

# La fragilidad de la política criminal y los derechos fundamentales en el sistema penitenciario peruano

■ Manuel Bermúdez Tapia<sup>1</sup>

Fecha de recepción: diciembre 2006

Fecha de aceptación y versión final:

Febrero de 2007

## Resumen

En los Estados de Derecho se suele tener como premisa básica una línea de discrecionalidad de la defensa de los bienes jurídicos importantes de la sociedad, sobre la base de la defensa de los derechos fundamentales de la persona, el debido proceso y una serie de garantías constitucionales, todas ellas traducidas en una Política Criminal. Sin embargo, la realidad peruana dista de esta situación, por cuanto ni en el Congreso de la República, ni en las instituciones que administran e importen justicia existe un mecanismo que garantice a la sociedad la defensa de sus derechos como miembros de la sociedad y de sus bienes ni proteja los derechos de aquellas personas que han delinquido. La fragilidad de un sistema vinculado más a un ámbito de actuación populista legislativo, no sólo perjudica a los individuos de la comunidad,

<sup>1</sup> Abogado. Maestro en Derecho. Profesor de la Maestría de Derecho con Mención en Derecho Penal de la UPAO. Email mbermudez@pucep.edu.pe

sino que terminan cuestionando el concepto de Estado democrático y tuitivo de derechos fundamentales

Palabras claves: política criminal, realidad penitenciaria peruana, sistema penitenciario peruano, populismo legislativo, derechos fundamentales y cárcel, política pública y derecho penal, sistema judicial punitivo peruano.

## La política criminal como política de Estado

La Política Criminal (PC) es entendida como un área dentro del Sistema Jurídico Judicial en todo Estado Moderno, el cual desde su percepción ideológica la diseñará sobre la base de su propia línea de Administración Pública, esto es como Política de Estado.

Como Política de Estado, la PC tendrá sentido y dirección a efectos de generar una línea de sistematización de corrientes filosóficas y jurídicas respecto de la protección de determinados bienes jurídicos. Tendrá, por tanto, una característica de temporalidad prolongada frente a situaciones coyunturales, así como una fundamentación acorde con la protección y garantía de los derechos fundamentales de toda persona. Todo Estado de Derecho Democrático tendrá una PC perma-

nente, como regla general y en forma excepcional será modificado en esencia sólo cuando existan causas justificantes para una modificación o adecuación de nuevos lineamientos.

Para entender cómo se fundamenta la PC en un Estado de Derecho, pasaremos a señalar algunas definiciones, empezando por la de Feuerbach (1803) quien define a la PC como aquel conjunto de métodos represivos por los cuales el Estado reacciona frente al crimen". Frente a esta primera clásica definición, Del Mas-Marty (1983: 148) realiza una interpretación moderna, al considerar "la reacción" de Feuerbach como una "respuesta" estatal a situaciones de criminalidad que se presentan en la sociedad.

Von Liszt, desde su percepción, califica a la PC como aquel conjunto sistemático de principios, con arreglo a los cuales deben organizar el Estado y la sociedad la lucha contra el crimen. Christine Lazerges (1991: 77) realiza una definición multidisciplinaria al señalar que la "la Política criminal es una reflexión epistemológica acerca del fenómeno criminal, una descodificación del fenómeno criminal y de los medios empleados para luchar contra los comportamientos desviados o delictivos; la política criminal es, igualmente, una estrategia jurídica y social basada en las elecciones ideológicas, para responder con pragmatismo a los problemas planteados por la prevención y la represión del fenómeno criminal, entendido en toda su extensión".

Los profesores Silva (1997) y Diez Ripollés conciben una PC más integral, donde el Derecho Penal determina los lineamientos que guían al legislador en la modificación de la ley penal (tanto en su forma sustantiva, procesal, de procedimientos), el mismo que es complementado por Muñoz Conde (1978: 70 y ss) respecto a la obligación de que la PC debe "elaborar el concepto de conducta criminal, merecedora de pena en el caso concreto".

Definiciones sustantivas que, sin embargo, deben ser complementadas, sobre la base de las características de la PC en su ámbito de ejecución en un Estado de Derecho Demo-

crático. Por ello, se debe decir que la PC aglutina a todas las ciencias penales, penitenciarias, policiales y finalmente, al aparato jurisdiccional punitivo del Estado, así como a todas las políticas de intervención social de control.

Este aglutinamiento organizado, permitirá al legislador optar por una mejor determinación de los máximos y mínimos de punición respecto a la imposición de una pena en caso de la comisión de un ilícito, así como también le permitirá definir mejor su rol de promotor de la legalidad penal y ordenador del sistema penal, para que finalmente el juzgador, cuando tenga que aplicar la ley, la pueda adecuar a una situación en particular y procurar la paz social.

El legislador, por tanto, contará con una línea de proyección cuando requiera modificar la norma penal en todos sus ámbitos, mejorando no sólo los niveles de aplicación de la norma, sino también generando una mejor situación de estabilidad legal, propia de un Estado de Derecho Democrático.

Para el caso peruano, esta proyección permitiría que el legislador no cometa ni "pecados"<sup>2</sup> ni errores como el sucedido con la Ley N° 28568 (Ley denominada "Wolfenson"<sup>3</sup>), promovido por el legislador de Unidad Nacional, Kuennen Franceza Marabotto y respaldado por los legisladores Xavier Barrón (Abogado), Gilberto Díaz Peralta, Juan Figueroa, Luis Gonzáles, Alcides Llique, Jacques Rodrich, Doris Sánchez, José Taco, Emma Vargas de Benavides, Rafael Aíta, Jesús Alvarado, Marcial Alvarado, Alberto Cruz, Carlos Chávez, Tito Chocano, Luis Gasco, Gonzalo Jiménez, Michel Martínez, Gerardo

2 El término de pecado legislativo fue imputado por los parlamentarios de profesión letrada, quienes fundamentaron sus excusas en la promulgación de la mencionada norma.

3 Esta norma según la prensa escrita peruana, se denominó "Wolfenson", porque fue a los hermanos Wolfenson (propietarios y ex parlamentarios de la bancada del Fujimontecínismo) a quienes beneficiaba de modo directo.

Saavedra, Víctor Velarde y Mario Ochoa, quienes por dolo o culpa, promovieron la aprobación del Proyecto de Ley N° 12952-CR (11/05/2005) el cual, en líneas generales, beneficiaba a determinadas personas con ayudas penitenciarias que desvirtuaban la sanción penal, sobre todo en procesos penales por corrupción de personajes vinculados al Fujimorato.

La Ley N° 28568, fue finalmente promulgada por facultad del Legislativo y aplicada inmediatamente por la Corte Suprema de Justicia a los casos en trámite, en un acto que sorprendió a la opinión pública por su rapidez. En las dos semanas siguientes fueron derogadas primero por el CR, con la Ley 28577 (09/07/2005)<sup>4</sup> y luego por el Tribunal Constitucional.

Situaciones particulares, de modificaciones legislativas a la PC para casos puntuales (sin importar sus consecuencias) impiden ver una Política de Estado uniforme, centrada y sobre todo coherente con los postulados de defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos, razón por la cual es necesario que los órganos del Poder Ejecutivo (Ministerio de Justicia y Ministerio del Interior), el Poder Judicial, el Ministerio Público y sobre todo el Legislativo, tengan niveles de coordinación interinstitucional para efectos de modificar una ley penal cuando sea necesaria y hacerla bajo los parámetros de exigibilidad social y no so sobre la base de un Populismo Legislativo, el cual por sus réditos políticos a veces no es consecuente con las obligaciones inter-

---

4 Por increíble que parezca el 09/07/2005, se publicó la Ley que derogaba la Ley 28568 (03/07/2005), cuando se aprobó un dictamen que consensuaba los Proyectos de Ley N° 13223, 13231, 13238, 13274, 13300, 13303, 13307, 13314, 13315, 13316, 13320, 13321, 13322, 13324, 13326, 13328, 13329, 13343, 13331, 13348, 13335. Paradojas o contradicciones del Parlamento, firmaron estas propuestas los congresistas Kuennen Francaza, Xavier Barrón y Alcides Llique, la propuesta de Ley que derogaba una Ley propuesta por ellos mismos, una semana antes.

nacionales que el Perú se ha comprometido a respetar, en particular en aquellos casos que involucran la imposición de Pena de Muerte para casos de violación a menores de edad y terrorismo.

### **El Populismo punitivo y el endurecimiento de penas (el afianzamiento de la intolerancia)**

Frente a la posición ambigua del Estado respecto a la delimitación de sus parámetros de elaboración una PC uniforme y coherente, debemos mencionar que esta se encuentra en una situación temporal de cuestionamiento a sus fundamentos, tanto por su parámetro de prevención, de “resocialización” como de protección de derechos fundamentales.

La “resocialización” del delincuente ya no constituye un elemento que la justifique en el ámbito de su proyección social, debido sobre todo a la reincidencia como una constante en las estadísticas de criminalidad.

Adicional, las características actuales de todo el sistema penitenciario que traduce y expresa la PC, no garantiza una función protectora de derechos fundamentales en los internos, ni promueve otra posición a la clásica imposición de sanción limitativa de libertad. Muy por el contrario, se ha degenerado al nivel de ocasionar un mayor daño a la sociedad, por cuanto al delincuente se le asigna un valor peyorativo y estigmático, que le impedirá tener una reinserción social deseable.

En el ámbito de la prevención del delito, la PC se ha encontrado en una situación vulnerable debido a la presión política para desarrollar populismo punitivo legislativo, que ha (de)generado el incremento de las penas, sin un sustento criminológico o social, como queriendo emular las “políticas de tolerancia cero” americanas.

Y es que el legislador peruano, sin una mayor asesoría técnica jurídica y sociológica, ha optado por desarrollar la parte más fácil del sistema penal: sancionar y si ya hay una

sanción, incrementarla. El objetivo es finalmente alcanzar una dualidad: dar la impresión de estar en un Estado que atiende las necesidades de protección de la sociedad respecto al avance de la criminalidad y con respecto a la prevención del delito, para que no “avance”.

En forma complementaria, las deficiencias económicas del Estado y la pobreza extrema de cerca el 45% de la población peruana<sup>5</sup>, se conjugaron para que a partir del Gobierno de Fujimori la cultura del welfare <sup>6</sup> desapareciera del país, incrementándose lo que Young (1996) definió como la Criminología de la Intolerancia, con ejemplos como la Legislación Antiterrorista (que finalmente fue declarada inconstitucional y violatoria de Derechos Humanos, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos) y la legislación de prevención de la delincuencia juvenil (pandillaje).

### La sobrecriminalización

Las políticas de intolerancia si bien tienen un origen que puede ser entendible, no puede limitar derechos ciudadanos, por cuanto estos no pueden tener como premisa limitativa una situación aún precedente a un acto delictivo.

Bajo una PC de naturaleza de derecho penal del enemigo, el legislador peruano ha ido a lo máximo en cuanto a la prevención del delito, con la reciente aprobación en el Congreso<sup>7</sup> de la Ley (aún sin número) que otorga facultades al Ministerio Público (Fiscal) para la intervención y control de comunicaciones y de documentos privados

en casos excepcionales.

Si bien, la ola de delincuencia en el ámbito de terrorismo, pandillaje, delincuencia organizada, secuestros ha originado la intervención de los políticos de las más altas esferas, la propuesta analizada, en sí, podría originar más de una acción de inconstitucionalidad, debido a la fragilidad de los derechos ciudadanos respecto a las situaciones que la ley describe como “excepcionales”.

Problema que se incrementa a niveles ya de exageración, por cuanto se incluyen en la nómina de “excepcionalidad”, los siguientes delitos: secuestro agravado, tráfico de menores, pornografía infantil, robo agravado, extorsión agravada, tráfico ilícito de drogas, asociación ilícita para delinquir, delitos contra la humanidad, atentados contra la seguridad nacional y traición a la patria, peculado, corrupción de funcionarios, terrorismo y delitos tributarios y aduaneros. (Artículo 1)

Un análisis detallado arrojaría lo siguiente: que el fiscal y Ministerio Público tendrían facultades de investigación, previa a la comisión de un ilícito penal, en casos de delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexual (pornografía infantil), delitos contra la Administración Pública (peculado, corrupción de funcionarios), delitos contra el Estado (terrorismo, delitos tributarios y aduaneros), delitos contra el patrimonio (robo agravado).

En suma, la mayor parte de ilícitos regulados en el Código Penal y con márgenes de punición superior a los 10 años con pena privativa de libertad.

Por ello, cuando señalamos la peligrosidad de esta norma, próxima a entrar en vigencia, radica en el hecho de situaciones aleatorias y que no implica una gavedad social, como en los casos de delitos tributarios y aduaneros (las facultades de la administración fiscal y administrativa, se incrementarán). No es lo mismo entonces, prevenir delitos vinculados al tráfico

5 Instituto Peruano de Estadística. Censo Nacional

6 Welfare (financial assistance paid by the government). Programa social de asistencia social

7 A la fecha, el proyecto aprobado vía Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso de la República, se basa en la formula que el Ejecutivo envió al Parlamento y por ello no dudamos en su próxima aprobación (que tiene un plazo de 15 días naturales)

humano y pornografía infantil, que casos de peculado, que fueron cometidos por funcionarios públicos de niveles medios e inferiores, porque los principales funcionarios tienen derecho a la Inmunidad y a un antejuzicio político en el Congreso de la República. Este Congreso será el que decida si se apertura un proceso judicial en su contra. En términos sencillos, esta sobrecriminalización está dirigida a los delincuentes de poca monta, y es una garantía para aquellos que delinquen con millones de dólares.

### **La ausencia de *Think Tank* idóneos**

El problema de la direccionalidad de la PC en el Perú, responde en primer lugar a una situación compleja que involucra a todas las instituciones con injerencia en el tema, pero en particular respecto a los niveles de asesoría que cada uno recibe.

Y esta situación se traduce en el hecho que no existen “think tanks” idóneos, que puedan difundir políticas en materia criminal, penal o de control social. En el Perú a diferencia de los Estados Unidos o Europa no tenemos ni la Manhattan Institute, la Heritage Foundation, el Adam Smith Institute, que pudieran de algún modo delinear o irradiar pensamientos de contenido económico, social o jurídico jurisdiccional.

Las universidades se han quedado en su atmósfera alejada de la realidad nacional y sus Centros de Postgrado no han generado ninguna línea de pensamiento en materia Criminal o Penal. Los Organismos Gubernamentales no Estatales, en este sentido tampoco han generado un pensamiento uniforme respecto a la política de reforma de la PC, máxime si estas se han limitado a la política de reforma constitucional del Sistema de Impartición de Justicia en un ámbito de administración de instituciones.

La Comisión Andina de Juristas (CAJ), el Instituto de Defensa Legal (IDL) y el Consorcio Justicia Viva, poco o nada han formulado líneas de pensamiento en el ámbito

de la PC. Los colegios profesionales igualmente no han generado ninguna posición relevante respecto de la administración de justicia en el país.

Instituciones de índole mixta como Institutos de Investigación, como la Asociación Peruana de Ciencias Penales, la Asociación Peruana de Derecho Procesal Penal y el Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, se han avocado más a la reforma Procesal Penal, en el ámbito de la implementación del Sistema Acusatorio Oral que al seguimiento de las propuestas legislativas en materia de PC en el Congreso de la República.

### **La arrogancia del Congreso de la República**

Adicional al hecho de no contar con instituciones que puedan garantizar una asesoría de nivel o generar una línea de pensamiento en materia criminal y penal, el Perú adolece de un Parlamento Unicameral que se ha arrogado una función legislativa sin considerar la necesidad de solicitar información a instituciones académicas y profesionales y sobre la base de los dictámenes de las Comisiones Especializadas, en particular la de Justicia y la Constitución y Derechos Humanos, han trabajado en forma unilateral y hasta en forma prepotente.

Las últimas modificaciones al articulado de los delitos contra el honor sexual del Código Penal, son una muestra de esta situación, en particular porque se ha derogado de facto la capacidad relativa de los jóvenes de 14 a 18 años, de realizar disposiciones respecto a su voluntad y a su capacidad. Rodríguez Hurtado (2006) define que estas situaciones responden a la insensatez del legislador que sobre carga la labor del Juez y criminaliza situaciones que bien pudieran estar fuera de un ámbito punitivo estatal.

Si bien las diferentes instituciones y abogados de prestigio que prestan sus servicios como asesores de las Comisiones de Justicia y Constitución y Derechos Humanos, sus

informes no son vinculantes y será el Pleno del Congreso (la sesión en la cual asisten todos los parlamentarios) quienes terminen por modificar una propuesta legislativa con sus acertadas intervenciones, como si una modificación no pudiera vulnerar la naturaleza la propuesta legislativa.

### La sobre carga judicial

Adicional a los problemas clásicos que aquejan al Sistema de Impartición de Justicia en el Perú, la sobre carga judicial de expedientes en materia penal tanto en el Poder Judicial como en el Ministerio Público es una situación insalvable que relativiza la garantía de protección de derechos fundamentales de toda persona, que estuviera involucrada en un proceso penal, tanto como procesado o como tercero civil.

Si bien la legislación penal no ha permitido al juzgado aligerar su carga procesal, este magistrado tampoco ha sabido emplear mecanismos procesales existentes para evitar el seguimiento de un proceso judicial innecesario. El principio de oportunidad, no ha sido siquiera bien implementado por el Ministerio Público y los niveles de exigibilidad de presentar denuncia de parte de la sociedad o de los afectados por un hecho criminal, ha motivado inclusive que el Tribunal Constitucional disponga en una sentencia normativa que el único titular de la acción penal sea el Ministerio Público.

El magistrado peruano igualmente no escapa de su responsabilidad cuando no ha podido hacer un correcto uso de los tipos de penas que el Código Penal lo faculta a imponer, según sea el caso. Las condenas privativas de libertad, son empleadas casi en forma exclusiva y sin un criterio vinculante tanto en su nivel jerárquico jurisdiccional como a nivel de predictibilidad en el Poder Judicial.

Las consecuencias de estas conductas de irresponsabilidad social son el incremento de la población penitenciaria, la escasez de

recursos económicos para la atención de la sobre demanda poblacional y el deterioro de los niveles de credibilidad de la justicia peruana, a niveles de desaprobación de escándalo.<sup>8</sup>

### La fragilidad de los derechos fundamentales del internado en un centro de reclusión

El entrecruzamiento de las citadas tendencias político criminales en el Perú, que han provocado la sobrecriminalización y un derecho penal del enemigo en el ámbito de la criminalidad, han generado el debilitamiento del principio garantista del derecho penal y por ende la vulneración de los principios democráticos del Estado de Derecho.

Basta con observar la siguiente relación de situaciones en las cuales se han vulnerado principios de protección de derechos fundamentales:

#### a. Debido proceso

Los plazos para la investigación fiscal, la imposición de la pena en el órgano judicial son elementos que vulneran todo principio garantista de un proceso judicial, agravándose con el hecho de que las resoluciones judiciales no tienen un carácter de previsibilidad.

#### b. Presunción de inocencia

Durante la mayor parte del proceso judicial, el imputado de un ilícito se encuentra detenido o en un Centro de Reclusión Penitenciario o en su domicilio (detención domiciliaria). La regla para estar en un estado o en otro, es el tipo de delito y la calidad de argumentación de la defensa. Por lo general, los imputados por delitos contra el Estado por pertenecer a la mafia fujimontecinista están en detención domiciliaria.

#### c. Derechos políticos

Sobre este punto, en un año electoral en el Perú se han suscitado una serie de situaciones

<sup>8</sup> El diario "El Comercio" publicó encuestas en las cuales sólo el 2% de la población tenía confianza plena en el Poder Judicial.

que han mellado más la pobre imagen de la PC.

Sobre la base de la presunción de inocencia se ha permitido que detenidos por comisión de delitos contra el Estado (corrupción de funcionarios y sedición) participen a cargos políticos en las elecciones parlamentarias. En tal sentido están los casos del actual parlamentario José Luna Gálvez y de Antauro Humala Tasso (hermano del candidato presidencial Ollanta Humala)

Se llegado inclusive al nivel de que al segundo mencionado, se le ha permitido realizar “audiencias y conferencias de prensa” en el Centro de Reclusión de más alta seguridad del país (CRAS Piedras Gordas). □

## **Bibliografía**

- DEL MAS-MARTY, Mireille (1983), “Modèles et Mouvements de Politique Criminelle”, Ed. Económica, Paris.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (1989), “Introducción a la Criminología y al Derecho Penal”, Tirant lo Blanch. Valencia.
- RODRÍGUEZ HURTADO, Mario (s/f), “El nuevo grito de guerra del torpe legislador draconiano: a la cárcel por “violador”, aunque la “víctima” haya consentido libremente la relación sexual o análoga”, en: Web Page del Poder Judicial. [http://www.pj.gob.pe/detalle\\_noticia.asp?codigo=3530](http://www.pj.gob.pe/detalle_noticia.asp?codigo=3530)
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús (1997), “Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites”, en IDEM (Comp.), Política criminal y nuevo Derecho penal (Libro-Homenaje a Claus Roxin), Bosch, Barcelona.
- YOUNG, Jock (1996), “The Criminology of Intolerance: zero-tolerance policing and the American prison experiment”. Centre for Criminology, Middlesex University. Londres.