

## REFLEXIONES SOBRE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

José Hurtado Pozo

**SUMARIO:** I. Introducción II. Ejemplos de reformas penales 1. Reforma alemana 2. Reforma francesa 3. Reforma suiza 4. Reformas en América Latina A. Anteproyecto ecuatoriano B. Anteproyecto boliviano C. Proyecto peruano D. Apreciación del proyecto peruano III. Conclusión

### I. INTRODUCCIÓN

Un código penal puede convertirse en un obstáculo para el eficaz funcionamiento del sistema de control penal. En particular, si sus disposiciones resultan anacrónicas o incompletas y los órganos oficiales encargados de aplicarlos son incapaces de interpretarlas y aplicarlas con gran iniciativa de interpretación creativa. Estas deficiencias son generalmente el resultado de los cambios sociales sustanciales que condicionan igualmente el desarrollo de la delincuencia. Así, se produce el «envejecimiento» de las soluciones dadas tanto en la regulación de las condiciones de punición y de las sanciones penales como en la falta de incriminación de nuevas formas de delincuencia.

Estas deficiencias son apreciadas y valoradas de conformidad con la perspectiva de política criminal que se adopte. Esta perspectiva es adecuada en la medida en que se conozca la realidad delictiva. En nuestro medio, generalmente, se carece

de la información indispensable para determinar la necesidad y la orientación que debe darse a la reforma penal<sup>1</sup>. A pesar de los loables esfuerzos en llevar adelante la reforma impostergradable no se llega a establecer una estrategia adecuada. Al menos, se debería lograr establecer los aspectos respecto a los cuales las disposiciones del código son consideradas incompletas o insuficientes. Estas insuficiencias explican, por un lado, que se promuevan una serie de iniciativas tanto para modificar sendas disposiciones del código como para introducir nuevas disposiciones incriminadoras y, de otro, que no se logre concebir una estrategia eficaz para efectuar una reforma global e innovadora del código.

Los trabajos de reforma que se llevan actualmente a cabo están orientados, sobre todo, por los resultados de los estudios dogmáticos y de la experiencia práctica de los órganos responsables del sistema de control penal directo. Mediante los primeros, los juristas ponen de manifiesto, de acuerdo a sus concepciones teóricas y valoraciones político-sociales, los vacíos, las contradicciones y las deficiencias de las disposiciones legales. Por lo que proponen que sean corregidas y completadas. Los jueces, fiscales y abogados constatan en su quehacer diario la dificultad con la que funciona el sistema debido a las carencias materiales y personales, pero también por las deficiencias de la ley. Respecto a estas últimas, se esfuerzan en superarlas mediante la interpretación o, ante la incapacidad de superarlas o imposibilidad de hacerlo, a plantear que la ley sea reformada.

Desde una perspectiva diferente, la misma exigencia de reforma se percibe por la frecuencia con la que políticos, sobre todo, parlamentarios presentan proyectos de ley para modificar alguna o algunas de las disposiciones del código penal. Propuestas que debidamente analizadas permiten detectar la verdadera motivación de sus promotores, que puede ser el oportunismo político o electorero y rara vez una verdadera necesidad de mejorar la ley.

A manera de ejemplo, señalemos que, en el periodo legislativo de octubre de 2008 hasta diciembre 2009<sup>2</sup>, fueron presentados en el Congreso 57 proyectos de ley en materia penal. De los cuales, 10 concernían cuestiones procesales penales o de ejecución penal. Entre los 47 proyectos penales, dos trataban de la reincidencia y de la incorporación de la pena de muerte respectivamente, los 45 restantes proponían insertar nuevas figuras penales, modificar las ya existentes o variar las

- 
- 1 Hasta donde estamos informados no se han efectuado investigaciones de campo sobre el sistema de control social, ni en particular sobre la delincuencia. Las informaciones estadísticas tampoco existen. Las publicaciones sobre criminología son muy pocas y de índole informativa, por ejemplo, Solís Espinoza 1988; Villavicencio 1997. Sobre política criminal, ver Prado Saldarriaga 1985.
  - 2 Apreciaciones realizadas teniendo en cuenta la información difundida en el portal del Congreso de la República del Perú, Actividad legislativa, Proyectos de ley: [http://www.congreso.gob.pe/mn/pro\\_ley.htm](http://www.congreso.gob.pe/mn/pro_ley.htm).

penas. Iniciativas presentadas a pesar que una comisión designada por el mismo Congreso está en tren de redactar un proyecto completo de código penal. El apresuramiento de los parlamentarios proponentes puede significar, por un lado, que existe urgencia de reprimir nuevos delitos o de sancionar más severamente algunos que se cometen con frecuencia. Por otro, significa que no se estima necesario modificar las disposiciones de la parte general. La tercera posibilidad sería la de que carecen de los conocimientos especializados, no están debidamente asesorados o que obran motivados por razones puramente políticas y electorales.

## II. EJEMPLOS DE REFORMAS PENALES

Toda comparación dicen que es una ofensa. Sin embargo, esto no es del todo exacto respecto al derecho comparado en la medida en que la experiencia ajena brinda enseñanzas interesantes<sup>3</sup>. Esto es particularmente cierto en el ámbito de las reformas penales. Sin embargo, esta comparación solo da resultados positivos en la medida en que se tengan en cuenta los diferentes contextos en que cada proceso de reforma tiene lugar. En el fondo, no se trata de otra cosa que de decepcionar modelos legales foráneos adecuándolos convenientemente a la realidad nacional.

### 1. Reforma alemana

Debido a la gran influencia que tienen entre nosotros las concepciones dogmáticas penales, no está demás recordar, aun brevemente, el gran proceso de reforma alemana que culminó con el reemplazo del viejo código de 1870 con el actual código de 1975<sup>4</sup>. La necesidad de llevarlo a cabo resultaba del desfase marcado de ese cuerpo legal tanto con la realidad social y política en que era aplicado como con los avances doctrinarios realizados. Esta situación dio lugar a la confrontación, indicada *grosso modo*, entre una corriente preocupada más en los problemas técnico jurídicos y basada en una concepción que puede ser calificada de conservadora<sup>5</sup> y otra promotora de nuevos criterios de política criminal, la misma que

---

3 Como ejemplo de este esfuerzo indispensable cabe recordar la *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts*, 16 volúmenes, 1902-1909.

4 La bibliografía sobre esta reforma es enorme; para los efectos informativos del presente trabajo basta referirse a Roxin, PG I, § 4, N. 15 ss., N. 27 ss., y a las obras allí citadas.

5 Entwurf eines Strafgesetzbuches, Bundesvorlage, Bonn 1962.

concretizó sus planteamientos en el Proyecto Alternativo de 1966<sup>6</sup> elaborado en particular por un conjunto de profesores alemanes y suizos<sup>7</sup>.

En razón al contexto social y político reinante en Alemania, se impuso la segunda corriente. Lo que significó un cambio sustancial de la orientación de la reforma. Así, sin abandonarlo del todo, se pusieron en segundo plano las preocupaciones técnico jurídicas, a tal punto que se llegó a afirmar que lo único que se recogió de la gran discusión entre causalismo y finalismo, fueron los criterios de esta última referentes al error. Las innovaciones fundamentales se hicieron sobre todo en el ámbito del sistema de sanciones penales, el mismo que fue renovado con la incorporación de una serie de proposiciones para evitar la imposición de penas privativas de libertas y, en especial, las de corta duración. Para lo cual, primero, se suprimió la pena de prisión inferior de seis meses y, segundo, se atribuyó un papel importante a la pena pecuniaria renovada, convirtiéndola casi en el pilar central del sistema de sanciones; se amplió el ámbito de aplicación de la condena condicional, se previó la dispensa de pena de prisión de hasta un año. Innovación significativa para la época fue la abolición de la pena de presidio (penitenciaría) por el carácter infamante que tenía.

En la parte especial, aplicando criterios dirigidos a descartar la influencia de factores moralizantes en la incriminación de ciertos comportamientos, se hicieron cambios sustanciales, por ejemplo, en el ámbito de las infracciones sexuales que dejaron de ser violaciones de las buenas costumbres para ser consideradas como atentados contra la integridad y la libertad sexuales. Pero también, frente al desarrollo de nuevas formas de comportamientos graves en relación con intereses sociales importantes, se planteó la previsión de nuevas incriminaciones, en particular en el dominio del derecho penal económico. Innovación que no fue inmediatamente admitida, pero que llegó a tener una gran influencia en las décadas posteriores con la dación de algunas leyes especiales.

## **2. Reforma francesa**

Por las peculiaridades del sistema francés y su poco conocimiento entre nosotros, debido al prejuicio generado por la orientación unilateral hacía los criterios alemanes, es interesante observar la evolución de la legislación penal gala. El código, vigente desde 1810<sup>8</sup> y varias veces modificado para actualizarlo, requería ser reformado de acuerdo a los nuevos criterios legislativos y a las exigencias impuestas

---

6 *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil*, 1966.

7 *Baumann* 1968.

8 *Pradel* 1999: 113 s.

por la evolución y el desarrollo de las conductas delictuosas<sup>9</sup>. Las críticas a la vieja legislación fueron también inspiradas por concepciones de política criminal, en especial las promovidas por la nueva defensa social. Una de las principales observaciones era la necesidad de «desjuridizar» la reacción penal, lo que implicaba el alejamiento del tradicional tecnicismo jurídico en favor de respuestas pragmáticas y adecuadas a la realidad<sup>10</sup>.

El nuevo del Código Penal de 1994, pero al que se le sigue designando como del Código Penal de 1810, se caracteriza por una mejor y moderna sistemática. Los criterios renovados siguen el desarrollo de la doctrina y, en particular, de la jurisprudencia. Lo interesante es que, sin ignorar (promulgado por diferentes leyes en 1992) las concepciones alemanas, los redactores del nuevo código continuaron y acentuaron los planteamientos desarrollados en el contexto cultural francés. Con bastante sentido práctico, se innovaron ciertas nociones relativas a la infracción y se retocaron de manera sustancial el sistema de sanciones penales, así como algunos capítulos de la parte especial. Se previeron nuevas infracciones como el crimen contra la humanidad, las violencias sexuales contra menores y se abolieron otras como la vagancia, la mendicidad. Estas modificaciones eran indispensables para concordar la reacción penal con las circunstancias sociales y las nuevas formas de criminalidad. Renovación importante ha sido reconocer, de manera amplia y pragmática, la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

### **3. Reforma suiza**

El tercer caso de reforma que es conveniente tomar en cuenta es la realizada en Suiza, tanto por la manera como ha sido llevada a cabo y la orientación que ha seguido. Además, para nosotros resulta interesante por la influencia que ejerció en nuestro país la legislación y la doctrina suizas al elaborarse nuestro del Código Penal de 1924 y durante su aplicación.

En cuanto a la manera, hay que señalar la paciencia y la prudencia con que se planeó y llevó adelante la reforma. Debido al plazo largo que requiere la elaboración de un proyecto completo de código penal y ante la necesidad de renovar con urgencia el catálogo de infracciones penales, se optó por reformar progresivamente el código. Con la finalidad de proceder coherentemente, se decidió revisar separadamente la parte general y la parte especial. De esta manera, se trató a la primera globalmente para garantizar su unidad y sistemática<sup>11</sup>. Respecto a la

---

9 Pradel 1999: 114 ss.; idem, 1995; Ministère de la Justice 1994.

10 Ancel, Marc 1981: 211.

11 Conseil fédéral 1998; Schultz 1987; Roth/Pirkl 1993: 1099 ss.; Hurtado Pozo, 2008: N. 79 ss.

segunda, se procedió por grupos de infracciones. En esto último, influyó también la necesidad de armonizar la legislación nacional con los convenios internacionales que habían sido suscritos, por ejemplo, las convenciones internacionales contra el terrorismo, el lavado de capitales, la corrupción.

Las directrices básicas establecidas en la versión original del código han sido respetadas. Esto se explica por ser consideradas eficaces debido a su índole ecléctica: prevención general y prevención especial, penas y medidas de seguridad, legalidad y flexibilidad de las disposiciones.

Las reglas relativas a la aplicación de la ley penal en el espacio han sido renovadas. Se mantiene el principio de la territorialidad como pilar central, pero se atenúa el rol de los principios de la personalidad activa y pasiva. Por el contrario, se relevan los casos de aplicación de la ley nacional para mejor proteger los menores y las mujeres o reprimir ciertas formas de delincuencia internacional (delitos contra la humanidad).

De manera coherente, las reglas sobre las condiciones de punición son previstas, contrariamente a la versión original, antes de las referentes a las sanciones penales. Sus contenidos han sido revisados en el sentido de los criterios establecidos por la jurisprudencia, a partir de la interpretación de las disposiciones reformadas, y admitidos por la doctrina mayoritaria. El afán no ha sido de recoger los criterios más novedosos de la doctrina, sino de reforzar y completar las nociones ya establecidas: por ejemplo, se mantiene la definición del dolo como conciencia y voluntad, precisándola con la inserción de la noción de dolo eventual; se regulan separadamente los casos de defensa y de estado de necesidad distinguiendo en sendas disposiciones los casos que excluyen la ilicitud de los que eliminan o atenúan la culpabilidad; se precisan los criterios concerniendo la tentativa y la participación; se suprime la reincidencia como circunstancia agravante, se prevé la responsabilidad penal de la empresa.

Se ha cambiado de modo notable el sistema de sanciones penales. La convicción de que es indispensable evitar la aplicación de las penas privativas de libertad en el caso de la pequeña y mediana delincuencia, ha sido materializada previendo, primero, la pena pecuniaria (conforme al sistema días-multa) como el eje central del sistema de penas y, segundo, sanciones alternativas a dichas penas de detención (suspensión del fallo condenatorio, trabajo comunitario, suspensión condicional de la ejecución de la multa o de la pena privativa de libertad). También es de señalar la tendencia a abandonar las penas privativas de libertad de larga duración, así por ejemplo, la pena de reclusión a vida, no ha sido derogada, pero su única aplicación al caso del asesinato ha sido restringida previéndose como pena alternativa la de prisión de veinte años.

Las medidas de seguridad han sido completadas y actualizadas. Por las críticas muy fuertes formuladas contra la medida del internamiento, esta fue fuertemente restringida. Esta decisión ha sido cuestionada y ha servido de ocasión para que se critique la reforma del sistema de sanciones. Este es considerado como extremadamente suave porque, en razón de las reglas dirigidas a evitar la pena privativa de libertad, la primera infracción cometida por una persona es solo sancionada con una pena pecuniaria o la suspensión de la ejecución de la pena, lo que lleva a las víctimas o al público en general a pensar que se consagra la impunidad de los infractores primarios. Esto ha generado un movimiento de contrarreforma para rectificar algunos de los criterios del nuevo código en materia de sanciones penales.

La previsión originaria de las disposiciones referentes al tratamiento penal de los menores en la última sección de la parte general ha sido abandonada con la finalidad de separar formal y materialmente los menores de los adultos. Con esta finalidad, se ha dictado una ley especial, denominada Derecho penal de menores, en la que se regulan las condiciones de represión y las sanciones o medidas que se le deben aplicar. El carácter tuitivo de este derecho no ha sido dejado de lado, pero ha sido morigerado con la vuelta en cierta medida a criterios punitivos. De esta manera, se piensa que se tiene mejor en cuenta las características propias de los infractores menores y que se logra responsabilizar a estos, atenuándose así la orientación demasiada paternalista de la manera de reaccionar ante los menores.

La renovación de la parte especial se distingue, por ejemplo, por la previsión de circunstancias agravantes en consideración a la condición de menor, de mujer, de casado, de pareja en unión libre heterosexual u homosexual, en relación con infracciones de violencia; la inserción de nuevos tipos legales para sancionar, por ejemplo, los delitos informáticos, explotación de hechos confidenciales, manipulación del mercado bursátil, lavado de dinero, corrupción, financiamiento de terrorismo.

La previsión de ciertas nuevas infracciones, como el delito de explotación de hechos confidenciales, la corrupción de agentes extranjeros, era indispensable para responder eficazmente a los pedidos de ayuda internacional en materia penal, que supone la doble incriminación del comportamiento tanto en Suiza como en el país solicitante. Este mismo factor ha determinado cambios recientes en el tratamiento de las infracciones fiscales, en particular el tratamiento de la evasión fiscal como delito, la misma que era calificada hasta entonces solo de contravención, lo que permite ahora el levantamiento del secreto bancario en caso de persecución penal, la misma que es improcedente en caso de contravenciones.

En los tres casos de reforma penal descritos, la necesidad de proceder a reformar el código penal era evidente debido, en particular, a que los cambios sociales y económicos, en especial la globalización e internacionalización de las

redes económicas, financieras, de comunicación, de transporte, han generado formas de criminalidad que no podían ser combatidas eficazmente con las reglas y medios regulados en los viejos códigos. Un paso fundamental en esta dirección, en Francia y en Suiza, ha consistido en la atribución de responsabilidad penal a la empresa. Decisión tomada en la convicción que la empresa constituye, con frecuencia, la fuente o el marco en el que se cometen delitos económicos. En Alemania, debido al peso de la reflexión dogmática, la discusión continúa, pero se fortalece constantemente la corriente en favor de la represión penal de la empresa.

#### 4. REFORMAS EN AMÉRICA LATINA

En el plano latinoamericano, se nota que en algunos procesos de reforma la preocupación se centra, *grosso modo*, en aspectos que son sobre todo propios a las realidades de nuestros países. En los trabajos prelegislativos llevados a cabo en Bolivia y Ecuador destacan dos cuestiones: por un lado, garantizar de manera estricta el respeto de los derechos humanos, del Estado de derecho y de los principios propios al derecho penal; por otro, tomar en consideración las diferencias culturales de los diversos sectores de la sociedad.

##### A. Anteproyecto ecuatoriano

Para ilustrar el primer caso, veamos brevemente las disposiciones iniciales del Anteproyecto de Código orgánico de garantías penales para el Ecuador<sup>12</sup>. En su artículo 2, se ha considerado necesario establecer de manera detallada, primero, que «en materia penal se aplicarán todos los principios que emanan de la Constitución y de los instrumentos internacionales de derechos humanos». Es, en realidad de una disposición de reenvío a los criterios establecidos en esos textos legales; un llamado de atención a quienes aplican las leyes, los mismos que, se supone, ya están debidamente informados sobre la fuerza y prioridad de las normas constitucionales e internacionales referidas al respeto de los derechos humanos.

En seguida, se detallan las consecuencias de esa regla general en el ámbito estrictamente penal. Así, se declara que el fundamento del derecho penal es la dignidad y, del mismo, deduce la regla de que los participantes procesales, la policía y todos quienes intervengan en el sistema penal tratarán a todas las personas con igual consideración y no deberán discriminarlas por motivo alguno.

Directivas que son reforzadas y particularizadas, en el inciso 4 de la misma disposición, indicándose sucesivamente que no hay ley penal sin necesidad, no hay necesidad sin lesividad, no hay lesividad sin acción u omisión punible, no

12 Borrador de discusión, 19 de noviembre de 2009, *s/f*.

hay acción u omisión punible sin culpabilidad, no hay culpabilidad sin debido proceso, no hay debido proceso sin conocimiento del hecho punible, instrucción ni acusación, que corresponde exclusivamente al fiscal o acusador.

Esta enumeración no es considerada suficiente, por lo que se ha estimado indispensable fijar reglas de interpretación para evitar que se violen determinadas garantías por parte de quien aplica la ley. Con esta finalidad, se establecen reglas estrictas en el artículo 3. Según esta disposición, el intérprete debe interpretar restrictivamente la descripción del tipo penal y, en general, la comprensión de cualquier circunstancia que pueda agravar la responsabilidad penal.

Esta exigencia es reforzada por la prohibición expresa de crear, mediante la analogía y la interpretación extensiva, infracciones penales, ampliar los límites de las condiciones legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar, de la remisión a otras normas o disposiciones legales para completar la definición de la infracción penal.

Como aun la aplicación estricta de estas directivas puede producir conflictos sobre la comprensión, la aplicación o los efectos de una ley penal, se dispone en el anteproyecto que la ley se aplicará en el sentido más favorable a la situación de la persona infractora o presuntamente infractora. Se permite la aplicación de este principio incluso cuando la infracción se haya cometido en el extranjero y la ley que rige en dicho territorio fuere más favorable que la ecuatoriana.

Además, se prevén reglas para tener en cuenta ciertas circunstancias particulares. Así, primero, respecto a adolescentes infractores, se ordena que las normas penales y sus efectos se interpretaran de conformidad con el principio del interés superior del niño y niña y el de prioridad absoluta, atendiendo a su grado de madurez. Segundo, en consideración a las culturas de las personas, se dispone que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta la cosmovisión y los valores culturales de los partícipes en el conflicto penal.

## **B. Anteproyecto boliviano**

El Anteproyecto de reforma del Código penal de Bolivia<sup>13</sup> también se distingue por prever reglas destinadas a reforzar la legalidad del sistema y mejorar su aspecto humano, tomando en cuenta la persona y sus derechos fundamentales. En el nivel de las condiciones de punibilidad, vale la pena citar, como ejemplo, que estatuye la legalidad de las omisiones disponiendo que las «infracciones penales pueden cometerse por omisión solo en los casos especialmente señalados por la ley». Regla que recuerda a la tradicional regulación de la culpa, por lo que cabe plantearse si

---

13 Comisión de Reforma Integral del Código Penal de Bolivia: 2009. Figura como anexo al presente volumen.

podría recurrirse a la noción de comisión por omisión, en la medida en que esta figura no está expresamente regulada. Con la misma orientación, se excluye la represión de los delitos de peligro abstracto, pues en el artículo 7, se estatuye que «no hay delito sin una lesión significativa para algún bien jurídico o sin ponerlo en peligro efectivo».

Sin embargo, la cuestión que preferimos destacar de este anteproyecto es la propuesta de regulación de los efectos de la pluralidad cultural en el sistema punitivo del código. La diversidad cultural es, en primer lugar, destacada en relación con los límites de la competencia de la jurisdicción indígena originaria campesina respecto a la jurisdicción oficial. En caso de duda, se estatuye que se resolverá en favor «de la jurisdicción que mejor resuelva el conflicto, respete el pluralismo y pluralidad cultural y conserve o restablezca la paz social». De esta manera, se trata de prever los conflictos de jurisdicción que puedan presentarse, sin embargo es de considerar que los criterios no son suficientemente precisos y tampoco se señala quien terciará en la confrontación.

En seguida, la multiculturalidad es tomada en cuenta con respecto a la competencia. En el artículo 11, inciso 1, se dispone que la ley penal no se aplicará: «A hechos cometidos por personas que vivan en una comunidad perteneciente a una cultura originaria conforme a la cual no constituyan delito, salvo que se trate de hechos contra la vida, la integridad física o la libertad sexual cuya impunidad importe una grave lesión a la dignidad humana».

De la manera como está redactada esta norma, hay que deducir que concierne a toda persona perteneciente a dicha comunidad de cultura originaria, que se comporte conforme a las pautas de esa cultura y según las cuales su comportamiento no debe ser considerado como infracción por más que se adecue a un tipo legal del derecho penal oficial. Consecuentemente con la defensa estricta de los derechos fundamentales, se restringe esta regla a los casos que no sean uno de los delitos graves expresamente mencionados: homicidio, lesiones, delitos sexuales.

En el inciso 2 de la misma disposición, se excluye la aplicación de la ley penal a «hechos cometidos por una persona perteneciente a una cultura originaria, considerados como infracción y sancionados por su comunidad, siempre que esta lo juzgue y sancione».

En este caso, se explica la no intervención de la justicia oficial debido a que, por un lado, la calificación de infracción depende de las pautas de la cultura originaria y, por otro, la comunidad ya los ha juzgado y sancionado.

Por último, indiquemos que se incorpora en el anteproyecto (artículo 19, pf. 5) la regla relativa al error de comprensión, casi en el mismo sentido que figura en nuestro código (artículo 15). Conforme a esa disposición, se excluye «la culpabilidad cuando el agente por su cultura o costumbres no comprenda la criminalidad

de su obrar o no se le pueda exigir que adecue su conducta a dicha comprensión». La pena será, por el contrario, disminuida, cuando «por las mismas causas no se excluya totalmente la posibilidad de comprensión o de adecuación de la conducta, el tribunal podrá establecer la pena conforme al grado de exigencia que podría formularsele». De esta manera, se sigue la forma en la que se prevé, generalmente, el error sobre la ilicitud y no aquella referente a la incapacidad de culpabilidad.

### **C. Proyecto peruano**

La orientación de la parte general del anteproyecto peruano<sup>14</sup>, en proceso de elaboración, se aprecia cuando se determinan los cambios propuestos en relación con texto legal vigente. Siendo imposible revisar cada una de sus disposiciones, cada una de las cuales puede ser materia de una conferencia, me limitaré a comentar algunas de ellas.

Por ejemplo, en el artículo II del Título Preliminar, se establece que «nadie será sancionado por acto u omisión que no esté previsto de modo expreso e inequívoco como delito o falta por la ley vigente al momento de su realización, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentre establecida en ella». De esta manera, se ha creído conveniente, primero, hablar de «acto u omisión» y no solo de acto y, segundo, precisar que debe ser «de modo expreso e inequívoco». Así, se trata de precisar el principio de legalidad.

En este mismo sentido, la prohibición de la analogía, estatuida en el artículo III es completada con la declaración de que la «analogía procede a favor del reo».

A diferencia de los proyectos extranjeros antes mencionados y en contradicción, en cierta manera con los criterios de estricta legalidad que estos buscan favorecer, se propone la modificación del artículo IV, admitiendo expresamente que el ataque al bien jurídico puede consistir también en una puesta en peligro abstracto, en lugar de limitarse a decir, como la disposición vigente, que exista un «peligro».

Se propone, en el artículo VI, reforzar la legalidad de la ejecución de las sanciones mediante la indicación que esta se refiere tanto a penas y medidas de seguridad y que será no solo intervenida sino también controlada judicialmente.

Relacionada ya con las condiciones de la punibilidad pero afirmada como principio general, se prevé, en el artículo VII, que se requiere la culpabilidad, con lo que se deja de mencionar la «responsabilidad» a la que se alude en el texto vigente. Esta vuelta a la terminología empleada en los códigos y por la mayoría de los autores para fijar la base y el límite de la sanción penal, es, sin embargo,

---

14 Comisión especial revisora, 2009.

aparentemente revisada, en el artículo VIII, al señalarse que la pena «no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho». Con lo que se podría pensar que los autores distinguen entre culpabilidad base de la pena y responsabilidad límite de la misma.

Las referencias al dolo y la culpa, sin definirlos como lo hacía el código de 1924, son cambiadas, pero sin lograr establecer la fórmula adecuada. Se deja de tomar como factor al agente que comete la infracción, lo que indicaría que la pena le será siempre aplicada cuando comete una infracción dolosa y que si lo hace culposamente solo procederá en los casos expresamente establecidos por la ley. En el texto del artículo 12 del proyecto, se dice, en cambio, que la ley penal siempre describe la infracción dolosa y que la culposa debe estar expresamente establecida en la ley. El problema es que la infracción dolosa o culposa siempre debe ser descrita en la ley, cuando de lo que se trata es de decir que se sancionan los delitos cuando son cometidas intencionalmente y, excepcionalmente, cuando lo son culposamente y si la ley lo prevé de manera expresa.

La definición de la comisión por omisión es también ocasión para que se busque precisar la legitimidad de la represión en la medida en que se reconoce como fuente del deber de garante el ordenamiento jurídico y se excluye la moral, la misma que es considerada en el código vigente (artículo 13).

No resulta claro, por el contrario, la precisión propuesta con respecto a las condiciones de la legítima defensa. Al reiterarse que la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, se excluye «para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa». La incongruencia se da debido a que para apreciar la intensidad y peligrosidad de la agresión debe también estimarse la proporcionalidad de los medios; lo que se admite implícitamente al hablarse de los «medios de que disponga la defensa». Por lo que resulta contraproducente que no deba tenerse en cuenta los medios utilizados por el agresor.

No se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Uno de los aspectos de la delincuencia relacionada con la actividad empresarial es tratado en el artículo 27, referente al caso de la represión por actuar en lugar de otro. Pero la regulación es más amplia que la vigente porque se comprende también al representante de una persona natural. Dicha disposición establece que el «representante legal o de hecho de una persona jurídica, regular o irregular, o de una persona natural que realiza un hecho previsto como delito o falta responderá como autor, aun cuando los elementos que fundamentan o agravan la pena no concurren en

él pero sí en la persona a quien representa, a pesar de que el hecho requiera la actuación en provecho propio y el agente no haya actuado con tal fin».

Sin embargo, como en el código vigente inspirado en el modelo hispano, se establecen medidas para las personas jurídicas. Así, en el artículo 108, se propone, en caso de que un «hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo», se imponga a esta una de las medidas siguientes:

1. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años.
2. Disolución y liquidación de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.
3. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años.
4. Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será mayor de cinco años».

Además, se establece que si una de «medidas fuera aplicada, el Juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores de la persona jurídica por un período de dos años».

Para contrarrestar el fraude a la ley, se prevé que «el cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria, no impedirá la aplicación de estas medidas».

#### **D. Apreciación del proyecto peruano**

La índole de las modificaciones propuestas no implica un cambio innovador substancial. Una buena parte de las disposiciones restan inalteradas. Los retoques que se hacen son a veces solo de redacción. Otros, por el contrario, comportan un cambio en la medida en que precisan los alcances de la disposición concernida.

De ser correcta nuestra apreciación, se plantea la cuestión sobre la necesidad de proceder a tal reforma. La respuesta debe ser negativa si solo debía limitarse a realizar esos cambios. Sobre todo, si se considera que mediante la interpretación pueden ser enmendadas o completadas las deficiencias detectadas en el código vigente.

Los casos en que esto no fuera posible justificarían, sin embargo, una revisión parcial del código; principalmente, en las propuestas referentes al sistema de sanciones.

En todo caso, aun cuando fuera oportuna la reforma del código, la nueva versión de la parte general contenida en el anteproyecto no busca un cambio de orientación importante de la parte general vigente. Esto es claramente perceptible en comparación con los proyectos boliviano y ecuatoriano. Tanto porque no prevé grandes cambios dirigidos a reforzar las garantías fundamentales de la ley penal, a la manera del proyecto ecuatoriano, como porque no prevé nuevas disposiciones para regular los problemas de aplicación de la ley penal generados por la diversidad cultural, del modo efectuado en el proyecto boliviano. Con esto no se quiere aconsejar que estos proyectos foráneos sean tomados como modelos para reformar nuestro código.

En este dominio, cabe preguntarse porque no se han tomado en cuenta las reflexiones que han conducido a las Salas Penales de la Corte Suprema a dictar una serie de directivas<sup>15</sup> sobre los conflictos que se dan, con cierta frecuencia, en ocasión de las actividades de las rondas campesinas, entre estas y los órganos judiciales<sup>16</sup>. Lo que muestra la necesidad de que se mejore la regulación prevista en el Código penal.

En esta perspectiva, resulta interesante analizar esta importante decisión. Pero antes de hacerlo, resulta oportuno indicar que sorprende que, los jueces supremos hablen, en decisiones de esa índole, de una «doctrina legal» para designar la argumentación desarrollada. Lo que da lugar a graves malentendidos en la medida en que se puede comprender, por un lado, que toda otra doctrina no es legal y, por otro, que se trata de una forma de «doctrina auténtica» y, por tanto, única y obligatoria. Ninguna de las dos posibilidades es correcta, si se recuerda que la interpretación (no otra cosa es la doctrina) es un proceso lógico y axiológico por el que se atribuye al texto uno de sus posibles sentidos. Así, tampoco es correcto exigir que las directivas establecidas sean seguidas literalmente, pues ellas mismas deben ser interpretadas y, por tanto, no siempre serán comprendidas en un mismo y único sentido. Sin que esto signifique que no debe buscarse y promoverse

---

15 Acuerdo Plenario N. 1-2009/CJ-116, sobre «rondas campesinas y derecho penal». Sobre las decisiones vinculantes de la Corte Suprema: Castillo Alva 2008.

16 La bibliografía sobre el tema es variada y generalmente se centra en el artículo 15 del Código Penal: Cfr. Hurtado Pozo 2006, Lima; idem, 2005: N. 1663 ss.; Irigoyen Fajardo 2002: 81-122; Lima 2002. También se puede consultar en: <[http://www.iidh.editorcr.comunidades/ombudsnet/docs/docs\\_ombudsman/Peru/31Rondas.pdf](http://www.iidh.editorcr.comunidades/ombudsnet/docs/docs_ombudsman/Peru/31Rondas.pdf)>; Francia Derecho, N. 47: 493 ss.; Peña Jumpa 2002.

cierta uniformidad en la interpretación de la ley, puesto que esta homogenización favorece la seguridad jurídica, la igualdad y la imparcialidad del sistema jurídico<sup>17</sup>.

En dicho acuerdo, se decide, primero, establecer «como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 7 al 17» y, segundo, precisar «que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales». Al respecto, hay que destacar que si bien la materia indicada como objeto del acuerdo es resolver las dificultades que se presentan por la acción de los órganos de persecución penal contra los miembros de las rondas campesinas, las directivas sobrepasan esta meta abordan, en buena cuenta, la problemática globalmente.

Respecto a las prerrogativas relacionadas con la regulación constitucional, se establece:

1. Las rondas campesinas, mencionadas como auxiliares de las autoridades de las comunidades andinas y nativas en el artículo 149 de la Constitución, son también autoridades por la real actividad que asumen sin considerar si están o no vinculadas a una de esas comunidades.
2. La pertenencia de las rondas al mundo cultural andino o nativo, expresada en su identidad cultural y su conformidad con el derecho consuetudinario, debe ser comprobada por el juez con ayuda de peritos.
3. Las rondas tienen funciones jurisdiccionales como autoridades comunales en el territorio de la comunidad y aplican el derecho consuetudinario.
4. El fuero comunal ronderil se caracteriza por corresponder a un grupo étnico con una identidad cultural determinada, que cuenta con una organización reconocida por la comunidad y con capacidad de control social; con un derecho consuetudinario, un territorio determinado. El límite de este fuero es el respeto de los derechos fundamentales.

Los jueces supremos, en consideración de una simple constatación de hecho (las funciones reales efectivamente ejercidas por los ronderos), han ampliado los alcances del artículo 149 de la Constitución, declarando, primero, que los ronderos no son solo auxiliares de las autoridades comunales y nativas sino así mismo autoridades y, segundo, que también deben ser considerados las rondas que no forman parte de ninguna campesina o nativa.

Así mismo, estatuyendo que las rondas son caracterizadas por la identidad étnica y cultural, la capacidad de un control social y un dominio territorial, las directivas prevén que las rondas deben ser reconocidas como una organización

---

17 Ferres 2009: 47 ss.

por la comunidad. Lo que está en desacuerdo con la afirmación de que deben o no estar vinculadas a una comunidad determinada.

Un aspecto importante, no siempre considerado hasta ahora, es que la base cultural de las rondas y la existencia de un derecho consuetudinario deben ser apreciadas por el juez con el apoyo de expertos y controlar así la pertenencia de las rondas al mundo andino o nativo.

En cuanto a los elementos del delito y manera de establecerlos, en las directivas se señala que:

- a. el autor debe ser un rondero.
- b. el hecho debe ser cometido en el territorio donde ejerce la ronda su fuero.
- c. el sujeto pasivo o la cosa (interés) debe pertenecer a la misma comunidad.
- d. el hecho debe ser conforme al comportamiento sancionado en una norma concreta del derecho consuetudinario.
- e. el hecho no debe violar ninguno de los derechos fundamentales.

Aun cuando no se dice expresamente, debe entenderse que estas mismas condiciones, *mutatis mutandis*, son igualmente aplicables cuando las rondas no forman parte de una comunidad.

El límite establecido respecto a los derechos fundamentales, previsto en el artículo 149 de la Constitución, no es comprendido de manera completa porque se alude solo al acto cometido por el rondero, sin considerar que la contradicción puede ya darse a nivel de la norma de derecho consuetudinario, en la medida en que esta puede ser ya inconstitucional.

Reunidas estas condiciones (conflicto interno a la comunidad), se considera que la represión no tiene lugar porque el acto cometido es lícito conforme al artículo 149 de la Constitución

Se trata de un caso intercultural cuando:

- a. el sujeto activo no es rondero.
- b. el hecho no es cometido en territorio comunal.
- c. el sujeto pasivo o la cosa (interés) es comunal.
- d. el hecho es un injusto conforme al derecho consuetudinario.
- e. el sujeto activo debe darse cuenta que lesiona o pone en peligro un miembro o los intereses de la comunidad.
- f. el sujeto activo debe haber actuado por egoísmo para afectar a la institución comunal o faltando a sabiendas los valores y bienes jurídicos tradicionales.

Los cuatro primeros factores son el contrario de las circunstancias personales, legales y materiales indicadas respecto a los casos internos a la comunidad. Los restantes son de carácter subjetivo: el autor debe ser consciente que daña o pone en peligro un miembro o los intereses de la comunidad y, además, obrar con egoísmo. Estos factores no son elementos del delito, sino más bien condiciones para fijar cuál es el órgano competente para investigar y juzgar, así como para fijar qué derecho debe ser aplicado (el oficial o el consuetudinario de la comunidad). Sin embargo, las reglas procesales no son fijadas.

Coherentemente con los límites fijados en la Constitución y con respeto a los derechos fundamentales, se dispone en las directivas que el derecho fundamental a la identidad étnica y cultural y el derecho colectivo al fuero jurisdiccional comunal no son absolutos, sino que deben concordarse con otros derechos individuales y colectivos.

Así, se indica que los derechos fundamentales que deben ser respetados plenamente son:

- la vida,
- la dignidad humana,
- la prohibición de torturas, de penas y de tratos inhumanos, humillantes o degradantes,
- la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre,
- la legalidad del proceso, de los delitos y de las penas (bajo la noción básica de 'previsibilidad' para evitar vulnerar el derecho a la autonomía cultural).

Estos derechos deben ser interpretados «de forma tal que permitan comprender, en su significado, las concepciones culturales propias de las Rondas Campesinas en donde operan y tienen vigencia».

Los jueces supremos destacan que son conductas que atentan contra el «contenido esencial de los derechos fundamentales» y, por tanto, «antijurídicas y al margen de la aceptabilidad del derecho consuetudinario»:

- (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;

- (vi) la aplicación de sanciones no conminadas por el derecho consuetudinario;
- (vii) las penas de violencia física extrema —tales como lesiones graves, mutilaciones— entre otras.

Respecto a decidir si, por lo menos, uno de los derechos fundamentales ha sido violado (por el contenido mismo del derecho consuetudinario o por los actos imputados a los ronderos), los jueces supremos indican que se trata de un control externo en manos de la justicia penal ordinaria, la misma que impondrá la sanción correspondiente.

En cuanto a la determinación particular de los elementos del delito, las directivas contienen criterios detallados. Así, se indica que la tipicidad del acto conforme a la norma de derecho consuetudinario puede ser excluida por la interpretación de sus elementos normativos de acuerdo a criterios constitucionales. Así, no puede darse usurpación de autoridad porque las rondas son autoridades comunales que ejercen el fuero jurisdiccional y de secuestro porque las rondas están autorizadas a detener personas en el ejercicio de ese fuero.

De manera *a priori*, se afirma que las rondas campesinas no actúan con fines de lucro o para obtener beneficios ilegales; así mismo que no pueden constituirse en grupo delictuoso. Esta generalización es incorrecta, ya que si bien la constitución de las rondas, en principio, es legal, estas pueden caer en la ilegalidad. Mediante esta declaración, de manera indebida, se excluye la aplicación a las rondas campesinas de las «circunstancias agravantes o de integración criminal (artículos 186, pf. 2, inciso 1, y 317 del Código Penal)».

La licitud de los actos de las rondas es determinada, según los jueces supremos, conforme al criterio del ejercicio de un derecho. Para comprobar la proporcionalidad deben compararse los derechos a la identidad cultural con los otros derechos. En el caso concreto, prevalecen siempre los intereses de más alta jerarquía y supone la no vulneración del núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Para determinar la presencia de otros eximentes de pena, debe considerarse el conjunto de factores culturales en la escala individual del sujeto procesado.

En relación con el elemento subjetivo del acto, se afirma que este puede ser afectado por los patrones o elementos culturales del rondero («vale decir, la configuración del injusto penal y/o su atribución o culpabilidad»). Lo que puede determinar, según los casos,

- (i) la impunidad del rondero,
- (ii) la atenuación de la pena, o
- (iii) ser irrelevante.

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 a aquella comprensión.

Los alcances de estas últimas indicaciones son restringidos mediante dos atenciones. Primera, que es «de rigor, sin embargo, prevenir que en el caso de ronderos es de muy difícil concurrencia —aunque no imposible ni inusitado— los casos de error de tipo y, en muchos supuestos, las prescripciones del artículo 15 del Código Penal». Segunda, que los ronderos, «como regla ordinaria, son individuos integrados al Estado total o parcialmente en cuya virtud al tener contacto con la sociedad ‘oficial’ como parte de su modo de vida, aunque sea parcialmente, se les puede exigir algún tipo de conducta acorde a las normas del Estado, por lo que puede intentar motivar su conducta y, por ende, desaprobársela cuando sea contraria a los intereses predominantes de la sociedad con la cual se relaciona». De esta manera y de nuevo con afirmaciones apriorísticas, se establecen reglas generales, cuya aplicación rígida puede sea restringir sea ampliar excesivamente la aplicación del artículo 15 del Código Penal.

El papel de los factores culturales es destacado, igualmente, en la medida en que los jueces declaran que deben tenerse necesariamente en cuenta para individualizar la sanción penal.

Todas estas indicaciones relativas a la determinación de los elementos del delito son el resultado de meritorios esfuerzos, pero de eficacia relativa por la índole peculiar de la denominada «doctrina legal». Por el contexto en el que son presentados los criterios adoptados (una decisión judicial) no llega a tener el desarrollo propio de una exposición doctrinal. Más recuerdan a breves explicaciones dadas en un Código penal comentado. Al mismo tiempo, tampoco tienen la forma de mandatos relativamente precisos que deben servir de guías en la aplicación concreta de la ley penal en los casos de conflicto de índole cultural. Por esto hubiera sido mejor que luego de establecer los diversos argumentos teóricos, se establecieran de manera más clara y sucinta las directivas correspondientes. De esta manera, se hubiera facilitado su incorporación en la ley a la ocasión de un proceso de reforma.

### **III. CONCLUSIÓN**

Los procesos de reforma de la legislación penal deben ser el resultado de un largo proceso de reflexión que comprenda el establecimiento de un diagnóstico del real funcionamiento del sistema penal y de una estrategia adecuada para la elaboración de un primer proyecto de propuestas, el mismo que debe ser sometido a la discusión pública, en particular de especialistas.

Todo proceso de reforma supone la voluntad política de llevarlo a cabo, la misma que se manifiesta en la inversión de medios suficientes para, al menos, constituir equipo de expertos, que cuenten con el necesario apoyo de asesores y colaboradores. Solo así, los trabajos prelegislativos tendrán la seriedad y se desarrollarán de manera eficaz.

No es inútil repetir que el proceso de reforma no tiene por objeto conseguir que en el nuevo texto legal se consagre una determinada concepción dogmática. Sin descuidar el aspecto doctrinal, la preocupación debe estar centrada en la búsqueda de los planteamientos de política criminal más eficaces, con la finalidad de lograr establecer disposiciones que sean realmente aplicadas. La finalidad no es elaborar una ley modelo, equiparable a cualquier otra establecida en una realidad diferente.

Mediante la reforma penal no se logra un cambio concreto de la realidad social y de la delincuencia, para esto es indispensable que sea acompañada con las medidas sociales y administrativas que hagan posible su real materialización. Así, por ejemplo, el perfeccionamiento de la regulación del sistema de sanciones penales en el Código no dará los resultados esperados si es que no se mejoran los establecimientos de encarcelamiento tanto a nivel material como del personal.

Finalmente, esperamos que esta repetición de apreciaciones, evidentes y formuladas por otros de mejor manera y con mayor autoridad, sirvan de alguna manera para incitar a mejorar o completar los trabajos de reforma legislativa que se proyecten.