

"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.

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 **(p. 103)** 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 sólo 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 (Hurtado 1979), 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.

(p. 103) 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 sólo 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 (1975, p. 51) 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 sólo 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 (Foucault 1975, P. 57).

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 (p. 104) 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" (El Diario de Suardo, p. 210).

La dureza de este sistema punitivo tuvo ecos posteriores durante la época republicana. Primero, señalemos el proyecto de Código penal de Lorenzo de Vidaurre (1828). El señalaba por ejemplo, la pena de muerte para el parricida, y ordenaba: "póngasele 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, estatúa que la pena de muerte sería infligida fusilando al reo sin mortificación previa de su persona (art. 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 (art. 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 (art. 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 sustituían 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" (1958, 1, p. 699).

(p. 105) 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 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 sólo 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 **(p. 106)** 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 dominio 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, medida 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: **(p. 107)** 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 sólo 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 (1975, p. 92) 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 paradójico. Él 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 sólo sea impuesta a los asesinos culpables, y que los suplicios que indignan a la humanidad sean abolidos" (E. Seligman, citado en Foucault 1975, p. 76). 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 **(p. 108)** 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 artículo 115 de la Constitución de 1823, estatuyó: "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 (art. 122), 1828 (art. 129), 1834 (art. 154), 1839 (art. 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" (art. 157).

La pena de muerte no era cuestionada en su existencia, sino sólo 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 (Koestler 1957, p. 185). 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 le cortará la cabeza" (Koestler 1957, p. 191). 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 estatuyó 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 (p. 109) 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 (Basadre 1968, 1, p. 196).

El período comprendido entre los años 1825 y 1845, se caracterizó por la inestabilidad política y el predominio del militarismo. Nuestro país era principalmente 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 sólo, por la insuficiencia marcada de las vías de comunicación sino, también, por la existencia de bandidos (Flores 1979, p. 107. Ver Matteison, s/f. p. 95; Proctor, s/f. p. 119). 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 (Flores 1979, p. 115). 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 (1979, p. 109; López 1979, p. 104), 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, ésta fue invadida y saqueada por los bandoleros encabezados por León Escobar (enero 1836). Estos tuvieron que ser combatidos por (p. 110) 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

5.1. 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 la Capital; así mismo, 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

penitenciaria), la abolición del "cadalso político" y la dación de los primeros códigos en materia penal. Con razón, Basadre (1968, p. 162; Mariátegui 1972, p. 22; Belaunde 1980, p. 8) 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" (**p. 111**) (Basadre, IV, p. 143). 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, 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 sólo 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 necesidades sociales" (Basadre IV, p. 212). 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 (Bonilla 1975, p. 34).

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 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, así mismo, destacando que la mayor (**p. 112**) 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 (Basadre IV, p. 212 y 213). 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" (art. 16).

5.2. La ley sobre homicidio calificado de 1861 y el Código penal de 1863

Mediante la ley del 11 de mayo de 1861, se establecieron cuales eran los casos de homicidio calificado, y cuyos autores se hacían acreedores a la pena capital. Así, el artículo 1° estatuyó: "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.

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.

8° 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° Perpretándolo en despoblados o en los caminos.

(p. 113) 11° Ejecutándolo en lugar sagrado, o donde la autoridad esté ejerciendo sus funciones.

12° Buscando deliberadamente al ofendido en su morada, sin que éste 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° Cometiéndolo 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 (Zúñiga 1957, p. 85). 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" (IV, p. 298).

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 estatuyó: "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.

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.

(p. 114) 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" (Basadre IV, p.

298). 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 (art. 69), y se reglamentó el sorteo de los condenados a muerte cuando eran varios (art. 70). El fusilamiento del condenado en el lugar del juicio fue el medio escogido para su ejecución (art. 68). En relación con éste, José Viterbo Arias (1900, 1, p. 428) 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".

5.3. Constitución Liberal de 1867

Un breve paréntesis de la corriente favorable a la pena de muerte, lo constituyó la Constitución de 1867. Era la séptima 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 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" (VI, p. 89). El Gobierno de Prado, surgido inmediatamente, y como una de las consecuencias de la guerra (p. 115) 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" (Basadre, VI, p. 77).

6. El período de 1879 a 1930

6.1. 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° estatuyó: "La traición a la Patria, la cobardía e insubordinación militares, la desertión 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 dió 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 sólo 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 (p. 116) 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. Sólo 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 modificaciones. Entre éstas se encontró la supresión del artículo prohibiendo la pena de muerte salvo el homicidio calificado (Basadre IV, p. 21).

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 fiagelados o fusilados (Basadre IX, p. 182). 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 (Basadre IX, p. 253). Con la pena de muerte se reprimían en este Código numerosas infracciones descritas casuísticamente en diversas normas de la parte especial (ver: arts. 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 estatuyó que "la pena de muerte establecida en dicho Código, queda sustituida por la de veinte años de penitenciaría, hasta la próxima reunión del Congreso" (Edición oficial 1899, p. 215). Resulta interesante destacar la referencia que hace Basadre (IX, p. 253) a la ejecutoria de la Corte Suprema de 11 de mayo de 1917. En esta resolución (**p. 117**) 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" (Anales Judiciales 1917, p. 78). Como lo indica el mismo Basadre, el Congreso no trató este asunto ni en 1899 ni en los años siguientes.

6.2. 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" (Yepes, 1979, p. 139). 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. (Yepes 1979, p. 156).

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 ésta se establecía que "la ley protege el honor y la vida contra toda injusta agresión y no puede (**p. 118**) 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" (art. 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-administrativa que implementó, al desarrollo del poderío armado y a la organización de un fuerte aparato policial. Este último fue decisivo, "no sólo porque vinieron a ser impedidas en unos 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' " (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" (Cotier 1978, p. 161).

7. Sánchez Cerro y la Constitución de 1933

La desorientación y la violencia caracterizaron el período posterior a Leguía. Los pronunciamientos **(p. 119)** 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" (Basadre XIV, p. 40). 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 (1979, p. 139), este oscuro período del desarrollo peruano, se ofrecerá como un momento de transición, como la antesala de una etapa fundamental que tendrá 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 éste cuanto atañe a su mayoría, pero contando en su seno con una bravía minoría" (Basadre XIV, p. 283).

Este Congreso había aprobado, a sólo un mes de instalado el régimen constitucional, y cuando un ambiente de violencia y atentados vivía el país, una Ley de Emergencia (n° 7497 del 9 de enero de 1932). Luego, en el mes de marzo, adoptó la ley n° 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° 7060 (derogado por el Decreto Ley n° 7161) y ampliando su vigencia a todo el país. Este Decreto Ley estableció, en 1931, **(p. 120)** 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 (XIV, p. 224), 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 sería largo 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. Leonidas 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, reabierto la discusión y en nueva votación se aprobó el artículo 54 que estatuyó: "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 éste debían subordinar los principios a un alto interés nacional sino querrían incurrir en cobardía" (Basadre XIV, p. 278). 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.

(p. 121) 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 mínimo 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.

8.1. La tesis abolicionista del codificador

En la breve exposición de motivos que precede al texto del Código, el codificador (Espino 1974, p. 19) 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";

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

(p. 122) 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".

8.2. 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 la de Sánchez Cerro, la conformación de Cortes marciales, las sentencias condenatorias a la pena capital, dictadas repetidamente, y los fusilamientos practicados 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 Alcazar 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" (Basadre XIII, p. 138; XIV, p. 224). 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° 10976, de 25 de marzo de 1949, se estableció la pena de muerte para los delitos de homicidio calificado (art. 151 y 152) y de traición a la patria (arts. 289 y 290). El cuarto considerando de este Decreto Ley dice "que el motivo que se tuvo para omitir la pena capital en **(p. 123)** 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" (Espino 1974, p. 538). 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 (1975, p. 64), 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 (1975, p. 70) 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 sólo 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.

(p. 124) 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.

8.3. 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 se refieren los autores modernos que siguen o se aproximan a la concepción de Marc Ancel (1966); sino más bien recuerda la expresión "seguridad interior" utilizada para designar leyes dictatoriales (Decreto Ley n° 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° 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 (Ancel 1966, p. 20 y 21).

No es otro el criterio que primó al dictarse el Decreto Ley n° 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 **(p. 125)** 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 éstas, 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 blando", comprenderemos fácilmente, que su idea de "seguridad social" era diferente a la del autor del Decreto Ley n° 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 estatúa 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° 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 (**p. 126**) de 6 meses y la de penitenciaría no menor de 3 años, previstas en el art. 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° 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 (art. 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 ésta falleciera (art. 197).

Entre los Decretos Leyes señalados (1965 y 1969), se dictó la Ley n° 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 sólo a los previstos en los artículos 289 y 290, sino también, y en primer lugar, los actos contra la seguridad militar, los de rebelión (arts. 302 y 305), los de sedición (art. 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 mínimo 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 (**p. 127**) 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° 17388, antes comentado. Por Decreto Ley n° 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 de raptos 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° 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 (art. 3° del Decreto Ley n° 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 (arts. 1° y 2° del mencionado Decreto Ley). Posteriormente, mediante Decreto Ley n° 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° 18968 sólo 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

(p. 128) 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° 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 evidencia que la argumentación expuesta en los considerandos del Decreto Ley n° 18968, en favor de la pena como readaptadora de los delincuentes y de la readaptación como una obligación del Estado, sólo 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 **(p. 129)** decir, se trata del cuestionamiento de todo el sistema punitivo. Si este amplio tema, tratado en otras oportunidades, debo manifestar que dicho sistema sólo puede encontrar justificación en 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 (Espino 1974, p. 19). De esta manera siguió el criterio defendido por la corriente de Política Criminal que inspiró al legislador suizo, cuyos proyectos se 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 eliminador, 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.

(p. 130) La sola disposición constitucional que restringe la imposición de la pena de muerte al 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 (art. 16), se estatuyó que la pena de muerte sólo 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 ampliado 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 irreputación 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° 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 sólo 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, quien 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 **(p. 131)** defensa interna. Se considera que el enemigo no se encuentra, con frecuencia, fuera de nuestras fronteras, sino que está a su interior. En el art. 270 de la Constitución, se declara que la "Defensa nacional es permanente e integral" y en el art. 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 art. 235, sólo 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" (art. 233, inc. 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 que su reconocimiento constituye no sólo 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 cuales son los bienes que deben ser penalmente protegidos; debiéndose valorar, previamente, si el tipo de atentado que **(p. 132)** 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 (Hurtado 1979, p. 6) 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 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, en base a una ficción que distingue en abstracto entre una pena que reprime y castiga y una medida de seguridad que previene y cura.

(p. 133) BIBLIOGRAFIA

ANCEL., Marc

1971 La défense sociale nouvelle, 2a ed. Edition Cujas, París

BLOCHE-MICHEL, Jean

1957 La peine de mort en France, en Réflexions sur la peine Capital, A. Koestler, A. Camus y J. Bloche-Michel, Calmann-Levy, París.

BASADRE, Jorge

1968 Historia de la República del Perú, vols. 1 - XIV

CAMUS, Albert

1957 Réflexions sur la guillotina, en Réflexions sur la peine Capital, A. Koestler, A. Camus y J. Bloche-Michel, Calmann-Levy, París.

COTLER, Julio

Clases, Estado y Nación en el Perú, Instituto de Estudios Peruanos, Lima.

DE VIDAURRE, Manuel Lorenzo

1928 Proyecto de n Código Penal, Hiram Tupper ed., Boston.

ESPINO PEREZ, Julio

1974 Código Penal, Editorial Jurídica, Lima-

FOUCAULT, Michel

1975 Surveiller et punir. Naissance de la prison. Gallimard, Paris.

HURTADO POZO, José

1979 La ley importada - Recepción del derecho penal en el Perú, Industrial Gráfica S. A., Lima.

JIMENEZ DE ASUA, Luis

1958 Tratado de Derecho Penal, 1, Editorial Lozada, Buenos Aires.

KOESTLER, Arthur

1957 Réflexions sur la potence, en Réflexions sur la peine capitale, A. Koestler, A. Camus y J. Bloche-Michel, Calmann-Levy, Paris.

FLORES GALINDO, Alberto

1979 El militarismo y la dominación británica, en Nueva Historia General del Perú, Industrial Gráfica, Lima.

MATHISON, Gilbert F.

s/d Excursión a Pachacamac y Chorrillos (1822), en Estuardo Núñez, El Perú visto por viajeros, 1, Ediciones Peisa, Lima.

MARIATEGUI, José Carlos

1972 7 ensayos de interpretación de la realidad peruana, 20a edición, Empresa Editora Amauta, Lima.

PROCTOR, Robert

s/d De Trujillo a Lima (1823), en Estuardo Núñez, El Perú visto por viajeros, I, Ediciones Peisa, Lima.

SERVAN, Joseph Michel Antoine de

1819 Oeuvres Choiesies, 1, Liège.

SUARDO, Juan Antonio

El Diario de Lima (1629-1639), vols. 1-11. Talleres Gráficos de Editorial "Lumen" S. A.

YEPES DEL CASTILLO, Ernesto

1979 El desarrollo peruano en las primeras décadas del siglo XX, en Nueva Historia General del Perú, p. 137-160, Industrial Gráfica, Lima.

ZUÑIGA GUARDIA, Iván

1957 La Teoría jurídica del homicidio en el Código Penal, Talleres Gráficos EETSA, Lima.