

§ 3 Evolución del derecho penal peruano

I. Introducción II. Conflicto cultural y conquista española. III. Imposición del derecho español. IV. Recepción del derecho foráneo en la República. V. Pluralismo. VI. Evolución de las concepciones legislativas. VII. Pluralismo y legislación penal. VIII. Evolución de la legislación penal en el Perú. 1. Proyecto de Código Penal de Manuel Lorenzo de Vidaurre. 2. Código Penal de Santa Cruz. 3. Código Penal de 1863. 4. Marco doctrinario y legislativo de la reforma. a. Fuentes legales. b. Factores de la recepción del derecho penal foráneo en el Perú. c. Enjuiciamiento de la reforma y la asimilación del derecho recepcionado. d. Concepción de política criminal. 6. Legislación penal de 1924 a 1979. 7. Código Penal de 1991. a. Presupuestos de la reforma. b. Antecedentes de la reforma. c. Concepción de política criminal. 8. Legislación penal de 1991 a 2003. 9. Legislación penal de 2004 a 2010. 10. Sentencias y acuerdos plenarios vinculantes.

I. Introducción

Los diversos tipos de sociedades sólo pueden ser clasificadas según criterios simplificadores de una realidad muy compleja, distinguiéndose así entre sociedades tradicionales y modernas, rurales y urbanas, campesinas e industriales, desarrolladas y subdesarrolladas. En todo caso, cualquiera sea la sociedad considerada, todas se caracterizan por una diversidad cultural más o menos importante. 207

La pluralidad cultural, en sociedades como las latinoamericanas, se origina en la conquista y colonización española y portuguesa. Enriquecida luego por inmigraciones sucesivas, comenzando por la de africanos y asiáticos, terminando con la de europeos occidentales (italianos, alemanes, por ejemplo). 208

En sociedades europeas, las diferencias culturales se enraízan profundamente en la historia, sobre todo en el periodo de formación del Estado Nación, en el que la unificación del poder político se produce con el sometimiento de diversos pueblos por parte del más fuerte, quien impone su organización y cultura como superior. Francia, Italia, España merecen citarse con relación, por ejemplo, a los vascos, bretones, corzos, toscanos. 209

Definir la cultura y el pluralismo no es tarea sencilla. En los límites de la presente exposición, la primera puede ser descrita como el conjunto de manifestaciones materiales, de estructura y organización social que se reproducen por un cierto tiempo, dando sentido a la vida de la comunidad y orientando el comportamiento de sus miembros. Su diversidad se explica porque se tratan de diversas maneras de aprehender y constituir el mundo social¹⁸². Esta realidad es dinámica por su constante creación y modifica- 210

¹⁸² VICH, 2001, p. 28.

ción debida tanto a las interrelaciones con otras comunidades, como a sus variaciones internas.

- 211 En cuanto al pluralismo cultural, las dificultades comienzan con la determinación de cómo y en qué medida las diferencias se presentan entre los diversos grupos de una misma sociedad. Se trata de un fenómeno omnipresente en nuestras comunidades y siempre está relacionado con minorías y mayorías. Supone distintas notas substanciales, relacionadas con la religión, el idioma, la etnia, las tradiciones, que condicionan a las personas a identificarse como pertenecientes a un grupo social particular.
- 212 En la medida en que cada conglomerado social genera un conjunto de normas, que bien puede ser considerado derecho en sentido amplio, la cohabitación de diversas comunidades da lugar a conflictos culturales. La situación de los nativos en las sociedades latinoamericanas puede ser percibida como un conflicto de culturas, en el que buscan sobrevivir manteniendo sus rasgos culturales propios. Por el contrario, en las sociedades europeas, dichos conflictos son considerados, sobre todo, en la perspectiva de discusión jurídica sobre prácticas culturales.
- 213 Los contextos político y social en que se dan esos conflictos han sido influenciados por la formación del Estado Nación. Al dejar de considerársele como instrumento al servicio del Monarca, se le concibió como institución al servicio de los ciudadanos. Éstos fueron considerados como iguales y libres, así como necesitados de ser protegidos de las arbitrariedades estatales. El derecho se desarrolló como un sistema uniforme y único de regulación social que se materializó en el proceso de codificación desencadenado por la Revolución Francesa. Este proceso supuso el abandono de la justificación divina y tuvo como manifestación distintiva la emisión de la DUDH.
- 214 Se buscó establecer un orden jurídico con pretensiones de validez universal y que implica una jerarquía que, por un lado, constituye la base de toda organización social y, por otro, permite hacer compatible dicho orden jerárquico con la idea de igualdad. Así, ésta es afirmada de manera abstracta respecto a todos los individuos y grupos y, al mismo tiempo, se introduce el orden jerárquico pensando en “el otro” como contrario a uno mismo, quien es naturalmente el superior. El orden jurídico se presenta entonces como comprendiendo diversas experiencias jurídicas consideradas subordinadas. En otros términos, el derecho o las costumbres de ciertos grupos sociales son calificados de inferiores al derecho oficial, materializado en la legislación establecida por los órganos del Estado y fundada en los valores culturales del grupo dominante.

II. Conflicto cultural y conquista española

El descubrimiento y conquista de América por los europeos fue, “apelando al vocabulario psicoanalítico, un trauma que significó a la vez desgarramiento y origen. La conjunción violenta y feroz de dos mundos”¹⁸³. La Conquista no sólo fue un choque físico, concretizado en una tremenda disminución de la población nativa a causa de enfermedades, hambre, maltratos y disgregación, sino también un enfrentamiento desigual de orden social y cultural¹⁸⁴. Las estructuras socioeconómicas y culturales que habían sido desarrolladas por los pobladores originarios fueron violentadas por los conquistadores gracias a su superioridad tecnológica, formas de asociación más flexibles, mayor desarrollo de la autonomía individual, posesión -desde esta perspectiva- de una cultura más poderosa. Así lograron penetrar y dominar las sociedades autóctonas sin que se produjese una verdadera unión¹⁸⁵. La incorporación de la sociedad indígena al sistema socioeconómico europeo determinó el cambio y modificación del proceso cultural aborigen. 215

La población nativa fue modelada como “casta” perteneciente a la “sociedad hispánica”, pero sometida a los “invasores europeos” en condiciones discriminatorias y sin ninguna posibilidad de movilidad social para sus miembros¹⁸⁶. 216

La aparición de los “indios”, inexistentes antes de la conquista, fue el resultado del proceso de destrucción de las estructuras del mundo andino, de la desarticulación brutal de las relaciones sociales, económicas, políticas y religiosas, del desarraigo de la tierra y del ayllu, de la sustitución de los dioses originarios por un dios ajeno, del reemplazo de los valores comunitarios por los valores individualistas, de la creación jurídica de una república de indios, de la conformación de una pirámide social en cuya cúspide estaba el pequeño y poderoso grupo de españoles. 217

Dentro de la nueva sociedad, los aborígenes fueron definidos como “indios” y este término indicaba por sí mismo una subordinación inalterable. Su reconocimiento como miembros de la categoría de humanos no fue inmediato y general. Se les consideró, en principio, como animales o seres sin alma; como objetos pero no sujetos de derecho. La natura- 218

¹⁸³ HERNÁNDEZ, 1992, p. 26.

¹⁸⁴ WACHTEL, 1973, p. 161; MARIÁTEGUI, 1972, p. 56.

¹⁸⁵ HERNÁNDEZ, 1992, p. 26.

¹⁸⁶ BRAVO, 1970, p. 93.

leza humana y racional del indio fue sancionada sólo por Paulo III, en la bula *Sublimis Deus*. A pesar de esta declaración, se les atribuyó en la legislación una personalidad jurídica restringida. Se les consideró, sobre todo, sujetos de obligaciones y sus derechos fueron desconocidos o muy limitados. Se les percibió como personas con capacidades disminuidas y, en consecuencia, necesitados de la tutela por parte de un tercero capaz. Fueron declarados vasallos, tributarios de la Corona castellana y pero se les privó de los bienes culturales estratégicos de occidente: el idioma, la escritura y la tecnología¹⁸⁷.

- 219 Se declararon legalmente los derechos de los “indios” bajo la óptica de la diferencia y el control que la nueva situación exigía. El derecho de conquista se impuso y estableció rápidamente límites a la movilidad social, generando como consecuencia una sociedad de castas basada, en primer lugar, en la discriminación étnica y, luego, en la diferenciación cultural¹⁸⁸. A partir del gobierno del virrey Toledo hasta el acceso de los Borbones al trono de España, se organizó un sistema social y estatal que insertaba a las poblaciones indias en la estructura total del Imperio.
- 220 Las leyes elaboradas por España para gobernar sus vastos dominios estuvieron condicionadas por el contexto descrito. Muchas de las ordenanzas fueron estatuidas para proteger a los indígenas, regulando la conducta de los españoles. La concepción benévola de las Leyes de Indias, por ejemplo, suponía un tratamiento protector y discriminatorio de los nativos, en la medida que se les consideraba como personas disminuidas, niños o seres inferiores que debían permanecer sometidas a la tutela del colonizador para recibir los beneficios de la fe y de la civilización. A manera de ilustración recordemos que en las llamadas Leyes de Burgos, si bien se orientaban a proteger a los indígenas (reduciendo la jornada de trabajo y fijando las responsabilidades de los encomenderos), en su introducción se decía que los indios eran “naturalmente inclinados a la haraganería y al vicio”, “que olvidan prontamente lo que se les ha enseñado y retornan a su estado primitivo de depravación, a menos que estén constantemente supervisados”. Esto permite comprender que la “conversión” no sólo fue de orden religioso, sino que “abarcó todos los órdenes de la vida, puesto que los españoles pensaron que su propio estilo de vida era el mejor posible” y “buscaron

¹⁸⁷ HERNÁNDEZ, 1992, p. 26.

¹⁸⁸ PEASE, 1992, p. 289.

permanentemente hacer ‘vivir en pulicía’ -es decir, en buen orden- a la población de sus colonias”¹⁸⁹.

III. Imposición del derecho español

Si comprendemos por recepción al fenómeno consistente en el traspaso de las normas legales vigentes en un medio cultural determinado a otro, podríamos hablar, respecto al hecho histórico descrito, de recepción del derecho penal español. Este criterio amplio¹⁹⁰ no es correcto porque impide comprender de modo cabal, tanto el significado y la naturaleza del mismo, como juzgarlo convenientemente. Se debe diferenciar la recepción, aceptación consciente y voluntaria de un derecho foráneo por parte de un grupo social determinado, del trasplante y de la imposición del mismo. El primero se da cuando emigrantes o colonizadores llevan consigo a tierras extrañas sus normas legales; y la imposición, cuando a un pueblo se le obliga a obedecer y aplicar disposiciones legales que no son de su creación. La nota esencial del trasplante de un derecho es su índole unilateral. Así, sólo es posible cuando los emigrantes o colonizadores se establecen en una zona “inexplorada y casi deshabitada”¹⁹¹. La imposición de un derecho se caracteriza por el empleo de la coacción, de la fuerza. Es evidente que los procesos históricos de “importación” o “exportación” del derecho no presentan características tan nítidas que permitan su fácil clasificación en los casos planteados ahora de manera esquemática¹⁹². 221

En el caso de la implantación del derecho español durante la colonización de América, no podemos decir que se trata de un simple trasplante, dado que los españoles encontraron a su llegada una cultura altamente desarrollada, cuyo derecho tuvieron que tener en cuenta. Aunque tampoco puede hablarse de una recepción, porque los aborígenes no aceptaron consciente y voluntariamente ese derecho foráneo. No fue un proceso bilateral. De un lado, los conquistadores españoles trajeron su derecho y lo aplicaron y, de otro, la Corona dictó reglas, no siempre debidamente aplicadas, para regular la conquista y la colonización. Se trató de la imposición -mediante la 222

¹⁸⁹ PEASE, 1992, p. 289.

¹⁹⁰ KITAGAWA, 1970, p. 19.

¹⁹¹ RHEINSTEIN, 1974, p. 126 ss.

¹⁹² Por esto RHEINSTEIN, 1974, p. 155, admite que la recepción y la imposición deben ser consideradas como los extremos de una amplia escala conformada por casos intermedios y combinados.

fuerza y la destrucción- de un derecho foráneo a los pueblos conquistados. Los miembros de la sociedad aborigen constituyeron los sujetos pasivos en este proceso, fueron vistos como objetos de legislación. Lo que no significó que en la práctica no se produjeran medios de resistencia y de escape al nuevo orden; siendo uno de los más evidentes la rebelión y uno de los más eficaces la adaptación creativa de los moldes culturales y económicos originarios.

IV. Recepción del derecho foráneo en la República

- 223 La independencia del dominio español no comportó el rompimiento del sistema socioeconómico desarrollado y consolidado durante tres siglos de coloniaje. Las guerras emancipadoras, en realidad guerras civiles entre españoles (peninsulares y criollos) produjeron la ruptura de los vínculos políticos con la metrópoli, sin que se operase una transformación profunda de las estructuras internas, situación que se mantuvo a todo lo largo del siglo XIX y sirvió para la introducción y asentamiento de la nueva potencia: Inglaterra.
- 224 La emancipación fue obra de los criollos (hijos del país nacidos en familia española, llamados también hispano-peruanos, peruleros, indianos). Estos aparecen como grupo social, cuando “la población española de América ya estaba asentada y podía constituir un sector social que reclamaba derecho a la preeminencia o por lo menos a participar en la dirección de la sociedad hispano peruana”. Desde el siglo XVI y, en especial, en el siglo siguiente, logran su “plena movilidad ascendente, dentro del ámbito de poder”¹⁹³.
- 225 La emancipación “no tuvo propagación social, ni cultural de amplia escala, ni el vigor suficiente para crear una conciencia nacional”¹⁹⁴. Fue una empresa apoyada por los mercaderes ingleses y realizada por los criollos (muchos de ellos grandes propietarios de tierras) imbuidos de los ideales de la revolución francesa: libertad e igualdad de las personas, libre comercio, reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos y la aceptación de que el poder emana de la voluntad de los ciudadanos.
- 226 Se atribuye a la ideología criolla el nacimiento de una conciencia nacional que abrió el camino a la independencia de España, generada en un proceso

¹⁹³ PEASE, 1992, p. 279.

¹⁹⁴ MATOS MAR, 1970, p. 24.

ideológico tal vez tímido en la expresión dentro de un orden social establecido, pero firme en sus convicciones. La discusión prosiguió hasta después de la guerra de la independencia, y provocó durante los momentos difíciles previos a la misma -como ocurrió con las sublevaciones andinas del siglo XVIII, especialmente la de Tupac Amaru- acercamientos y actitudes en defensa del derecho de las poblaciones indígenas, a los que los criollos deseaban incorporar al nuevo Estado cuya formación se favorecía con sus discursos sobre la identidad nacional¹⁹⁵. Cuestión aparte son los resultados finales. Las primeras Constituciones de los Estados independientes (1823) convirtieron a los hombres andinos en ciudadanos sin ejércitos de facultades políticas, como el derecho electoral a ser elegido, consagrando el voto de los pudientes y el de los educados aculturados al sistema occidental¹⁹⁶.

Dentro del contexto hostil a lo hispánico de los movimientos emancipadores, se dictaron diversos dispositivos legales tendientes a establecer la igualdad social y romper las prerrogativas existentes que favorecían a los peninsulares. Estas medidas beneficiaron, principalmente, a los criollos que tomaron el lugar privilegiado de los españoles. De esta manera, los nuevos grupos dominantes, al amparo de la renovada legislación “reeditaron la conquista española sobre la población indígena”¹⁹⁷. 227

Por esto la implantación de la República y la abolición de los títulos de nobleza no determinaron un cambio en la mentalidad de los criollos ya que, si bien juraban fidelidad a la patria y a la República en lugar de sumisión al soberano, continuaron usufructuando los privilegios y menospreciando a las otras clases y castas. Por su parte, los indios no se identificaron con la causa emancipadora y la nueva república, dirigida por el nuevo grupo dominante, no logró integrarlos. No fueron ellos los que encabezaron y llevaron adelante la emancipación, sino más bien los criollos y mestizos. 228

La concepción liberal individualista imperante en el momento de la independencia e inspiradora de la organización del nuevo Estado, se reflejó directamente en la nueva legislación. Muchas fueron las disposiciones legales que se dictaron desde su declaración. Pero, asimismo, tuvieron importancia las diversas leyes de la colonia que se mantuvieron en vigencia hasta bien avanzado el siglo XIX. En repetidas ocasiones, se estatuyó que se reconocía vigencia a todas las ordenanzas y reglamentos españoles que 229

¹⁹⁵ ANDERSON, 1997, p. 78.

¹⁹⁶ RHEINSTEIN, 1974, p. 282 ss.

¹⁹⁷ COTLER, 1970, p. 79.

no contradijeren los principios de libertad e independencia proclamados y que no hubieran sido derogados por autoridad competente¹⁹⁸.

- 230 El objetivo del nuevo sistema no era, como sucedió con la legislación india, el de conservar la población indígena como tal, bajo un régimen de libertad tutelada y un sistema político-económico subordinado; se trataba, por el contrario, de asimilarla y convertirla en una masa de ciudadanos libres e iguales. De conformidad con estas ideas, Simón Bolívar, en 1824, inició el dismantelamiento del sistema comunitario indígena “decretando la propiedad individual de la tierra y permitiendo el reparto de los bienes comunales entre sus miembros”¹⁹⁹. Durante todo el siglo XIX, continuó buscándose, en armonía con los principios ideológicos liberales, la transformación de los indios en ciudadanos de cada una de las nuevas repúblicas. Sin embargo, las condiciones estructurales en que emergía el naciente Estado hicieron posible que la herencia colonial se impusiera sobre los designios ideológicos de los liberales que intentaban, mediante la modificación de la superestructura, cambiar las bases económico-sociales²⁰⁰.

V. Pluralismo

- 231 El problema era la política jurídica y legislativa respecto a las poblaciones aborígenes. De acuerdo con los fines del Estado colonial y republicano, en diferentes grados y por diversos métodos, se trataba de asimilarlas al nuevo sistema; para esto, se consideraba indispensable que abandonaran sus pautas culturales originales y adoptaran las del sistema dominante. Este proceso de aculturación significaba asumir una nueva identidad cultural. Cambio considerado esencial para integrar y modernizar el país. Esta orientación no fue totalmente ajena a las corrientes indigenistas, las cuales buscaban reivindicar los derechos de los pobladores aborígenes. Para comprender las diferentes maneras de tratar el problema de la imposición de un derecho determinado a pueblos de culturas diferentes, es indispensable abordar, aún de manera sucinta, la problemática de la pluralidad cultural.
- 232 Si por pluralismo cultural se entiende el reconocimiento de que los numerosos y variados modos de vida de las personas son todos valiosos, se

¹⁹⁸ Reglamento Provisional dictado por San Martín, el 17 de marzo de 1821, art. 18; Cfr. ANDERSON, 1970, p. 80 ss.

¹⁹⁹ MOLINA, 1996, p. 98.

²⁰⁰ COTLER, 1970, p. 79.

plantea la cuestión de saber si todos ellos pueden ser conjuntamente practicados o si sólo deben reconocerse como tales aquellas reglas culturales que respeten los derechos fundamentales. Cuestión que implica la determinación de los límites de la tolerancia, que supone el respeto de la libertad individual expresada en la diversidad de pautas culturales, de opinión y de experiencias de vida y que concierne tanto al Estado como a las personas naturales.

En cuanto al Estado, todo esto comportaría, primero, la negación de toda forma de totalitarismo, laico o religioso. El rechazo a que una manera de vivir determinada se convierta o sea impuesta como hegemónica y que la supervivencia de las demás sea impedida o dificultada. Segundo, la necesidad de fijar qué principios el Estado debe tener en cuenta para reconocer y proteger el pluralismo cultural. De esta manera, se puede lograr que los diversos grupos sociales o culturales reconozcan principios mínimos que funcionen como límites de tolerancia y como barreras frente al abuso del poder estatal; más aún que permitan la convivencia autónoma de las comunidades de culturas diversas. Los derechos humanos (art. 149 Const.) constituyen estos principios mínimos en la medida en que, cualquiera que sea el contexto, deben ser adscritos a las personas por su sola condición humana. 233

En esta perspectiva, el respeto al pluralismo cultural no es ilimitado, en el sentido de considerar como un bien en sí la diversidad social o cultural, sin tener en cuenta si algunas de sus manifestaciones son contrarias a los derechos humanos, ámbito ético común. 234

Al respecto, un aspecto importante a precisar es el relacionado con la cultura. Sin descuidar las diversas perspectivas en que ésta ha sido definida, de acuerdo con la importancia dada a alguno de sus elementos o a los fines tanto teóricos o prácticos perseguidos al elaborar la definición, hay que considerar que el término cultura debe ser comprendido como un sistema de normas o pautas de comportamiento que condicionan la manera correcta como las personas deben reaccionar en una situación determinada. En este sentido, las “costumbres” forman parte de la cultura. Sistema que hace de un conjunto de individuos un grupo organizado y que modifica profundamente las dotes naturales de éstos otorgándoles grandes beneficios e imponiéndoles múltiples obligaciones. 235

Desde su nacimiento en un grupo social, el individuo comienza un proceso de adaptación al sistema mediante la imitación o el aprendizaje. De esta manera asume modelos culturales, lo que determina la formación de su 236

personalidad. El individuo tiene entonces la capacidad de comportarse de conformidad con las pautas culturales de su grupo social.

- 237 Si una persona no respeta estas pautas culturales, puede hacerlo con pleno conocimiento de causa o debido a que no ha logrado asimilar debidamente la pauta de comportamiento violada o lo ha hecho de manera deficiente. En estos casos se aplicarán las normas legales comunes para determinar su responsabilidad. Así, puede entrar en consideración la regla sobre la inimputabilidad si, por ejemplo, la no aceptación de la pauta cultural se ha debido a un trastorno mental grave o, también, la noción de error de prohibición cuando por una deficiente asimilación de las pautas culturales el agente cree por equivocación que su comportamiento no es delictuoso.
- 238 Los casos comprendidos, por ejemplo, en el art. 15 son aquellos en que se presenta un conflicto cultural que supone la diversidad de sistemas de valores. En un lado, se encuentra la cultura en la que el autor del delito ha formado su personalidad y, en el otro, la cultura cuyos valores son consagrados por la ley que aplica el representante del grupo social dominante.
- 239 El conflicto puede ser absoluto, por ejemplo, en el caso de los miembros de algunas tribus de la Amazonía, sin contacto con la cultura de raigambre europea y cristiana del Perú oficial, cuando se causa la muerte de niños recién nacidos, de mellizos, de ancianos o de enfermos debido a que el grupo social no puede soportar la carga económica que significa su mantenimiento en vida. Desde la perspectiva de la cultura dominante (según el Código), se trata de delitos contra la vida. El autor de dichos actos obra, sin embargo, siguiendo las pautas culturales de su comunidad. Culturalmente se trata, en consecuencia, de un acto positivo ya que es el medio por el que el grupo social subsistirá en la medida en que conserva el equilibrio necesario entre las necesidades de la comunidad y los medios a su disposición. El autor habría actuado de acuerdo con las pautas culturales que ha asimilado mediante el proceso de inculturación. Proceso que ha condicionado la formación de su personalidad y que, como conjunto de pautas culturales, canaliza sus reacciones frente a las situaciones materiales y personales concretas. En razón, justamente, a su peculiar personalidad sería considerado incapaz de comprender el carácter delictuoso de su acto o de determinarse de acuerdo con esta apreciación.
- 240 En sociedades complejas como la nuestra y resultantes de un largo proceso iniciado con un choque cultural cruento, los conflictos de esta índole

son con frecuencia menos brutales. Los grupos sociales andinos (quechuas, aymaras, huancas, etc.) han sufrido la imposición por la fuerza de la cultura española (idioma, religión, sistema económico y político). Lo que ha significado la modificación profunda de sus pautas culturales, pero no su completa desaparición. Los grupos sociales andinos, como sucede siempre en este tipo de conquista, reaccionaron ante la nueva cultura interpretando tanto los moldes culturales propios como los impuestos, circunstancia que ha permitido la supervivencia de pautas tradicionales (propias).

La situación no es evidentemente la misma que en la Colonia e inicios de la República. Los esfuerzos, por un lado, de centralización política y de homogeneización a través, por ejemplo, de la educación y, por otro, la interpretación hecha por los aborígenes tanto de los moldes culturales propios como de los que se les imponían, han estructurado de nuevo la imagen étnica y cultural del país. Ahora bien, resulta utópico pensar en el renacimiento de una sociedad y de un Estado indios en oposición a una sociedad y un Estado de peruanos occidentalizados. Problemático es, igualmente, plantearse una solución federalista constituida por regiones o zonas con la predominancia de un pueblo y una cultura determinados. No sólo porque iría, por ejemplo, contra la estructura de la tenencia de la tierra que consiste en que cada comunidad la posea en diferentes niveles ecológicos, sino porque ignoraría también el profundo mestizaje, la intensa inmigración interna y la peculiar integración de los indígenas en el sistema económico nacional.

En relación con el tema que nos ocupa, podemos señalar que el progresivo mestizaje, la fuerte inmigración del campo a la ciudad, la alfabetización en español de la mayor parte de la población, el desarrollo de los medios de comunicación (principalmente de la radio y la televisión), la participación cada vez más importante de los indígenas en el sistema productivo, han producido una cierta uniformidad de las pautas culturales primarias. Se trata de aquellas que están muy vinculadas a la supervivencia y cohesión del grupo social. Pautas que, en cierta medida, eran reconocidas en las culturas precolombinas más desarrolladas: por ejemplo, las referentes al respeto a la vida, la integridad corporal, la tenencia de tierras (*ama sua, ama llulla y ama kella*: no seas ladrón, no seas mentiroso, no seas ocioso). Las costumbres o los ritos crueles, de acuerdo con nuestras pautas culturales más humanas, han desaparecido o han sido fuertemente modificados por la aculturación secular.

VI. Evolución de las concepciones legislativas

- 243 Para comprender esta problemática resulta interesante ver, aunque de manera superficial, la evolución de las concepciones que se admitieron al elaborar la legislación. En la exposición de motivos del primer CP de 1853, el legislador peruano afirmó -ignorando la numerosa población indígena- que se había seguido muy de cerca al CP español, porque estando las costumbres de los peruanos “vaciadas en los moldes impercederos de las leyes y del idioma de Castilla” no era posible alejar el Proyecto de CP del modelo hispano.
- 244 Este no fue un caso aislado en América Latina. Así, en Bolivia, país con una población indígena mayoritaria, en 1834, se adoptó integralmente el CP español de 1822 como Código provisional. En los debates, sus defensores sostuvieron que se trataba de una ley redactada “por los hombres más sabios de España que en sus trabajos habían sido guiados por la filosofía y merecido la aprobación de los mayores publicistas...” y sus críticos señalaron que “aunque éste fuese enteramente perfecto había sido formado para los españoles y no para los bolivianos, siendo notablemente diferentes sus costumbres y habiendo una distancia inmensa entre la ferocidad de aquellos y la dulzura y amabilidad de estos últimos, que insistir en querer aprobar el código en cuestión sería lo mismo que ponerle a un pigmeo un vestido muy bien hecho para un gigante”²⁰¹.
- 245 En los años posteriores y aun cuando se consideraron las diferencias étnicas de las poblaciones, los sistemas republicanos consolidados no llegaron a plantear y solucionar el problema siempre presente de las poblaciones nativas. Se nota, en buena cuenta, una vuelta al criterio civilizador, paternalista y discriminatorio del derecho indiano. Un buen ejemplo, lo constituye la concepción consagrada en el CP de 1924²⁰². En sus disposiciones, se distinguen tres grupos de peruanos: primero, los civilizados; segundo, los indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo y, por último, los salvajes. La condición personal de los segundos hizo que se les considerase como incapaces relativos y se les sometiera a una represión prudente o se les aplicara una medida de seguridad, de acuerdo con su “desarrollo mental”, “grado de cultura” y “costumbres”. En cuanto a los “salvajes”, nativos de la amazonía, se disponía que si fueran sancionados

²⁰¹ VILLAMOR, 1977, p. 110.

²⁰² HURTADO POZO, 1979, p. 67 ss.

con pena privativa de la libertad, ésta fuera sustituida con una medida de seguridad consistente en la “colocación en una colonia penal agrícola” con la finalidad de lograr su “asimilación a la vida civilizada” y hacerles adquirir una “moralidad” que los hiciera aptos para “conducirse” bien.

Si tenemos en cuenta que en la exposición de motivos y en las normas sobre establecimientos penales contenidas en el mismo Código, el legislador nacional considera como fin de la sanción la “plena readaptación a la vida libre y honesta”, podemos sostener que tanto en relación a los “salvajes” así como a los “indígenas semicivilizados”, el legislador optó por una concepción “orientada a la asimilación”. Es decir, que consideró el derecho penal como un medio tendiente a incorporar a la “civilización” a los grupos de peruanos que se encontraban fuera de su ámbito benefactor. 246

Esta misma concepción se mantuvo en otros dominios, como por ejemplo, en el derecho civil. Así, lo demuestra el hecho de que la comisión de reforma del Código Civil, en su sesión del 2 de diciembre de 1922, aprobó la fórmula “son incapaces relativos los individuos de la raza indígena que no hablan castellano”²⁰³. Al discutirse este problema, en el seno de la propia comisión, se llegó a plantear la necesidad de regular un sistema de tutela para estos sectores de la población. En la sesión del 4 de noviembre de 1922, Olaechea trajo a colación el peligro de que se reviviera el sistema colonial de las encomiendas²⁰⁴ por el que se sometió al indio a la tutela del colono blanco, como un menor de edad, para que recibiese los beneficios de la fe y la civilización. Pero, al mismo tiempo, Olaechea sostuvo, también, que la “cuestión indígena es una obra de extensión de la civilización por el fomento de la riqueza y de la educación del país y del indio”²⁰⁵. 247

En el Proyecto de CP colombiano de 1927, redactado por técnicos italianos, se estableció (art. 26): “los indígenas que aún no han sido reducidos a la vida civilizada, se asimilan cuando delincan, a los menores de edad que deben ser juzgados con arreglo a penas y procedimientos especiales para ellos. Los indígenas menores de dieciocho años no son punibles”. En el Paraguay, se llegó realmente a someter a los indígenas a los tribunales de menores. 248

²⁰³ Actas 1928, 1er. fascículo, 59.

²⁰⁴ Actas 1928, 1er. fascículo, 40, 41.

²⁰⁵ Actas 1928, 1er. fascículo, 41.

- 249 En 1940, en el Segundo Congreso de Criminología, se acordó “recomendar a los países americanos que al emprender la reforma de sus legislaciones penales, tengan muy en cuenta el factor indígena, sobre todo en aquellas naciones en que este elemento étnico es numeroso, procurando la adopción de una legislación tutelar que tienda perfectamente a su incorporación a la vida civilizada”.
- 250 El boliviano Medrano Ossio²⁰⁶, en una ponencia presentada en dicho Congreso, sostuvo que “el estancamiento o paralización del desarrollo normal de las facultades mentales del indígena” se debía a la “ausencia de medios educacionales esenciales, medios de los que se rodea a todos los individuos que no sean de esta clase”, y que debido a sus “antecedentes psicológicos”, a la “inferioridad en que se debate en competencia con las demás clases” y a su “realidad social” debe ser “considerado *inimputable* por el delito cometido, y la pena infecunda debe ser sustituida por medios psicopedagógicos, psiquiátricos y otros que hagan del indígena un ser inocuo, un ser incorporado definitivamente a la actual sociedad civilizada”.
- 251 Los ejemplos citados muestran que la concepción admitida no logró los resultados esperados. Lo que se obtuvo fue más bien la vuelta a la actitud paternalista y discriminadora de la concepción inspiradora de la legislación colonial referente a los indígenas. Concepción negada por el criterio demo liberal de las Repúblicas nacientes.

VII. Pluralismo y legislación penal

- 252 Como hemos tenido oportunidad de indicarlo, en la Constitución de 1993 (art. 149) se reconoce el derecho consuetudinario de las comunidades campesinas y nativas y, por tanto, también de las normas penales que contenga. El límite es fijado en su compatibilidad con los derechos fundamentales. Este derecho consuetudinario penal es de difícil determinación por ausencia de información suficiente, no basta que se le califique de “ancestral”. Así mismo, resulta problemática su aplicación, en la medida en que el texto constitucional estatuye que las autoridades de dichas comunidades pueden “ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial”. Junto a esta problemática, se plantea la referente a la manera como las diferencias culturales de los pobladores de nuestro país han sido tenidas en cuenta en los Códigos penales. En cuanto a los dos últimos (1924 y 1991),

²⁰⁶ 1914, p. 61.

la diferencia radica en la actitud con que se aborda el problema de la aplicación de una ley impregnada por una concepción cultural determinada (en este caso la dominante) a personas pertenecientes a otros grupos de cultura diferente.

En el caso del CP de 1924, el punto de partida era la aplicación prioritaria del sistema penal a todos los pobladores y el objetivo, aprovechar esta ocasión para integrar a la sociedad civilizada a quienes, en razón de su condición de “salvaje” o de “indígena semicivilizado degradado por la servidumbre o el alcoholismo”, hubieran cometido un delito. Integración que debería practicarse privándolos de la libertad mediante una medida de seguridad. 253

En el Código vigente, no se hace más referencia expresa a esa función integradora. Evitando expresiones discriminatorias, se recurre a las diferencias de cultura o costumbres para eximir de pena a quien haya cometido un delito por actuar conforme a sus pautas culturales. De esta manera, se respeta mejor la identidad cultural del grupo social del cual es miembro el infractor. 254

Esta regulación se haya evidentemente condicionada, en general, por la concepción política y, en particular, por la concepción jurídica, recogidas en la Constitución. Este condicionamiento se explica en la medida en que, en ésta, se han incorporado los derechos humanos y las garantías de la administración de justicia, como derechos y garantías universales, resultantes del progreso de la humanidad y de una lucha política orientada a crear y desarrollar una sociedad basada en el respeto a la dignidad personal. 255

No es otro el sentido y el contenido de las convenciones internacionales sobre la materia. Es en esta perspectiva que el art. 1 del Anteproyecto de protocolo, elaborado por el Instituto de ética y derechos humanos de la Universidad de Friburgo, establece que el derecho al respeto y expresión de los valores y tradiciones culturales es reconocido “en la medida que no sean contrarios a las exigencias de la dignidad humana, a los derechos del hombre y a las libertades fundamentales”. 256

El pluralismo cultural y el derecho a la identidad étnica, reconocidos en la Constitución, no significan, en consecuencia, el reconocimiento de la equivalencia entre las culturas existentes en nuestro país. Los principios constitucionales y, en particular, los derechos fundamentales de la persona, enumerados en el art. 2 de la Carta Fundamental, significan, en buena cuenta, la continuación de la evolución de la situación creada por la inserción de las 257

sociedades precolombinas al sistema mundial. Evolución lenta y dolorosa que aún no culmina, pues, no se ha logrado todavía una integración igualitaria, respetando sus diferencias culturales, de los diversos sectores que habitan en el territorio nacional.

- 258 Si nos limitamos a los derechos fundamentales podemos decir que el reconocimiento del pluralismo cultural está condicionado a la aceptación de una medida de valor de origen occidental, europeo y hasta cristiano. Estos derechos son el marco dentro del cual, por un lado, las diversas culturas deben manifestarse y, por otro lado, el Estado, expresión de la cultura predominante, debe tratar de promoverlas.
- 259 En el ámbito penal, en la medida en que el núcleo central de las normas penales de la parte especial del Código protege bienes jurídicos que coinciden con los derechos fundamentales (la vida, la integridad corporal, la libertad, la dignidad de la persona, etc.), la determinación de cuáles son las conductas permitidas y prohibidas está igualmente condicionada por las normas constitucionales referidas a los derechos humanos. Lo mismo sucede con relación al sistema judicial que es monopolio del Estado, expresión de la cultura predominante, con referencia a las garantías constitucionales de la administración de justicia. Recordemos nuevamente que el reconocimiento de potestades jurisdiccionales a las autoridades de las Comunidades campesinas y nativas está limitado, conforme al art. 149 Const., al respeto de los derechos fundamentales.
- 260 Así, por ejemplo, en caso de los castigos corporales admitidos por un grupo social determinado para reprimir la violación de alguna de sus pautas culturales, los criterios de pluralismo y tolerancia no deben conducir a reconocer como válida y justificada esa forma de justicia penal tradicional. Lo mismo se debe afirmar respecto al mal trato y discriminación practicados por ciertos grupos sociales o culturales en la persona de mujeres y niños. Este es, precisamente, el criterio establecido en la Constitución. El reconocimiento de la pluralidad cultural y de jurisdicciones no oficiales está condicionado al respeto de los derechos fundamentales. Por esto, además, con relación al art. 15, se debe comprender que el factor cultural o las costumbres que pueden determinar la incapacidad de una persona para comprender el carácter delictuoso de su comportamiento o determinarse según esta apreciación, deben ser pautas culturales que no contradigan los derechos humanos.

En esta perspectiva, resulta interesante analizar un acuerdo emitido por las Salas Penales de la Corte Suprema en el V Pleno Jurisdiccional, realizado el 13 de noviembre de 2009. En el AP N° 01-2009/CJ-116 sobre “rondas campesinas y derecho penal”, se establecieron directivas dirigidas a solucionar los conflictos que se dan, con cierta frecuencia, entre éstas y los órganos judiciales. Lo que muestra la necesidad de que se mejore la regulación prevista en el Código. 261

Antes de resumir dichos principios, resulta oportuno indicar que resulta sorprendente que en el mencionado acuerdo se hable 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 suposiciones 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. 262

En dicho acuerdo, la decisión es, primero, de establecer “como doctrina legal, los criterios expuestos en los Fs.Js. 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”. Dichos principios pueden ser resumidos de la siguiente manera: 263

1. Las rondas campesinas, mencionadas como auxiliares de las autoridades de las comunidades andinas y nativas en el art. 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.

5. Los elementos del delito son determinados señalando 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.

Reunidas estas condiciones (conflicto interno a la comunidad), la represión no tiene lugar por que el acto es legítimo conforme al art. 149 Const. Por lo dicho, y en sentido contrario, 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 sea un injusto conforme al derecho consuetudinario.
 - e. El sujeto activo debe darse cuenta que lesiona o pone en peligro un miembro o los intereses de la comunidad.
 - f. El sujeto activo debe haber actuado por egoísmo para afectar a la institución comunal o al ofendido, a sabiendas de los valores y bienes jurídicos tradicionales.
6. 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. 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”.

7. La violación de los derechos fundamentales (por el contenido mismo del derecho consuetudinario o por los actos imputados a los ronderos) debe ser comprobada por un control externo a cargo de la justicia penal ordinaria, la que impondrá la sanción correspondiente. 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”: (i) las privaciones de libertad sin causa y motivo razonable –plenamente arbitrarias y al margen del control típicamente ronderil; (ii) las agresiones irrazonables o injustificadas a las personas cuando son intervenidas o detenidas por los ronderos; (iii) la violencia, amenazas o humillaciones para que declaren en uno u otro sentido; (iv) los juzgamientos sin un mínimo de posibilidades para ejercer la defensa –lo que equivale, prácticamente, a un linchamiento; (v) la aplicación de sanciones no conminadas por el derecho consuetudinario; (vi) las penas de violencia física extrema –tales como lesiones graves, mutilaciones- entre otras.
8. La tipicidad del acto, conforme a la norma de derecho consuetudinario, puede ser excluida por la interpretación de sus elementos normativos de acuerdo con 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.

Así mismo, en el citado acuerdo, se afirma *a priori* que las rondas campesinas no actúan con fines de lucro o para obtener beneficios ilegales; así mismo que no pueden constituirse en grupo delictuoso, ya que si bien su fundación, en principio, es legal, ellas pueden transformarse en un ente ilegal. Mediante semejante declaración, de manera incorrecta, se excluye la aplicación de las “circunstancias agravantes o de integración criminal (art. 317)” a las rondas campesinas.
9. Si el hecho es típico debe comprobarse su ilicitud conforme al criterio del ejercicio de un derecho. Para probar la proporcionalidad deben compararse los derechos a la identidad cultural con los otros derechos, en este caso prevalecen siempre los intereses de más alta jerarquía en el caso concreto, que exige la no vulneración del núcleo esencial de los derechos fundamentales.

10. Para determinar si hay otras eximentes de pena, debe considerarse el conjunto de factores culturales en la escala individual del sujeto procesado. El elemento subjetivo del acto puede ser afectado por los patrones o elementos culturales del rondero (“vale decir, la configuración del injusto penal y/o su atribución de culpabilidad”). Lo que puede determinar, según los casos: (i) la impunidad del rondero; (ii) la atenuación de la pena; o, (iii) ser irrelevantes.

Debido a su patrón cultural, el agente (rondero) puede actuar: (i) sin dolo –error de tipo- al no serle exigible el conocimiento sobre el riesgo para el bien jurídico; (ii) 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 (iii) sin comprender la ilicitud del comportamiento ejecutado o sin tener la capacidad de comportarse de acuerdo con aquella comprensión.

11. Estas últimas indicaciones son restringidas afirmando, primero, 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 art. 15”. Segundo, 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, desaprobársela cuando sea contraria a los intereses predominantes de la sociedad con la cual se relaciona”.
12. Si no se da la exención, hay que apreciar si no es posible la atenuación de la pena por no darse plenamente una de las circunstancias justificantes o de no culpabilidad.
13. La individualización de la pena debe hacerse teniendo en cuenta la cultura del autor responsable.

VIII. Evolución de la legislación penal en el Perú

1. Proyecto de Código Penal de Manuel Lorenzo de Vidaurre

- 264 Una manifestación patente de la influencia tanto francesa como inglesa en las ideas penales de la nueva República, constituye el Proyecto de Código elaborado por don Manuel Lorenzo de Vidaurre en 1828. Publicada en

Boston, la obra de Vidaurre consta de dos partes: una exposición teórica y el texto del Proyecto. En la primera -que a veces es contradictoria- se nota una marcada influencia de los escritos de Beccaria, Rousseau, Filangeri, Montesquieu, Grocio, Locke y Bentham. Sostuvo que el delito es el “daño causado a la sociedad con conocimiento”, que “el fin de la pena es resarcir el mal causado y evitar el venidero”²⁰⁷ y que “debe ser proporcionada a los delitos”²⁰⁸. Según Vidaurre, el “principal fin de la legislación (es) evitar los medios de que se cometan los crímenes”. El catálogo de sanciones es variado y, aunque no menciona la pena de muerte en la parte general, la prevé como castigo de ciertos crímenes graves al describirlos en la parte especial²⁰⁹.

Si bien es cierto que este Proyecto fue el “primer paso legislativo” en materia penal en el Perú, no se puede afirmar que se trató de un “código de factura irreprochable”²¹⁰. Las disposiciones generales, por ejemplo, no estatúan de manera precisa lo que es el delito, cuáles son los medios de represión y la manera de aplicación. En su mayor parte, fueron declaraciones de principios o normas de carácter procesal. Lo interesante de la obra de Vidaurre es que buscó un derrotero propio. En su opinión, “los ejemplos que se pueden seguir son muy pocos” y agrega, “yo apenas hallo el Código de Francia”²¹¹. Apoyó su trabajo en las ideas imperantes por ese entonces y no tuvo en cuenta lo hecho en España. En los años siguientes, no volvería a reeditarse este esfuerzo tendiente a elaborar un código original a partir del estudio y recepción de ideas europeas. 265

2. Código Penal de Santa Cruz

De octubre de 1836 a julio de 1838 rigió en el Estado Sud-peruano el CP boliviano, impuesto por el General Santa Cruz, cuando se constituyó la Confederación Perú-boliviana. En la parte considerativa del Decreto del 23 junio de 1836, se señala el inconveniente de que siguieran subsistiendo las leyes españolas; la dificultad de conocer los derechos y deberes, los delitos y las penas, debido a la contradicción existente entre las leyes dictadas a 266

²⁰⁷ DE VIDAURRE, 1828, p. 7 y 38.

²⁰⁸ DE VIDAURRE, 1828, p. 23.

²⁰⁹ HURTADO POZO, 1979, p. 39, se afirmó con ligereza lo contrario; error que podía ser detectado sin necesidad de poseer las calidades de historiador refinado.

²¹⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, 1926a, p. 28.

²¹¹ En carta de 2 de setiembre de 1828, con la que remite su proyecto a un concurso convocado por el gobierno chileno, ver: VIDAURRE, 1828, p. 5.

partir de 1822 y las españolas; y, por último, que “los códigos civil y penal de Bolivia, en que se hallan compiladas las leyes más sabias de las naciones cultas, han producido en seis años de práctica los más felices resultados”²¹²

- 267 Dicho Código estuvo inspirado en el CP español de 1822, en el cual se nota una marcada influencia francesa, derivada del “movimiento de la Enciclopedia” y del “movimiento codificador francés”²¹³

3. Código Penal de 1863

- 268 En las siguientes tentativas de codificación penal, se acentúa en el Perú la tendencia a seguir el modelo hispánico. Diversas comisiones se formaron para dotar al país de un Código; pero sólo la nombrada por el Congreso de 1853 logró elaborar un Proyecto. Dos comisiones lo revisaron (en 1857 y 1860), antes de que fuera aprobado en 1863. En una nota de remisión del resultado de sus labores, fechada el 20 de mayo de 1859, la Comisión de 1857 reconoció haber seguido al CP español de 1848-50, por haber “creído encontrar en sus disposiciones los más saludables principios y las mejores indicaciones de la ciencia”, y en razón a que “estando las actuales costumbres de los peruanos vaciadas en los moldes imperecederos de las leyes del idioma de Castilla no era posible alejar nuestro Proyecto de aquellas acertadas disposiciones”²¹⁴
- 269 El CP español de 1848-50, modelo seguido por nuestro legislador, fue imitación del Código brasileño de 1830, “copia a su vez del Código napolitano, como éste lo era del francés de 1810”²¹⁵. El legislador no tuvo en cuenta otra ley extranjera, como lo hiciera el argentino, quien siguió de manera harto fiel el Código bávaro de 1813, obra de Anselmo Feuerbach y el de Luisiana (a través de la exposición de Livingston)²¹⁶.
- 270 Este apego al modelo español se nota, igualmente, en la legislación procesal penal. El Código de Enjuiciamiento en Materia Penal de 1863, tuvo como fuente inmediata la ley española denominada Reglamento Provisional del 26 de septiembre de 1835.

²¹² Citado por ZÚÑIGA GUARDIA, 1957, p. 64.

²¹³ SALDAÑA, 1914, p. 441.

²¹⁴ Estos mismos criterios fueron sostenidos por la comisión codificadora en su exposición de motivos; ver: ZAVALA LOAYZA, 1947, p. 31.

²¹⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T.I., p. 762; Cfr. QUINTILIANO SALDAÑA, en LISZT, 1929, T.I., p. 495.

²¹⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T.I., p. 1015.

A pesar de que no existen estudios profundos sobre las ideas jurídicas dominantes en los primeros cincuenta años de la República, se puede admitir con Zavala Loayza²¹⁷ que la Escolástica, la doctrina de los Padres de la Iglesia, Santo Tomás, con su docta “Summa”, formaron el arsenal del Convictorio Carolino y, después, de las Universidades. El ambiente en la República se modificó poco, luego que de otras generaciones sucedieron a las de Vidaurre, Sánchez Carrión, Luna Pizarro, etc. 271

En buena cuenta, lo anterior nos indica que la cultura del sector dominante en el Perú era casi la misma que predominaba en España, por lo que la importación del modelo hispano (CP español de 1848-50) puede ser calificada de recepción homogénea, puesto que la cultura del receptor no era distinta a la del país originario del Código recibido y no habiéndose seguido sino un solo modelo, no debe ser considerada como una recepción plural o ecléctica²¹⁸. 272

Es cierto que el legislador peruano no realizó una transcripción literal del Código español, sino que lo modificó para adecuarlo al “estado del país”. Pero también es acertado afirmar que sólo tuvo en cuenta un aspecto de la realidad peruana, ignorando a la numerosa población nativa, que si bien había sido “modelada” al estilo hispánico durante la Colonia, no se podía sostener que sus “costumbres” estuvieran “vaciadas en los moldes imperecederos de las leyes y del idioma de Castilla”. Los indígenas, mayoría entonces en el país, no eran sujetos activos en este proceso de recepción, sino que lo soportaban como lo hicieron con la legislación colonial. 273

4. Marco doctrinario y legislativo de la reforma

Desde los primeros años de su entrada en vigor, magistrados y especialistas consideraron necesaria la reforma de este Código. El Poder Ejecutivo nombró diferentes comisiones en los años 1871, 1873, 1877 y 1900. Entre estos intentos de reforma y los que tuvieron lugar en España existió una cierta correspondencia temporal, aunque no coincidieron del todo en sus orientaciones²¹⁹ 274

²¹⁷ ZAVALA LOAYZA, 1947, p. 25.

²¹⁸ Sobre estos conceptos, ver: KITAGAWA, 1970, p. 18; RHEINSTEIN, 1974, p. 128 ss. MIRÓ QUESADA, 1911, p. 80 ss., afirmó que “el derecho patrio, considerado en su totalidad, ha sido y es un derecho exógeno, aferente, centripetamente nacido: un derecho desvinculado del alma nacional de nuestro pueblo, una legislación artificiosa y, por lo tanto, infecunda”.

²¹⁹ Los proyectos españoles fueron los de SALMERÓN en 1873, de ESTRADA y DÁVILA en 1877,

- 275 Los juristas peruanos que manejaron el CP de 1863, siguieron fielmente las enseñanzas de los penalistas hispánicos²²⁰. Esto es notorio en las obras de Ricardo Heredia y de José Silva Santiesteban. El primero siguió muy de cerca a Francisco Pacheco, “autor más destacado y principal del CP español de 1848”, quien sustentó “la doctrina de la expiación” en el sentido ecléctico que Rossi propugnaba²²¹. Silva sustentó las ideas de Ahrens y sucedió a Pedro Gálvez en la enseñanza del derecho penal en el Colegio Guadalupe. Este último arregló, basándose en las teorías racionalistas de Ahrens, “el estudio del derecho natural” y “acomodó el derecho público a nuestra forma republicana e inició el verdadero sistema del derecho penal”²²². La llamada Escuela alemana del derecho natural creada por Krause y difundida, sobre todo, por Ahrens y Roeder, tuvo a partir de 1840 buena acogida entre los teóricos peruanos²²³.
- 276 A partir de 1896, se produce una reacción contra la concepción jusnaturalista y krausista que predominaba; en ella destacan Manuel Vicente Villarán y Juan Bautista de Lavalle (1908-1922). En derecho penal, el positivismo italiano es acogido con entusiasmo. En 1889, Javier Prado Ugarteche escribe su tesis de bachiller: “El método positivo en el Derecho Penal”²²⁴. Digno representante de esta corriente fue Oscar Miro Quezada, con su libro “Breves apuntes de Mesología criminal peruana” (Lima 1922).
- 277 Este fue el marco doctrinario nacional en el que tuvo lugar el movimiento de reforma que culminara con la promulgación del CP de 1924. En el plano internacional, hay que señalar que en Europa se desarrollaba una intensa lucha entre las escuelas penales (Clásica y Positivista) y que tenía lugar un amplio movimiento de reforma en este ámbito. Así, en España, se suce-

de la Comisión de 1879, de BUGALLAL en 1880, de Alonso MARTÍNEZ en 1882 y en 1886, de SILVELA en 1884 y de VILLAVERDE en 1891. Ver JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. I., p. 769 ss.

²²⁰ SCHWARZ, p. 598, afirma correctamente que “cuando un código es adoptado en el extranjero, la doctrina del país natal tiende a acompañarlo”.

²²¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. I, p. 861.

²²² ESTUARDO NÚÑEZ, 1937, p. 13.

²²³ ESTUARDO NÚÑEZ, 1937, p. 10, desde su posición germanófila, y QUINTANO RIPOLLÉS, 1953, p. 67, de acuerdo con su criterio hispano, no concuerdan en la razón del auge del krausismo en el Perú. Para el primero fue “determinado no tanto por el reflejo del krausismo español, cuanto por la influencia directa de las traducciones francesas”. Para el segundo por el contrario, “la mercancía del krausismo era netamente española, siendo la personalidad de sus teorizantes de Madrid la sola capaz de hacerla viable en mentes hispánicas”.

²²⁴ Diversas otras tesis de orientación positivista fueron sustentadas en San Marcos, por ejemplo, La sociedad y el delito de PLÁCIDO JIMÉNEZ. Ver: BELAUNDE, 1904.

den sin éxito una serie de tentativas para modificar el Código de 1870; en Italia, entra en vigor el Código de 1880 (llamado Código de Zanardelli); En Francia, el viejo Código de 1810 es modificado por una serie de leyes parciales; en Suiza, se trabaja sobre la unificación del derecho penal; en Alemania se realizan también varios intentos para reformar el Código de 1870. En América Latina, se da igualmente, un movimiento de esta naturaleza. En Argentina, se adoptó un nuevo Código en 1921, cuyo Proyecto databa de 1916-1917; en Venezuela, sucede lo mismo en 1921 y en Uruguay, en 1889.

Nuestro proceso de reforma se inició con el nombramiento de una comisión parlamentaria en enero de 1915. El Proyecto fue elaborado por Víctor M. Maúrtua, revisado por una nueva comisión en 1921 y, por último, aprobado sin discusión parlamentaria en enero de 1924. 278

5. Código Penal de 1924

a. Fuentes legales

Las fuentes legales a las que recurrió Maúrtua fueron diversas. Conservó ciertos elementos del CP de 1863, transcribió muchas disposiciones foráneas, ya fuera de manera literal o variándolas parcialmente, o recurrió a ellas para modificar algunas existentes en la legislación anterior. Algunas veces, redactó, tomando como base una idea consagrada en uno de los modelos extranjeros, una regla sin precedentes en la legislación nacional o modificó algunas ya vigentes. 279

Así, pues, tenemos que los modelos utilizados por el legislador son, en orden de importancia, los Proyectos suizos de 1915-16 y 1918, el Proyecto italiano de 1921 y el Código de la misma nacionalidad de 1889, el Código argentino de 1921, el Código uruguayo de 1889 y el Proyecto sueco de 1918. 280

La influencia de este último es mínima; pero no irrelevante. Se refleja en la adopción del sistema días-multa (art. 20). La influencia holandesa es patente en algunas disposiciones generales concernientes a la aplicación de la ley penal y, sobre todo, en las referentes al concurso de leyes y delitos. En el Libro tercero del Código, consagrado a las faltas, es notoria la influencia uruguaya. 281

La impronta italiana se halla presente sólo en la Parte general del Código. Del Código de 1889, Maúrtua tomó en sus líneas generales, la sistemática, consistente en regular, primero, la ley penal, luego, la sanción y, por último, 282

la infracción. También adoptó su sistema de penas privativas de la libertad, paralelas (prisión de dos días a veinte años y penitenciaría de un año a veinte). Proviene, finalmente -sin ser exhaustivos-, del Proyecto italiano de 1921, elaborado por una comisión presidida por Ferri, el criterio de la peligrosidad, el sistema de índices generales subjetivos y objetivos para determinarla, que reemplazó al anterior sistema de agravantes y atenuantes; la relegación como medida de seguridad aplicable a los multireincidentes especialmente peligrosos y, por último, el “régimen de prisión”.

- 283 Sin embargo, la influencia más intensa e importante es la helvética. Sin exagerar, se puede afirmar que se la encuentra en todos los títulos del Código, desde los primeros artículos concernientes al principio de legalidad hasta las reglas del último libro, consagradas a la regulación de su entrada en vigor y aplicación.
- 284 Esta influencia es particularmente nítida en lo referente a los elementos de la infracción y las medidas de seguridad. Las disposiciones suizas sobre inimputabilidad y culpabilidad fueron fielmente transcritas. Las normas peruanas sobre las causas de inculpabilidad, de justificación y de exclusión de la culpabilidad fueron modeladas de acuerdo con las fórmulas helvéticas; y lo mismo acaeció con aquellas que regulan el envío a una casa de reeducación por el trabajo de los delincuentes ociosos, o el internamiento en un hospital u hospicio de inimputables o de delincuentes de imputabilidad restringida.
- 285 Se aplicaron, generalmente, criterios suizos en la elaboración de la mayor parte de las figuras delictivas de la parte especial del Código. También el orden en que fueron agrupadas es muy semejante al de los proyectos helvéticos: delitos primero, contra la persona; segundo, contra la sociedad y, por último, contra el Estado.
- 286 Siguiendo, pues, este inédito camino, el legislador nacional se alejó de la tradicional fuente hispánica; quedando limitada, su hasta entonces enorme influencia, a las disposiciones del CP de 1863 que fueron conservadas y a las que fueron tomadas del Código argentino. En la parte especial, es más notoria la supervivencia de lo español; pero no porque el legislador se inspirara directamente en el modelo hispánico, sino porque mantuvo algunas disposiciones nacionales o incorporó algunas argentinas; o porque con frecuencia conservó, aunque de manera parcial, las anteriores expresiones castizas.
- 287 El abandono de la fuente española no fue una reacción de carácter político contra la antigua Metrópoli. Se trató más bien del alejamiento de una fuen-

te en estancación y vetusta. Los proyectos de reforma del Código español eran inferiores a los elaborados en los otros países europeos. El mejor de estos Proyectos, el de Montilla, fue de inspiración extranjera, precisamente suiza.

La orientación de la reforma penal tampoco se debió a un cambio en la concepción jurídica nacional. Los estudios de la ley penal, de la jurisprudencia y de la realidad delictiva no habían alcanzado un buen nivel. Las críticas al viejo Código eran frecuentes, sobre todo por parte de quienes defendían las ideas positivistas penales; sin embargo, no existía un arsenal de medios que hubieran permitido una reforma sin referirse de manera directa a modelos extranjeros. 288

Los modelos utilizados pertenecían a la misma “familia jurídica”; pero se diferenciaban en cuanto a la concepción que los inspiraba. El Código italiano de 1889 fue el máximo exponente de la concepción clásica, su Proyecto sirvió de molde al legislador uruguayo y fue precedido por el Código holandés de igual orientación. El Proyecto italiano de 1921, fue expresión de las ideas positivistas de Enrico Ferri y los proyectos suizos constituyeron excelentes manifestaciones de la corriente ecléctica de la política criminal (posición intermedia entre los extremos clásico y positivista). 289

Por estas circunstancias, puede afirmarse que el CP de 1924 fue ecléctico en su contenido y que la recepción de legislaciones extranjeras realizadas al ser elaborado es, igualmente, de naturaleza “pluralista o ecléctica”. 290

b. Factores de la recepción del derecho penal foráneo en el Perú

A pesar de su comunicabilidad, es evidente que el derecho de un país no puede ser automáticamente transmitido o adoptado. El derecho está siempre condicionado por la realidad socio-política de cada estado y la concepción político-jurídica del legislador es determinante en el escogimiento de la fuente legal. El dominio del derecho, no sucede lo mismo en el dominio de las ciencias naturales, donde los resultados de las investigaciones, las innovaciones son adoptadas sin prestar atención a su origen nacional²²⁵. 291

Como en toda recepción, hay que señalar tres factores decisivos en el caso peruano. El primero es el de la dependencia política y cultural del Perú en relación con Europa. Si bien no es posible hablar, como lo hacía Koschaker, 292

²²⁵ Cfr. ZAYTAY, 1957, p. 707.

de un “factor de poder”, es claro que las normas legales europeas, sobre todo las suizas, provenían de países considerados como modelos a seguir, en razón de su éxito económico y político²²⁶.

- 293 En nuestro libro “La ley importada. Recepción del derecho penal en el Perú”, hemos analizado con más detenimiento este factor. Es más notorio respecto al derecho civil o comercial que al derecho penal. La integración de los estados al sistema económico imperante exige el establecimiento de un ordenamiento jurídico capaz de proporcionar las condiciones de estabilidad, seguridad y garantía para la inversión extranjera y, en general, para las relaciones con los demás países, sobre todo los dominantes. Con referencia a esta circunstancia, es interesante recordar lo afirmado por René David, jurista francés, autor de Código Civil etíope, quien dijo: “seamos francos, se trata, de una manera amplia, de atraer a las empresas extranjeras, a los créditos y a las garantías sin las cuales no vendrían a Etiopía”. Estas exigencias o influencias de orden político-económico constituyen lo que se denomina “factor de poder”.
- 294 El segundo factor que debe haber empujado al legislador a escoger los modelos extranjeros que utilizó, es el de la calidad legislativa que, en su criterio, poseían. Esto es cierto, sobre todo, en relación con los trabajos legislativos suizos: la simplicidad y claridad de redacción, la flexibilidad de las descripciones de los comportamientos punibles, la amplia libertad de criterio que reconocían al juez, el dualismo del sistema de sanciones, eran notas que permitían sostener que los proyectos helvéticos “eran eminentemente asimilables”²²⁷. El Proyecto Ferri gozaba en el Perú y demás países latinoamericanos de un gran prestigio, debido a que se inspiraban en la concepción positivista, muy en boga en estas latitudes, por ese entonces.
- 295 El tercer factor es de naturaleza fortuita; mejor dicho, se trata de un conjunto de circunstancias debidas al azar. En el caso peruano, estas circunstancias se dieron en la persona del autor del Proyecto: Víctor M. Maúrtua era mas bien un diplomático y especialista en Derecho internacional que un penalista. Su actividad diplomática en Europa y en América Latina, su

²²⁶ El gobierno de Leguía no habría jamás escogido, para dar un ejemplo extremo, como modelo el CP soviético de 1922, aun cuando materialmente le hubiera sido posible consultarlo. En la campaña electoral que tuvo lugar antes de la aprobación del Proyecto Maúrtua, el Gobierno publicó en los periódicos integralmente la breve exposición de motivos que le precedía.

²²⁷ Esta expresión fue empleada por SCHWARZ, 1938, p. 586, para calificar el CC suizo.

aguda inteligencia, su insaciable curiosidad intelectual y su conocimiento de idiomas extranjeros (francés e italiano con seguridad), le permitieron conocer los dos proyectos de Código más modernos, por entonces, y redactar, a su vez, un buen código, a pesar de que no era un especialista. Si el legislador helvético hubiera redactado sus proyectos únicamente en alemán, la influencia suiza habría sido mínima o inexistente²²⁸. Maúrtua debió conocer el CP holandés, cuando fue representante del Perú en la Haya²²⁹. Si los miembros de la comisión y, en especial, el autor del Proyecto hubieran sido magistrados, otra hubiera sido la orientación de la reforma penal peruana. Y, Aquí, no debemos olvidar que las comisiones que elaboraron los proyectos de 1877 y 1900-1902 estuvieron constituidas por jueces, quienes imbuidos por el sistema tradicional siguieron considerando como modelo la legislación hispánica.

El CP de 1924 fue recibido con entusiasmo por los juristas, en particular extranjeros, y de manera negativa por los magistrados nacionales. El carácter ecléctico de la recepción peruana, permitió a los especialistas, según su concepción personal, alabar sus virtudes. Jiménez de Asúa destacó su orientación político-criminal y afirmó que “podía” figurar entre los más avanzados documentos legislativos y que se trataba de uno de los más importantes actos de la legislación penal contemporánea²³⁰. Mario Manfredini subrayó la influencia positivista²³¹. En la Société Générale des Prisons de Paris, recibió comentarios favorables cuando aún era Proyecto y se sostuvo que había sido influenciado por la concepción jurídica francesa²³². Estuardo Núñez consideró que era fácil discernir en el código peruano una importante influencia alemana²³³. Creemos que los elogios formulados con

²²⁸ Una traducción en español de dichos proyectos no existían por entonces. Las soluciones legislativas suizas hubieran podido ser conocidas parcialmente por el libro de JIMÉNEZ DE ASÚA, 1916.

²²⁹ Una traducción francesa de este código existía desde 1883, realizada por WILLEM-JOAN WINTGENS y publicada en París. Sin embargo, la versión consultada por MAÚRTUA parece haber sido una española, que es citada, sin referencias, por ÁNGEL G. CORNEJO y que no hemos logrado consultar.

²³⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, p. 58.

²³¹ En MANFREDINI, 1925, p. 73.

²³² Cfr. *RPDP*, 1919, p. 231 ss.

²³³ La posición de este autor peca de parcial. Si existe una influencia germánica en el Código peruano es debido a que los proyectos suizos se inspiran en las doctrinas alemanas. Esto es natural por las estrechas relaciones culturales que existen entre los cantones de habla alemana (constituyen la mayoría) y Alemania. Ver: HURTADO POZO, 1972a.

relación al Código pecan de exageración; consideramos que se justifican en parte, si se tienen en cuenta tan sólo las innovaciones que contiene. Por ejemplo, las disposiciones sobre las medidas de seguridad y de prevención, la culpabilidad, la peligrosidad, la condena condicional, la liberación condicional, la rehabilitación, el patronato, el tratamiento de menores, Pero, un análisis del conjunto de sus disposiciones revela cierta incoherencia, debido justamente a la diversidad de fuentes utilizadas; y, hasta en algún momento, da la sensación de tratarse de un mosaico inarmónico.

- 297 En todo caso, tampoco fue correcta la actitud demasiado crítica de los magistrados. Las mismas instituciones loadas por los juristas, fueron consideradas como el resultado de una “doctrina exagerada y peligrosa, cuya aplicación es utópica y que producirá consecuencias funestas”²³⁴.

c. Enjuiciamiento de la reforma y asimilación del derecho recepcionado

- 298 El legislador nacional no recepcionó mecánicamente las disposiciones extranjeras, sino que trató de adecuarlas a la realidad del país y prefirió aquellas que tuvieran un precedente en la legislación vigente; muchas veces, utilizó en la redacción de la nueva disposición el giro nacional o mantuvo en parte su contenido. Así, pues, logró, a pesar de las innovaciones que introdujo, una cierta continuidad legislativa.
- 299 El afán de nuestro legislador tendiente a tener presente la realidad nacional es notorio cuando tiene en cuenta, aunque imperfectamente, las diferencias existentes entre los habitantes del país. Lo hace, en primer lugar, estableciendo una medida de seguridad para los salvajes (pobladores primitivos de la Amazonía) y para los indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo. Se trata de la “colocación en una colonia penal agrícola” en sustitución de la pena privativa de la libertad que se les hubiera impuesto. La finalidad era civilizar a los primeros e integrar a la sociedad los segundos²³⁵.

²³⁴ Cfr. Memorias de los Presidentes de la Corte Suprema, LIZARDO ALZAMORA y CARLOS WASCHBURN, en *AJ* 1923, p. 238; 1924, p. 265.

²³⁵ Cfr. *RF* 1924, p. 356. Este criterio tiene un antecedente en la opinión que prevaleció para la organización de las encomiendas en la Colonia: el indio debía ser sometido a la tutela del colono blanco, como un menor de edad, para que recibiera los beneficios de la fe y la civilización. Ver: LEÓN, 1924, p. 368.

- En segundo lugar, hay que señalar que estatuyó como delito independiente el sometimiento a servidumbre o situación análoga a cierta clase de indígenas (arts. 225 y 226)²³⁶. 300
- Lo criticable en la obra del legislador peruano no reside en el hecho de que haya desertado de lo hispánico sino, en no haberlo realizado de mejor manera²³⁷. Es decir, partiendo de un mejor conocimiento de nuestra realidad y de las concepciones jurídicas contenidas en las disposiciones que recepcionaba, circunstancia que hubiera permitido estructurar una obra coherente y adecuada a nuestro medio. Además, debió comprender que, para una asimilación correcta de las ideas contenidas en dichas normas, era indispensable facilitar el acceso de los juristas y magistrados nacionales a las fuentes doctrinarias de donde procedían ya que, precisamente, su introducción no había sido precedida por su asimilación por parte de los especialistas. Esta labor, hubiera encontrado barreras casi insuperables entonces: en especial, porque la más importante fuente legal empleada, la suiza, consistía en proyectos que no habían sido estudiados orgánicamente²³⁸. 301
- Por estas razones no se admitieron con facilidad, como sucedió en el caso de la recepción de la ley española en el CP de 1863, las ideas jurídicas de los países de donde provenían las disposiciones del nuevo Código. Así queda confirmado que las recepciones de naturaleza “plural o ecléctica” producen “leyes huérfanas”²³⁹. 302
- Sin obras teóricas que orientasen a los jueces y sin los elementos materiales y administrativos indispensables, es natural que las nuevas reglas no fueran 303

²³⁶ La ineficacia de estas disposiciones no debe sorprender, ya que este tipo de relaciones de dependencia personal no pueden ser combatidas sin destruir las condiciones socio-económicas que las generan.

²³⁷ QUINTANO RIPOLLÉS, 1953, p. 151, calificó al CP peruano de “cuerpo legal exótico” que comportaba un “grave desarraigo” de las costumbres peruanas tan ligadas a las españolas. Este autor parte de la idea de que “España no es tanto la fuente como vehículo receptor de las ideas dirigentes de doctrinas adecuándolas a la perspectiva nuestra, a la manera de pensar, de decir y sentir hispánica” (p. 83). En pocas palabras, presupone un cierto tutelaje cultural. Lo que se revela cuando dice: “al transplantar al suelo de América las nuevas ideas germánicas, los universitarios españoles... las hacen, a la vez, más idóneas para fructificar en gentes de nuestra raza, nuestra fe y nuestra lengua” (p. 83); cuando refiriéndose al krausismo dice que “era netamente español, siendo la personalidad de sus grandes teorizantes de Madrid la sola capaz de hacerla viable en mentes hispánicas” (p. 67).

²³⁸ Sólo después de la entrada en vigor del Código, aparecen las obras de HAFTER, THORMANN/VON OVERBECK, LOGOZ, CLERC, GERMANN.

²³⁹ SAND, 1974, p. 122.

aplicadas en un buen número²⁴⁰. Es el caso, por ejemplo, de aquellas concernientes a las medidas de seguridad²⁴¹, a los delitos contra la seguridad pública²⁴² y al concurso de leyes y de delitos²⁴³.

- 304 Ello parece que era la confirmación de la crítica expresada por los magistrados respecto al carácter “utópico” de muchas disposiciones del Código. No obstante, este criterio fue exagerado y lo utilizaron con el propósito de impedir la incorporación a nuestro derecho de nuevas instituciones como la condena y la liberación condicionales, las medidas de seguridad y de prevención, el moderno tratamiento de los menores delincuentes, etc. Por el contrario, esto debió servir de ocasión para exigir una “*vacatio legis*” lo suficientemente extensa para que se estudiara la nueva ley y se organizaran con relativa tranquilidad las condiciones materiales mínimas para su aplicación. Además debió servir, también, para subrayar la necesidad de renovar, conforme a nuestra realidad, las disposiciones a importar y de realizar los estudios criminológicos indispensables.
- 305 Nos parece que la principal enseñanza de Maúrtua, autor del Proyecto, no fue tomada en cuenta. A su manera, indicó el camino a seguir: recurrir directamente a las fuentes extranjeras (legislación y doctrina) y tener presente la realidad nacional. Los magistrados siguieron empleando, en la aplicación de las nuevas disposiciones, sus esquemas mentales caducos; y los juristas, con raras excepciones, no asimilaron de manera correcta las concepciones jurídicas que se hallan implícitas en las normas recepcionadas²⁴⁴. El legislador no continuó en el camino que se había trazado; no elaboró una

²⁴⁰ ABASTOS, 1937-8, p. 8. Según él, el raro destino del Código es el de “envejecer sin haber sido aplicado”.

²⁴¹ Ningún gobierno ha hecho un esfuerzo serio para construir los locales adecuados. Esto es comprensible debido a la debilidad económica de nuestro Estado. Además, es de considerar que la diversidad de locales previstos no estaba de acuerdo con nuestra realidad. Si de tal esfuerzo económico no fue capaz Suiza, menos lo sería el Perú. La imposibilidad de aplicar las penas y medidas de seguridad de acuerdo con el Código, originó en Suiza, el proceso de reforma que culminó con la Ley federal del 18 de marzo de 1971. Cfr: HURTADO POZO, 1972b, p. 149 ss. y bibliografía citada.

²⁴² Las disposiciones que reprimen estas infracciones constituyen una reproducción fiel del modelo helvético, por lo que resultan en gran parte inadecuadas a la realidad socio-cultural nacional.

²⁴³ La aplicación de las disposiciones que lo regulan, conforme se percibe en la jurisprudencia, se ha efectuado, casi siempre, sin respetar los criterios que recogen.

²⁴⁴ Esta falta de asimilación de conocimientos, base para la elaboración de una concepción propia (no necesariamente original), no es monopolio de los juristas. En el dominio de la filosofía lo ha destacado SOBREVILLA, 1975, p. 65.

política criminal racional y no impulsó los estudios sobre nuestra realidad delictiva. En buena cuenta, se limitó al “acto legislativo de la recepción” y descuidó totalmente la segunda fase de todo proceso receptivo, consistente en la asimilación; es decir, en la aplicación real de las instituciones incorporadas al derecho nacional²⁴⁵.

Que esta situación del derecho penal peruano, que es parte de la “cultura nacional”, sea el resultado fatal del estado de dependencia socio-cultural que caracteriza nuestra condición de país subdesarrollado, puede ser discutido. Pero es evidente que en este dominio carecemos, hasta ahora, de fuerza creadora, que las actividades son de índole sobre todo imitativa y que impera la improvisación. 306

d. Concepción de política criminal

La concepción clásica de la estricta legalidad, responsabilidad moral y pena-castigo, caracterizaba el sistema jurídico peruano anterior al CP de 1924. En el CP de 1863, de inspiración española, no se hacía concesión alguna a la prevención especial. La función principal y única de la sanción era el castigo de los malhechores. Las medidas de seguridad y de prevención eran desconocidas. El juez sólo disponía de un reducido margen de apreciación para individualizar la pena²⁴⁶. Esta orientación represiva fue abandonada al dictarse el CP de 1924. 307

Los criterios de política criminal de este Código se manifiestan en los siguientes aspectos: 308

- a. La individualización de la pena de acuerdo con la culpabilidad y la peligrosidad del delincuente. A estos dos factores se les reconoció la misma importancia, de modo que el juzgador, en el momento de sancionar, podía armonizar los criterios de prevención general y especial, con arreglo a la personalidad del infractor.
- b. La eliminación de la pena de muerte y la incorporación del sistema de penas paralelas, que permitía al juez sustituir la pena de reclusión por la de prisión, o ésta por la de multa.
- c. La adopción del sistema dualista de penas y medidas de seguridad y de prevención. Entre las segundas, se encontraban, por ejemplo, la

²⁴⁵ Ver: HIRSCH, 1993, p. 107 ss., respecto a la recepción del derecho extranjero en Turquía y la actitud gubernamental,

²⁴⁶ HURTADO POZO, 1972a, p. 128.

colocación en una casa de tratamiento y de trabajo a los delincuentes ebrios habituales; la colocación en una sección especial de una escuela de arte y oficios o en una casa destinada sólo a la educación por el trabajo de los delincuentes que vivieran en el desarreglo o en la ociosidad; el internamiento en un hospital o en un hospicio de delincuentes inimputables o de imputabilidad disminuida; el internamiento de delincuentes multireincidentes.

- d. La inclusión del tratamiento, sobre todo, preventivo, para los menores de conducta irregular, cuya aplicación era posible, en ciertos casos, aun cuando el menor no hubiera cometido una acción considerada como delictuosa.
 - e. La consideración de las diferencias existentes entre los habitantes del país. Para los miembros de las tribus “salvajes” de la amazonía, se estatuyó una medida de seguridad, consistente en el internamiento en una colonia penal agrícola. La misma medida y, así mismo, la atenuación de la pena fueron previstas respecto a los “indios semisalvajes y degradados por la servidumbre y el alcoholismo”, quienes eran considerados como imputables disminuidos.
 - f. La admisión de la condena condicional, como medio para luchar contra las penas privativas de la libertad de corta duración; y de la libertad condicional, considerada como la última etapa de la ejecución progresiva de las penas privativas de la libertad.
 - g. La regulación de la rehabilitación y el patronato, instituciones destinadas a propiciar y a facilitar la reinserción del condenado a la sociedad.
 - h. El notable progreso en la técnica legislativa al elaborarse las disposiciones de la parte especial del Código (Libro Segundo). Un cambio importante en el catálogo de las infracciones lo constituyó, por ejemplo, la eliminación de los delitos contra la religión católica y la incorporación de los delitos contra la libertad de creencias y cultos.
- 309 Inmediatamente después de la dación del Código, el legislador dictó, de acuerdo con el modelo español, una ley sobre vagancia, en la que se establecían las medidas de lucha contra este estado, calificado de peligroso.

6. Legislación penal de 1924 a 1979

- 310 Después de 1924, el legislador modificó en varias ocasiones las disposiciones del Código.

En el sistema de sanciones del Código, la pena de muerte había sido eliminada, por estimarse que “su aplicación era rechazada por el país”²⁴⁷. En 1949²⁴⁸, fue restablecida para sancionar el homicidio calificado y la alta traición, según lo previsto en la Constitución de 1933. En los años 1955, 1969 y 1970, se extendió su aplicación a los casos de raptó de menores seguido de muerte, de violación de menores y asalto a mano armada, cometido con el fin de hacer sufrir el acto sexual o contra natura a la víctima²⁴⁹. En 1965, su aplicación se generalizó a una serie de delitos, cometidos con el fin de ayudar al movimiento guerrillero²⁵⁰. 311

En 1971, su aplicación fue limitada sólo a los delitos de alta traición y de raptó de menores seguido de muerte²⁵¹. Las razones fueron políticas. Sin embargo, ese mismo año fue estatuida para los casos de muerte provocada mediante bombas o explosivos. En 1973, su aplicación se volvió a establecer para los delitos de homicidio calificado, de ataque a los miembros de las Fuerzas Policiales y de robo seguido de muerte²⁵². Por último, en 1974, se dispuso su aplicación para quienes, con fines políticos, mataran o lesionaran a otro empleando cualquier clase de medios²⁵³. Esta última modificación se caracterizó también por la extremada severidad de la represión de los atentados contra la vida o la integridad de las cosas, cuando no se produjera daño personal o material o sólo se causara este último. Para estos casos estatúa la pena de penitenciaria no menor de 20 años y la de internamiento no menor de 25, respectivamente. 312

Se agravaron las penas, también de manera excesiva, respecto a ciertos delitos contra los deberes de función (concusión, gestión desleal de intereses públicos, corrupción, previstos en el Código). La idea básica era que sin penas severas, no era posible moralizar la administración pública²⁵⁴. 313

Con relación a los delitos contra la salud, de los cuales se dio una noción bastante amplia en el Código Sanitario de 1969, se siguió el mismo criterio. Así, por ejemplo, se consideraron la violación de una norma de salud im- 314

²⁴⁷ ESPINO, 1982, p. 20.

²⁴⁸ DL N° 10976, del 25 de marzo de 1949.

²⁴⁹ Ley N° 12341, del 10 de junio de 1955; DL N° 17388, del 24 de enero de 1969 y DL N° 18140, del 10 de febrero de 1970.

²⁵⁰ Ley N° 15590, del 20 de agosto de 1965.

²⁵¹ DL N° 18968, del 21 de setiembre de 1971.

²⁵² DL N° 19910, del 30 de enero de 1973.

²⁵³ DL N° 10828, del 3 de diciembre de 1974.

²⁵⁴ Ver los considerandos del DL N° 17106, del 8 de noviembre de 1968.

portante, la huelga de hambre, la huelga del personal de los establecimientos sanitarios, el plagio y la ocultación de menores. De acuerdo con este Código, se prohibía, de manera expresa, la práctica del aborto terapéutico así fuera por consideraciones morales, sociales o económicas. Además, el médico era considerado responsable de los efectos que ocasionaran los medios anticonceptivos cuyo empleo hubiese recomendado²⁵⁵.

- 315 El legislador persiguió una finalidad claramente represiva y de prevención general al ampliar de manera excesiva los plazos de prescripción de la acción penal, multiplicar los casos de interrupción y suspensión de la prescripción, agravar la situación de quien se alejara del país para evitar la acción de la justicia, y eliminar el plazo absoluto de prescripción²⁵⁶. No era otro el objetivo que motivó al legislador, a excluir la concesión de la condena o de la liberación condicionales a los autores de ciertos delitos; por ejemplo, actos terroristas, atentados contra la reforma agraria.²⁵⁷
- 316 La agravación de la represión tuvo lugar, también, a través de medidas que no tendían en apariencia a este objetivo. Así, la derogación del art. 194, que permitía, al condenado por delitos contra el honor, solicitar la substitución del 90 % de la pena privativa de la libertad que se le había impuesto por una multa proporcional. El fundamento falaz dado para la adopción de esta disposición, fue que dicha norma establecía un privilegio en razón a la riqueza de las personas, lo que se consideraba contrario al principio de la igualdad ante la ley²⁵⁸.
- 317 La represión penal fue utilizada con el fin de garantizar la aplicación normal de ciertas reformas socio-políticas; por ejemplo, la reforma agraria, el control de divisas, el monopolio del comercio de metales y piedras preciosas, la reforma tributaria, la libertad de prensa, etc.²⁵⁹

²⁵⁵ DL N° 17505, del 18 de marzo de 1969; derogado parcialmente por el DLeg N° 121, del 12 de junio de 1981.

²⁵⁶ DL N° 19030, del 11 de noviembre de 1971 y DL N° 19962, del 27 de marzo de 1973.

²⁵⁷ Ver: DL N° 17106, del 8 de noviembre de 1968; DL N° 17388, del 24 de enero de 1969; DL N° 17716, del 24 de junio de 1969, art. 3 de las disposiciones especiales; DL N° 17816, del 16 de setiembre de 1969; DL N° 19049, del 30 de noviembre de 1971.

²⁵⁸ DL N° 20490, del 24 de diciembre de 1973. El mismo argumento fue invocado para eliminar la caución pecuniaria, condición para el otorgamiento de la liberación condicional, hecho que ha facilitado, por el contrario, la aplicación de esta institución.

²⁵⁹ DL N° 17716, del 24 de junio de 1969; DL N° 18457, del 3 de noviembre de 1970; DL N° 18882, del 15 de junio de 1971; DL N° 18275, del 15 de abril de 1970, derogado por el DL N° 21954, del 7 de octubre de 1977.

Pocas fueron las ocasiones en las que se abandonó o atenuó la represión de ciertos comportamientos. Se puede citar, a título de ejemplo, el de los consumidores de drogas que dejaron de ser reprimidos como autores o cómplices del delito de tráfico ilícito de estupefacientes y para quienes se previó, conforme al DL N° 19505, del 22 de agosto de 1972, medidas de tratamiento. 318

Otro ejemplo es el de las disposiciones concernientes a las infracciones contra la libertad y el honor sexuales, modificadas en 1974²⁶⁰. La edad de la víctima fue disminuida de 16 a 14 años. La razón jurídica invocada fue la necesidad de armonizar las disposiciones penales con las civiles. Desde la dación del Código Civil en 1924, era permitido el matrimonio de mujeres a partir de 14 años. El resultado inmediato de esta reforma fue la puesta en libertad de un gran número de detenidos como autores de estos delitos en agravio de menores de 16 y mayores de 14. El descongestionamiento de los establecimientos penales, casi todos superpoblados, fue uno de los objetivos perseguidos por el Gobierno mediante esta reforma. También, en la decisión de obligar al organismo encargado de estos establecimientos a informar, de modo permanente, al juez competente sobre los condenados que hubieran cumplido las dos terceras partes de la pena “para los efectos de conceder la liberación condicional”²⁶¹. Esta preocupación estuvo, así mismo, implícita en el art. 148, inc. b, del CEP²⁶², por la que se otorgó al juez de ejecución penal la función de conceder la libertad condicional, de oficio o a solicitud del Ministerio Público. De esta manera, se esperaba hacer más expeditiva la liberación de los condenados que la merecían. 319

La no aplicación de varias de las nuevas instituciones incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico mediante el CP de 1924, se debió a las insuficiencias del sistema procesal penal. La corrupción y los abusos resultantes de dejar en manos de la autoridad administrativa todos los aspectos de la ejecución de las penas, determinó que se volviera a otorgar al juez la facultad de conceder la libertad condicional. Para evitar viejas dificultades, se dio mayor intervención al Ministerio Público y se estableció la obligación de la Dirección General de Establecimientos Penales de informar de manera continua al juez sobre los condenados que hubieran cumplido los dos 320

²⁶⁰ DL N° 20583, del 9 de abril de 1974.

²⁶¹ DLeg N° 121, del 12 de junio de 1981, art. 1.

²⁶² DLeg N° 330, del 6 de marzo de 1985.

tercios de la condena, con el fin de que procediera a liberarlos de oficio (art. 1 del DLeg N° 121, que modificó el art. 62).

- 321 Al entrar en vigor el CP de 1924, el procedimiento estaba regulado por el viejo CPP de 1919. De manera que era natural que no contuviese los medios necesarios para hacer realidad la nueva orientación del derecho penal material. La desarmonía entre la ley procesal y la ley material fue, con frecuencia, invocada, sobre todo por los magistrados, contra la adopción del CdePP de 1940. Así, por ejemplo, de acuerdo con el art. 195, el juez instructor y el tribunal correccional podían ordenar, si las circunstancias lo exigían y si la posibilidad de realizarlo existía, el examen del acusado o de los testigos para determinar sus condiciones psicológicas e intelectuales. El juez instructor tenía la obligación de ordenar este peritaje cuando existía la presunción de que el acusado padeciera de enfermedad mental o de otro estado psico-patológico (art. 189). Sin embargo, no se puede sostener que el delincuente hubiera sido colocado en el centro del proceso penal, sobre todo si se considera la manera, como se llevaban a cabo los procesos.
- 322 En relación con las modificaciones más importantes hechas al CdePP después de su entrada en vigor, hay que señalar:
- 323 De acuerdo con el art. 210, la presencia del acusado en el momento del juzgamiento era necesaria y, según el art. 319, el tribunal no debía sentenciar hasta el día en que éste compareciera. Estas disposiciones fueron modificadas en 1971, el juzgamiento de los contumaces fue autorizado²⁶³ y, en 1973, el de los ausentes²⁶⁴. La defensa de los derechos de los inculcados estaba en manos del defensor de oficio. El argumento en favor de esta reforma, según el legislador, era la necesidad de reducir al máximo las posibilidades de que el delincuente no fuera castigado, puesto que el juzgamiento del ausente tenía por efecto evitar la prescripción de la acción penal, de hacer correr desde entonces y exclusivamente la prescripción de la pena, mucho más larga. La función del derecho penal se redujo, de esta manera, a la de carácter represivo.
- 324 Preocupado por el retardo existente en la administración de la justicia penal, el gobierno modificó el procedimiento a seguir para juzgar a los autores de los delitos contra la vida y seducción, de daños materiales, usura,

²⁶³ DL N° 19030, del 11 de noviembre de 1971.

²⁶⁴ DL N° 19962, del 27 de marzo de 1973. Estas reformas han sido ratificadas mediante el DL N° 21895, del 2 de agosto de 1977.

especulación de productos alimenticios, etc. Se dispuso que el juez instructor juzgara en primera instancia y el tribunal correccional en la segunda y última. En los procesos ordinarios, este tribunal debía estatuir en primer lugar y la Corte Suprema era el órgano de apelación²⁶⁵.

En otros casos, la necesidad de una justicia rápida fue considerada como condición indispensable para alcanzar el fin de prevención general del derecho penal. Así, se estableció un procedimiento sumario para juzgar a los autores de robo²⁶⁶. Los procesados por atentados, con fines políticos, contra la vida de las personas o la integridad de las cosas y atentados contra los miembros de la Policía fueron sometidos a la Justicia Militar por considerarla bastante expeditiva²⁶⁷. Con este mismo objetivo, se estatuyeron tribunales correccionales unipersonales para juzgar a los delinquentes, para quienes el fiscal no pidiera más de 6 años de pena privativa de la libertad²⁶⁸. 325

El afán de lograr una mayor celeridad en la administración de justicia inspiró, en gran parte, del DL N° 21895, del 2 de agosto de 1977. Con este objetivo, se trató de regular mejor los medios de defensa del procesado (cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones); se disminuyó el plazo de duración de la instrucción (hasta 5 meses), prorrogable por una sola vez por un lapso no mayor de 50 días; se estableció algunos plazos perentorios que el Código procesal no señalaba; se dispuso la substitución de miembros del tribunal colegiado, del abogado defensor designado por el acusado, para evitar la frustración del juicio oral; se aceleró el trámite de éste, eliminando o aligerando algunas de sus bases; se flexibilizó la regulación de las causales de nulidad. 326

Esta enumeración esquemática de lo dispuesto en el DL N° 21895, sería demasiado incompleta, si no señaláramos que modificó el criterio cuantitativo para distinguir entre faltas y delitos contra el patrimonio y la salud; en el primer caso, fijó 10,000.00 soles y, en el segundo, indicó 10 días de asistencia facultativa o de impedimento para trabajar, para cuando el agente actuara con dolo, y 15 días, para los comportamientos culposos (negligentes). Por último, indiquemos que amplió la aplicación de la “condena 327

²⁶⁵ DL N° 17110, del 8 de noviembre de 1971.

²⁶⁶ DL N° 19910, del 30 de enero de 1973, art. 5.

²⁶⁷ DL N° 20828, del 3 de diciembre de 1974, art. 3; DL N° 19910, del 30 de enero de 1973, arts. 2 y 3.

²⁶⁸ DL N° 12060 del 23 de diciembre de 1969.

condicional”, al hacer posible su concesión cuando la pena impuesta fuera hasta de 2 años de prisión.

- 328 Este decreto ley tuvo los vicios y virtudes de toda reforma parcial, que tiende más a encontrar una solución inmediata para problemas prácticos urgentes o, al menos, aliviarlos en parte, que a trazar las pautas de una reforma integral. Como en el dominio del derecho penal sustantivo, en el derecho procesal el legislador también tiene una política del “*coup par coup*”.
- 329 El sistema dualista de penas y medidas de seguridad previsto por nuestro legislador en 1924, no ha podido ser aplicado por la carencia de establecimientos penales, la inexistencia de centros de tratamiento y la falta de personal preparado. El mismo legislador reconoció que el nuevo Código no produciría, de inmediato, todos sus efectos debido a las deficiencias de infraestructura, antes señaladas. Asimismo, sostuvo que era necesario promulgarlo en razón a que sus disposiciones contenían el programa a cumplir para mejorar la represión penal²⁶⁹. Pero, es evidente que tal programa era demasiado ambicioso con relación a la situación social y económica del país. El modelo helvético que siguió, sobre todo, nuestro legislador para estructurar el sistema de sanciones se reveló inaplicable en la misma Suiza. Este hecho empujó al legislador helvético a modificar, en 1971, el sistema de su Código con el fin de adecuarlo a la realidad²⁷⁰.
- 330 En nuestro medio, los intentos de reforma penitenciaria, no han sido precedidos por una revisión a fondo del sistema normativo que lo regula en sus lineamientos generales y los gobiernos no han proporcionado o podido proporcionar “los medios financieros adecuados, sin los cuales, por lo demás, un Estado civilizado no puede realizar ninguno de los fines de su actividad de una manera eficaz y útil”²⁷¹.
- 331 Esta misma situación ha impedido que se logre la eficacia deseada en relación con los problemas que ocasionan los menores de conducta irregular. La orientación adoptada por el legislador en 1924, en este dominio, fue acentuada y desarrollada con la promulgación del Código de menores de 1962. De esta manera, se estableció una nítida separación entre el derecho penal de adultos y el derecho preventivo de menores. En la práctica, las disposiciones muy avanzadas del Código de Menores no fueron total y convenientemente aplicadas.

²⁶⁹ ESPINO, 1982, p. 28.

²⁷⁰ Ver: HURTADO POZO, 1972b, p. 103.

²⁷¹ ESPINO, 1982, p. 28.

El patronato, medio importante de prevención de la reincidencia, no fue bien organizado ni se dotó de los medios necesarios para cumplir sus fines de asistencia moral y material y de vigilancia de los condenados y liberados (condicional o definitivamente). 332

7. Código Penal de 1991

a. Presupuestos de la reforma

Si bien la entrada en vigencia de la Constitución de 1993 no dio lugar a iniciativa alguna para reformar el Código, dictado durante la vigencia de la Constitución derogada, casi desde su promulgación, por el contrario, comenzaron y se multiplicaron las propuestas para modificar un buen número de sus disposiciones. La mayoría de las propuestas conciernen a la parte especial y sólo unas pocas se refieren a la parte general. Todas ellas, sin embargo, se caracterizan por su tendencia a acentuar el carácter repressivo del Código. 333

Toda reforma legislativa está condicionada por factores de diversa naturaleza. Las circunstancias sociales y políticas juegan un papel decisivo, en la medida en que ponen de manifiesto que existen conflictos o situaciones críticas en la vida comunitaria, los mismos que requieren modificar o complementar el sistema legislativo. En materia penal, esto significa que los intereses individuales y sociales no son protegidos, de manera eficaz, frente a la intensificación o la aparición de nuevas formas de agresión. De manera que el sistema de control penal debe ser revisado y mejorado respecto al sistema de normas que le sirven de base. 334

Esta constatación requiere un análisis del funcionamiento global de dicho sistema de control, puesto que las deficiencias de su funcionamiento pueden ser debido a otras causas que la referente a las insuficiencias del sistema de normas. Un ejemplo muy claro es la manera formalista en que los órganos judiciales interpretan y aplican las disposiciones legales. Éstos esperan, cada vez que van a juzgar un caso, que éste se encuentre literalmente previsto en el texto legal y si estiman que no lo está, reclaman la intervención del legislador para que aclare el texto legal, a pesar de que esto hubiera podido realizarse mediante una interpretación creativa dentro del marco establecido por las leyes y por la Constitución. En casos de este tipo, no es necesaria la reforma de la ley, sino desarrollar su sentido hasta donde lo permita el marco del texto legal. Otro ejemplo es el de considerar, con 335

asiduidad, como se hace en nuestro medio, que la frecuencia e intensidad con que es cometido un delito durante un periodo, hace necesaria la modificación de la ley. La simple modificación de ésta, ampliando su campo de aplicación o aumentando la severidad de la pena que prevé, no es la respuesta adecuada para controlar ese fenómeno social.

- 336 En el marco jurídico, esto implica que se haya estudiado el sistema normativo penal y el régimen de política criminal en que éste se fundamenta. Lo que permitiría detectar las deficiencias legislativas y el sentido en que deben ser corregidas. De lo contrario, sucederá, como acontece muchas veces entre nosotros, que se recurra a nociones y modelos legislativos foráneos para modificar o sustituir normas que, en buena cuenta, no han sido bien interpretadas ni aplicadas. Hecho que, con cierta frecuencia, está motivado por el afán de introducir categorías supervaloradas por su real o supuesta mayor modernidad. Lo que trae como consecuencia, por un lado, que se abandone totalmente, a pesar de su corrección básica, la estructura y los principios de la ley penal a modificar. Produciendo confusión entre quienes se habían familiarizado con su aplicación, efecto perverso de la modificación que hubiera sido evitado si se hubiera conservado el esquema original de la ley. Por otro, que se recurra a diversas fuentes legales con lo que se termina elaborando una ley que puede ser descrita como un mosaico variopinto y, en alguna forma, poco coherente.
- 337 Entre los factores no jurídicos, hay que considerar, por ejemplo, las condiciones materiales y personales para realizar una reforma penal, como la modificación del Código. El equipo de expertos constituido para elaborar un Proyecto deberá contar con la infraestructura necesaria para realizar con seriedad sus labores. Las cuales deben implicar, al menos, la elaboración de ponencias y su discusión adecuada para adoptar de manera progresiva los textos definitivos. Este método de trabajo no sólo evita la improvisación, sino que permite la redacción de las actas de las reuniones de la comisión. Además, da transparencia a su desempeño y produce una fuente de información necesaria para la interpretación futura de las normas que se adopten. Esta transparencia debe existir en todos los niveles del proceso, sobre todo en la etapa en que la propuesta de la comisión es transmitida al Ministerio de Justicia, en el que se decidirá si y en qué versión se remitirá el proyecto al Parlamento. De la misma manera, esta exigencia es imperativa en los trabajos de la Comisión Parlamentaria, para que se sepa quiénes, en calidad de asesores oficiales u oficiosos, intervienen en la redacción definitiva del texto que será discutido en el Congreso.

Por último señalemos que el factor primario y decisivo es la voluntad política para que, según claros criterios de política criminal, se lleve a cabo la reforma. La cual debe ser concebida no sólo como el acto legislativo para elaborar y dictar la ley de reforma, sino como un proceso que continua con la creación de las condiciones institucionales necesarias tanto para su aplicación, como para su posterior y adecuado desarrollo. 338

b. Antecedentes de la reforma

El CP de 1991 es el resultado de un largo proceso de reforma²⁷². El primer Proyecto data de 1984, seguido por otro de 1985, ambos fueron elaborados por la misma comisión; sin embargo, difieren bastante uno del otro. El primero era más conservador en la medida que sus autores se apegaron, sobre todo, al CP Tipo para Latinoamérica. El Proyecto de 1985 sigue, en particular en la parte general, al CP brasileño modificado en 1984 y, de manera restringida, al CP argentino reformado el mismo año y al CP uruguayo revisado en 1985. Esta influencia es particularmente importante en cuanto al sistema de sanciones penales: se modifica substancialmente la técnica de la doble vía y se introducen sanciones alternativas para las penas privativas de la libertad. El Proyecto de 1986 no difiere en lo esencial de lo que plantea el de 1985. 339

En 1990, una nueva comisión continuó los trabajos de reforma²⁷³, la cual elaboró un nuevo Proyecto (publicado en julio de 1990). Basado en el Proyecto de 1986, el de 1990 es de orientación diferente, siendo sus fuentes principales el CP alemán de 1975, el Proyecto alternativo alemán de 1962 y los proyectos españoles de 1980 y 1983. En razón a que el plazo fijado por el Parlamento, en la ley por la que delegaba facultades legislativas al Poder Ejecutivo, para que dictará el nuevo Código, había vencido, se designó una nueva comisión revisora. El resultado de los trabajos de ésta fue el Proyecto de enero de 1991, en el que se reproducen las propuestas del Proyecto anterior modificándolas, algunas veces, de manera insignificante. Este último Proyecto fue promulgado como Código Penal mediante el DLeg N° 635, del 3 de abril de 1991. 340

²⁷² ZUÑIGA RODRÍGUEZ, 1991, p. 515; GUZMÁN DÁLBORA, 1991, p. 635 ss.

²⁷³ Ley N° 23859, del 25 de octubre de 1984 y Ley N° 24911, del 8 de julio de 1988.

c. Concepción de política criminal

- 341 En la exposición de motivos del Código, se explica sucintamente el porqué de la reforma afirmando: “Es dable reconocer que el Código cuya vigencia cesa, constituyó en su época un paso trascendental en relación a las ciencias penales que le antecedieron. Sin embargo el paso irreversible del tiempo, con los nuevos avances doctrinales y la explosiva realidad social del país estremecieron su estructura funcional. El fenómeno criminal con los índices alarmantes y las nuevas modalidades violentas de la desviación social presionaban por mejores propuestas de reacción punitiva”²⁷⁴. De este confuso lenguaje parece deducirse, primero, que se consideró que los criterios doctrinales en que se fundaba el CP de 1924 habían sido largamente superados y que, por tanto era necesario actualizarlos.
- 342 Siguiendo la evolución de las ideas penales, podría decirse que las concepciones causalistas debían ser remplazadas por las concepciones finalistas. Sin tener en cuenta que la reforma del Código alemán de 1871, en 1975, fue influenciada sólo de modo excepcional (en lo referente a la regulación del error) por la discusión entre los defensores de las concepciones mencionadas y que duró largas décadas. Segundo, que las nuevas formas de criminalidad y su carácter violento exigían que se modificara el sistema de penas del Código. Ámbito en el que se produjeron los cambios substanciales que se introdujeron en el CP alemán, gracias al trabajo de los autores del Proyecto alternativo, preocupados sobre todo por cuestiones de política criminal. Esperemos que la reforma del CP de 1991 no sea ocasión para que se pretenda, por parte de ciertos iniciados, recurrir a criterios funcionalistas, sólo en razón al hecho de que están en boga y, por tanto, sin tener en cuenta si han logrado constituirse en doctrina dominante, si su aplicación ha dado buenos resultados en los países en que hayan sido recogidos en la ley penal y sin adecuarlos a nuestro medio.
- 343 Los autores del Proyecto final, con el fin de explicar cuál debía ser el contenido del nuevo Código, sostuvieron que la empresa de la reforma “debería abocarse no solamente a adaptar el Código al sistema político dibujado por la Constitución sino, también a las nuevas realidades de nuestra sociedad y a los avances que presenta (sic) en esta hora la política criminal, la dogmática penal, la criminología y la ciencia penitenciaria”²⁷⁵. Claro que en lo que piensan los reformadores es en los estudios dogmáticos y de campo efectuados en el extranjero y, sobre todo, en Alemania, puesto que el CP

²⁷⁴ CP de 1991, p. 6.

²⁷⁵ CP de 1991, p. 6.

de 1924, a pesar de su larga vida, no fue estudiado de modo suficiente ni tampoco investigó nuestra realidad delictiva y, por tanto, no se formularon propuestas globales sobre la orientación que debía tener su reforma. En la misma situación nos encontramos en el momento en que se inicia un nuevo proceso con miras a modificar o sustituir el CP de 1991 antes de que haya alcanzado la adolescencia.

Limitándonos a la Parte General del Código, señalemos que tres de los aspectos destacados en la exposición de motivos se refieren, primero, a la nueva regulación del error de tipo legal y del error de prohibición siguiendo el modelo del CP alemán. Así, se abandonó la deficiente regulación prevista en el CP de 1924, establecida conforme a los criterios de error de hecho y error de derecho²⁷⁶. Segundo, a la incorporación del mal denominado “error de comprensión culturalmente condicionado” para eliminar el trato indebido dado a los indígenas y nativos de la Selva por el Código derogado²⁷⁷. Por último, al sistema de penas, considerado como positivamente innovador²⁷⁸. 344

La adopción del Código vigente no constituyó el abandono del modelo suizo que inspiró al legislador de 1924. En realidad, muchas de sus disposiciones no llegaron a ser correctamente comprendidas ni aplicadas y, sobre todo, su orientación fue modificada de manera paulatina, en favor de una concepción cada vez más retributiva, por innumerables cambios que se realizaron tanto en la parte general como en la especial. No extraña, en consecuencia, que los autores de los diferentes proyectos hayan optado por diversos criterios: desde el tecnicismo jurídico inspirado por el CP Tipo para Latinoamérica en los primeros proyectos, hasta la recepción, en los proyectos finales, de disposiciones de múltiples códigos y proyectos, tanto europeos como latinoamericanos. La tendencia ha sido la de siempre: importar las disposiciones legales foráneas estimadas como las más modernas, apreciación hecha sobre la base del simple texto y sin analizar los resultados obtenidos por su aplicación en el país de origen. Esto es, en particular, criticable en la recepción de las normas de los Códigos de Brasil y de Portugal referentes al sistema de penas, sin un conocimiento cabal de las legislaciones de estos países ni de su funcionamiento concreto. 345

²⁷⁶ CP de 1991, p. 7.

²⁷⁷ CP de 1991, p. 7.

²⁷⁸ CP de 1991, p. 8 ss.

8. Legislación penal de 1991 a 2003

- 346 El Código ha sido objeto, casi desde su entrada en vigencia, de una serie de modificaciones tanto de la parte general como de la especial. De la misma manera que, con respecto al CP de 1924, la orientación ha sido acentuar su aspecto represivo y el resultado obtenido, una desnaturalización de las orientaciones seguidas en su elaboración.
- 347 Sin pretender enumerar de manera exhaustiva esas modificaciones, señalemos algunas de ellas. En cuanto a la parte general, cabe resaltar la dación de las normas siguientes:
- Ley N° 25384, del 19 de diciembre de 1991, sobre la exención y reducción de penas, previstas en los art. 20 y 21, respecto a los partícipes en los delitos previstos en las Secciones II, III y IV del Capítulo II del Libro Segundo del Código.
 - DL N° 25499, del 12 de mayo de 1992, sobre beneficios de reducción, exención, remisión o atenuación de la pena, a los responsables por delitos de terrorismo.
 - DLeg N° 899, del 26 de mayo de 1998, sobre la represión del denominado pandillaje pernicioso.
 - DLeg N° 654, del 2 de agosto de 1991, por el cual se dictó el CEP, regulándose en un cuerpo unificado la aplicación de las penas.

Respecto a la parte especial, hay que señalar las siguientes disposiciones:

- Ley N° 27636, del 16 de enero de 2002, Capítulo V del Título XIV-A del Libro Segundo del Código, relativo a los delitos de manipulación genética.
- DL N° 26122, del 30 de diciembre de 1992, denominado Ley sobre la represión de la competencia desleal.
- DL N° 25592, del 26 de junio de 1992, que prevé la pena privativa de libertad para funcionarios o servidores públicos que priven a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tengan como resultado su desaparición.
- Ley N° 26461, del 24 de mayo de 1995, Ley de los delitos aduaneros (derogada y reemplazada por la Ley N° 28008, del 19 de junio de 2003).

- DLeg N° 813, del 19 de abril de 1996, llamada Ley Penal Tributaria.
- Ley N° 26478, del 31 de mayo de 1995, por el cual se dispuso la exclusión del beneficio de indulto a los autores de secuestro agravado.
- Ley N° 26248, del 12 de noviembre de 1993, se amplió la Ley de arrepentimiento a las personas involucradas, procesadas, sentenciadas por los delitos de terrorismo o de traición a la patria, a excepción de los que pertenezcan a un grupo de dirigentes de una organización terrorista.
- Ley N° 26508, del 20 de julio de 1995, se previó el inconstitucional delito de traición a la patria.

En el dominio del procedimiento penal, diversas disposiciones fueron dictadas tratando de mejorar y hacer más eficaz la realización de los procesos: 348

- DL N° 25582, del 22 de junio de 1992, sobre el procedimiento especial en relación con los casos de colaboración eficaz.
- Ley N° 26320, del 2 de junio de 1994, referente a la terminación anticipada del proceso cuando, en una audiencia especial, el imputado admite los cargos y se logra, con la aceptación del fiscal, un consenso sobre la pena; el juez dicta sentencia ateniéndose a este acuerdo (modelo italiano del *pattergiamento* y de la ley colombiana).
- Ley N° 28008, del 19 de junio de 2003, deroga y reemplaza la Ley N° 26461 que prevé los delitos aduaneros.
- DL N° 25708 y DL N° 25744, del 13 de agosto y 27 de septiembre de 1992, respectivamente, calificación de ciertos actos terroristas como delitos de traición a la patria y el juzgamiento de los imputados por el fuero militar.
- Ley N° 26248, del 25 de noviembre de 1993, Ley N° 26671, del 12 de octubre de 1996 y Ley N° 26655, del 17 de agosto de 1996, modificación parcial del procedimiento de los delitos de terrorismo, restablecimiento del recurso de revisión sin nueva prueba, exclusión de la condena en ausencia, corrección del ejercicio del hábeas corpus, supresión de los jueces sin rostro y admisión de conceder la liberación condicional.
- Ley N° 26447, del 20 de abril de 1995, los procesos por delitos de terrorismo, previstos en el DL N° 25475, estarán a cargo de los magistrados correspondientes conforme a las normas procesales y orgánicas vigentes.

- Ley N° 26950, del 19 de mayo de 1998, autorización al Poder Ejecutivo a legislar sobre Seguridad Nacional.
- DLeg N° 895, 896 y 899, de mayo de 1998, en los que se reguló el denominado delito de terrorismo agravado, se agravaron las penas de ciertos delitos comunes y se previó el llamado pandillaje pernicioso con relación a los adolescentes infractores. Se dispuso que los delitos previstos en las dos primeras leyes fueran de la competencia del fuero militar. La fase de la instrucción de este procedimiento, marcadamente inquisitivo, debía demorar un máximo de 20 días (prorrogables en diez) y la competencia para la represión era nacional y no según el foro de comisión.
- DLeg N° 638, del 25 de abril de 1991, llamado CPP, cuya vigencia fue suspendida (salvo la de alguna de sus disposiciones) con la finalidad de que sea adecuado a las disposiciones de la Constitución de 1993.
- Ley N° 27378, del 21 de diciembre de 2000, beneficios por colaboración eficaz en el campo de la criminalidad organizada.
- Ley N° 27379, del 21 de diciembre 2000, ampliación de las facultades de la Fiscalía y del Fiscal de la Nación para realizar investigaciones preliminares y solicitar medidas excepcionales limitativas de derechos.
- Ley N° 27411, del 17 de enero de 2001, procedimiento especial para los casos de homonimia.
- Ley N° 27454, del 24 de mayo 2001, prohibición de la *reformatio in pejus*, admitido de manera amplia por la jurisprudencia.
- Ley N° 27553, del 13 de noviembre 2001, modificación de los plazos de prisión preventiva (art. 137 CdePP) y de la etapa de la instrucción (art. 202 CdePP).
- Ley N° 27652, del 24 de enero 2002, recusación de jueces y medidas cautelares (art. 33 a 36 y 95 del CdePP).
- Ley N° 27697, del 12 de abril 2002, toma de conocimiento y el control de las comunicaciones de las personas concernidas por una imputación penal en el marco de una investigación penal o judicial.
- Ley N° 27765, del 20 de julio de 2002, Ley Penal contra el Lavado de Activos, represora de los actos de conversión y transferencia, ocultamiento y tenencia de dinero, bienes, efectos o ganancias de procedencia delictiva; así mismo, de la omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas.

- Ley N° 27834, del 21 de setiembre 2002, derecho del procesado a no ser sometido al interrogatorio de la instructiva y a que su negativa a responder no constituye prueba de cargo.
- DLeg N° 922, del 11 de febrero 2003, nulidad de los procesos por traición a la patria, realizados en la jurisdicción castrense.
- DLeg N° 926, del 20 de febrero 2003, anulación de oficio de la sentencia, juicio oral y acusación en los procesos penales que llevaron a cabo vocales y fiscales sin rostro.
- Ley N° 27939, del 12 de diciembre 2003, alcances de la punición respecto a las faltas y el procedimiento a seguir.
- Ley N° 27936, del 28 de enero de 2003, modificación del art. 20, inc. 3, lit. b del Código, que regula la legítima defensa, particularmente sobre el requisito de la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la атаque ilícito.

9. Legislación penal de 2004 a 2010.

Entre los años 2004 a 2010, el sistema penal ha sido, casi siempre por cuestiones coyunturales, modificado y, así, se ha acentuado la función simbólica del derecho penal. 349

- Ley N° 26320, del 02 de junio de 2004, modificación del art. 298, párrafo final, relativo a la represión de la microcomercialización y microproducción de drogas y estupefacientes; establecimiento de un procedimiento para la terminación anticipada de los procesos penales en materia de tráfico ilícito de drogas y los beneficios penitenciarios correspondientes.
- Ley N° 28492, del 18 de marzo de 2005, referente al art. 418, que reprime el delito de prevaricato.
- DLeg N° 959, del 16 de agosto de 2004, modifica el CdePP: arts. 16 (facultades de la Corte Suprema), 20 (acumulación y desacumulación procesal), 33 y 34 (trámite de la inhibición y la recusación, y el plazo para su interposición), 57 (facultades de la parte civil), 90 (incidencias), 217 (poder disciplinario de la Sala de juzgamiento), 232 (solicitudes probatorias y medios de defensa), 243 (alegato de apertura e interrogatorio fiscal), 244, 246 y 247 (examen e interrogatorio del acusado), 256 (examen especial de testigos y acusados), 262 (oralidad de la prueba documental), 292 (resoluciones recurribles en nulidad),

297 (recurso de queja), 300 (recurso de nulidad), 362, 364 y 365 (legitimación, trámite y efectos de la demanda de revisión). Así mismo, se incorporaron los arts. 34-A (rechazo *in limine* de la recusación e inhibición), 188-A (nulidad de transferencias), 285-A (principio de correlación entre acusación y sentencia, y posibilidad de modificación de la calificación penal) y 301-A (precedente obligatorio, sentencias y acuerdos plenarios).

- Ley N° 28704, del 05 de abril de 2006, relativo a los delitos sexuales, se aumentan severamente las penas y se fija un nuevo régimen de beneficios penitenciarios.
- Ley N° 28726, del 05 de mayo de 2006, se reincorpora al sistema penal peruano las figuras de la reincidencia y habitualidad (art. 46, incs. 12 y 13, arts. 46-B y 46-C, correspondientes a la individualización de la pena), modifican las reglas del concurso ideal de delitos (art. 48), de la conversión de las penas limitativas de derechos a privativa de libertad (art. 55) y del cómputo de la prescripción en los casos de reincidencia (art. 440); se cambia el quantum económico que delimita el delito de la falta en el caso del hurto simple y de los daños.
- Ley N° 28730, del 20 de abril de 2006, modificación del art. VIII, referido a la prohibición de exceso en la imposición de la pena que, según dicha norma, no regiría para los casos citados; incorporación de un párrafo final al art. 69, relativo a la rehabilitación automática.
- Ley N° 28760, del 14 de junio de 2006, agravación de las penas de los delitos de sustracción de menor (art. 147), secuestro (art. 152) y extorsión (art. 200) e improcedencia de beneficios penitenciarios para estos dos últimos.
- Ley N° 28950, del 16 de enero de 2007, Ley contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, modificación de los arts. 153 y 153-A (delito de trata de personas), art. 303-A, art. 303-B (delito de tráfico ilegal de migrantes, en sus formas básicas y agravadas).
- DLeg N° 985, del 22 de julio de 2007, modificó los arts. 3, 4 y 6-A del DL N° 25475 (delito de terrorismo), declarando improcedentes los beneficios penitenciarios para los autores de este delito.
- DLegs N° 987, 988 y 989, del 22 de julio de 2007, modificaron la Ley N° 27378 (beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada), la Ley N° 27379 (procedimiento para adoptar medidas limitativas de derechos en la investigación preliminar) y la

Ley N° 27934 (intervención de la PNP y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito).

- DLeg N° 990 y 991, del 22 de julio de 2007, modificaron el Código del niño y adolescentes, en la parte referida al pandillaje pernicioso; y la Ley N° 27934 que faculta al fiscal para reintervenir y controlar comunicaciones y documentos privados.
- DLeg N° 992, del 22 de julio de 2007, reguló el proceso de pérdida de dominio, que constituye una figura procesal por la cual se puede discutir la viabilidad de la extinción, a favor del Estado, de los derechos y/o títulos de bienes de procedencia ilícita.
- DLeg N° 1034, del 25 de junio de 2008, Ley de prohibición y sanción administrativa de las conductas anticompetitivas en el mercado, se derogan los arts. 232, 233 y 241, inc. 3, relativos a los delitos de abuso de poder económico en el mercado, acaparamiento y licitaciones colusorias, respectivamente.
- DLeg N° 1044, del 26 de junio 2008, aprobó la Ley de represión de la competencia desleal, eliminando los arts. 238, 239 y 240, que peveían los delitos de publicidad engañosa, el fraude a los consumidores en la venta de bienes o prestación de servicios y el delito de competencia desleal, respectivamente.
- Ley N° 29263, del 02 de octubre de 2008, modificación de los arts. 217, 218, 221 y 224, incorporándose los arts. 220-A, 220-B, 220-C, 220-D, 220-E, 220-F y 444-A, relativos a los delitos contra los derechos del autor y contra la propiedad industrial; modificación del Título XIII, relativo a los delitos ambientales.
- Ley N° 29307, del 31 de diciembre de 2008, modificación del art. 198 y 245 (delito de administración fraudulenta y al delito financiero de ocultamiento, omisión o falsedad de la información) e incorporación del art. 198-A, sobre la represión del auditor de la persona jurídica que no haga constar en su informe de auditoría la existencia de distorsiones o tergiversaciones significativas en la información contable-financiera de ésta.
- Ley N° 29439, del 19 de noviembre de 2009, modificación de los arts. 22, 36 inc. 7, 111, 124, 274, 368, 408 e incorporación de los arts. 274-A, 279-F; además, la puesta en vigencia, en todo el país, de los art. 210, inc. 4 y 213 del NCPP, relativos al registro de personas y al examen corporal para la prueba de alcoholemia.

- Ley N° 29460, del 27 de noviembre de 2009, abolición de la pena de expatriación.
- Ley N° 29499, del 19 de enero de 2010, Ley de la vigilancia electrónica, incorporación del art. 29-A y modificación del art. 52, relativos a la tipificación y ejecución de la pena de vigilancia electrónica personal, y a la conversión de la pena privativa de libertad.
- DLeg N° 1094, del 01 de septiembre de 2010, Nuevo Código Penal Militar Policial.
- DLeg N° 1095, del 01 de septiembre de 2010, regula el empleo y uso de la fuerza por parte de las FFAA en el territorio nacional.
- DLeg N° 1096, del 01 de septiembre de 2010, modifica la Ley N° 29182, del 11 de enero de 2008, de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial.
- DLeg N° 1097, del 01 de septiembre de 2010, regulación de la aplicación de normas procesales para delitos de violación de derechos humanos y su sobreseimiento. Norma derogada por la Ley N° 29572, del 15 de septiembre de 2010.
- Ley N° 29583, del 18 de septiembre de 2010, modificación de los arts. 186, 195, 206, 281 y 283, para reprimir los actos contra los servicios públicos.
- Ley N° 29604, del 22 de octubre de 2010, modificación de los arts. 48-B y 46-C y el art. 46 del CEP.
- Ley N° 29632, del 17 de diciembre de 2010, incorporación del art. 288-C, que reprime la producción y comercialización de bebidas alcohólicas ilegales.

Respecto a la vigencia del Nuevo Código Procesal Penal de 2004, y a la normativa que dispuso su implementación progresiva en los distritos judiciales del país, cabe resaltar:

- DLeg N° 957, del 28 de julio de 2004, promulgación del NCPP²⁷⁹, elaborado por la Comisión de Alto Nivel creada mediante DS N° 005-2003-JUS, del 14 de marzo de 2003. En dicho código, se materializa el sistema procesal acusatorio, conforme a las disposiciones de la Constitución de 1993.

²⁷⁹ Consultar sobre el NCPP, SÁNCHEZ VELARDE, 2009, p. 10 ss.

- DLeg N° 958, del 29 de julio de 2004, puesta en vigencia progresiva del NCPP (actualmente, rige en gran parte de los 29 distritos judiciales, inclusive el distrito judicial de Lima, en materia relativa a ciertos delitos cometidos por funcionarios públicos).
- DS N° 013-2005-JUS, del 08 de octubre de 2005, se aprobó el plan de implementación y calendario oficial de la aplicación progresiva del NCPP; planificación que se ha visto actualizada por sendos DS N° 007-2006-JUS, 005-2007-JUS, 016-2009-JUS y 016-2010-JUS, publicados el 04 de marzo de 2006, el 05 de mayo de 2007, el 21 de noviembre de 2009 y el 30 de septiembre de 2010, respectivamente²⁸⁰.
- Ley N° 28460, del 11 de enero de 2005 (ratificada por Ley N° 28671, del 31 de enero de 2006), se modificó el inc. 4 de la Primera Disposición Final del NCPP, señalándose que, a partir del 01 de febrero de 2006, entrarían en vigencia los arts. 468 a 471, que regulan el proceso de “terminación anticipada”, y el Libro Séptimo “La Cooperación Judicial Internacional”.
- Ley N° 28482, del 03 de abril de 2005, vigencia de los arts. 39 a 41, que regulan el procedimiento de “transferencia de competencias”.
- Ley N° 28679, del 22 de marzo de 2006, vigencia de los arts. 173, inc. 2, relativo a las entidades encomendadas a realizar la “labor pericial” y el 321, inc. 2, referido a los órganos encargados de prestar “asistencia a la Fiscalía”.
- Ley N° 28950, del 16 de enero de 2007, vigencia del art. 341, relativo a la actividad de investigación del “agente encubierto”.
- Ley N° 29372, del 09 de junio de 2009, vigencia de los arts. 259 y 260, relativos a la “detención policial” y al “arresto ciudadano” en todos los distritos judiciales del país.
- Ley N° 29439, del 19 de noviembre de 2009, vigencia de los arts. 210, inc. 4, sobre el “registro de personas” y 213, relativo “al examen corporal para la prueba de alcoholemia”.
- Ley N° 29569, del 25 de agosto de 2010, modifica el art. 259, vigente en todo el país, sobre la detención policial y la flagrancia delictiva.

²⁸⁰ La Primera Disposición Final, numeral 2, del NCPP, modificada por el art. 1 de la Ley N° 28671 (del 31 de enero de 2006) estableció que: “El día 1 de julio de 2006 se pondrá en vigencia este Código en el Distrito Judicial designado por la Comisión Especial de implementación, creada por DLeg N° 958. El Distrito Judicial de Lima será el distrito judicial que culmine la aplicación progresiva de este Código”.

- Ley N° 29574, del 17 de septiembre de 2010, dispone la aplicación del NCPP a los delitos cometidos por funcionarios públicos, y partícipes, en el distrito judicial de Lima. Los delitos objetos de procesamiento serán los tipificados en las Secciones II, III y IV (arts. 382 al 401), del Capítulo II, del Título XVIII del Código, y conexos a éstos.
- DS N° 016-2010-JUS, del 30 de septiembre de 2010, dispone la modificación del Calendario Oficial de aplicación progresiva del NCPP, fijándose la culminación del proceso de implementación el 01 de octubre de 2013, mediante la puesta en vigencia del NCPP en el distrito judicial de Lima.
- Ley N° 29648, del 01 de enero de 2011, establece que la aplicación del NCPP a los delitos cometidos por funcionarios públicos –conforme regula la Ley N° 29574– se iniciará el año 2011 en los distritos judiciales: de Lima (15 de enero de 2011), Lima-Norte, Lima-Sur y Callao (01 de abril de 2011), y en los aún no ha entrado en vigencia el NCPP (01 de junio de 2011).

10. Sentencias y acuerdos plenarios vinculantes

- 350 Mediante el DLeg N° 959, del 17 de agosto de 2004, se introdujo en el CdePP el art. 301-A, en el que se dispone la conformación de Plenos Jurisdiccionales de las Salas Supremas en lo Penal para que, conforme el art. 22 y 116 del TUO de la LOPJ, se dicten sentencias y adopten acuerdos plenarios.
- 351 El I Pleno Jurisdiccional tuvo lugar el 30 de septiembre de 2005. Se adoptaron los siguientes acuerdos:
- AP N° 01-2005/ESV-22, referido a los temas siguientes: a) la capacidad del tribunal de modificar la calificación jurídica del hecho objeto de acusación a condición de concederle al imputado la posibilidad de defenderse, conciliándose el principio acusatorio y el derecho a conocer la imputación; b) el alcance del verbo típico “aceptar” en el delito de cohecho pasivo; c) la imposibilidad de valorar la confesión sincera al momento de fijarse la cuantía de la reparación civil, al fundamentarse ésta en la producción de un daño indemnizable; d) la víctima del delito - declarada en sentencia condenatoria firme-, no requiere haber sido previamente constituida en parte civil en el proceso penal para intervenir en la fase de ejecución de sentencia.
 - AP N° 02-2005/CJ-116, relativo a los criterios probatorios para la valoración de la sindicación de los coimputados y agraviados;
 - AP N° 03-2005/CJ-116, se trató sobre la agravante específica de la pluralidad de agentes en el delito de tráfico ilícito de drogas.

- AP N° 04-2005/CJ-116, sobre los elementos típicos del delito de peculado doloso y culposo.
- SP N° 01-2005/DJ-301-A, se acordó que el criterio que permite determinar el momento consumativo del delito de hurto es el de la disponibilidad potencial sobre la cosa sustraída.
- SP N° 02-2005/DJ-301-A, se fijaron criterios interpretativos sobre el art. 6, respecto a la sustitución de penas en fase de ejecución de sentencia en caso de una nueva ley penal más favorable al condenado.

En el II Pleno Jurisdiccional del 13 de octubre de 2006, se aprobaron los siguientes acuerdos: 352

- AP N° 01-2006/ESV-22 referente a diversas materias: a) los alcances típicos del delito de colaboración terrorista, previsto en el art. 4 del DL N° 25475; b) los presupuestos y requisitos de la prueba indiciaria de cara a enervar la presunción constitucional de inocencia; c) la garantía del juez predeterminado por ley y la fijación de que la competencia territorial se determina en función del principio de ubicuidad.
- AP N° 02-2006/CJ-116, se resolvió que, en los casos de conflicto de leyes penales en el tiempo, se pueden combinar las leyes, tomando de cada una de ellas los aspectos más favorables. Este razonamiento es cuestionable desde la perspectiva constitucional²⁸¹.
- AP N° 03-2006/CJ-116, se trató del ejercicio del derecho a las libertades de expresión e información y su conflicto con el derecho al honor.
- AP N° 04-2006/CJ-116, se analizó el principio de cosa juzgada en relación con el delito de asociación ilícita para delinquir.
- AP N° 05-2006/CJ-116, se fijaron presupuestos y requisitos en la declaratoria de contumacia en la etapa del juicio oral.
- AP N° 06-2006/CJ-116, se establecieron reglas interpretativas para determinar la responsabilidad civil en los delito de peligro.
- AP N° 07-2006/CJ-116, se planteó la cuestión de la identificación del imputado en relación con el inicio de la instrucción y de la imposición de una requisitoria con el objeto de evitar casos de homonimia.

En el III Pleno Jurisdiccional del 16 de noviembre de 2007, se emitieron los siguientes acuerdos: 353

²⁸¹ Ver *infra* N° 786 ss., conforme habremos de desarrollar en el capítulo correspondiente a la aplicación de la ley penal en el tiempo.

- AP N° 01-2007/ESV-22, relativo a: a) el contenido del *ne bis in idem* y las relaciones entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, enfatizándose la independencia de la administración para procesar y sancionar administrativamente a un funcionario o servidor público que haya incurrido en falta disciplinaria, toda vez que ello tiene fundamento distinto y finalidad diferente a la intervención penal; b) el alcance de tipo penal de omisión o retardo de actos funcionales, respecto de las obligaciones de la PNP y sus relaciones con el Ministerio Público; c) y d) la imposibilidad que la jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios sean aplicados retroactivamente por imperativo del principio de legalidad.
- AP N° 02-2007/CJ-116, referente al valor probatorio de la pericia no ratificada, acordándose que la ausencia de examen o ratificación pericial no anula necesariamente lo actuado ni excluye al dictamen o informe pericial de la masa probatoria por valorar.
- AP N° 03-2007/CJ-116, relacionado con la presunta pérdida de la imparcialidad judicial de los magistrados que, conociendo la causa de un imputado, son recusados al encontrarse demandados por éste mediante habeas corpus, amparo o sujetos de queja disciplinaria; se acordó también que la sola presentación de la recusación no justifica su estimación por el juez recusado.
- AP N° 04-2007/CJ-116, referente a la aplicación del art. 285-A del CdePP y a la desvinculación procesal que puede practicar el tribunal de oficio, respecto de los hechos postulados en la acusación escrita - sea porque existiese un error de subsunción normativa según la acusación o porque concurra en el hecho acusado una circunstancia que modifica la responsabilidad no comprendida en la acusación-, debiéndose conceder a las partes la posibilidad de pronunciarse al respecto y ofrecer nuevas pruebas, en razón del principio de contradicción.
- AP N° 05-2007/CJ-116, se acordó que frente a la impugnación interpuesta por el sentenciado, el Tribunal tiene la facultad de variar el grado de consumación del delito (de tentativa a delito consumado), el grado de participación (de cómplice secundario a primario o de instigador a autor), la pena (de principal a accesoria o viceversa); así como que subsanar el error contenido en la decisión impugnada no debe perjudicar la situación jurídica del condenado recurrente ni extender las consecuencias jurídicas que le han sido impuestas, por respeto del principio de la *reformatio in peius*.

- AP N° 06-2007/CJ-116, respecto a la posibilidad que la Corte Suprema conozca de un recurso de nulidad en el procedimiento sumario vía recurso de queja excepcional, se estableció la suspensión del cómputo de la prescripción en el periodo comprendido entre la interposición del recurso de queja y la remisión a la Sala Superior de la ejecutoria suprema estimatoria de dicho recurso - por el cual se concede el recurso de nulidad.
- AP N° 07-2007/CJ-116, se dispuso una peculiar interpretación del art. 173, inc. 3 -modificado por Ley N° 28704, sobre delitos sexuales- respecto a la determinación judicial de la pena. Este acuerdo fue dejado sin efecto por el AP N° 04-2008/CJ-116 del 18 de julio de 2008.
- AP N° 08-2007/CJ-116, se fijaron diferencias entre las agravantes del delito de robo, referidas a la pluralidad de agentes y a la actuación delictiva como integrante de una organización criminal.
- AP N° 09-2007/CJ-116, se decidió acerca del plazo de prescripción de la acción penal para los delitos sancionados con pena privativa de libertad temporal y de cadena perpetua, según el pf. 4 del art. 80, en el sentido de que dicho cómputo -según el citado dispositivo- sólo opera en relación con el plazo ordinario de prescripción de la acción penal, por tanto, no excluye su cómputo extraordinario; en consecuencia, respecto de los primeros, el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años, y en el caso de la cadena perpetua será de cuarenta y cinco años.

El IV Pleno Jurisdiccional del 18 de julio de 2008, adoptó los siguientes acuerdos: 354

- AP N° 01-2008/CJ-116, sobre las discutibles figuras de la reincidencia y habitualidad, incorporadas al Código mediante Ley N° 28726, del 05 de mayo de 2006, y su relevancia para la determinación de la pena.
- AP N° 02-2008/CJ-116, referente a la pena de rehabilitación y las reglas para su ejecución.
- AP N° 03-2008/CJ-116, en el que se indica que el “correo de drogas” es un caso del tipo básico del tráfico ilícito de drogas (art. 296) y no una agravante de la pluralidad de agentes contenido en el inc. 6 de dicho artículo, lo cual no excluye la aplicación de otra agravante de ser el caso.
- AP N° 04-2008/CJ-116, en el que se analizan con detenimiento el instituto procesal de la conformidad o conclusión anticipada del juzga-

miento, la oportunidad procesal para acogerse a dicho instituto y el beneficio de reducción de pena para el sentenciado conformado, la posibilidad de juzgamiento para los acusados no conformados, la conformidad sobre el objeto civil del proceso y las facultades del tribunal para el dictado de la sentencia conformada.

355 En el V Pleno Jurisdiccional, realizado el 13 de noviembre de 2009, se emitieron los siguientes acuerdos:

- AP N° 01-2009/CJ-116, sobre la responsabilidad penal de las rondas campesinas.
- AP N° 02-2009/CJ-116, concerniendo los efectos de la regularización tributaria por parte del deudor tributario, según prevé el art. 189 del Código Tributario, modificado por Ley N° 27038 -en concordancia con los arts. 7 y 8 de la Ley Penal Tributaria y su modificación por el NCPP - y los requisitos para su procedencia como causal de exclusión de la punibilidad (regulación voluntaria, pago total de la deuda tributaria o devolución íntegra del beneficio tributario ilícitamente obtenido).
- AP N° 03-2009/CJ-116, relativo a la manera de distinguir el delito de robo agravado del delito de asesinato y a las lesiones como agravante en el delito de robo.
- AP N° 04-2009/CJ-116, sobre la determinación de la pena en casos de concurso real.
- AP N° 05-2009/CJ-116, relacionado con el tratamiento del proceso especial de terminación anticipada en el NCPP, los beneficios procesales de su acogimiento por el imputado y los recursos legales previstos frente a su aceptación y resolución.
- AP N° 06-2009/CJ-116, dedicado al control de la acusación fiscal, en el marco del sistema previsto en el CdePP y el NCPP, y la exigencia que exprese como objeto del proceso hechos claros, precisos y circunstanciados.
- AP N° 07-2009/CJ-116, trata de la posición de la persona jurídica, su papel en el proceso penal y las consecuencias accesorias que se le pueden aplicar (art. 105).
- El AP N° 08-2009/CJ-116, relativo a la prescripción de la acción penal en los casos de concurrencia tanto de la agravante genérica por la condición del sujeto activo, funcionario público (art. 46-A -incorporado

por Ley N° 26758, modificado por el DLeg N° 982), como en casos de existencia de delito continuado y/o delito masa.

- AP N° 09-2009/CJ-116, referente al delito de desaparición forzada, sus características, y su naturaleza de delito permanente.
- AP N° 10-2009/CJ-116, sobre la ejecución de la pena de inhabilitación fijada mediante sentencia condenatoria y los efectos de su impugnación. En el que se indica que, en caso de las actuaciones judiciales según el NCPP, la pena de inhabilitación no se ejecuta sino hasta que la sentencia condenatoria sea definitiva; mientras que, por el contrario, si se procede de acuerdo con el CdePP, se admite su ejecución inmediata o provisional, conforme al art. 330 de este código.

Por último, en el VI Pleno Jurisdiccional, realizado el 16 de noviembre de 2010, se emitieron los siguientes acuerdos: 356

- AP N° 01-2010/CJ-116, sobre la problemática de la institución de la prescripción.
- AP N° 02-2010/CJ-116, referente a la concurrencia de circunstancias agravantes específicas de distinto grado y su problemática en la determinación judicial de la pena.
- AP N° 03-2010/CJ-116, sobre los problemas actuales del delito de lavado de activos.
- AP N° 04-2010/CJ-116, respecto a la audiencia de tutela, prevista en el NCPP.
- El AP N° 05-2010/CJ-116, sobre la medida restrictiva de derechos para la obtención de fuentes de prueba y medida cautelar de la incautación procesal.
- AP N° 06-2010/CJ-116, sobre la acusación directa y el proceso inmediato en el NCPP.

