivo moderno

Durante la segunda mitad del siglo XVIII, se generalizan las opiniones y actitudes en contra de la crueldad del sistema represivo vigente. Filósofos, juristas y políticos la combaten con vehemencia. Lo mismo sucede en los reclamos colectivos ante el monarca. Complejos factores sociales conducían a este cambio de perspectiva en el dominio penal, parcela de una realidad profundamente perturbada. Entre ellos cabe destacar la actitud del pueblo frente a la ejecución de la pena de muerte y de los suplicios. El pueblo era convocado para que presencie la ejecución, que debería ser a la luz del día y en sitio público de fácil acceso. El soberano hacía de este acto una ocasión propicia para despertar en las personas el sometimiento de que toda infracción sería reprimida severamente y buscaba

5 Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, Losada, Buenos Aires, 1958, t. I, p. 699.

producir en ellas un efecto intimidatorio por el terror. Dentro de esta perspectiva la represión penal resultaba inconcebible como un castigo impuesto casi en secreto y solo publicitario a fin de que llegue a conocimiento de todos.

Los efectos indeseables de tal procedimiento debían ser eliminados. El enfrentamiento brutal y sangriento entre monarca y delincuente necesitaba ser erradicado. Esto no se produce sino luego de un largo proceso, en el que la intervención de los filósofos, juristas y políticos es destacada. Proceso que se encuentra impulsado y encuadrado por la iniciación y el desarrollo de nuevas fuerzas sociales que requieren un nuevo encuadramiento político-administrativo. El desarrollo de la industria, el perfeccionamiento de la tecnología, el crecimiento demográfico, la concentración de la población en los centros urbanos; el desarrollo del comercio; la formación de un amplio sector social constituido por asalariados venidos del campo; el surgimiento de una inmensa pobreza para la mayor parte de la población, trajeron como consecuencia, en el dominio que nos interesa, variaciones marcadas de la delincuencia, la proliferación de comportamientos marginales como la prostitución, la vagancia, el alcoholismo, etc.

El acondicionamiento del sistema punitivo a esta realidad, se produce dentro del movimiento que culminará con los procesos revolucionarios; con la instauración de un nuevo régimen; con un amplio proceso de codificación; y, en el domino penal, con un nuevo sistema represivo. En la encrucijada de los siglos XVIII y XIX una nueva legislación define al poder de castigar como una función general de la sociedad que se ejerce de la misma manera sobre todos sus miembros y en la que todos están igualmente representados.

La justicia es proclamada como igual para todos y se afirma un poder judicial autónomo para su administración. El enfrentamiento brutal entre soberano y delincuente es reemplazado por un mecanismo sutil que se materializa en la organización del sistema policial, y por la determinación de la privación de la libertad como la pena por excelencia.

Mediante la Policía, se estructura toda una técnica de control y vigilancia sobre la población. Este poder no se manifiesta a la luz del día, como sucedía con toda la aparatosidad del sistema anterior; sino que actúa con discreción, mesura y sistemáticamente.

El Estado, nuevo soberano, no se manifiesta aislado y espectacularmente frente a la delincuencia, sino que lo hace en forma generalizada y permanente. Este ocultamiento se expresa, igualmente, en la ejecución de las penas; sobre todo, en el caso de la pena de muerte. Las ejecuciones y suplicios públicos son suprimidos; tendrán lugar en horas de la madrugada y dentro de los muros

de la prisión. Teniendo en cuenta que la pena privativa de la libertad, bien supremo y factible de ser fraccionado, deviene en el instrumento moderno de la penalidad, podemos admitir que si el extremo máximo de la justicia penal durante el absolutismo consistía en el descuartizamiento indefinido del regicida: manifestación de poder absoluto del más fuerte sobre el cuerpo del más grande criminal; el estado ideal de la nueva penalidad sería concebido como un control y una disciplina indefinidos; un interrogatorio permanente, una investigación sin límites, una observación minuciosa y analítica; un juzgamiento que sería la continuación de un expediente jamás concluido y la imposición de una pena íntimamente relacionada con la curiosidad obsesiva del examen disciplinario.

El Siglo de las Luces no solo descubrió las libertades sino también inventó las disciplinas. La reforma penal que en este período tiene lugar toma al hombre como barrera del poder punitivo; luego, a partir del siglo XIX, el hombre se convertirá en el objeto a corregir y transformar. Sobre este proceso, Foucault[6] dice: "al nivel de principios, la nueva estrategia se plantea fácilmente en la teoría general del contrato. Se supone que el ciudadano ha aceptado una vez por todas, con las leyes de la sociedad, aquella por la que él mismo puede ser castigado. El criminal aparece entonces como un ser paradojal. El ha violado el pacto, luego es enemigo de toda la sociedad; pero él participa en la imposición del castigo que padece. El delito más leve ataca toda la sociedad —comprendido el delincuente—, participa en la imposición de la más ligera sanción. El castigo penal es pues una función generalizada, coextensiva al cuerpo social y a cada uno de sus elementos. Es entonces que se plantea el problema de la "medición" y de la "economía del poder de castigar".

4. Los inicios de la República

A fines del siglo XVIII, se reclama en Francia, mediante los *Cahiers de doléances*, "que las penas sean moderadas y proporcionadas a los delitos; que la pena de muerte solo sea impuesta a los asesinos culpables, y que los suplicios que indignan a la humanidad sean abolidos"[7]. Estas exigencias serán plasmadas en las Declaraciones de Derechos, en las Constituciones y en los códigos que reflejan las ideas liberales de la época. Estas fueron las que inspiraron a los criollos españoles en su lucha por emanciparse de la dominación española. En el artículo 10 de las Bases de la Constitución de 1822, ya se disponía "la abolición de todas las penas crueles y de infamia trascendental"; y de manera más completa el

6 Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, cit., p. 92.

7 E. Seligman, citado en Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, cit., p. 76.

artículo 115 de la Constitución de 1823 estatuía: "queda abolida toda confiscación de bienes y toda pena cruel y de infamia trascendental. El código criminal limitará, en cuanto sea posible, la aplicación de la pena capital a los casos que exclusivamente la merezcan". En términos más o menos semejantes, se repetirá este texto en las Constituciones de 1826 (artículo 122), 1828 (artículo 129), 1834 (artículo 154), 1839 (artículo 165) y en el Estatuto Provisorio de 1855. Prohibición expresa del tormento se hizo en la Constitución liberal de 1828, y a partir de la de 1834 aparece la declaración de que "las cárceles son lugares de seguridad y no de castigo; toda severidad inútil a la custodia de los presos es prohibida" (artículo 157).

La pena de muerte no era cuestionada en su existencia, sino solo en la frecuencia de su aplicación. Lo mismo sucedió en Francia.

El Código francés de 1791 redujo a 32 los crímenes reprimidos con la pena capital, que conforme la legislación anterior eran 115[8]. El criterio de igualdad llevó, igualmente, a la limitación general, consistente en que la pena de muerte sea ejecutada de una sola manera. Así, el representante Guillotin propuso, el 9 de octubre de 1789, que "en todos los casos en que la ley estableciera la pena de muerte contra un acusado, el suplicio será el mismo, cualquiera que sea el delito del que sea culpable. Al criminal se te cortará la cabeza"[9]. Entre nosotros, la forma de ejecución admitida desde el comienzo fue el fusilamiento. En 1822, San Martín decreta la abolición de la horca, la reemplaza por el fusilamiento y dispone que los fusilados sean colgados para impresionar y sirva de escarmiento (Gaceta de Gobierno del 3 de enero de 1822). Recordemos que el Código de Santa Cruz de 1863 estatuía que "la pena de muerte será infligida fusilando al reo". A pesar que en su nota preliminar, se dice que las penas "no intimidarán sino al malvado; no prodigarán la sangre del hombre en expiación de delitos, cuya satisfacción no exige tamaño sacrificio", la pena de muerte fue señalada para no menos de 25 delitos. Esta proliferación de casos reprimidos con la pena capital no debe extrañar si se recuerda, por ejemplo, que Bolívar estableció, por decreto del 18 de marzo de 1824 y fechado en Trujillo, la pena de muerte para los empleados que participaran en la comisión del delito de contrabando[10].

El período comprendido entre los años 1825 y 1845, se caracterizó por la inestabilidad política y el predominio del militarismo. Nuestro país era princi-

8 Koestler, Arthur, "Réflexions sur la potence", en A. Koestler, A. Camus y J. Bloche-Michel, *Réflexions sur la peine capitale*, Calmann-Levy, París, 1957, p. 185.

9 Koestler, "Réflexions sur la potence", cit., p. 191.

10 Basadre, Jorge, *Historia de la República del Perú*, Lima, 1968, T. I, p. 196.

palmente rural, casi la mitad de su territorio era poco conocido, las fronteras políticas no estaban del todo determinadas, el comercio era exiguo en muchas zonas del país, las comunicaciones eran en extremo difíciles. Esto último, no solo, por la insuficiencia marcada de las vías de comunicación sino, también, por la existencia de bandidos[11]. Los alrededores de Lima, ciudad que llegó por entonces a tener 60,000 habitantes, eran bastante peligrosos. En las salidas de la ciudad hacia Huancayo, Chorrillos y Callao pululaban salteadores[12]. El Estado en formación era débil, y su democratización fue obstaculizada por el militarismo. Las instituciones más fuertes eran, justamente, el Ejército y la Iglesia. Un organismo policial y, en general, el administrativo no estaban organizados ni establecidos. Los aparatos administrativos coloniales fueron abandonados; pero, no inmediata ni debidamente implementados los nuevos. Esto fue originado por la ausencia de un fuerte sector social dirigente. Por eso Flores[13], dice que la "carencia de una clase burguesa hizo de la República en apariencia un Estado burgués". Si bien de la delincuencia de la época a que nos referimos y los medios de combatirla no han sido debidamente estudiados, podemos vislumbrar un poco la situación, recordando que cuando Salaverry marchó a combatir a Santa Cruz, propulsor de la Confederación Perú-boliviana, y las tropas de Orbegozo aún no llegaban a Lima, esta fue invadida y saqueada por los bandoleros encabezados por León Escobar (enero 1836). Estos tuvieron que ser combatidos por marineros provenientes del Callao y, luego, León Escobar fue fusilado, sin proceso, en la plaza de armas, delante de mucho público.

5. El período de 1850 a 1870

a. Ramón Castilla: las Constituciones de 1856 y 1860

Entre los años 1850 y 1870, la vida política y fiscal se caracterizó por su permanente crisis. Sin embargo, estuvo marcada por la personalidad de Ramón Castilla que gobernó el país durante dos períodos. Aprovechando la bonanza económica producida por la explotación del guano, Castilla centralizó la administración pública, propulsó el avance material del país y, en particular, de

11 Flores Galindo, Alberto, "El militarismo y la dominación británica", en *Nueva Historia General del Perú*, Industrial Gráfica, Lima, 1979, p. 107. Ver Mathison, Gilbert F., "Excursión a Pachacamac y Chorrillos (1822)", en Estuardo Núñez, *El Perú visto por viajeros*, 1, Peisa, Lima, s/f, p. 95; Protoctor, Robert, "De Trujillo a Lima (1823)", en Estuardo Núñez, *El Perú visto por viajeros*, I, Peisa, Lima, s/f, p. 119.

12 Flores Galindo, "El militarismo y la dominación británica", cit., p. 115.

13 Flores Galindo, "El militarismo y la dominación británica", cit., p. 109.

la Capital; asimismo, abolió la esclavitud. Largo sería enumerar sus obras más importantes. Para efecto de nuestro trabajo, señalemos, por ejemplo, la organización de la primera Guardia Nacional, el primer serio intento de organizar un sistema de lugares de detención (materializado en la construcción de la penitenciaría), la abolición del "cadalso político" y la dación de los primeros códigos en materia penal. Con razón, Basadre[14] escribió, que fue Castilla, "desde el punto de vista cronológico, el primero en dar muchas veces eficacia a la tarea de hacer uso del Estado como instrumento para ir ampliando una empresa común de todos los peruanos en beneficio de la mayoría de los peruanos, dentro de una unidad de destino".

En los dos primeros años de su presidencia provisoria, la Convención Nacional elaboró la Constitución de 1856 de corte liberal. En lo que respecta a la pena de muerte, luego de intensos debates, triunfó la tesis abolicionista y así en el artículo 16, se declaró que "la vida humana es inviolable; la ley no podrá imponer pena de muerte". José Gálvez, liberal radical, defendió ardorosamente esta concepción; llegando a sostener que "la sociedad no tiene derecho a matar" [15]. Esta Constitución fue reformada por el Congreso de 1858. Una de las polémicas más interesantes fue la referente a la pena de muerte. Se ratificó su eliminación. En la discusión tuvo destacado papel, apoyando la tesis abolicionista, Eugenio Carrillo Sosa, representante ancashino. Por el contrario, la combatieron Gómez Sánchez, Corpancho y Herrera. Este último había sostenido, con anterioridad, un criterio diferente. Expuso con mayor amplitud sus ideas a favor de la pena de muerte en los debates del Congreso de 1860 y en su polémica escrita contra Francisco de Paula Gonzales Vigil, quien escribió un opúsculo en contra de la pena capital con ocasión del Congreso de 1858, y que solo publicó en 1862.

Durante los debates en torno a la pena de muerte en el Congreso de 1860, se plantearon con claridad dos posiciones, en pro y en contra. De un lado, la Comisión encargada de elaborar el proyecto de reforma propuso una disposición en la que se establecía que la pena de muerte no fuera impuesta sino por el delito de homicidio calificado. Antonio Arenas defendió este criterio, afirmando que "en una disposición de esta clase lo que se ve es un límite puesto a la ley penal, una especie de garantía a la vida humana y no un precepto para que indefectiblemente se prive de la existencia a los autores de un homicidio. El legislador queda autorizado para imponer o no imponer la pena capital según lo exijan las

14 Basadre, *Historia de la República del Perú*, cit., T. I, p. 162; Mariátegui, José Carlos, *7 ensayos de interpretación de la realidad peruana*, 20.ª ed., Amauta, Lima, 1972, p. 22.

15 Basadre, *Historia de la República del Perú*, cit., T. IV, p. 143.

necesidades sociales"[16]. Fundamentó su opinión sosteniendo el derecho de la sociedad a su propia conservación, el restablecimiento del orden social como fin básico de la pena y el aumento de la criminalidad producido en el país después de la abolición de la pena de muerte en 1856[17].

De otro lado, los adversarios de la pena de muerte, entre los que destacó José Silva Santisteban, plantearon, una vez más, el argumento liberal de que el fin exclusivo de toda pena debe ser la enmienda moral del delincuente, y reiteraron la negativa de que la sociedad tuviera el derecho a privar de la vida a cualquier ser humano. Basaron su opinión, asimismo, destacando que la mayor parte de los delitos en el Perú eran ocasionados por la vagancia, la miseria o el estallido de una pasión. Por último, señalaron que las medidas para enfrentar la delincuencia deberían consistir en aumentar las fuentes de trabajo, para combatir eficazmente la ociosidad y proporcionar a todos, los medios para vivir honestamente[18]. Por 69 votos a favor y 28 en contra, se aprobó el siguiente texto: "La ley protege el honor y la vida contra toda injusta agresión; y no puede imponer la pena de muerte sino por el crimen de homicidio calificado" (artículo 16).

b. La ley sobre homicidio calificado de 1861 y el Código Penal de 1863

Mediante la ley del 11 de mayo de 1861, se establecieron cuáles eran los casos de homicidio calificado, y cuyos autores se hacían acreedores a la pena capital. Así, el artículo 1 estatuía:

> "Es crimen de homicidio calificado, el que comete:
>
> 1. Por recompensa prometida o por precio recibido.
> 2. Aumentando deliberadamente el mal ocasiona el delito, con daños innecesarios para su ejecución.
> 3. Agregando escarnio y la ignominia a los efectos naturales del delito.
> 4. Ejecutándolo por medio de inundación, incendio, veneno u otros de igual gravedad.
> 5. Aprovechando deliberadamente para cometerlo de los conflictos de naufragio, terremoto, tumulto popular u otra calamidad o desgracia.

16 Basadre, *Historia de la República del Perú*, cit., T. IV, p. 212.

17 Bonilla, Heraclio, *Gran Bretaña y el Perú 1826-1919. Informes de los cónsules británicos*, IEP, Lima, 1975, vol. I, p. 34.

18 Basadre, *Historia de la República del Perú*, cit., T. IV, pp. 212 y 213.

6. Abusando intencionalmente el ofensor, para cometer el delito, de la autoridad que ejerza sobre él el ofendido.
7. Abusando de la confianza que el ofendido hubiese depositado en el ofensor. 8º Ejecutándolo como medio para cometer otro delito.
9 Sirviéndose de la cooperación de una o más personas, con el fin de asegurar la ejecución del delito, o de proporcionarse la impunidad.
10. Perpetrándolo en despoblados o en los caminos.
11. Ejecutándolo en lugar sagrado, o donde la autoridad esté ejerciendo sus funciones.
12. Buscando deliberadamente al ofendido en su morada, sin que este hubiese provocado al ofensor.
13. Reincidiendo en el delito de homicidio voluntario después de legal condenación.
14. Ejecutándolo en la persona del padre, madre e hijo, sean legítimos, ilegítimos o adoptivos; en la de cualquiera de sus ascendientes, descendientes o hermanos, o en la de su cónyuge.
15. Cometiendo el homicidio con premeditación manifiesta por actos preparatorios para su ejecución, con alevosía, o a traición, o usando de disfraz, astucia o fraude.

La simple lectura de esta disposición revela que no son equivalentes todas las circunstancias enumeradas. Esto la hace una disposición injusta; situación que se agravaba por la manera confusa e imprecisa en que está redactada[19]. Al elaborar esta ley, el legislador tuvo muy en cuenta el artículo 15 del Proyecto de Código Penal de 1859. De esta manera fueron multiplicados los casos reprimidos con la pena de muerte, y se puso en evidencia la opinión de considerar como eficaces las penas severas. La constatación de esta tendencia, permitió decir a Basadre que "la gran conquista obtenida en 1856 y 1861 era la abolición del cadalso político"[20].

Esta ley no permaneció mucho tiempo en vigencia. El primer Código Penal, aprobado en 1862 y puesto en vigencia en 1863, restringió bastante el número de casos calificados de asesinato. Su artículo 232 estatuía: "En la misma pena de muerte incurrirá el que matare a otro mediando cualquiera de las siguientes circunstancias:

1. Por precio recibido o recompensa estipulada.

19 Zúñiga Guardia, Iván, *La teoría jurídica del homicidio en el Código Penal*, EETSA, Lima, 1957, p. 85.

20 Basadre, *Historia de la República del Perú*, cit., T. IV, p. 298.

2. A traición o sobre seguro.
3. Empleando incendio o veneno.
4. Atacando el domicilio con el fin de robar, o en despoblado o en camino público con el mismo objeto.
5. Aumentando deliberadamente y con crueldad el padecimiento de la víctima por medio de emparedamiento, flagelación u otro tormento.

El otro delito reprimido con la pena de muerte era el parricidio.

La admisión de este criterio restringido respecto al asesinato y, por tanto, a la aplicación de la pena de muerte, "implicó una victoria de quienes buscaban la humanización de las penas" [21]. Como sucedía en otras legislaciones de la época, se ordenó la suspensión de la ejecución de la pena de muerte en caso de mujer embarazada (artículo 69), y se reglamentó el sorteo de los condenados a muerte cuando eran varios (artículo 70). El fusilamiento del condenado en el lugar del juicio fue el medio escogido para su ejecución (artículo 68). En relación con este, José Viterbo Arias[22] diría que "nuestros legisladores se decidieron por el fusilamiento, más rápido que la horca, menos sangriento que la decapitación; pero sin indicar si la ejecución ha de ser pública o se puede realizar a extramuros, o dentro de prisiones".

c. Constitución Liberal de 1867

Un breve paréntesis de la corriente favorable a la pena de muerte, lo constituyó la Constitución de 1867. Era la sétima Asamblea legislativa en la vida de la nueva República, y la quinta de orientación liberal. En el artículo 15, se restableció el texto del artículo 16 de la Carta de 1856: "La vida humana es inviolable: la ley no podrá imponer pena de muerte".

La breve vida de la Constitución de 1867 (Presidencia de Mariano 1. Prado), se debió a diversas causas sociopolíticas; y, entre ellas, Basadre destaca el hecho de que "los diputados, como si no hubiesen aprendido nada después del fracaso de sus antecesores en 1823, 1828, 1857 y 1859, se esmeraron en pintar el decorado externo de la escena política con los vivos colores de una Constitución muy avanzada para una época y los hicieron más estridentes que los de 1856"[23]. El Gobierno de Prado, surgido inmediatamente, y como una de las consecuencias de la

21 Basadre, *Historia de la República del Perú*, cit., T. IV, p. 298.

22 Viterbo Arias, José, *Exposición comentada y comparada del Código Penal de 1863*, Lima, 1900, t. 1, p. 428.

23 Basadre, *Historia de la República del Perú*, cit., T. VI, p. 89.

guerra con España (1866), se caracterizó por la inestabilidad política reinante en el país. Esta situación "determinó medidas represivas, que incluyeron deportaciones, prisiones y censura de prensa, si bien en la tribuna parlamentaria se entonaban cánticos a todas las libertades"[24].

6. El período de 1879 a 1930

a. El Estatuto provisorio de Piérola y el gobierno de García Calderón durante la ocupación chilena

Durante la guerra con Chile, iniciada en febrero de 1879 con el desembarco de las tropas chilenas en Antofagasta, tomó el poder Nicolás de Piérola como Jefe Supremo de la República. El 27 de diciembre de 1879, dictó el denominado Estatuto Provisorio que en el artículo 8 estatuía: "La traición a la Patria, la cobardía e insubordinación militares, la deserción en campaña, el peculado, la prevaricación, el cohecho, la defraudación de bienes públicos, el homicidio premeditado y alevoso y el bandolerismo, cualquiera que sea la condición del culpable o el carácter que invista, serán, durante la presente guerra, juzgados militarmente y penados con la pena capital".

Victorioso el ejército chileno en las dos batallas de Lima, Piérola se dirigió a Ayacucho con el fin de organizar la resistencia e iniciar las negociaciones con los chilenos. Estos se negaron a tratar con el Dictador, lo que dio lugar a la formación del gobierno de García Calderón que tuvo como sede Magdalena. Uno de sus primeros actos fue derogar el Estatuto Provisorio de 1879 y declarar la vigencia de la Constitución de 1860. De esta manera, se volvió a la limitación de la aplicación de la pena capital solo a los casos de homicidio calificado. Fuera de estas indicaciones generales sobre las normas constitucionales, no vamos a incursionar en la situación real de la sanción de los delitos durante la época de la ocupación chilena. Su carácter excepcional, se muestra en el funcionamiento de Tribunales Militares. Esta situación continuó aún después de la instalación del gobierno de García Calderón; ya que la Corte Suprema se negó a funcionar mientras los ejércitos chilenos ocupasen Lima. Así fue como, desde el 9 de febrero de 1881, todos los delitos y faltas quedaron sujetos a los Tribunales Militares. Solo el 29 de octubre de 1883 comenzaron a instalarse los Tribunales comunes. Posteriormente, la Asamblea Constitucional dictó la ley del 26 de marzo de 1884, ordenando la vigencia de la Constitución de 1860 con algunas modifica-

24 BASADRE, *Historia de la República del Perú*, cit., T. VI, p. 77.

ciones. Entre estas se encontró la supresión del artículo prohibiendo la pena de muerte salvo el homicidio calificado[25].

Un fenómeno peculiar de la época fueron las denominadas montoneras. Estos grupos armados estaban constituidos por diversas clases de personas. Los jefes las reclutaban, muchas veces, por medio de la violencia; en ellas habían peones de haciendas, que blandían machetes de cortar caña, y presos sacados de las cárceles. Los desertores eran flagelados o fusilados[26]. Las montoneras atacaban poblaciones, desvalijaban a los viajeros, destruían los medios de comunicación, asaltaban trenes, incendiaban, secuestraban personas, etc. Con el fin de combatir y reprimir severamente a los montoneros, mediante el Código de Justicia Militar de 1898, se amplió el fuero privativo en detrimento del ordinario. Conforme a este Código, todos los actos enumerados anteriormente y otros semejantes, serían reprimidos por los Tribunales militares, cuando hubieran sido cometidos en "banda", que era concebida como la agrupación de dos o más personas[27]. Con la pena de muerte se reprimían en este Código numerosas infracciones descritas casuísticamente en diversas normas de la parte especial (ver: artículos 228 a 231, 238, 256, 262, 264, 270, 281, 288, 289, 300, 301, 329 y 330). Sin embargo, en el artículo 29 de la ley aprobatoria del Código, dada el 20 de diciembre de 1898, se estatuía que "la pena de muerte establecida en dicho Código, queda sustituida por la de veinte años de penitenciaría, hasta la próxima reunión del Congreso"[28]. Resulta interesante destacar la referencia que hace Basadre[29] a la ejecutoria de la Corte Suprema de 11 de mayo de 1917. En esta resolución se declaró que esa disposición "no envuelve una gracia anticipada acordada a los delincuentes dentro del período comprendido entre el 20 de enero de 1899 en que comenzó a regir el Código y el 28 de julio del propio año en que se instaló el inmediato Congreso ordinario, sino la remisión de todas las disposiciones que imponían pena de muerte fuera de los casos de homicidio calificado, a la próxima legislatura, estimándoles como reforma del artículo 16 de la Constitución del Estado"[30]. Como lo indica el mismo Basadre, el Congreso no trató este asunto ni en 1899 ni en los años siguientes.

25 Basadre, *Historia de la República del Perú*, cit., T. VI, p. 21.

26 Basadre, *Historia de la República del Perú*, cit., T. IX, p. 182.

27 Basadre, *Historia de la República del Perú*, cit., T. IX, p. 253.

28 Edición oficial, Lima, 1899, p. 215.

29 Basadre, *Historia de la República del Perú*, cit., T. IX, p. 253.

30 *Anales Judiciales* 1917, p. 78.

b. El Oncenio y la Constitución de 1920

A mediados de la década de 1890, se dio inicio en ciertas partes del Perú a un proceso social intenso, nuevo y fundamental. Progresivamente, se recupera el nivel económico anterior a la Guerra con Chile y se logra un nuevo desarrollo mercantil. Durante la República Civilista (1890-1920), "bajo el impulso de una extraordinaria dinamización mercantil una fracción propietaria ligada a la agricultura de exportación, las finanzas, el comercio, la especulación, logra organizarse políticamente, dando en cierto modo una dimensión nacional a su hegemonía política"[31]. A consecuencia del fracaso civilista y a lo largo de la década de 1920, el Estado amplía sus bases sociales debido a la irrupción violenta de las clases medias en la escena política. Los aparatos estatales se desarrollan, dando comienzo a una mayor vertebración física y política del país: caminos, comunicaciones, etc., se extienden junto a subprefecturas, juzgados, puestos militares y policiales, etc.[32]

Esta época fue ocupada principalmente por Leguía, quien estableció, en julio de 1919, un Gobierno provisional e inició el régimen de la "Patria Nueva". Previo plebiscito, la Asamblea Nacional se dedicó a elaborar una nueva Constitución; la misma que fue promulgada el 18 de enero de 1920. En esta se establecía que "la ley protege el honor y la vida contra toda injusta agresión y no puede imponer la pena de muerte sino por el crimen de homicidio calificado y por el de traición a la Patria, en los casos que determinen la ley" (artículo 21). De este modo, se extendió la aplicación de la pena de muerte. Efecto inmediato tuvo esta disposición, respecto a la legislación militar que, como antes hemos visto, reprimía con la pena capital los diversos casos de traición a la patria y otros delitos más.

En el Derecho penal común, por el contrario, se optó por un criterio opuesto. La pena de muerte fue eliminada del arsenal punitivo del Código promulgado en 1924, como lo veremos más adelante.

La época de Leguía (Oncenio) se caracterizó por el fortalecimiento del Estado, debido al proceso de centralización político-administrativo que implementó al desarrollo del poderío armado y a la organización de un fuerte aparato policial. Este último fue decisivo, "no solo porque vinieron a ser impedidas en unos

31 Yepes del Castillo, Ernesto, "El desarrollo peruano en las primeras décadas del siglo XX", en *Nueva Historia General del Perú*, Industrial Gráfica, Lima, 1979, p. 139.

32 Yepes del Castillo, "El desarrollo peruano en las primeras décadas del siglo XX", cit., p. 156.

casos o frustradas casi siempre las algaradas callejeras y el atentado personal, sino porque, al ser organizados, con personal numeroso y escogido, los servicios de previsión y de investigación, fueron localizados e impedidos de actuar quienes representaban lo que en derecho penal se llama la 'peligrosidad'" [33] (Basadre XIII, p. 336).

La crisis del capitalismo de 1930 fue determinante, junto con otros factores, a la caída del poderoso dictador. La crisis acarreó una fuerte caída de las exportaciones e importaciones, una acentuada disminución del comercio, una marcada discriminación de los ingresos fiscales y la paralización de las obras públicas. "Esta situación significó que la relativa centralización estatal que Leguía había logrado desarrollar se desmoronara y que las tendencias centrífugas latentes en la sociedad se manifestaran plenamente; al mismo tiempo que resultaban evidentes las contradicciones entre las clases sociales"[34].

7. Sánchez Cerro y la Constitución de 1933

La desorientación y la violencia caracterizaron el período posterior a Leguía. Los pronunciamientos militares, las huelgas y las manifestaciones populares fueron reprimidos cruentamente. Se produjeron, asimismo, sucesivos cambios de Gobierno, hasta que Sánchez Cerro se consolidó en él. Como muestra de la tónica con que este militar ascendió al poder, señalemos que en su manifiesto de Arequipa indicó, refiriéndose a Leguía, que "frente al Ejército -la nobilísima institución del país- ha organizado preconcebidamente una policía mimada y jactancioso -salvo contadas excepciones- instrumento de terror para el ciudadano, a quien coacta sus derechos; trasmitiéndola de su función privativa, pretende convertirla en fuerza sustitutoria nacional y de la integridad territorial, dando razón para creer que los países que se hipotecan en alguna forma no son dignos de tener ejércitos sino guardias pretorianas"[35]. Con el objeto de reprimir a sus adversarios políticos, detener los movimientos populares y combatir a los nuevos partidos políticos (APRA, Comunista), amplió el fuero privativo-militar, estableció cortes marciales y dictó leyes de excepción. "Históricamente, sin embargo, dice Yepes[36], este oscuro período del desarrollo peruano, se ofrecerá como un

33 Basadre, *Historia de la República del Perú*, cit., T. XIII, p. 336.

34 Cotler, Julio, *Clases, Estado y Nación en el Perú*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 1978, p. 161.

35 Basadre, *Historia de la República del Perú*, cit., T. XIV, p. 40.

36 Yepes del Castillo, "El desarrollo peruano en las primeras décadas del siglo XX", cit., p. 139.

momento de transición, como la antesala de una etapa fundamental que tendría su inicio hacia la década del cincuenta".

En diciembre de 1931, se inició la discusión sobre la elaboración de una nueva Constitución. El resultado fue la Carta de 1933, aprobada por un Congreso "nacido bajo la sombra del caudillaje de Sánchez Cerro y sumiso a este cuanto atañe a su mayoría, pero contando en su seno con una bravía minoría"[37].

Este Congreso había aprobado, a solo un mes de instalado el régimen constitucional, y cuando un ambiente de violencia y atentados vivía el país, una Ley de Emergencia (N.º 7497 del 9 de enero de 1932). Luego, en el mes de marzo, adoptó la Ley N.º 7491, autorizando, primero, al Poder Ejecutivo para tomar las medidas extraordinarias en resguardo del mantenimiento del orden social y de las instituciones democráticas; y, segundo, ratificando (sic) el Decreto Ley N.º 7060 (derogado por el Decreto Ley N.º 7161) y ampliando su vigencia a todo el país. Este Decreto Ley estableció, en 1931, las Cortes Marciales y fijó la pena de muerte para los autores de los delitos de rebelión, sedición o motín. Esta actividad legislativa ha sido muy bien calificada por Basadre[38], cuando dice que "fue la negación de las garantías sobre la inviolabilidad de la vida humana, sobre la preexistencia de las penas y sobre los jueces capacitados para decretarlas".

En las discusiones sobre la pena de muerte volvieron a enfrentarse los partidarios y los adversarios de esta sanción. Esta posición liberal fue valientemente defendida por la minoría parlamentaria de socialistas, descentralistas e independientes. Los alcances de la actitud de estos parlamentarios, se aprecia sobre todo cuando se tiene en cuenta que los debates sobre este tema se desarrollaron después del atentado contra Sánchez Cerro, de la sublevación del Callao y de Trujillo, de la sangrienta represión que estos hechos produjeron y otros eventos que serían largos enumerar.

Castro Pozo y Arca Parró se pronunciaron contra la pena de muerte. Víctor Andrés Belaunde la combatió moderadamente; pero la admitió en caso de ciertos delitos comunes. Leónidas Gonzales Hendermann la admitió para los delitos de traición a la patria y los delitos militares previstos en el Código respectivo. Contra la disposición propuesta para admitir la imposición de la pena capital contra los delitos que señalare la ley, los socialistas presentaron una, que la prohibía simplemente. Los resultados de la votación llegaron a ser favorables a la tesis abolicionista; sin embargo, reabierta la discusión y en nueva votación se aprobó

37 Basadre, *Historia de la República del Perú*, cit., T. XIV, p. 283.

38 Basadre, *Historia de la República del Perú*, cit., T. XIV, p. 224.

el artículo 54 que estatuía: "la pena de muerte se impondrá por delitos de traición a la patria y homicidio calificado, y por todos aquellos que señale la ley".

La tesis que imperó en el seno de la mayoría fue que se "trataba de un punto básico de la política del gobierno, y de que quienes forman el partido de este debían subordinar los principios a un alto interés nacional sino querrían incurrir en cobardía"[39]. Casi un mes después de aprobada la nueva Constitución, fue asesinado Sánchez Cerro. Para que continuara su período presidencial fue elegido por el Congreso el General Oscar R. Benavides.

8. La pena de muerte en el Código Penal de 1924 y leyes que lo modifican

El Código Penal de 1924 fue aprobado y promulgado durante la vigencia de la Constitución de 1920, en la que se admitía la pena de muerte para el homicidio calificado, la traición a la patria y los demás casos que determine la ley. Nuestro codificador no hizo uso de esta facultad establecida en la Carta constitucional.

Sustituyó la pena capital, establecida en el Código de 1863, por la pena de internamiento de duración indeterminada, con un mínimum de 25 años para los casos de criminales excepcionalmente peligrosos. Esta situación no fue modificada por el legislador, aun cuando la Constitución de 1933 ratificara la regla establecida en la Constitución de 1920.

a. La tesis abolicionista del codificador

En la breve exposición de motivos que precede al texto del Código, el codificador[40] fundamentó su concepción abolicionista de la pena de muerte, en los siguientes criterios:

1. La abolición no constituye, prácticamente, una innovación; "sanciona una situación de hecho que exterioriza suficientemente la repugnancia del país a la aplicación de esa pena". Esta repugnancia se percibe, conforme al codificador, a través del "evidente y enérgico rechazo de la voluntad popular peruana" y de la negativa de "los jueces a imponerla";

39 Basadre, *Historia de la República del Perú*, cit., T. XIV, p. 278.

40 Espino Pérez, Julio, *Código Penal*, Editorial Jurídica, Lima, 1974, p. 19.

2. La seguridad social puede lograrse por otros "medios compatibles con la vida de los criminales"; pues es determinante contar con "la valoración económica de la vida" y "el fondo de incertidumbre que existe en muchos casos sobre el carácter de los delincuentes y sus posibilidades futuras de adaptación";
3. Basta para garantizar la seguridad social la severidad del internamiento indeterminado; siendo insuficiente, por el contrario, la pena de 15 años de penitenciaría que venía imponiéndose por los jueces en reemplazo de la pena capital, conforme al Código de 1863; y
4. "La tendencia dominante en el mundo" es la abolicionista; conforme se muestra en el "gran número de Estados europeos y americanos que la han abolido y otros están en vía de hacerlo".

b. Repugnancia del país a la pena de muerte

El primer argumento es apriorístico e intuitivo. La repugnancia del país por la pena de muerte requeriría ser demostrada mediante indagaciones empíricas, sociológicas y estadísticas, las que nunca han sido efectuadas en nuestro país. Por el contrario, las leyes de emergencia como las de Sánchez Cerro, la conformación de Cortes marciales, las sentencias condenatorias a la pena capital, dictadas repetidamente, y los fusilamientos prácticados al amparo o no de un procedimiento judicial, parecerían demostrar que no existiría tal repugnancia. Recuérdese que en 1924, casi inmediatamente después de puesto en vigencia el Código Penal, y no figurando la pena capital en la legislación penal militar, fue impuesta y cumplida contra el Coronel Samuel Alcázar y el Teniente Carlos Barreda, por la rebelión de Cajamarca. El Ministro de Gobierno de Leguía, Jesús Salazar "asumió públicamente la responsabilidad de los fusilamientos en la sesión de la Cámara de Diputados celebrada el 2 de diciembre de 1924. La Cámara le otorgó un voto de aplauso por unanimidad"[41]. Este mismo Congreso había aprobado el Código Penal de 1924. También podría decirse contra el primer argumento del codificador que la aprobación por el Congreso, expresión máxima de la voluntad popular, de la disposición constitucional que admite la pena de muerte demostraba que el pueblo estaba a favor de esta sanción. Justamente, este argumento, igualmente apriorístico, fue invocado por el Gobierno del tirano Manuel A. Odría. Por Decreto Ley N.º 10976, del 25 de marzo de 1949, se estableció la pena de muerte para los delitos de homicidio calificado (artículo 151 y 152) y de traición a la patria (artículos 289 y 290). El cuarto considerando de

41 BASADRE, *Historia de la República del Perú*, cit., T. XIII, p. 138; T. XIV, p. 224.

este Decreto Ley dice "que el motivo que se tuvo para omitir la pena capital en nuestro Código, de que la voluntad popular la rechaza, ha sido desvirtuado con posterioridad, ya que la Asamblea Constituyente de 1933, depositaria y traductora de esa misma voluntad popular y de la soberanía nacional, dispuso la vigencia de dicha pena"[42]. Por último, señalemos en relación a la animadversión del pueblo peruano contra la pena capital que no constituye una muestra clara de su existencia el hecho que las personas, luego de reaccionar violentamente contra el horrendo crimen, manifiesten compasión y pidan clemencia a favor del delincuente, cuando es inminente la ejecución de la pena capital impuesta. Este fenómeno no es peculiar a nuestra sociedad, se presenta generalmente en todas, y su expresión era más violenta y persistente cuando la ejecución era pública y estaba acompañada de suplicios. Ya hemos tenido oportunidad de referirnos a los efectos de la ejecución pública y a la participación del pueblo. Foucault[43], citando a H. Fielding, dice que a "lo largo de todo el recorrido, el condenado era reconfortado por la compasión de quienes tienen el corazón tierno; por los aplausos, la admiración y la envidia de quienes son rebeldes y endurecidos". Este mismo autor[44] nos recuerda que, muchas veces, el condenado era convertido en héroe popular, debido a su larga lucha contra sus perseguidores y su constante alegato de inocencia, o era considerado santo, si se mostraba arrepentido y pedía perdón a Dios y a los hombres por sus crímenes. Con ocasión de estos hechos, se desarrolló toda una literatura popular y ligera en la que se proclamaba la justificación de la pena y alababa a la justicia; pero, también se glorificaba al criminal. Los reformadores del derecho penal, anterior a las grandes codificaciones, se dieron cuenta que la pena capital y el modo de ejecutarla no solo intimidaba a las personas sino que también provocaba reacciones populares contra el Poder del Soberano y concretadas tanto en la comisión de pequeños delitos como en el intento de salvar o victimar al condenado. Esta compleja situación influyó en ellos para insistir en la humanización del sistema represivo.

En las disposiciones legales posteriores al Decreto Ley N.° 10976, no se volvió a hacer referencia al supuesto consenso nacional en favor o en contra de la pena capital.

c. La defensa social y la pena capital

La seguridad social, a la que se hace referencia en el segundo argumento abolicionista de nuestro legislador, no es lo mismo que la Defensa Social a que

42 Espino Pérez, *Código Penal*, cit., p. 538.

43 Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, cit., p. 64.

44 Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, cit., p. 70.

se refieren los autores modernos que siguen o se aproximan a la concepción de Marc Ancel[45]; sino más bien recuerda la expresión "seguridad interior" utilizada para designar leyes dictatoriales (Decreto Ley N.º 11049). Esto mismo se puede afirmar en relación a los casos en que se utiliza expresamente dicha denominación. Así, por ejemplo, en el Decreto Ley N.º 17388 que reprime con la pena de muerte los delitos de rapto y contra la libertad y el honor sexuales en agravio de menores, se dice, en su quinto considerando, "que la defensa social es función directa y preeminente de la justicia penal con el fin que su acción sea oportuna". Se trata, pues, de una concepción de la Defensa Social, superada totalmente hoy en día, consistente en comprenderla como la protección de la Sociedad contra el crimen, en la medida que esta protección trata de ser lograda mediante una represión severa de las infracciones cometidas[46].

No es otro el criterio que primó al dictarse el Decreto Ley N.º 19076 que incorporó, por primera vez, la pena capital en el Código Penal. En su parte considerativa, se expresó "que la acentuación notoria e innegable de la criminalidad en el Perú en los últimos años, exige que se dote al Estado de los medios necesarios, por severos y drásticos que sean, para evitar su desintegración".

La concepción de nuestro codificador de 1924 fue más avanzada y positiva. Recordemos que citando a Franz von Liszt sostuvo que el "delincuente se encontraba al centro del derecho penal". Por eso cuando fundamentaba su posición abolicionista, se refirió a la "valorización económica de la vida", al "fondo de incertidumbre que existe en muchos casos sobre el carácter de los delincuentes" y a las "posibilidades futuras de adaptación". Consecuentemente, adoptó el sistema dualista de penas y medidas de seguridad, admitiendo que estas, en algunos casos, podían reemplazar a las penas privativas de la libertad. Su decisión de reemplazar la pena de muerte por el internamiento indeterminado pone, igualmente, en evidencia esa actitud. Este tipo de internamiento más que como una pena, está concebido como una medida de seguridad eliminatoria de los delincuentes más peligrosos, en razón a la gravedad del hecho cometido o de la naturaleza de sus personas. Lo que estaría ratificado por su afirmación que la pena de 15 años de penitenciaría, impuesta en lugar de la pena de muerte durante la vigencia del Código Penal de 1863, "corresponde a la criminalidad común" y "no garantiza la seguridad social". Si además de la abolición de la pena de muerte, tenemos en cuenta que nuestro codificador estableció, junto a las medidas de seguridad, un sistema de penas mesurado, lo que dio lugar a que se le calificara de "código

45 Ancel, Marc, *La défense sociale nouvelle*, 2.ª ed., París, 1966.

46 Ancel, *La défense sociale nouvelle*, cit., pp. 20 y 21.

blando", comprenderemos fácilmente, que su idea de "seguridad social" era diferente a la del autor del Decreto Ley N.º 10976. Este último criticó, precisamente, la escala de penas del Código. Lo hizo en forma radical al manifestar "que la lenidad con que la ley penal actual sanciona los más abominables crímenes encuentra, por el contrario, el rechazo indignado de la conciencia pública, que ve en ella una forma de impunidad". Si consideramos que para el homicidio calificado y los casos graves de traición a la patria, el Código estatuía la pena de internamiento, podemos apreciar mejor el rigor draconiano que pretendía darse a la legislación penal y que, en los años siguientes, se materializará. Primero, ampliando la aplicación de la pena de muerte; y, segundo, elevando de manera acentuada los márgenes de las penas privativas de la libertad. Un ejemplo claro es el Decreto Ley N.º 12341, dictado por Odría en las postrimerías de su gobierno (10 de junio de 1955). Conforme a este Decreto Ley, las penas de penitenciaría no mayor de 6 años o de prisión no menor de 6 meses y la de penitenciaría no menor de 3 años, previstas en el artículo 229 para el delito de secuestro de menores, fueron elevadas a la pena de internamiento, de penitenciaría no menor de 10 años y de muerte. Esta última, en caso de fallecimiento del menor secuestrado. El 24 de enero de 1969, se aumentó aún más la severidad en relación con este delito. Según el Decreto Ley N.º 17388, la pena de muerte se impondrá cuando la víctima fuere menor de 7 años. En los considerandos de este Decreto Ley, se arguyó "que la pena capital tiene efectos intimidatorios, ejemplificadores y sancionadores que es menester utilizar en beneficio de la sociedad".

Al amparo de este criterio, estatuyó la pena capital para el delito de violación de menores de 7 años de edad (artículo 199) y para los casos de asalto a mano armada, con concierto o banda, con el objeto de hacer sufrir el acto sexual o contra natura a la víctima y esta falleciera (artículo 197).

Entre los Decretos Leyes señalados (1965 y 1969), se dictó la Ley N.º 15590 de 20 de agosto de 1965, por la que se amplió la noción de acto de traición a la patria y servicio a las armas extranjeras, comprendiéndose no solo a los previstos en los artículos 289 y 290, sino también, y en primer lugar, los actos contra la seguridad militar, los de rebelión (artículos 302 y 305), los de sedición (artículo 307) y los previstos en los artículos 310 a 312 del Código Penal; en segundo lugar, los casos correspondientes previstos en el Código de Justicia Militar. Estos actos deberían ser cometidos para alterar por la violencia o las guerrillas el orden constitucional, político y democrático de la República. Y, por último, se califica, también, como traición a la patria los delitos de asalto a los bancos, comercio, industrias y en general delitos contra la vida, la libertad y el patrimonio cometidos para proporcionar recursos a las guerrillas. Las penas para los dos primeros grupos de infractores eran las de prisión o penitenciaría no menor de cinco años,

internamiento o muerte. Para el tercer grupo, las mismas penas; pero las privativas de la libertad con un mínimum de 10 años. Acentuaba aún más el carácter represivo de esta ley, el hecho que en ella se declaraba inaplicable el artículo 148 que prevé la imputabilidad relativa de los mayores de 18 años y menores de 21.

Un marcado cambio de esta tendencia a ampliar la aplicación de la pena capital, se produce en 1971 por obra del mismo Gobierno que había dictado el Decreto Ley N.º 17388, antes comentado. Por Decreto Ley N.º 18968 de 21 de setiembre de 1971, se declara subsistente la pena de muerte para los delitos de traición a la patria y homicidio, como consecuencia del rapto y sustracción de menores. En ese Decreto Ley se estableció que en los demás casos se sustituye la pena de muerte por la de internamiento. Quien sostuvo dos años atrás que la pena capital era ejemplarizadora, intimidante y sancionadora, manifiesta al dictar el Decreto Ley N.º 18968 que "se hace imperativa la aplicación de penas que cumplan la finalidad penal y social de readaptar al delincuente, como obligación legal del Estado y moral de la sociedad, a la que aquel pertenece". Sin embargo, dos meses después, con ocasión de haberse producido una detonación en la capital, y alegando una situación de emergencia y la necesidad de sancionar drásticamente el empleo de explosivos con fines delictuosos, se restablece para estos casos la pena de muerte (artículo 3º del Decreto Ley N.º 19049 del 30 de noviembre de 1971) y se aumenta fuertemente las penas privativas de la libertad para ciertos casos de delitos contra la tranquilidad pública y contra la seguridad pública (artículos 1º y 2º del mencionado Decreto Ley). Posteriormente, mediante Decreto Ley nº 19910 del 30 de enero de 1973, se establece la pena capital para el asesinato; se fija para el robo y el ataque a miembros de las Fuerzas Policiales, si resulta muerto el agraviado.

En los considerandos de este Decreto Ley, se hace referencia al aumento alarmante de la criminalidad, a la necesidad de reprimir y sancionar con la máxima severidad a los delincuentes y a la conveniencia de proteger la vida y el patrimonio de la población. Con esto se revela que la dación del Decreto Ley N.º 18968 solo fue coyuntural. Condicionada por el momento político que se vivía. Anecdóticamente es de recordar que con su promulgación se trataba de evitar el fracaso de una gira política del gobernante de turno por los departamentos del sur; en los que, por entonces, estaban pendientes de ejecución condenas a la pena de muerte.

El círculo de las disposiciones legales referentes a la pena de muerte, se cierra, con toda coherencia, con la dación del Decreto Ley N.º 20828 del 3 de diciembre de 1974. El redactor de este Decreto, represor de atentados terroristas contra altos miembros del Gobierno, vuelve a recurrir al argumento que "la sanción debe ser rápida, intimidante y ejemplarizadora". Con lo que se eviden-

cia que la argumentación expuesta en los considerandos del Decreto Ley N.º 18968, en favor de la pena como readaptadora de los delincuentes y de la readaptación como una obligación del Estado, solo tuvo un carácter oportunista.

9. La Constitución de 1979 y Política Criminal

Dentro del proceso de alejamiento de las Fuerzas Armadas del Gobierno y el retorno a un régimen civil parlamentario, el Gobierno de facto convocó a una Asamblea Constituyente. Esta elaboró la Constitución vigente en la que se dispuso, con relación a la pena capital, que "no hay pena de muerte, sino por traición a la patria en caso de guerra exterior". Este problema no provocó en el Parlamento ni en el Foro ni en las Universidades el debate apasionado que tuvo lugar en anteriores oportunidades.

El sentido restrictivo de la disposición representa, sin duda alguna, un avance muy importante. Sobre todo, si se admite, como fue el caso en relación a las Constituciones de 1920 y 1933, que dicha norma constitucional no significa un mandato imperativo para que sea impuesta, necesariamente, mediante la ley respectiva a los autores del delito mencionado.

Nos inclinamos a admitir esta interpretación, en razón a nuestra convicción profunda en favor de la abolición total de la pena capital. Esta es una sanción máxima e irreversible. El primer problema que plantea es el de la pena misma: ¿por qué se castiga?, ¿para qué se castiga?, ¿qué se castiga?. Es decir, se trata del cuestionamiento de todo el sistema punitivo. Si este amplio tema, tratado en otras oportunidades, debo manifestar que dicho sistema solo puede encontrar justificación con el fin de corregir al culpable para asegurar su reintegración a la Sociedad. La función punitiva no puede ejercerse ni organizarse impulsada por reacciones viscerales. Actualmente, es inconcebible, en nuestra opinión, invocar la ley del talión para implementar en forma racional un sistema que proteja eficazmente los bienes jurídicos fundamentales, logrando una radical disminución de los delitos, que permita el desenvolvimiento normal de la actividad social. Dentro de este marco no cabe la pena de muerte y tampoco las penas privativas de la libertad extremadamente drásticas.

Plantearse el problema de la justicia o injusticia, de la eficacia o ineficacia; del efecto intimidante o no de la pena de muerte, nos parece inconveniente. Muy bien hizo, por lo tanto, el codificador de 1924 cuando no estimó "necesario revivir la ardorosa discusión" sobre tales puntos[47]. De esta manera siguió el

47 Espino Pérez, *Código Penal*, cit., p. 19.

criterio defendido por la corriente de Política Criminal que inspiró al legislador suizo, cuyos proyectos te sirvieron de modelo, y que impulsara, justamente, desde sus orígenes la Unión Internacional de Derecho Penal (IKV), encabezada por von Liszt, Prins y van Hamel. Esta corriente se preocupó más del delincuente, de las circunstancias que lo conducen al delito y del tratamiento que necesita, en vez de propugnar la implementación de un aparato represivo eliminatorio, apabullante y degradante del delincuente.

En países como el nuestro deben meditarse y acondicionarse a nuestra realidad las ideas e instrumentos punitivos elaborados en otras latitudes. Los pobres recursos materiales y personales del Estado deben ser sabiamente administrados para lograr organizar un sistema de leyes penales, y de establecimientos de reclusión, y tratamiento concorde con los requisitos mínimos que aseguren la protección de los derechos fundamentales de las personas. En relación con esto, nuestra realidad social y política constituye una limitación que es de enfrentar con todo realismo.

La sola disposición constitucional que restringe la imposición de la pena de muerte a delito de traición a la patria en caso de guerra exterior, no constituye plena garantía que, a su amparo, no se vuelvan a multiplicar las leyes que la estatuyan. Dos casos concretos de nuestro pasado son de recordar al respecto. Uno remoto: en la Constitución de 1860 (artículo 16), se estatuyó que la pena de muerte solo podía imponerse en caso del crimen de homicidio calificado. Con esto se buscaba restringir su campo de aplicación. Pero, al año siguiente se puso en vigencia la ley respectiva y se consideró, de manera vaga y confusa, tantos casos como homicidios calificados, que resultó desmesuradamente ampliando el campo de aplicación de la pena de muerte. El otro caso es más próximo a nosotros: estando vigente la Constitución de 1933, en la que se autorizaba la reputación de la pena capital a los autores de homicidio calificado, traición a la patria y de los demás delitos que señale la ley, se dictó la Ley N.º 15590 del 20 de agosto de 1965 que amplió tanto lo que debe entenderse por traición a la patria que se comprendió, como lo hemos visto anteriormente, no solo el comportamiento calificado como tal por el Código Penal, sino también a muchos otros atentados contra la vida, el patrimonio, y la libertad, cuando fueran cometidos para ayudar a movimientos guerrilleros. Si tenemos en cuenta que nuestra jurisprudencia y doctrina admiten la concepción subjetiva del delito político, según la cual esta calidad la proporciona el móvil político por el que actúa el delincuente, podemos decir que mediante esta ley se restauró el "cadalso político". Si esto lo hizo un Parlamento, quién nos puede asegurar que en el futuro no se dicten Leyes o Decretos Leyes que, alegremente y al amparo de la Constitución, amplíen abusivamente la aplicación de la pena de muerte mediante la redefinición de lo que es "traición a la patria" y de lo que se debe entender por "caso de guerra exterior".

Al respecto, es de tener presente las nuevas orientaciones dadas al problema de la defensa nacional y del orden interno. Dicha defensa es planteada, ahora, en forma integral como defensa externa y defensa interna. Se considera que el enemigo no se encuentra, con frecuencia, fuera de nuestras fronteras, sino que está a su interior. En el artículo 270 de la Constitución, se declara que la "Defensa nacional es permanente e integral" y en el artículo 277, se señala que las Fuerzas policiales (Guardia Civil, Policía de Investigaciones y Guardia Republicana) "participan con las Armadas en la Defensa Nacional".

La restricción extrema del campo de aplicación de la pena de muerte, establecida en la nueva Constitución, representa un paso adelante muy importante. Sobre todo, porque en la práctica, sino se desvirtúa la declaración formulada en el artículo 235, solo se darán posibilidades muy remotas para la aplicación de la pena máxima. Este hecho comporta, así mismo, una actitud positiva consistente en reconocer los limitados efectos intimidatorios que tienen las penas extremadamente severas; en especial, la pena de muerte. Esta actitud inspirada en una correcta Política Criminal, se encuentra confirmada por la consagración del derecho de los reclusos y sentenciados a ocupar establecimientos sanos y convenientes" (artículo 233, inciso 19); y, en particular, por la consagración de los derechos humanos fundamentales en el primer capítulo de la Constitución.

La importancia inmediata que este catálogo de derechos fundamentales tiene para el derecho penal, radica en el hecho de que su reconocimiento constituye no solo una limitación de las funciones de control y de sanción que ejercen ciertos órganos estatales (Poder Judicial, Policía, etc.); sino también una restricción del poder que detenta el propio Estado para calificar un comportamiento como delictivo y amenazar a sus autores con la privación o restricción de sus derechos fundamentales. No todo bien merece ser protegido penalmente ni toda acción que lo dañe o ponga en peligro debe ser reprimida como delito.

Los derechos básicos reconocidos en la Constitución dan una pauta para saber cuáles son los bienes que deben ser penalmente protegidos; debiéndose valorar, previamente, si el tipo de atentado que se quiere evitar no podría ser impedido de otra manera. A falta de otros criterios para determinar cuales son los bienes jurídicos merecedores de ser protegidos penalmente, la directiva más clara y concreta es esta enumeración constitucional de los derechos fundamentales. Por esto, en anterior oportunidad, hemos afirmado[48] que la Carta fundamental debe servir como base y marco de la actividad legislativa en materia penal. De modo más amplio y recordando lo dicho líneas arriba, se puede sostener que en

48 Hurtado Pozo, *La ley importada*, cit., p. 6.

ella se encuentran, al menos esquemática e implícitamente, los lineamientos de la Política Criminal del Estado.

Sin embargo, es de reconocer, que al elaborar la Constitución no se ha tenido una concepción clara e integral de esta problemática. Esto es consecuencia de la falta de estudios e investigaciones sobre la realidad delictiva del país y sobre los recursos con que cuenta el Estado para combatir la delincuencia. Esto ha determinado, por ejemplo, que en ninguna de las disposiciones constitucionales, se refleje la preocupación por acentuar el aspecto preventivo del sistema penal. Esto es patente, por ejemplo, en la falta de referencias a la obligación del Estado para tratar, curar o educar a las personas que han delinquido en razón a deficiencias psíquicas, físicas o sociales y frente a las cuales, precisamente, la pura represión no tiene sentido. Esta omisión, ha impedido, igualmente, que se estatuyan las garantías respecto a la aplicación de estas medidas: por ejemplo, la ampliación del principio de legalidad para que no se apliquen medidas de seguridad que no se encuentren previstas en la ley; la aplicación de la regla de la irretroactividad de las leyes que establezcan nuevas medidas más gravosas para el procesado; y, por último, que se consagre un sistema dualista en las relaciones existentes entre penas y medidas de seguridad a fin de que no se prive o restrinja de su libertad al responsable, con base en una ficción que distingue en abstracto entre una pena que reprime y castiga, y una medida de seguridad que previene y cura.

10. Bibliografía sucinta

Ancel, Marc, *La défense sociale nouvelle*, Cujas, París, 1966.

Basadre, Jorge, *Historia de la República del Perú*, vols. I-XIV, Lima, 1968.

Bloche-Michel, Jean, "La peine de mort en France", en *Réflexions sur la peine capital*, A. Koestler, A. Camus y J. Bloche-Michel, Calmann-Levy, París, 1957.

Camus, Albert, "Réflexions sur la guillotina", en *Réflexions sur la peine capital*, A. Koestler, A. Camus y J. Bloche-Michel, Calmann-Levy, París, 1957.

Cotler, Julio, *Clases, Estado y Nación en el Perú*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 1978.

De Vidaurre, Manuel Lorenzo, *Proyecto de un Código Penal*, Hiram Tupper ed., Boston, 1928.

Espino PÉrez, Julio, *Código Penal*, Editorial Jurídica, Lima, 1974.

Flores Galindo, Alberto, "El militarismo y la dominación británica", en *Nueva Historia General del Perú*, Industrial Gráfica, Lima, 1979.

FOUCAULT, Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison,* Gallimard, París, 1975.

HURTADO POZO, José, *La ley importada. Recepción del derecho penal en el Perú,* Industrial Gráfica, Lima, 1979.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal, 1,* Editorial Losada, Buenos Aires, 1958.

KOESTLER, Arthur, "Réflexions sur la potence", en *Réflexions sur la peine capitale,* A. Koestler, A. Camus y J. Bloche-Michel, Calmann-Levy, París, 1957.

MARIÁTEGUI, José Carlos, *7 ensayos de interpretación de la realidad peruana,* 20.ª ed., Amauta, Lima, 1972.

MATHISON, Gilbert F., "Excursión a Pachacamac y Chorrillos (1822)", en Estuardo NÚÑEZ, *El Perú visto por viajeros,* 1, Peisa, Lima, s/d.

PROTOCTOR, Robert, "De Trujillo a Lima (1823)," en Estuardo NÚÑEZ, *El Perú visto por viajeros, I,* Peisa, Lima, s/d.

SUARDO, Juan Antonio, *El diario de Lima (1629-1639),* vols. 1-11, Talleres Gráficos de Editorial "Lumen", s/d.

YEPES DEL CASTILLO, Ernesto, "El desarrollo peruano en las primeras décadas del siglo XX", en *Nueva Historia General del Perú,* Industrial Gráfica, Lima, 1979.

ZÚÑIGA GUARDIA, Iván, *La teoría jurídica del homicidio en el Código Penal,* Talleres Gráficos EETSA, Lima, 1957.

VI
Algunas reflexiones sobre la pena de muerte en el Perú*

Sumario: 1. Introducción. 2. Contexto peruano. 3. Evolución legislativa. 4. Tentativas para reintroducir la pena de muerte. 5. Argumentos de las propuestas de introducir la pena de muerte. 6. Pena de muerte de facto. 7. A manera de conclusión.

> "Il se trouva que ces gens se rendaient sur la Grande-Place pour voir pendre un certain tailleur nommé Adrian convencu de calvinismo. Sa femme était également coupable, mais comme il est indécent qu'une créature du sexe se balance en plein ciel, les jupes ballotantes sur la tête des passants, on allait selon l'ancien usage l'enterrer vivante" (Margarite YOURCENAR, L'Oeuvre au Noir, Bibliothèque de la Pléiade, p. 674).

1. Introducción

La constante lucha en favor de la abolición de la pena de muerte se intensifica con la finalidad de lograr que la minoría de países en los que está vigente la deroguen o, en el peor de los casos, se imponga una moratoria generalizada de la ejecución de las condenas que se dicten o hayan sido dictadas. De esta manera, los participantes en esta campaña no se contentan con la "abolición de facto" de la pena capital, es decir, de que los Estados sigan manteniéndola en sus legislaciones, sin aplicarla efectivamente.

---

* HURTADO POZO, José, "Algunas reflexiones sobre la pena de muerte en el Perú", en ARROYO, Luis; Paloma BIGLINO CAMPOS y William SCHABAS, *Hacia la abolición universal de la pena de muerte*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Con esta noble y justa causa, solo se puede estar de acuerdo si se quiere reforzar el respeto de la dignidad humana y, en general, de los derechos humanos. Sin embargo, el objetivo buscado será incompleto si es que los esfuerzos son limitados únicamente para lograr la desaparición normativa de la pena capital. Para completarlo, es indispensable también obtener la suspensión o restricción de la pena de muerte de facto, vigente sobre todo en los países del tercer mundo a pesar de estar formalmente abolida.

Con la finalidad de mostrar algunos aspectos de esta problemática, presentaremos, en razón a nuestros limitados conocimientos, el caso peruano, que es similar en mucho al de otros países latinoamericanos. Nuestras reflexiones serán expuestas en dos partes: la primera dedicada a la evolución de la legislación y la segunda, a ciertas manifestaciones y causas de la pena capital de facto. Terminaremos, estableciendo algunas conclusiones.

2. Contexto peruano

La situación actual del debate sobre la pena de muerte en el Perú solo puede ser bien comprendida si se tiene en cuenta el contexto social, político y legislativo del país. Dicho debate no se caracteriza por su alto nivel teórico o ideológico, sino más bien por el recurso frecuente a afirmaciones estereotipadas a favor o en contra de su inserción o abolición. Una de sus principales manifestaciones es la multiplicación de propuestas legislativas para preverla contra los autores de diversos delitos graves.

Estas iniciativas ponen en evidencia, por un lado, la ligereza con la que se maneja o busca utilizarse el poder punitivo del Estado y, por otro, la existencia de un contexto de violencia que reina en todos los sectores sociales. En este contexto, las instituciones o categorías jurídicas y sociales pierden sentido. La pena de muerte no está legalmente vigente, puesto que no hay ley que la prevea como pena para reprimir un crimen o un delito. Sin embargo, las muertes o desapariciones de personas en periodos de crisis social acontecen fuera de todo marco legal. Se trata de la eliminación física de opositores políticos mediante los medios represivos oficiales u organizados ilegalmente. También puede considerarse que la ejecución de penas extremadamente largas en locales inhumanos implica la destrucción física y moral del encarcelado. Paralelamente, el recurso al linchamiento, por parte de pobladores de barrios o pueblos que se sienten desprotegidos por los órganos estatales, implica igualmente la práctica brutal de la muerte como sanción social.

La lucha contra la pena de muerte será, por tanto, eficaz solo en la medida en que se logre parar o disminuir sensiblemente las corrientes que, aprovechan-

do del sentimiento de inseguridad dominante en grandes sectores de la población, fomentan y refuerzan percepciones conservadoras favorables a estigmatizar gran número de delincuentes como extremadamente peligrosos y a someterlos a medidas eliminadoras como la pena de muerte. Así mismo, neutralizar concepciones fundamentalistas que, partiendo de dogmas considerados absolutos, preconizan soluciones extremas. Por ejemplo, el relativismo cultural extremo que conduce al reconocimiento de pautas culturales, desconsideradamente calificadas de milenarias, que abren las puertas al desconocimiento del proceso debido y a la aplicación de penas corporales, comprendida la pena capital. El indispensable reconocimiento de las diferencias culturales debe estar limitado por el respeto de los derechos fundamentales.

3. Evolución legislativa

La Constitución de 1920, artículo 21, pena de muerte solo por el crimen de homicidio calificado y por el de traición a la patria, en los casos que determine la ley. En el Código Penal de 1924, no se previó esta pena y, en su lugar, se estableció la pena de internamiento de duración indeterminada, con un mínimo de 25 años para los casos de criminales excepcionalmente peligrosos.

En la Constitución de 1933, artículo 54, se mantuvo la misma regla, sin modificar el Código Penal. Lo que aparentemente mostraba que seguía prevaleciendo en los sectores gobernantes una opinión desfavorable a la pena de muerte. La misma que fue expresada claramente en la exposición de motivos del Código de 1924. Se decía, por ejemplo, que su aplicación repugnaba al país y que los jueces se negaban a imponerla. Además, se afirmaba que la seguridad social puede lograrse por otros "medios compatibles con la vida de los criminales". Por último, se señalaba que la tendencia dominante en el mundo" es la abolicionista, lo que se percibe en el "gran número de Estados europeos y americanos que la han abolido y otros están en vía de hacerlo".

Estas afirmaciones, sin embargo, no correspondían a la realidad, pues fue introducida en la legislación militar y aplicada para reprimir actos de rebeldía contra el Gobierno dictatorial de turno. Este condicionamiento político determinó que el Código Penal sea modificado mediante la incorporación de la pena capital. Así, se hizo en 1949, por la Junta Militar de Gobierno, dirigida por el dictador Odría, que persiguió cruentamente al APRA y al Partido Comunista. Dicha pena fue prevista para los delitos de homicidio calificado y de traición a la patria. Se alegó "que la lenidad con que la ley penal actual sanciona los más abominables crímenes encuentra, por el contrario, el rechazo indignado de la conciencia pública, que ve en ella una forma de impunidad" y "que la acentua-

ción notoria e innegable de la criminalidad en el Perú en los últimos años, exige que se dote al Estado de los medios necesarios, por severos y drásticos que sean, para evitar su desintegración". Su aplicación se extendió, a finales del Gobierno de Odría, al delito de secuestro de menores, "si el secuestrador u otro, en ocasión del secuestro, mata al menor".

Las actividades subversivas de los años 60, inspiradas en la revolución cubana, dieron lugar a que se acentuara el recurso a la pena de muerte. Así, durante el Gobierno de Belaunde Terry, el Parlamento, dominado por el APRA y el partido de Odría, dictó en 1965 la Ley N.º 15590, por la que se amplió la noción de acto de traición a la patria y servicio a las armas extranjeras, prevista en la Constitución, para comprender no solo los actos previstos en los artículos 289 y 290 del Código Penal, sino también, y en primer lugar, los delitos contra la seguridad militar, de rebelión, de sedición y los previstos en los artículos 310 a 312 del Código Penal; en segundo lugar, los casos correspondientes incriminados en el Código de Justicia Militar. Además, se calificó como traición a la patria los delitos de asalto a los bancos, comercio, industrias y en general a los delitos contra la vida, la libertad y el patrimonio cometidos para proporcionar recursos a las guerrillas. Las penas eran las de prisión o penitenciaria no menor de cinco años, internamiento o muerte.

Durante el Gobierno militar de Velasco Alvarado, se puso de manifiesto la utilización incoherente de la pena capital y la acentuación de su aplicación por razones políticas y sociales. En 1969, por D. Ley N.º 17388, fue establecida para los casos de violación de menores de siete años y de secuestro cuando el menor secuestrado tuviera siete o menos años de edad o, además, si el menor secuestrado, de hasta 18 años de edad, resultara muerto. Para lo que se afirmó que las penas privativas de libertad eran ineficaces para combatir "la proliferación de delitos y "que la pena capital tiene efectos intimidatorios, ejemplarizadores y sancionadores que es menester utilizar en beneficio de la sociedad".

En contra de ese criterio, en setiembre de 1971, mediante el D. Ley N.º 18968, se limita la aplicación de la pena de muerte a los delitos de traición a la patria y de homicidio, si es consecuencia de rapto y sustracción de menores. Se arguyó, olvidándose lo afirmado anteriormente, que "se hace imperativa la aplicación de penas que cumplan la finalidad penal y social de readaptar al delincuente, como obligación legal del Estado y moral de la sociedad, a la que aquel pertenece". Este cambio fue solo oportunista porque se debió a que se buscó evitar el fracaso de una gira política de Velasco Alvarado, gobernante de turno, por los departamentos del sur; en los que estaba pendiente la ejecución de condenas a la pena de muerte.

Sin embargo, dos meses después, alegando una situación de emergencia y la necesidad de sancionar drásticamente el empleo de explosivos con fines delictuosos, se restablece, por D. Ley N.º 19049, la pena de muerte para estos casos. Posteriormente en 1973, mediante D. Ley N.º 19910, se establece la pena capital para el asesinato, el robo y el ataque a miembros de las Fuerzas Policiales, si resulta muerto el agraviado. En 1974, por D. Ley N.º 20828, es prevista para sancionar atentados terroristas contra altos miembros del Gobierno, que produjeran el fallecimiento o lesiones de cualquier gravedad a las víctimas. En esta ocasión se reiteró que "las penas deben ser drásticas, el procedimiento sumario y la ejecución de la pena inmediata". La investigación y el juzgamiento a cargo de jueces militares era un proceso sumarísimo de 48 horas, comprendida la ejecución de la pena de muerte.

Al término de los Gobiernos militares, se instauró una Asamblea Constituyente, la que redactó la Constitución de 1979, en la que se dispuso que "no hay pena de muerte, sino por traición a la patria en caso de guerra exterior". Esta regulación fue ampliada en la Constitución de 1993. Según el artículo 140 de esta última, la "pena de muerte solo puede aplicarse por el delito de traición a la patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada".

A pesar de la violencia de las acciones terroristas cometidas, principalmente, por Sendero Luminoso, la pena de muerte no fue prevista en las diversas disposiciones penales dictadas para reprimir a los responsables. Para los casos más graves, se estableció la cadena perpetua. Esto se ha debido con seguridad a que el Perú había suscrito la Convención Americana de Derechos Humanos. En el artículo 4, inciso 2, se dispone que no se extenderá "su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente".

4. Tentativas para reintroducir la pena de muerte

A pesar de este contexto normativo, no se ha cesado de plantear el restablecimiento de la pena de muerte para diferentes delitos graves. En los últimos años, cabe destacar la promesa populista de Alan García, actual presidente, de restaurarla. Este tipo de discurso, aprovechador del sentimiento de falta de seguridad producida por el deficiente funcionamiento del sistema policial, fiscal y judicial en la lucha contra la delincuencia, ha ocasionado, por un lado, una corriente popular favorable a la pena de muerte y, por otro, a la proliferación de proyectos de ley para concretar su restablecimiento. Entre estos hay que señalar los siguientes proyectos:

- N.º 00361 (26.09.95) en el que se propone la reforma del artículo 140 de la Constitución Política del Perú, previendo "la pena de muerte para el delito de violación de la libertad sexual de menores de 10 años".
- N.º 01082, del 07.03.96, que prevé que dicha pena se aplique en caso de que "se origine el deceso o se produzca lesión grave por el delito de violación sexual contra menores de edad". El mismo planteamiento se hace en el proyecto N.º 02179 del 31.10.1996.
- N.º 01296 del 14.05.96, en el que se hace hincapié en que la pena de muerte se aplicará también "a los autores de los delitos de violación sexual en agravio de menores de edad con arreglo a lo dispuesto en el Código Penal". En el mismo sentido, el proyecto N.º 01735 del 5.9.1996.
- N.º 01704 del 29.8.1996, que propone la substitución del texto del artículo 140 de la Constitución, en el de que "la pena de muerte solo puede aplicarse por delito de traición a la patria en caso de guerra, terrorismo, y por delito de violación de la libertad sexual de menores de 10 años".
- N.º 01826, propone imponer la pena de muerte a "los casos de violación seguidos de muerte de menores de edad".
- N.º 03329 del 6.11.1996, de manera semejante se refiere a "los autores de los delitos de violación sexual en agravio de menores de diez años de edad seguida de muerte o que origine limitaciones graves y permanentes, físicas o mentales, en la víctima".
- N.º 03329 del 14.1.1998, estipula que "la pena de muerte solo puede aplicarse por delito de traición a la patria en caso de guerra, el de terrorismo, homicidio calificado y delito de violación de la libertad sexual seguida de muerte, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada".
- N.º 14812/2005-CR del 7.4.2006, dispone "adicionar un párrafo al artículo 140 de la Constitución y modificar el artículo 173 del Código Penal, referente a la pena de muerte para los delitos de violación sexual en agravio de menores".

5. Argumentos de las propuestas de introducir la pena de muerte

Los argumentos invocados en esos diversos proyectos son semejantes a los que fueron manifestados para prever la pena de muerte mediante las diversas

leyes o decretos leyes citados precedentemente. Por ejemplo, la supuesta opinión pública favorable, la desprotección de las personas frente a una criminalidad creciente y grave, la necesidad de reafirmar la seguridad pública contra el terrorismo y delitos especialmente graves como el homicidio y los delitos sexuales contra menores, la imposibilidad de corregir determinados delincuentes considerados altamente peligrosos.

Las diferencias están relacionadas con los aires fundamentalistas que soplan entre los partidarios de la pena de muerte. Se invocan, por ejemplo, el pensamiento de filósofos griegos o criterios sacados de la Biblia o del catecismo de la Iglesia Católica, tratándose de mostrar que dicha pena ha sido desde hace mucho considerada como justificada y eficaz. Ignorando, tendenciosamente, que la posición del Vaticano, de manera relativa, sostiene que "[...] la medida y la calidad de la pena deben ser valoradas y decididas atentamente, sin que se deba llegar a la medida extrema de la eliminación del reo salvo en casos de absoluta necesidad, es decir, cuando la defensa de la sociedad no sea posible de otro modo. Hoy, sin embargo, gracias a la organización cada vez más adecuada de la institución penal, estos casos son ya muy raros, por no decir prácticamente inexistentes." (*Encíclica Evangelium Vital* (56), del Papa Juan Pablo II).

Este recurso a afirmaciones apriorísticas y criterios religiosos es oportunista y populista. También lo es el hecho de proponer repetida e incoherentemente el restablecimiento de la pena de muerte. De esta manera, se confunde y manipula la opinión pública; así mismo se busca desviar la atención de las enormes deficiencias de justicia social.

6. Pena de muerte de facto

En el Perú, se ha ratificado la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que impide restaurar la pena capital e insertarla en las sucesivas constituciones disposiciones restringiendo su aplicación. Sin embargo, se han tolerado, por parte de los gobiernos dictatoriales que han existido las ejecuciones extrajudiciales por la policía o grupos para militares.

El hecho de que no se garantiza como es debido la seguridad de la población provoca la reacción de las personas, quienes, según su capacidad económica, se organizan grupos de protección, se proceden a una autodefensa que, muchas veces, comporta el linchamiento de personas sospechosas de haber cometido algún delito.

La tolerancia o admisión de corrientes comunitaristas radicales fomenta un pluralismo de sistemas jurídicos y de jurisdicciones paralelas, que puede conducir al reconocimiento de derechos consuetudinarios, los mismos que admiten la

aplicación de penas corporales y hasta la pena de muerte, descuidando que la misma Constitución establece los derechos humanos como límite de la aplicación de dichos derechos.

La substitución de la pena de muerte por la pena de cadena perpetua es ejecutada en locales y condiciones infrahumanas, lo que convierte dicha pena privativa de libertad en una "muerte lenta".

De esta manera, se da una vigencia de facto de la pena capital, por lo que además de preocuparnos de la abolición formal de la pena de muerte y seguir exigiendo el respeto de los derechos humanos, sería conveniente combatir también las circunstancias materiales e ideológicas que constituyen terrenos de cultivo de las tendencias favorables a la pena de muerte.

7. A manera de conclusión

Para contrarrestar esta política favorable a la pena de muerte, se debe de manera general permanecer activos en la defensa de los derechos humanos y en el reforzamiento de los principios consagrados en los convenios internacionales.

En relación con la situación en el Perú, se debe reiterar los siguientes criterios:

- Que la severidad extrema de la simple amenaza penal es ineficaz para evitar la comisión reiterada de delitos graves y que es pretexto para restablecer la pena capital;
- Que las penas proporcionadas son suficientemente eficaces siempre y cuando sean aplicadas, pues la impunidad es causa de aumento de la delincuencia (por ejemplo, el caso de la corrupción);
- Que junto a la punición, deben aplicarse medidas que disminuyan las causas personales y sociales que favorecen el aumento de la delincuencia;
- Que nada garantiza que la aplicación de la pena de muerte no sea ampliada a otros delitos y que se haga con otros fines que los que se indican expresamente;
- Que una política legislativa y penal favorable a la pena de muerte constituye tanto un menosprecio por la dignidad de la persona como un retroceso en el proceso de instauración del Estado de derecho.

La campaña para la abolición universal de la pena de muerte debe también servir para reforzar el respeto de los derechos humanos, sobre todo en relación con la eliminación de toda justicia paralela informal tanto de parte de los gobiernos como de los particulares.

ÍNDICE GENERAL

Índice abreviado 11
Presentación 13
A modo de prefacio 19

PRIMERA PARTE

INTRODUCCIÓN GENERAL

§ 1 CONTEXTO HISTÓRICO-BIBLIOGRÁFICO 39
§ 2 CORRESPONDENCIA 51
I Carta del profesor Manuel G. Abastos: estancia en Alemania de José Hurtado Pozo 51
II Carta del profesor François Clerc respecto de la designación de José Hurtado Pozo como su sucesor en la cátedra de Friburgo, Suiza 53
§ 3 COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS SOBRE OBRAS DEL AUTOR 55
I Comentario de Carlos Santiago Nino a la obra de José Hurtado Pozo, Manual de derecho penal. Parte general (primera edición, Sesator, Lima, 1977) 55
II Carta del profesor Hans-Heinrich Jescheck (traducida del alemán) sobre el libro Manual de derecho penal. Parte general, de José Hurtado Pozo 58
III Comentario de César Eugenio San Martín Castro a la obra de José Hurtado Pozo, Manual de derecho penal. Parte general (segunda edición, Eddili, Lima, 1987, 640 pp.) 60
IV Comentario de Domingo García Rada a la obra de José Hurtado Pozo, El Ministerio Público (primera edición, Sesator, Lima, 1981, 307 pp.) 63
1. Defensa de la legalidad 64

2. Intervención en el proceso penal 65
V Carta del Sr. Prof. Dr. Manuel Rivacoba y Rivacoba sobre la obra de José Hurtado Pozo, La Ley "importada". La recepción del derecho penal extranjero en el Perú (Cedys, Lima, 1979, 152 pp.) 68
VI Comentario de Carlos Andrés Pérez Gallardo a la obra de José Hurtado Pozo, La Ley "importada". La recepción del derecho penal extranjero en el Perú (Cedys, Lima, 1979, 152 pp.) 70
1. Apreciación crítica a manera de conclusiones 73
VII Comentario de Philippe Abravanel al libro de José Hurtado Pozo, Droit pénal. Partie générale 1. Notions fondamentales et loi pénale, (XLII, Editions Universitaires, Friburgo, 1991, 223 pp.) 74
VIII Carta del profesor Hans-Heinrich Jescheck (traducida del alemán) sobre el libro Droit penal. Partie générale Schulthess, Zúrich, 1991. 75
§ 4 EXPERIENCIA JUDICIAL 77
I Hurtado Pozo: nadie es profeta en su tierra. Notas breves sobre su experiencia de magistrado judicial 77
II El derecho penal peruano: un peruano entre los suizos 79
III Vocal superior no ratificado 81
1. Relación familiar 81
2. Caso particular 82
§ 5 LAUDATIO ACADÉMICA 83
I Manuel G. Abastos, maestro universitario 83
1. Pródigo en consejos 84
2. Vocación indesmayable 85
II Domingo García Rada, maestro universitario 86
§ 6 NOTAS BIBLIOGRÁFICAS 91
I Luis Roy Freyre, Derecho penal peruano. Parte especial, t. 1, Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud. Delitos contra el honor, 2.a ed., Lima, 1986, 528 pp. 91
1. Introducción 91
2. Sujeto pasivo del homicidio 91
3. Terrorismo 95
4. Homicidio y omisión 99
II Felipe Villavicencio Terreros, Lecciones de derecho penal, Parte general, Cultural Cuzco, Lima, 1990. 104
III Prólogo al libro de Percy García Cavero, El actuar en lugar de otro, ARA, Lima, 2003. 108

SEGUNDA PARTE
INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL

§ 7 LA LEY PENAL 113
I Derecho penal, política y moral 113
1. Introducción 113
2. Código Penal de 1991 115
3. Código del niño y del adolescente 116
4. Corrección del proceso de legislar 118
5. Código Procesal Penal 119
6. Facultades de los procuradores de la República 120
7. Colaboración internacional en materia penal 122
8. Respeto de diferencias culturales y del derecho consuetudinario 126
9. A manera de conclusión 130
II Moral, sexualidad y derecho penal 131
1. Introducción 131
2. Concepciones morales sobre la sexualidad 133
a. Cristianismo 133
b. Liberalismo 134
c. Marxismo 135
d. Feminismo 136
3. Sexualidad 137
a. Sexo y género 137
b. Creación de la sexualidad 138
c. Sistema de control penal 140
4. Bibliografía sucinta 141
III Reflexiones sobre el denominado derecho penal de menores 143
1. Introducción 143
2. Caso privación de libertad de menores 143
3. Caso Carlos, tratamiento y privación de libertad 145
4. Comentarios generales 145
5. Explicación ideológica 148
6. Modelo tutelar y modelo garantista 149
7. Derecho de menores en el Perú 151
a. Códigos penales 151
b. Legislación sobre menores 155
8. "Contrarreforma" suiza 157

9. A modo de conclusión 161
10. Bibliografía sucinta 163
IV ¿El delincuente, un desconocido para el derecho penal? 166
1. Introducción 166
a. Concepción penal clásica 167
b. Concepción positivista italiana 168
c. Concepción ecléctica 169
2. El delincuente y las ciencias humanas y sociales 170
a. Biología 170
b. Sociología 171
c. Psicológica 172
d. Teorías de la estigmatización 173
3. Aspectos penales 174
a. Introducción 174
b. Capacidad penal y peritaje médico legal 174
c. Capacidad y libertad 175
4. Conclusión 178
5. Bibliografía sucinta 181
V Reflexiones sobre globalización y derecho penal: el caso suizo 183
1. Introducción 183
2. Globalización 184
3. Perspectiva histórica 185
4. Delincuencia 186
5. Criminalidad organizada 187
6. Lucha internacional contra la criminalidad organizada 188
7. Criminalidad económica y criminalidad organizada 189
8. Actitud suiza frente a la globalización y el derecho penal 191
9. Aspectos particulares 192
a. Primer periodo 192
b. Segundo periodo 194
10. Corrupción 199
11. Dificultades de la justicia 200
VI Reflexiones sobre la reforma del Código Penal 203
1. Introducción 203
2. Ejemplos de reformas penales 205
a. Reforma alemana 205
b. Reforma francesa 206
c. Reforma suiza 207
d. Reformas en América Latina 210

a) Anteproyecto ecuatoriano 210
b) Anteproyecto boliviano 212
c) Proyecto peruano 213
d) Apreciación del proyecto peruano 216
3. Conclusión 223

TERCERA PARTE
TEORÍA DEL DELITO

§ 8 EL DELITO 227
I La teoría del delito. Apuntes para su elaboración de acuerdo a las disposiciones del Código Penal de 1924 227
1. Introducción 227
2. La acción 233
3. Tipicidad 241
4. La antijuricidad 250
5. La imputabilidad 267
6. Culpabilidad 277
II Legalidad, causalidad y culpabilidad: dogmática 299
1. Introducción 299
2. Dogmática tradicional 302
3. La teoría de la infracción 303
4. Culpabilidad 306
a. Cuestionamiento 306
b. Responsabilidad y culpabilidad 307
c. Fuente legal del artículo 45 CP 309
5. Reflexiones sobre la dogmática penal 312
III Impunidad de personas con patrones culturales distintos 314
1. Presentación 314
2. Comentario 316
3. Interpretación del artículo 15 del Código Penal 318
4. Comentario 319
5. A manera de conclusión 321
6. Bibliografía sucinta 323
IV Artículo 15 del Código Penal peruano: ¿incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado? 325

1. Interpretación de la doctrina 325
2. Concepción y propuesta de Zaffaroni 329
3. Tentativa de explicación del criterio predominante en el Perú 336
4. Aplicación judicial del error de prohibición culturalmente condicionado 338
5. A manera de conclusión 343
6. Bibliografía sucinta 347

V Responsabilidad penal de las personas jurídicas 349
1. Introducción 349
2. Criminalidad moderna y evolución legislativa 351
3. Personas jurídicas en el Código Penal de 1991 355
4. Legislación penal complementaria 357
5. Perspectiva 359

VI La responsabilidad penal de la empresa en el derecho penal suizo ... 363
1. Introducción 363
2. Evolución doctrinaria 364
3. Responsabilidad de la persona jurídica (empresa) en el derecho privado y en el derecho administrativo 366
4. Cuestionamiento del criterio *societas delinquere non potest* 368
5. Responsabilidad del jefe de la empresa 370
6. Evolución legislativa 371
a. Proyecto de 1991 371
b. Proyecto de 1998 373
c. Reforma de 2007 374
a) Sistema de imputación 374
b) Condiciones de imputación 375
c) Cambios conceptuales: culpabilidad 377
d) Regla de imputación y no de incriminación 380
7. A manera de conclusión 382
8. Bibliografía sucinta 387

CUARTA PARTE

PARTE ESPECIAL

§ 9 DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA SALUD 395

I Reflexiones sobre la protección penal de la vida humana: eutanasia, asistencia al suicidio y homicidio a pedido de la víctima 395

1. Presentación 396
2. Introducción 397
3. Vida humana 397
a. Eutanasia 399
b. Sentencia en el caso Berner 401
c. Comentarios a la sentencia 404
a) Contexto 404
b) Tipicidad 405
c) Ilicitud y culpabilidad 407
d. Resumen 410
4. Vida embrionaria y procreación 414
a. Introducción 414
b. Procreación responsable 416
c. Aborto terapéutico 417
5. Feminicidio 419
a. Introducción 419
b. Concepción de género 420
c. Técnica legislativa 421
d. Evolución legislativa en el Perú 422
e. Cuestiones procesales 423
f. Apreciaciones de política criminal 424
6. Bibliografía sucinta 424
II Aborto y Constitución 426
1. Introducción 426
2. Caso suizo 429
3. Caso peruano 434
4. Debate actual 435
5. Colofón 438
III Breves comentarios sobre "reflexiones sobre la esterilización" 439
1. Introducción 439
2. Reflexiones sobre la esterilización 440
a. Premisas generales 443
b. Argumentos legales 443
3. Comentarios 444
4. Bibliografía sucinta 448
IV Política nacional de población, control de natalidad y aborto 449
1. Introducción 449
2. Comentarios 450
3. Concepciones de la Iglesia católica sobre la procreación 451

4. Regulación legislativa 452
5. Control de natalidad 453
6. Cuestión ética 455
7. Bibliografía sucinta 458

§ 10 DELITOS CONTRA EL HONOR 459
I Delitos contra el honor 459
1. Introducción 460
a. Evolución legislativa 460
a) Constituciones 460
b) Convenciones internacionales 462
c) Legislación penal 464
d) Legislación sobre la prensa 467
b. Honor y libertad de expresión 470
c. Bien jurídico 471
a) Teoría efectiva del honor (faktische Theorie) 472
b) Teoría normativa del honor 473
c) Criterio social 474
d) Criterio ético o personal 474
e) Criterio mixto 474
d. Titulares del derecho al honor 475
a) Persona física 475
b) Niños y enfermos mentales 476
c) Muertos y ausentes 476
d) Personas jurídicas 478
e) Colectividades sin personalidad jurídica 479
f) Autoridades 480
g) Familia-Ataques colectivos contra el honor 480
e. Clases de ataques contra el honor 480
f. Sistema legislativo 481
2. Difamación 481
a. Tipo legal objetivo 481
a) Autor 481
b) Víctima 482
c) Comportamiento delictuoso 482
d) Medios 484
e) Hechos contrarios al honor 484
f) Consumación 485
b. Tipo legal subjetivo 486
c. Ilicitud 486

d. Prueba liberatoria 488
a) Introducción 488
b) Inadmisibilidad de la prueba liberatoria 489
c) Admisión de la prueba liberatoria 489
d) Ejercicio de la prueba liberatoria 491
e) Efecto de la prueba liberatoria 492
3. Bibliografía sucinta 492

§ 11 DELITOS SEXUALES 497
I Evolución legislativa de los delitos sexuales 497
1. Introducción 497
2. Colonia 498
3. República: Proyecto Vidaurre y Proyecto oficial de 1859 501
4. Código Penal de 1863: supervivencia de la influencia española. 505
5. Código de 1924: la influencia suiza 507
6. Código Penal de 1993 y sus modificaciones 510
7. A manera de conclusión 513
8. Bibliografía sucinta 513
II Breves anotaciones sobre la doctrina penal peruana referente a las infracciones sexuales 515
1. Introducción 515
2. Código Penal de 1863: Silva, Rada 516
3. Código de 1924: Calle, Torres Malpica, Bramont Arias, Peña Cabrera 518
4. Proyecto de 1984: Prado Saldarriaga 531
5. Código de 1991: Bramont-Arias Torres, Salinas Siccha 533
6. Colofón 538
7. Bibliografía sucinta 539

§ 12 DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO 541
I Relaciones entre derecho penal y derecho civil: hurto 541
1. Introducción 541
a. Interpretación 541
b. Bien jurídico 543
c. Patrimonio y propiedad 544
2. Delitos contra la propiedad 545
a. Noción de posesión 545
a) En derecho civil 545
b) En derecho penal 546
c) Esfera de posesión 547

b Bienes muebles: noción y clasificación 548
c. Apoderarse 555
d. Sustraer 557
e. Objeto de la infracción 558
3. A manera de conclusión 562

§ 13 DELITOS DE CORRUPCIÓN 565
I Corrupción, confiscación y ayuda internacional 565
1. Introducción 565
2. Los hechos 566
3. Confiscación 567
4. Organización criminal 569
5. A manera de conclusión 569
II Corrupción en el Perú: breve reseña histórica 571
1. Introducción 571
2. Ejemplos históricos 573
3. Estado y corrupción 574
4. Situación actual 578
5. Bibliografía sucinta 579
III Corrupción, lavado de dinero y confiscación 581
1. Introducción 581
2. El procedimiento penal en Suiza 582
3. Qué debería pasar con los valores patrimoniales ilícitos 582
4. Las trabas, los problemas 583
5. Una nueva interpretación como solución posible 584
6. Finalmente, los procesos judiciales lo decidirán todo 585
IV Corrupción y derecho penal 586
1. Introducción 586
2. Explicaciones del fenómeno corrupción 588
a. Criterios generales 588
b. Percepción económica 590
3. El recurso al derecho penal 591
4. Contexto en el que se da la intervención penal 594
5. Medidas generales para combatir la corrupción 596
6. A manera de conclusión 598
7. Bibliografía sucinta 598
V Delito de tráfico de influencias: artículo 400 CP del Perú 602
1. Introducción 602

2. Materia de interpretación 604
a. Artículo 400 del Código Penal 604
b. Evolución legislativa 606
3. Doctrina extranjera 609
4. Insuficiencias formales 610
a. Deficiencias de redacción 610
b. Indeterminación de los comportamientos incriminados .. 614
5. Posición sistemática del artículo 400 CP 615
6. Finalidad de la protección penal 616
a. Objeto del delito 616
b. Bien jurídico 618
7. Dificultades relativas a la participación delictuosa 621
a. Intervención necesaria del tercero 621
b. Instigación 623
c. Complicidad 625
d. Aspecto subjetivo 625
e. Represión del tercero como participante secundario 626
8. A manera de conclusión 631
9. Bibliografía sucinta 633

§ 14 DELITOS DE FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS 635
I Delitos de falsificación de documentos y delitos informáticos 635
1. Introducción 635
2. Delito informático 636
3. Sucesión temporal de normas 638
4. Delito de fraude informático 643
5. Delito de falsificación de documentos privados 645
6. Delito de falsedad genérica 647

§ 15 EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES 651
I El blanqueo de capitales y operaciones transnacionales delictivas 651
1. Introducción 651
2. Crimen organizado 652
3. Crimen organizado en Suiza 654
4. Corrupción 655
5. Lavado de dinero 656
6. Tráfico de drogas 657
7. Medidas a nivel europeo 660
8. Esfuerzos suizos 662

a. A nivel nacional 662
b. A nivel internacional 664
c. Volumen de comunicaciones 666
d. Reacción judicial 666
9. A guisa de conclusión 668

§ 16 LA PROBLEMÁTICA DE LAS DROGAS 669
I La problemática de las drogas en Suiza 669
1. La legislación 669
a. Evolución legislativa 669
b. La Ley federal de 1975 671
a) El control administrativo 671
b) La represión del tráfico ilícito 672
c) Represión del consumo de estupefacientes 673
2. La toxicomanía en Suiza 676
a. Generalidades 676
a) Introducción 676
b) Consumo de estupefacientes 677
c) Consumo de estupefacientes y delincuencia 680
d) Costo económico del tráfico ilícito de estupefacientes 681
b. Situación actual de la lucha contra el tráfico de drogas 683
a) Autoridades encargadas 683
b) Prevención 683
c) Represión 685
c. Discusión sobre la problemática de las drogas 687
a) Introducción 687
b) Reforma legislativa 688
c) Represión del consumidor 691
d) Problema del sida 694
3. A manera de conclusión 696

§ 17 DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA 701
I Delitos contra la seguridad pública 701
1. Generalidades 701
a. Incendio y otros estragos 703
a) Bien jurídico tutelado 703
b) Concepto de peligro 704
c) Peligro concreto, abstracto 705
d) Los delitos contra la seguridad pública en la legislación peruana 707

b. El delito de incendio (artículo 261 y 262) 708
a) Fuente legal 708
b) Sujeto activo 708
c) Bien jurídico tutelado 709
d) Elemento material 709
e) Elemento subjetivo 711
f) Consumación y tentativa 711
g) Participación 712
h) Agravante 712
i) Atenuante 713
j) Pena 713
k) Incendio culposo 713
c. El delito de explosión (artículo 264) 714
a) Generalidades: técnica legislativa, sustancias explosivas y explosivos 714
b) Fuente legal 715
c) Elemento material 715
d) Elemento subjetivo 715
e) Consumación y tentativa 716
f) Participación 716
g) Pena 717
h) Forma culposa 717
d. El uso delictivo de explosivos (artículo 264) 717
a) Fuente legal 717
b) Elemento material 718
c) Elemento subjetivo 718
d) Consumación y tentativa 719
e. El delito de fabricación, ocultación y transporte de explosivos (artículo 265) 719
a) Fuente legal 719
b) Elemento material 719
c) Consumación 720
d) Elemento subjetivo 720
e) Pena 720
f. El uso delictivo de explosivos mediante culpa (artículo 266) 721
a) Fuente legal 721
b) Elemento material 721
c) Elemento subjetivo 721
d) Pena 722

g. Causación de inundación, derrumbe de edificio, sumersión o varadura de naves (artículo 267) 722
a) Fuente legal 722
b) Elemento material 722
c) Elemento subjetivo 723
d) Consumación y tentativa 724
e) Forma culposa 724
h. *Excursus:* Decreto Ley N.º 19049 724
2. Delitos contra las comunicaciones públicas 730
a. Generalidades 730
a) Antecedentes legislativos nacionales 730
b) Bien jurídico protegido y peligro colectivo 732
b. Impedir o perturbar la circulación pública (artículo 268) 732
a) Fuente legal 732
b) Bien jurídico protegido 732
c) Elemento material 733
d) Elemento subjetivo 735
e) Pena 736
f) Artículos 53 a 58 del Reglamento general de tránsito 737
c. Impedir o perturbar el servicio de ferrocarriles (artículo 269) 740
a) Fuente legal 740
b) Bien jurídico 740
c) Elemento material 740
d) Elemento subjetivo 742
e) Pena 742
d. Interrumpir o perturbar la comunicación telegráfica o telefónica (artículo 270, pf. 1) 743
a) Fuente legal 743
b) Bien jurídico protegido 743
c) Elemento material 743
d) Elemento subjetivo 745
e) Pena 745
e. Interrumpir o perturbar la comunicación telegráfica o telefónica destinada al servicio de un ferrocarril (artículo 270, pf.2) 745
a) Fuente legal 745
b) Elemento material 745
c) Elemento subjetivo 746
d) Pena 746

f. Impedir o perturbar la explotación de una empresa pública (artículo 271) 746
a) Fuente legal 746
b) Elemento material 747
c) Elemento subjetivo 749
d) Pena 750

§ 18 EL DELITO DE TERRORISMO 751

I Terrorismo 751
1. Terrorismo y derecho penal 752
a. Introducción 752
b. Confusión legislativa 753
c. Finalidad terrorista 753
2. Génesis del Decreto Legislativo N.º 046 754
a. Introducción 754
b. Legislación sobre seguridad interior de la República 755
a) Decreto Ley N.º 11049 755
b) Ley N.º 12654 758
c) Ley N.º 15590 759
d) Decreto Ley N.º 19049 760
e) Decreto Ley N.º 19910 762
c. Proyectos de ley antiterrorista 764
a) Proyecto N.º 150-80/S del senador Alva Orlandini y otros sobre delito de traición a la patria 764
b) Dictamen de la Comisión de Justicia 765
c) Proyecto de ley de José María de la Jara y Ureta 768
d) Proyectos de ley de José Hurtado Pozo 779
e) Proyecto de ley de Luis Roy Freyre 792
d. Decreto legislativo N.º 046 803

II El terrorismo y la ley 807
1. Introducción 807
2. Tipificación vaga y confusa 808
3. Sin intención, es sancionable 809
4. Amplitud represiva 809
5. Represión política 810
6. Constitucionalidad 811
7. ¿Ley especial? 812

III Terrorismo 813

IV Decretos Leyes N.º 25564, 25659 y 25662, brevemente comentados 816
1. Decreto Ley N.º 25564 816
2. Decreto Ley N.º 25659 817
3. Decreto Ley N.º 25662 818
4. Comentario 819
V Proyecto de reforma de la legislación antiterrorista comisión del Ilustre Colegio de Abogados de Lima 821
1. Exposición de motivos de las normas penales sustantivas 821
2. Necesidad de reformar la legislación antiterrorista 822
3. Conveniencia de una ley especial 823
4. Constitución, derechos humanos y legislación antiterrorista 823
5. Innovaciones propuestas 823
a. Terrorismo: tipo básico 823
b. Colaboración terrorista 824
c. Apología del terrorismo 825
d. Incitación al terrorismo 825
e. Posesión de insumos para explosivos 825
f. Asociación para el terrorismo 825
g. Asesinato terrorista 826
h. Libertad condicional 826
i. Minoridad 826
j. Arrepentimiento terrorista 826
6. Terrorismo: tipo básico 827
a. Proyecto de legislación 827
7. Exposición de motivos de las normas procesales 829
a. Introducción 829
b. Eliminación de tribunales militares 829
c. Jueces especializados 829
d. Indagación preliminar 830
e. Investigación judicial 830
f. Trámite ante la Sala Penal Superior Especializada 830
g. Remuneración especial 831
8. Proyecto de ley título: Normas procesales 831
a. Disposiciones generales 831
b. Indagación policial preliminar 832
c. Investigación judicial 834
d. Procedimiento ante la Sala Penal Superior Especializada . 834
e. El juzgamiento oral 835

f. Recursos impugnatorios 835
g. Disposiciones finales 836

VI Terrorismo y tráfico de droga 837
1. Contexto socio-ecónomico 837
a. El tráfico ilícito de drogas 838
b. La coca 838
c. El destino de la coca 839
d. El consumo de drogas 839
e. La importancia económica de la coca 840
2. La violencia política 841
a. Antecedentes 841
b. El terrorismo 842
3. La reacción estatal 844
a. Cómo ha reaccionado el Estado peruano frente al tráfico de drogas y al terrorismo: la lucha contra el tráfico ilícito de drogas 844
b. Prevención 844
c. Obstáculos económicos 845
d. Obstáculos sociales 845
e. La represión penal 846
f. La lucha contra el terrorismo: fenómeno delictivo e intervención policial 847
4. Fenómeno militar e intervención de las Fuerzas Armadas 849
5. Fenómeno político y diálogo 850
6. A manera de conclusión 851

VII Algo más sobre terrorismo y tráfico de drogas 854

VIII Financiamiento del terrorismo y política criminal 857
1. Introducción 857
2. Perspectiva histórica 858
3. Delincuencia 860
4. Terrorismo 861
5. Financiamiento del terrorismo 862
a. Nivel internacional 862
b. Nivel nacional 865
a) Reforma del Código Penal: financiamiento 865
b) Reforma del Código Penal: lavado de dinero 867
c) Ley de seguridad interna 868
6. A manera de conclusión 871

IX Constitucionalidad del tipo legal del delito de terrorismo 872

1. Constitucionalidad del tipo legal del delito de terrorismo 872
a. Introducción 872
b. Tema a tratar 875
c. Interpretación 876
d. Artículo 1 del D. Leg. N.º 46 877
e. Artículo 2 del D. Ley N.º 25475 879
f. Versión del Tribunal Constitucional 880
g. A manera de conclusión 885
X El magnicidio 886
1. Fantasmas del miedo 886
2. Dentro del Código 888
XI Reforma del Código Penal suizo y terrorismo 889
1. Introducción 889
2. Trabajos de la Comisión de expertos 890
3. Propuesta de la Comisión de expertos 890
4. Proyecto del Consejo Federal 891
5. Secuestro y rapto 894
6. Toma de rehenes 896
7. Provocación pública a la violencia 898
8. Asociación de malhechores 899
9. Actos preparatorios delictuosos 900
10. Ayuda internacional y ampliación de la jurisdicción federal . 901
11. Jurisdicción federal 902
12. Proyecto de modificación del Código Penal suizo 903
13. Bibliografía sucinta 906

QUINTA PARTE

SANCIONES

§ 19 DE LAS PENAS 913
I Propuesta de un sistema de sanciones penales relativo al proyecto de Código Penal tipo hispanoamericano 913
1. Introducción 914
2. Conveniencia de un modelo de sanciones hispanoamericano . 915
3. Condiciones sociales 916
4. Principios generales 920
5. Esquema del sistema de penas 924

a. Exención de pena 924
a) Formas 924
b) Supuestos 924
c) Relación con la suspensión de la ejecución de la pena, la reserva condicional del pronunciamiento de la pena o la liberación condicional 924
b. Reserva condicional del pronunciamiento de la pena 924
a) Requisitos generales 924
b) Requisito particular 925
c) Efectos inmediatos 925
d) Efectos mediatos 925
c. Suspensión condicional de la ejecución de la pena 926
a) Requisitos generales 926
b) Requisito particular 926
c) Efectos inmediatos 926
d) Efectos mediatos 926
d. Penas imponibles en general 927
a) Multa 927
b) Trabajo de interés general 928
c) Pena privativa de libertad 928
d) Arresto de fin de semana 928
e) Arresto domiciliario 928
e. Prohibición para conducir vehículos motorizados (delitos de tránsito) 928
f. Penas cuestionables 928
g. Conversión de penas 929
a) De la multa 929
h. Medidas de seguridad 929
a) Principios 929
b) Clases 930
i. Relaciones entre penas privativas de libertad y medidas de seguridad implicando la misma privación 930
j. ¿Penas accesorias? 930
k. Consecuencias accesorias 930
l. Penas aplicables a las personas jurídicas: disolución 930

II La pena de multa 931
1. Realidad socio-económica 931
2. Evolución legislativa 934
3. Dominio de aplicación de la multa 936
4. La reglamentación de la multa 939

a. La fijación de la multa según la capacidad económica del delincuente 939
b. Las ventajas del modelo escandinavo 941
c. La multa escalonada (modelo del Proyecto Alternativo Alemán) 945
d. Experiencias prácticas en la aplicación de los días-multa.. 946
5. Conversión de la multa en pena privativa de la libertad 948
a. Trabajos legislativos 948
b. Ventajas del sistema 950
c. Inconvenientes 950
6. Otros medios de substitución de la multa no pagada 951
7. Problemas específicos de la aplicación del sistema de días-multa a determinadas categorías de la población 954
III La condena condicional 957
1. Introducción 957
2. Antecedentes legislativos nacionales 958
3. Naturaleza jurídica de la condena condicional 959
4. Denominación dada a la institución 962
5. Fines de la condena condicional 962
6. Fuente legal 963
7. Condiciones para su concesión 964
a. Condena a pena de prisión no mayor de seis meses 964
8. Fijación de la pena y concesión de la condena condicional... 966
9. Pena de prisión compurgada total o parcialmente y condena condicional 967
10. Pena de multa 968
11. Condena condicional en caso de penas conjuntas de prisión y multa 972
12. Pena de prisión sustitutiva de multa y condena condicional. 972
13. Penas accesorias 973
14. Criterio admitido en la Ley N.º 9014 975
15. Primera condena nacional o extranjera 977
16. Amnistía e indulto 979
17. Delincuentes primarios y ocasionales 979
18. Pronóstico favorable sobre el futuro comportamiento del condenado 980
19. Arbitrio judicial en la concesión de la condena condicional. 982
20. Período de prueba: reglas de buena conducta 983

21. Duración del período de prueba 984
22. Revocación en caso de violación de las reglas de buena conducta 984
23. Condena condicional y *probation* 985
24. Reparación civil 987
25. Revocación en caso de comisión de un nuevo delito 987
26. Efectos de la revocación 988
27. Concurso real retrospectivo 991
28. Buen comportamiento durante el período de prueba 991
29. Conclusión 992
IV Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo 994
1. Introducción 994
2. Denominación 995
3. Carácter jurídico 996
4. Evolución legislativa 998
5. Finalidad 999
6. Condiciones para su concesión 1000
a. Respecto a la pena 1000
b. Pronóstico favorable 1003
7. Poder discrecional del juez 1005
8. Contenido de la decisión 1006
9. Reglas de buena conducta 1007
10. Duración del período de prueba 1009
11. Efectos del incumplimiento de las reglas de buena conducta 1009
12. Conclusión 1012
V Pena de muerte y política criminal en el Perú 1014
1. Introducción 1015
2. Sistema penal de la Colonia 1016
3. Origen del sistema punitivo moderno 1017
4. Los inicios de la República 1019
5. El período de 1850 a 1870 1021
a. Ramón Castilla: las Constituciones de 1856 y 1860 1021
b. La ley sobre homicidio calificado de 1861 y el Código Penal de 1863 1023
c. Constitución Liberal de 1867 1025
6. El período de 1879 a 1930 1026
a. El Estatuto provisorio de Piérola y el gobierno de García Calderón durante la ocupación chilena 1026

b. El Oncenio y la Constitución de 1920 1028
7. Sánchez Cerro y la Constitución de 1933 1029
8. La pena de muerte en el Código Penal de 1924 y leyes que lo modifican 1031
a. La tesis abolicionista del codificador 1031
b. Repugnancia del país a la pena de muerte 1032
c. La defensa social y la pena capital 1033
9. La Constitución de 1979 y Política Criminal 1037
10. Bibliografía sucinta 1040
VI Algunas reflexiones sobre la pena de muerte en el Perú 1042
1. Introducción 1042
2. Contexto peruano 1043
3. Evolución legislativa 1044
4. Tentativas para reintroducir la pena de muerte 1046
5. Argumentos de las propuestas de introducir la pena de muerte. 1047
6. Pena de muerte de facto 1048
7. A manera de conclusión 1049

Este libro se terminó de imprimir
en enero de 2016 en los
talleres gráficos de
Pacífico Editores S.A.C.
Jr. Castrovirreyna Nº 224 - Breña
Telefax: 332-6117 / Central: 330-3642
Lima - Perú

a) Anteproyecto ecuatoriano 210
b) Anteproyecto boliviano 212
c) Proyecto peruano 213
d) Apreciación del proyecto peruano 216
3. Conclusión 223

TERCERA PARTE
TEORÍA DEL DELITO

§ 8 EL DELITO 227
I La teoría del delito. Apuntes para su elaboración de acuerdo a las disposiciones del Código Penal de 1924 227
1. Introducción 227
2. La acción 233
3. Tipicidad 241
4. La antijuricidad 250
5. La imputabilidad 267
6. Culpabilidad 277
II Legalidad, causalidad y culpabilidad: dogmática 299
1. Introducción 299
2. Dogmática tradicional 302
3. La teoría de la infracción 303
4. Culpabilidad 306
a. Cuestionamiento 306
b. Responsabilidad y culpabilidad 307
c. Fuente legal del artículo 45 CP 309
5. Reflexiones sobre la dogmática penal 312
III Impunidad de personas con patrones culturales distintos 314
1. Presentación 314
2. Comentario 316
3. Interpretación del artículo 15 del Código Penal 318
4. Comentario 319
5. A manera de conclusión 321
6. Bibliografía sucinta 323
IV Artículo 15 del Código Penal peruano: ¿incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado? 325

1. Interpretación de la doctrina 325
2. Concepción y propuesta de Zaffaroni 329
3. Tentativa de explicación del criterio predominante en el Perú 336
4. Aplicación judicial del error de prohibición culturalmente condicionado 338
5. A manera de conclusión 343
6. Bibliografía sucinta 347
V Responsabilidad penal de las personas jurídicas 349
1. Introducción 349
2. Criminalidad moderna y evolución legislativa 351
3. Personas jurídicas en el Código Penal de 1991 355
4. Legislación penal complementaria 357
5. Perspectiva 359
VI La responsabilidad penal de la empresa en el derecho penal suizo ... 363
1. Introducción 363
2. Evolución doctrinaria 364
3. Responsabilidad de la persona jurídica (empresa) en el derecho privado y en el derecho administrativo 366
4. Cuestionamiento del criterio *societas delinquere non potest* 368
5. Responsabilidad del jefe de la empresa 370
6. Evolución legislativa 371
a. Proyecto de 1991 371
b. Proyecto de 1998 373
c. Reforma de 2007 374
a) Sistema de imputación 374
b) Condiciones de imputación 375
c) Cambios conceptuales: culpabilidad 377
d) Regla de imputación y no de incriminación 380
7. A manera de conclusión 382
8. Bibliografía sucinta 387

CUARTA PARTE
PARTE ESPECIAL

§ 9 DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA SALUD .....
I Reflexiones sobre la protección penal de la vida humana: eutanasia, asistencia al suicidio y homicidio a pedido de la víctima .....