

LA FUNCION DE LA PENA EN EL CODIGO PENAL DE 1991

Víctor Prado Saldarriaga

1. LA FUNCION DE LA PENA EN LA DOCTRINA Y LA LEGISLACION NACIONAL ANTERIOR AL PROCESO DE REFORMA

Pese a ser un problema fundamental de la doctrina tradicional y contemporánea (1), el "qué" o el "para qué" de la pena ha motivado poco la reflexión de nuestros juristas. Es así que en las primeras publicaciones sobre el Código de 1924, se otorga escasa importancia a la función de la pena, pese a que las características e innovaciones que contenía hacían necesario un pronunciamiento al respecto. Además, por la sensible influencia que ejercían las corrientes positivistas entre los autores de la época. CORNEJO, por ejemplo, se limita a reconocer en la pena funciones de retribución y de defensa social (2). Por su parte, HAGUE entiende que ella sólo debe cumplir una función preventivo-especial (3). Otros autores, como ALARCON y ESPINOZA, omiten manifestarse sobre el tema (4).

Esa escasa inquietud por el papel y sentido de la pena se mantiene entre los autores contemporáneos. Para BRAMONT ARIAS la pena es en

-
- (1) Elia Wiecko Volkmer de Castilho. Teorías atuais da pena o projeto de reforma penal brasileiro, *en* Revista da Facultad de Direito - UFDP, Nº 22, 1985, p. 200.
 - (2) Cfr. Angel Gustavo Cornejo. Parte General del Derecho Penal. Tomo Primero. Imprenta de Domingo Miranda. Lima, 1936, p. 125.
 - (3) Juan Luis Hague. Hacia un nuevo concepto de la responsabilidad criminal y de la pena. Imprenta T. Scheuch. Lima, 1934, ps. 87 y ss.
 - (4) Cfr. Eloi Espinosa. Las Nuevas Orientaciones Penales del Código Penal Peruano de 1924, *en* Boletín de Criminología, Nº 1, 1929, ps. 14 y ss; Jorge Alarcón R. La Política Criminal en el Perú Tip. Gutemberg. Arequipa, 1924, ps. 8 y ss.

esencia retribución, pero tiene la función, en un plano individual (preventivo-especial) o colectivo (preventivo-general), de evitar futuros delitos (5). HURTADO POZO, siguiendo a ROSS, entiende que en los debates se ha confundido los fines con la justificación de la pena. Y que la pena puede tener varios fines, lo cual, en su concepto, es lo más conveniente para una política criminal que aspire a ser eficaz. En cuanto a la justificación, reconoce como insustituible la exigencia de culpabilidad; esto es, acepta una razón retribucionista (6). Por su parte, PEÑA CABRERA adopta dos criterios contradictorios. Primero, en su *Tratado* asume que la pena posee pluralidad funcional con base retribucionista (7) y, luego, en otra publicación, parafraseando los razonamientos de BUSTOS RAMIREZ (8), plantea que la pena es una expresión política de “autoconstatación del Estado”, concediéndole como única función “la protección de bienes jurídicos” (9). Finalmente, VILLAVICENCIO sostiene que nuestra Constitución es compatible con cualquier función de la pena, salvo la estrictamente retributiva (10).

Todo lo expuesto, pues, nos permite sostener que en el país no ha habido un debate amplio acerca de la función de la pena, y que los juristas nacionales se han ido alineando individualmente hacia planteamientos de corte ecléctico semejantes a los que proponen las llamadas “teorías de la unión” (11).

Ahora bien, a nivel legal nuestro derecho ha otorgado expresa e implí-

-
- (5) Cfr. Luis Bramont Arias. Código Penal Anotado. Ed. El Ferrocarril. Lima, 1966, p. 80.
 - (6) Cfr. José Hurtado Pozo. Manual de Derecho Penal. Parte General. 2ª ed. EDILI, Lima, 1987, p. 48 y ss.
 - (7) Cfr. Raúl Peña Cabrera. Tratado de Derecho Penal: Vol. I. Parte General. 3ª ed. Sagitario. Lima, 1987, ps. 356 y 357.
 - (8) Cfr. Juan Bustos Ramírez. Manual de Derecho Penal Español. Parte General. Ed. Ariel. Barcelona, 1984, p. 39 y ss.
 - (9) Cfr. Raúl Peña Cabrera. La pena en la democracia capitalista y el sistema de sanciones en el Proyecto de Código Penal, *en* Debate Penal Nº1, 1987, ps. 8 y ss.
 - (10) Cfr. Felipe Villavicencio T. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Cultural Cuzco. Lima, 1990, ps. 41 y 42.
 - (11) Sobre los alcances de las “teorías de la unión” véase: Francisco Muñoz Conde. Introducción al Derecho Penal. Bosch. Barcelona, 1975, p.35 y ss. Hans Heinrich Jescheck. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Vol. Primero.

citamente varias funciones a la pena. No obstante, siempre se ha arrastrado una clara connotación retribucionista. Este fue el caso del Código Penal de 1863 y del Código Penal de 1924 (12). Aunque en este último las influencias del positivismo y particularmente de la *Zweckstrafe* de von Liszt (13), inclinaron también el modelo hacia la prevención especial (14); lo cual no obstaculizó luego el predominio de la prevención general intimidadora en la mayoría de las modificaciones ocurridas en la ley penal con posterioridad a 1924 (15). Aun cuando en la Constitución de 1979 y en el Código de Ejecución Penal de 1985 se postuló, siguiendo a sus fuentes hispánicas, como función principal de la pena la resocialización.

2. LA FUNCION DE LA PENA EN LA REFORMA PENAL

Los vacíos teóricos y la confusión que imperan en el derecho penal nacional acerca de las funciones de la pena, también son perceptibles en los proyectos reformistas del Código Maúrtua. Es más, aun cuando este último con mayor prudencia omitió dedicar una disposición de su articulado a la

Bosch. Barcelona, 1981, ps. 103 y ss.; Paul Bockelmann - Klaus Volk. Strafrecht. Allgemeiner Teil. 4. Auflage. Verlag C.H. Beck. München, 1987, p. 6. Günther Jakobs. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Walter de Gruyter. Berlín - New York, p. 20 y ss.

- (12) En ese sentido José Hurtado Pozo. Die Freiheitsstrafe und ihre Sorrogate in Perú, *en* H.H. Jescheck. Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate in Deutschen und ausländischen Recht. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden, 1985, ps. 1581 y ss. Del mismo: Aperçu de la politique criminelle du Perou, *en* Archives de Politique Criminelle N°. 2, 1977, p. 193 y ss.
- (13) Según Von Liszt: "Como asunto de la pena aparece la actuación adecuada sobre la personalidad del delincuente. Así se situó en el primer término la idea de la prevención especial sin que tuviera que suprimirse la de la prevención general; y se puso frente a la pena retributiva la pena tutelar (Schutzstrafe) o pena de fin (Zweckstrafe)". Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Ed. Reus. 1927, p. 36.
- (14) Maúrtua en su exposición de motivos reconoce expresamente la influencia de Von Liszt. Cfr. Código Penal. Edición Oficial. Librería E. Moreno. Lima, 1924, p. 156.
- (15) Véase a modo de ejemplo: Decreto Ley 11078 del 5-8-1949; Decreto Ley 19910 del 30-1-1973; Decreto Legislativo 046 del 10-3-1981; Lwey 24420 del 27-12-1985; Ley 24953 del 7-12-1988.

función o funciones de la pena, los diferentes proyectos han creído conveniente definir las legalmente. Decisión que, dicho sea de paso, parece ser la predominante en el derecho extranjero (16).

En los proyectos de 1985 y 1986 (17), el legislador se decidió por una fórmula similar a la del artículo 12 del Código colombiano de 1980 (18); esto es, por una disposición que recuerda las tesis dialécticas de ROXIN (19) según las cuales, la pena es operativamente tanto prevención general como retribución o prevención especial. Según el artículo VIII del Título Preliminar del documento de 1986: "Las penas tienen función preventiva, protectora, retributiva y resocializadora...". FERNANDO VELAZQUEZ, comentando tal decisión del legislador peruano, reconocía que primaba en ella una "concepción mixta o teorías de la unión" (20). Es de destacar que para otros juristas colombianos, como FERNANDEZ CARRASQUILLA y el desaparecido REYES ECHANDIA, la inclusión en el derecho colombiano de una disposición similar a la del artículo VIII del Proyecto peruano de 1986, resultó bastante acertada (21).

-
- (16) Cfr. C.P. Bolivia (1973) art. 25; C.P. Cuba (1987) art. 27; C.P. Colombia (1980) art. 12; Proyecto alternativo alemán (1966) art. 2; Proyecto alternativo español (1982) art. III. Otros Códigos como el portugués de 1982 (art. 72.1), el brasileño de 1984 (art. 59) y el alemán de 1975 (art. 46), se refieren a las funciones implícitamente al definir las reglas de determinación de la pena.
- (17) Cfr. artículo VIII del Proyecto de agosto de 1985 y artículo VIII del Proyecto de abril de 1986.
- (18) Según el artículo 12 del C.P. colombiano: "la pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación".
- (19) Cfr. Claus Roxin. Sentido y límites de la pena estatal, *en* Problemas Básicos del Derecho Penal. Reus. Madrid, 1976, ps. y ss. Del mismo: Iniciación al Derecho Penal de Hoy. Universidad de Sevilla, 1981, ps. 46 y ss.
- (20) Velásquez califica a dicho artículo como "Principio del carácter teológico de las sanciones penales". Cfr. Fernando Velásquez Velásquez. Las normas rectoras del Proyecto de Código Penal peruano de 1986, *en* Anuario del Derecho Penal 10, 1988, p. 37.
- Bramont Arias al comentar los alcances del Proyecto de 1986 omite referirse de modo específico al artículo VIII del Título Preliminar. Cfr. Luis Bramont Arias. Temas de Derecho Penal. Tomo 5. SP Editores. Lima, 1988. ps. 17 y ss.
- (21) En este sentido Juan Fernández Carrasquilla. El nuevo Código Penal y sus prin-

Ahora bien, los proyectos de 1989 y 1990 también se refirieron expresamente a la función de la pena. Así, la versión publicada en setiembre de 1989, declaraba en su artículo 1º: "La ley penal persigue la prevención de delitos y faltas como medio de protección de la sociedad. La pena necesariamente precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y la responsabilidad penal del agente". Cabe señalar que la inserción de este artículo se hizo sin conocimiento ni aprobación del plenario de la Comisión Revisora de aquel entonces. Su inclusión, pues, fue iniciativa y responsabilidad del Ministerio de Justicia, que tuvo a su cargo la publicación del texto elaborado por los comisionados.

El numeral en cuestión fue tomado del artículo III del proyecto que en 1982 presentó a las Cortes la bancada del Partido Comunista Español, como enmienda al proyecto oficial de 1980 (22). Este hecho es interesante, ya que el proyecto del 82 fue en realidad un trabajo elaborado por dos insignes juristas hispánicos, los profesores SANTIAGO MIR PUIG y FRANCISCO MUÑOZ CONDE (23), el primero de los cuales ha desarrollado una concepción funcional de la pena bastante acomodada a las exigencias del Estado Social y Democrático de Derecho (24), y a la cual el propio MIR considera como prevención general positiva (25). Justamente, el artículo III del pro-

cipios rectores, *en* Nuevo Foro Penal Nº 7, 1980, p. 127. Alfonso Reyes Echandía. Derecho Penal. Parte General. Temis. Bogotá, 1989, p. 251.

- (22) Según el artículo III del Proyecto del 82: "Las leyes penales, tanto si establecen penas como medidas de seguridad, persiguen la prevención de delitos como medios de protección de la sociedad. La pena presupone la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y la responsabilidad penal del sujeto. Las medidas de seguridad requieren la concurrencia de peligrosidad criminal, manifestada por la comisión de un delito".
- (23) Véase el texto completo y la exposición de motivos de dicho proyecto *en* Cuadernos de Política Criminal Nº18, 1982, ps. 609 y ss.
- (24) Cfr. Santiago Mir Puig. *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. 2ª edición. Bosch. Barcelona, 1982, p. 29 y ss.
- (25) *Idem*. p. 31 Al respecto sostiene Mir: "Un Derecho Penal democrático ha de prevenir no sólo con el miedo al castigo, sino poniendo la pena al servicio del sentimiento jurídico del pueblo. Dos son, pues, los aspectos que debe adoptar la prevención general en el derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho: junto al aspecto de prevención intimidatoria (también llamada prevención general especial o negativa) debe concurrir el aspecto de una prevención

yecto del 82 es la consagración político-criminal y normativa de dicha concepción. Es más, la propia exposición de motivos del proyecto español señala que dicho artículo es “el punto de partida de la Política Criminal propia de un Estado Social y Democrático de Derecho” (26).

Según MIR, la “doctrina de la prevención general positiva no busca intimidar al posible delincuente, sino afirmar por medio de la pena la “conciencia social de la norma”, confirmar la vigencia de la norma. Ha cambiado el punto de mira: la pena no se dirige sólo a los eventuales delincuentes, pues no se trata de inhibir su posible inclinación al delito, sino a todos los ciudadanos, puesto que tiene por objeto confirmar su confianza en la norma.

Esta concepción pretende superar las antinomias entre las exigencias de prevención y retribución, convirtiendo estas últimas en necesarias para la propia prevención. Así, la confirmación de la vigencia de la norma requiere, según la nueva doctrina de la prevención general, que se imponga una pena proporcionada cuando se infrinjan las normas jurídicas fundamentales” (27). Si bien es cierto que en su esquematización el planteamiento de MIR es semejante al de JAKOBS (28), HASSEMER (29) y al que en el siglo pasado

general estabilizadora o integradora (también denominada prevención general positiva).

- (26) Cfr. Proyecto 1982. Exposición de Motivos, *en* Cuadernos de Política Criminal Nº 18, 1982, p. 611.
- (27) Santiago Mir Puig. Función Fundamentadora y Función Limitadora de la Prevención General Positiva, *en* Poder y Control Nº 0, 1986, p. 50.
- (28) Para Jakobs: “La función de la pena es el mantenimiento de la norma, como modelo orientador para la interacción social. El contenido de la pena es una contradicción de la negación de la supremacía de la norma a costa del infractor”. (Aufgabe der Strafe ist die Erhaltung der Norma als Orientierungsmuster für sozialen Kontakt. Inhalt der Strafe ist ein Nombrechers erfolgreicher Winderpruch gegen die Desavouierung der Norm). Ob. cit. ps. 748.
- (29) Cfr. Winfried Hassemer. Fines de la Pena en el Derecho Penal de Orientación Científico-Social, *en* Derecho Penal y Ciencias Sociales. U. Autónoma de Barcelona. Bellaterra, 1982. Según este autor: “... la función de la pena es la prevención general positiva: la reacción estatal ante hechos punibles, la cual al mismo tiempo protege la conciencia social de la norma” (p. 137). Es de señalar además que Hassemer destaca el carácter formalizado de la pena como instrumento de control social. Esto es, sujeto a presupuestos y límites: “La pena

proclamó medianamente MERKEL (30), es indudable que su desarrollo teórico es más coherente, democrático y completo. Para MIR la pena debe cumplir una función activa en el mantenimiento y fortalecimiento del consenso jurídico y de la seguridad de la ciudadanía. Pero además, la utilización de la pena por el Estado no puede alejarse de sus fuentes de legitimación constitucional; esto es, de las exigencias de *necesidad, bien jurídico real, humanidad, proporcionalidad y culpabilidad*, ya que desconocer tales límites implicaría usar la pena como instrumento estricto de autoritarismo y terror. Quizás la posición más cercana a su planteamiento sea *la exigencia de formalización* que sostiene HASSEMER (31). En ese sentido MIR declara que, “en el modelo de Estado social y democrático de Derecho del cual arranca nuestro sistema político y, por tanto, jurídico, la pena ha de cumplir (y sólo está legitimada para cumplir) una misión política de regulación activa de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes de los ciudadanos. Ello supone la necesidad de conferir a la pena la función de prevención de los hechos que atentan a estos bienes y no basar su contenido en una hipotética necesidad ético-jurídica de no dejar sin respuesta, sin retribución, la infracción del orden jurídico (32). Ahora bien, para que el Estado social no se convierta en autoritario, sino que

como modo de sancionar formalizado está sometida a presupuestos y limitaciones a los que están subordinadas, o sólo lo están parcialmente, las demás sanciones. La pena queda diferenciada y se amenaza y mide públicamente; debe mantenerse dentro de los límites del Derecho Penal del hecho y de la proporcionalidad; sólo puede ser impuesta por un procedimiento con innumerables garantías. En resumen: mediante la pena estatal no sólo se realiza la lucha contra el delito, sino también la juricidad, la formalización del modo social de sancionar el delito” (p.136).

Véase también de Hassemer: *Fundamentos del Derecho Penal*. Bosch. Barcelona, 1984, p. 391 y ss.

- (30) Según Merkel: “Las penas por su naturaleza general, fortalecen los preceptos y las obligaciones violados por medio de la acción delictuosa, y suponen una lucha contra los factores que se exteriorizan en esta acción contraria al deber como tal”. A. Merkel. *Derecho Penal*. Ed. La España Moderna. Madrid s/d, T.I, p. 252.
- (31) Ver supra, nota 49. Cfr. además: Santiago Mir Puig. *Función Fundamentadora...* Ob. cit. p. 54.
- (32) Esta función protectora de bienes jurídicos es el punto de relación entre la tesis

sea democrático y de derecho, debería respetar una serie de límites, que garanticen que la prevención se ejercerá en beneficio y bajo control de todos los ciudadanos” (33).

El acento constitucional que el profesor de Barcelona imprime a su modelo preventivo-general positivo, supera, ampliamente, las críticas que al funcionalismo de JAKOBS hicieran BARATTA y MUÑOZ CONDE (34). Mas aún, BUSTOS incluso reconoce que MIR ha logrado, como ningún otro, acomodar su concepción preventivo-positiva a su teoría del delito que se basa en la idea de motivación (35).

Pero al margen de las bondades y coherencias de las tesis de MIR, la adopción formal de las mismas por los proyectos de 1989 y 1990 merecen un análisis más concreto y que se nutra de la experiencia penal nacional. Al respecto, es de recordar que en nuestro país la Constitución del 79 coloca al hombre por encima del grupo social. En ese sentido, el artículo 1º declara abiertamente que: “La persona humana es el fin supremo de la Sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla”. Al respecto, RUBIO y BERNALES han criticado el excesivo individualismo de dicha disposición: “A nuestro juicio —dicen estos autores— debió hacerse una declaración inicial que no pusiera al individuo simplemente como centro de la Sociedad y del Estado, sino que le diera sus adecuadas dimensiones a la vez individuales y sociales, estableciendo que todos y cada uno de los derechos le pertenecen no sólo en cuanto individuo, sino también en cuanto

de Mir y la postulada por Bustos. Cfr. Bustos Ramírez. *Manual de Derecho Penal...* Ob. cit. p. 39.

- (33) Santiago Mir Puig. *Función de la Pena y Teoría del delito...* Ob. cit. p.40. El propio Mir en clara alusión a los planteamientos de Jakobs ha señalado: “Las diferentes objeciones mencionadas... aconsejan rechazar las concepciones de la prevención fundamentadora o ampliatoria de la intervención penal”. (*Función Fundamentadora...* Ob. cit., p. 57).
- (34) Cfr. Alessandro Baratta. *Integración-Prevención: “Una nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistemática*, en *Doctrina Penal*, 1985, p. 15 y ss.; Francisco Muñoz Conde. *La Norma Jurídica Penal. Crítica a la Teoría Sistemática del Derecho Penal y Control Social*. F. Universitaria de Jérez. Jérez, 1985, p. 26 y ss.
- (35) Juan Bustos Ramírez. *Estado actual...* Ob. cit., ps. 178 y 179.

miembro que actúa en el todo social, en sus diferentes facetas: sociales, políticas, etc.” (36). Quizás una descripción con esas características hubiera sido más compatible con la premisa funcional del artículo 1º del proyecto de 1989. Pero como no fue así, era indudable que la fórmula de dicho artículo del proyecto se contraponía al carácter individualista de la Constitución. No era, pues, lo mismo que la pena se orientase hacia la promoción del sujeto que hacia la promoción de la sociedad. Esta distinción es más notoria aún si se analiza el artículo 234 de la Constitución, cuyo segundo párrafo señala que: “El régimen penitenciario tiene por objeto (léase función) la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, de acuerdo con el Código de Ejecución Penal” (37).

En España ocurrió algo semejante (38). Razón por la cual BUSTOS cuestionaba la tesis de MIR, aduciendo que, “la preeminencia general sobre la especial (sic) implicaría hacer predominar una razón social por sobre el individuo, con la cual podría ponerse en peligro las bases mismas de un Estado Social y Democrático de Derecho, cuyo pilar fundamental tiene que ser el reconocimiento de la dignidad de la persona humana y su preeminencia sobre el Estado, como sucede en el sistema establecido por la Constitución española” (39). Una preocupación similar a la de BUSTOS determinó que en el proyecto publicado en julio de 1990 se modificara el artículo 1º en los siguientes términos: “La ley penal persigue la prevención de delitos y faltas

(36) M. Rubio y E. Bernal. Constitución y Sociedad Política. Mesa Redonda Editores. Lima, 1985, p. 35. En términos semejantes Alberto Ruiz Eldredge. La Constitución Comentada 1979. Ed. Atlántida. Lima, 1980, p. 30 y ss.

(37) Esta disposición concuerda con el artículo I del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal que señala: “La ejecución de las penas y medidas privativas de libertad dictada por el Órgano Jurisdiccional, tienen por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del interno a la sociedad”. Ambas normas consagran pues, como función de la pena, la prevención especial.

(38) Cfr. Art. 25.2 de la Constitución española de 1978 y Art. 1º de la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979. Por ello Mir busca explicar la resocialización a que alude el artículo constitucional mencionado, en el respeto democrático de la minoría (delincuente) y una necesidad de que el Estado ofrezca al condenado posibilidades para su reinsertión social. Cfr. Función de la Pena... Ob. cit., p. 34 y ss.

(39) J. Bustos Ramírez. Estado Actual... Ob. cit. p. 179.

como medio protector *de la persona humana* y de la sociedad. La pena necesariamente precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y la responsabilidad penal del agente” (40). Según la exposición de motivos, “la prevención general se complementa, así, con una prevención especial que sólo procede cuando se realizan acciones u omisiones que dañan o arriesgan intereses que la colectividad demanda proteger, y siempre que el actor sea también responsable penalmente” (41).

Sin embargo, contra todo pronóstico y cuando parecía que la reforma penal se había decidido por reconocer a la pena una función preventivo-general positiva, apareció en enero de 1991 un nuevo proyecto de Código Penal. Este documento incluyó dos fórmulas referentes a la función de la pena. En primer lugar, figuraba el artículo I que con una redacción recortada reproducía el criterio preventivo-general positivo del proyecto de julio de 1990. Y, en segundo lugar, en un artículo IX el legislador retornaba a la curiosa descripción ecléctica, de origen colombiano, que había figurado en los proyectos nacionales de 1985 y de 1986. La confusión, pues, era total y grotesca. La pena según el título preliminar del proyecto de enero de 1991 era un “tutti frutti” de funciones, donde se agrupaban criterios irreconciliables de prevención general, de prevención especial y hasta de retribución pura.

Las críticas a tan errado planteamiento del legislador motivaron que en el texto final de abril de 1991 se eliminase la función “retributiva” del listado funcional contenido por el artículo IX del Título Preliminar. Sin embargo, en su exposición de motivos el nuevo Código sigue sosteniendo que la pena ejercita una “función *retributiva*, preventiva, protectora y resocializadora...”. Esta incoherencia ha trascendido a algunos códigos de difusión como el de RAMIREZ ERAZO que redacta la fórmula del artículo IX considerando aún dicha función retributiva.

El Código del 91 asume, pues, una opción funcional preventivo-mixta y reconoce posibilidades preventivo-generales y preventivo-especiales. Luego, los artículos IV, VII y VIII del Título Preliminar complementan el sentido de los artículos I y IX con exigencias de culpabilidad, lesividad y propor-

(40) Cfr. Proyecto del Código Penal de julio de 1990, art. 1.

(41) Cfr. Proyecto de julio de 1990. Exposición de Motivos. p. 10.

cionalidad. Por consiguiente, el legislador ha retornado a los planteamientos dialécticos unitarios de ROXIN y a interpretaciones nacionales como las de HURTADO y VILLAVICENCIO.

Pero más allá de las teorías que puedan esconderse detrás de los artículos I y IX del Título Preliminar del nuevo Código, la realidad y la experiencia de nuestro sistema penal nos demuestran que en el Perú la pena ha cumplido siempre una misma función. Esto es, *la de ser un mecanismo deshumanizado de intimidación social, de castigo y de autoritarismo*. En nuestro medio, pues, la pena es, ha sido y será sólo *prevención general negativa* o mera *retribución*. Y esto pese a que como ya se señaló, el artículo 234 de la Constitución y el artículo 1º del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal han tratado eufemísticamente de reconocerle una función preventivo-especial o de resocialización. Sino preguntémosnos con seriedad qué función cumple la pena en ambientes tan promiscuos y degradantes como Lurigancho. O cuando se constata empíricamente que un 50% de nuestras leyes penales no cumplen otra función que la de intimidar a la población, “potencialmente delincuente y víctima”, mediante la agravación de las penas o la prohibición de toda clase de beneficios penales, procesales o penitenciarios. E incluso cabe indagar por las funciones penales que pretende cumplir el nuevo Código, cuando establece penas privativas de libertad de hasta 25 años, o penas de expatriación y de expulsión de extranjeros, o cuando excluye de beneficios a los implicados en actos de terrorismo o narcotráfico (42). Esto es, cuando ratifica así una política penal de emergencia y una actitud sobrecriminalizadora que son repudiadas por un derecho penal acorde con las exigencias mínimas y garantistas que impone un Estado Social y Democrático de Derecho y que el Código del 91 declara abiertamente en su Título Preliminar.

Todas esas comprobaciones demuestran que la pena en el Perú ha cumplido y cumple una función *de autoconstatación de un Estado autoritario y represivo que antepone razones de estabilidad política a los mandatos y propósitos constitucionales*. Por lo expuesto, pues, estamos convencidos

(42) Cfr. Segunda Disposición Final y Transitoria del Código Penal de 1991.

de que artículos como el I y IX del Título Preliminar están de más en un sistema penal como el peruano y encierran de momento más hipocresía que buenas intenciones. De otro lado, son técnicamente poco coherentes y en lo político criminal resultan innecesarias. Esto último se desprende de la constante verificación de que en países como el nuestro la pena cumple las funciones que el Sistema Organizacional (Policía, Ministerio Público, Poder Judicial, e INPE) quiere y permite que cumpla, muy al margen, pues, de lo que la ley formal pueda declarar que deba cumplir. En fin, los artículos I y IX son, como señaló recientemente ZAFFARONI, “normas declarativas que no sirven para nada” (43).

(43) Conferencia pronunciada en el marco del II Seminario sobre Criminología Crítica organizado en Lima por CEAS, en abril de 1991.