

LA INVOLUCION DEL SISTEMA DE PENAS EN EL CONTEXTO DE LA POLITIZACION DEL DERECHO PENAL

Aldo Figueroa Navarro

Sumario: I. Situación inicial. II. Introducción de la cadena perpetua. III. Modificación cualitativa y cuantitativa de la pena privativa de libertad temporal. IV. Ampliación de la aplicación de la pena de muerte. V. Déficit en la implementación de las penas limitativas de derechos. VI. Conclusión.

I. Situación inicial

(p. 273) El Código penal fue el producto de una reforma largamente preparada durante la década del 80. Los motivos fundamentales para reestructurar de manera general las instituciones del Código derogado, incluido el sistema de penas, fue la necesidad de adecuar nuestro sistema penal, por un lado, a las exigencias de la Constitución de 1979 y, por otro lado, a “las nuevas realidades de nuestra sociedad y a los avances que presenta en esta hora la política criminal, la dogmática penal, la criminología y la ciencia penitenciaria”¹.

En su búsqueda por alcanzar ambos objetivos, el legislador estructuró un sistema de penas coherente, marcadamente diversificado (**p. 274**) y, en general, lo suficientemente flexible para hacer frente a la pequeña y mediana criminalidad. En la ampliación del sistema de sanciones se tomó en consideración los efectos criminógenos de la prisión y “los elevados gastos que demandan la construcción y sostenimiento de un centro penitenciario”². No obstante que no renunció completamente a suprimir las penas privativas de libertad de corta duración, puso a disposición del juez diversas opciones que tendieran a evitarla.

En el criterio financiero evocado para “imaginar nuevas formas de sanciones para los infractores que no amenacen la paz social y la seguridad colectivas”³, subyace la idea errada que una reducción de las penas privativas de libertad de corta o mediana duración, implica finalmente una reducción sustantiva de la demanda de plazas en los establecimientos penitenciarios. Contrariamente a dicha idea, la población penal aumentó progresivamente durante el periodo 1991-19934. Este aumento no se debió necesariamente al hecho que hubieran ingresado una mayor cantidad de procesados o condenados a prisión, sino a causa de la importancia, en nuestro sistema penal, de las penas privativas de libertad de larga duración.

No obstante que en el Código de 1991 se suprimió la pena de internamiento, cuya duración mínima era de 25 años, esta modificación no pudo influir mucho en la reducción del número de internos. La

¹ *Exposición de Motivos del Código penal de 1991*, p. 6.

² *Id.*, p. 8.

³ *Id.*, p. 8

⁴ Si la población penal en 1991 era de 19,462 internos, en 1992 aumentó a 20,525, y en 1993 a 26,504 internos (Cf. PAREDES, I., *Compendio de legislación penitenciaria*, Lima 1997, p. 526 y ss.). Es evidentemente incierto establecer si este aumento estuvo condicionado por la nueva legislación antiterrorista de 1992. Es posible que, en un contexto en el que los jueces eran acusados de laxistas frente a la criminalidad y existiendo una política más represiva, las penas alternativas a la privación de libertad no hayan sino contribuido a una ampliación de la represión. Cf. TUBEX, H./ SNACKEN, S., “L'évolution des longues peines ” en *Déviance et Société*, vol. 19, 1995, p. 110 y s.

entrada en vigor del Código mantuvo estable el tratamiento represivo de los tres delitos que conforman más de las dos terceras partes de la población penal (en orden decreciente): contra el patrimonio, tráfico ilícito de drogas y terrorismo. La conservación del criterio de aplicar penas **(p. 275)** privativas de libertad irreductibles para los dos últimos delitos (disposición segunda del Código penal) contribuyó a reforzar esta situación.

Pese a todo, el Código de 1991 merecía pasar por un periodo de ensayo en el que se pusieran a prueba las instituciones incorporadas al sistema de penas. En el camino cabían ciertamente hacer algunas rectificaciones pero que no pusieran, por lo menos en el mediano plazo, en entredicho el hilo conductor del sistema. Si se consideraba necesario recurrir a la prisión para enfrentar sobre todo a la criminalidad residual o grave era igualmente imprescindible reconocer también que los límites máximos de la represión eran demasiado altos.

Si la tarea de disminución de las barreras generales de la represión se consideraba aún prematura e inoportuna debido al flagelo, en aquel entonces muy presente, del terrorismo, era menester darle contenido a las nuevas formas de la reacción penal, desarrollar las potenciales virtudes de las penas alternativas a la pena privativa de libertad, familiarizarse con el nuevo sistema. No porque fuesen el remedio para resolver el problema de la sobrecarga del sistema penal y penitenciario, sino para reducir la “adicción” del sistema al uso progresivo y desmesurado de la prisión. Es más fácil ocultarse detrás de los criterios dominantes en la opinión pública, de las tendencias manifestadas en las “encuestas de opinión” que de librarse a la tarea de hacer aceptar innovaciones: “la opinión pública se forma más en función de la práctica cotidiana de la justicia penal, a que ésta sea el reflejo de las opiniones del público”⁵.

El camino que se siguió sin embargo no fue ese. Por el contrario, el fenómeno terrorista sirvió de base para emprender un proceso de politización creciente del derecho penal. Politización, comprendida en su connotación negativa; es decir como la utilización de las medidas penales para movilizar a la opinión pública contra la criminalidad sin que se resuelvan en el fondo los problemas que se promete solucionar. De este modo, se genera el riesgo de agravarlos, sumiendo a la opinión pública en un círculo vicioso en el que nunca se terminará por **(p. 276)** demandar “more of the same”⁶. En lo que sigue veremos cómo este proceso involutivo se puso de manifiesto ampliando negativamente el sistema de penas.

II. Introducción de la cadena perpetua

Había transcurrido poco más de un año de la promulgación del Código de 1991, cuando el sistema de penas del Código fue objeto de la primera modificación. Entre las primeras medidas penales dictadas por el gobierno de Fujimori, luego del autogolpe de 1992, estuvo precisamente el decreto ley 25475 del 06 de junio de 1992, que introdujo la pena de cadena perpetua para los delitos de terrorismo (art. 3, literal a). Posteriormente, la cadena perpetua fue utilizada para reprimir otros supuestos cualificados del delito de terrorismo, considerados en el decreto ley 25659, del 12 de agosto de 1992, como delitos de traición a la patria.

La adopción de esta pena se inscribía dentro del marco de una política penal tendiente a neutralizar la peligrosidad de los delincuentes terroristas. A través de la cadena perpetua, el Estado otorgaba a la prisión una función de aseguramiento. Frente a la imposibilidad política y jurídica de recurrir directamente a la pena de muerte, el gobierno optó por utilizar la cadena perpetua.

Ahora bien, la aplicación de esta pena, incorporada al arsenal punitivo a título excepcional para los casos más graves del delito de terrorismo, fue ampliada progresivamente. Meses después de que se dictarían las leyes antiterroristas antes mencionadas, se dictó la ley 26223 y el decreto ley 25880 que extendieron la aplicación de cadena perpetua al delito de lavado de dinero (art. 296°-B, CP) y de apología de terrorismo cometido por docentes, respectivamente. Esta tendencia que podía haber sido considerada como una respuesta limitada a combatir el “núcleo duro de la criminalidad”, concretizada en los delitos de tráfico ilícito de drogas y terrorismo, pasó a aplicarse a otros delitos comunes. Así, en 1994, se previó esta pena para un caso agravado del delito de violación de menores (art. 173-A CP, introducido por la ley 26293) y, en 1996, en los casos de robo agravado y secuestro cualificado por la **(p. 277)** producción de daños graves en el cuerpo o la salud o en su muerte (arts. 152 y 189 CP, modificados por la ley 26630).

⁵ KILLIAS, M., “La criminalisation de la vie quotidienne et la politisation du droit pénal”, en *Société suisse des juristes: Rapports et communications*, n° 4, 1995, p. 429.

⁶ Id., p. 370.

Finalmente, en 1998, el Poder Ejecutivo, en base de una delegación de facultades legislativas extraordinariamente amplia⁷, preparó un paquete de disposiciones destinadas a “legislar sobre materia de Seguridad Nacional (sic) a fin de adoptar e implementar una estrategia que permita combatir las acciones de la delincuencia común”. Entre las medidas adoptadas, el Poder Ejecutivo optó por utilizar la cadena perpetua, primero, en el caso del flamante delito de “terrorismo agravado”(sic) y, luego, para castigar casos agravados de delitos ya contemplados en el Código penal, como el secuestro (art. 152)⁸, la violación de menores (arts. 173, 173-A), el robo (art. 189) o la extorsión (art. 200) (D. Leg. 895).

La asimilación de diversas modalidades de delincuencia común (delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, contra la libertad individual, el patrimonio, o la seguridad pública) a lo que se denomina “delincuencia organizada” y ésta a su vez al delito de terrorismo, no oculta el aspecto de fondo que, al margen de los malabares verbales, se ha entrado en una vorágine represiva de efectos imprevisibles. En este proceso de expansión irracional y desmesurada del derecho penal, la cadena perpetua se ha convertido en el remedio mágico del sistema penal. De manera que no será de extrañar si de aquí a unos años se juzgará oportuno aplicar dicha pena a otros delitos. De todos modos, no es difícil manipular a la opinión pública, magnificando las dimensiones de la criminalidad, reforzando “estados de zozobra” en la (p. 278) sociedad, o recurriendo a la dictadura de las mayorías⁹, estructuradas en base a encuestas mal interpretadas o no siempre fiables¹⁰, para legitimar medidas como las que se vienen de dictar. Es muy fácil apoyarse en el expediente del éxito en la lucha antiterrorista para justificar toda medida represiva.

Ahora bien ¿El uso de la cadena perpetua es justificable dentro de nuestro sistema de penas? Encontrar motivaciones explícitas en las diversas normas legales que la previeron es imposible. En todos los casos, con excepción de la ley 26223, ha sido el Poder Ejecutivo quien ha impulsado su aplicación. El Poder Legislativo se ha limitado a aprobar lo decidido por aquél, mediante procedimientos sumarísimos.

Frente al mutismo del legislador sólo cabe recurrir a criterios teóricos para evaluar la conveniencia y oportunidad político criminal de esta pena. La cadena perpetua ha sido justificada por razones fundamentalmente de retribución. Se dice que esta pena puede ser legítima en los casos en los que se dé una culpabilidad tan intensa que merezca excluir definitivamente al autor de la sociedad. Tratándose del delito de asesinato, se señala por ejemplo, que quien no está dispuesto a reconocer el derecho a la vida de su prójimo, destruye también los fundamentos jurídicos sobre los que reposa su propia vida en el contexto social¹¹. En nuestro país, este fundamento debe ser matizado. Aparentemente, es más fácil justificar su imposición en el caso de determinados supuestos del delito de terrorismo, extraordinariamente graves. Pero no cuando se pretende justificar su uso en los delitos de delito de lavado de (p. 279) dinero, secuestro, violación o robo. Estos comportamientos delictivos son reprimidos con figuras de responsabilidad objetiva y afectan bienes jurídicos de menor jerarquía que la vida.

Se ha invocado igualmente, en favor de esta pena, el argumento de la prevención general. La privación perpetua de la libertad persigue una finalidad intimidante. En esta perspectiva, no es la población en general la destinataria normal del mensaje disuasivo, sino más bien un círculo limitado

⁷ Facultad hecha posible mediante la ley 26950. La amplitud de la materia objeto de la delegación se relaciona con el vínculo artificioso que se hace del término “seguridad nacional” con una situación de “violencia creciente” generada por las “acciones de la delincuencia común” y que provoca “un estado de zozobra e inseguridad permanente en la sociedad” (cf. art. 2 de la ley 26950).

⁸ Si bien se deja sin modificar la agravante que justificó la cadena perpetua, en este delito, en la ley 26630, se “precisa” (es un decir) el tipo básico a efecto de comprender los curiosamente llamados por la prensa y la policía “secuestros al paso” y se introducen agravantes como la ancianidad de la víctima, o si el secuestro es motivado “por sus actividades (de la víctima) en el sector privado”.

⁹ Las encuestas, como instrumento de manipulación de la población, sirven precisamente para legitimar transitoriamente medidas irracionales, o respuestas parciales a los problemas.

¹⁰ Por ejemplo, qué lectura podemos hacer de una encuesta realizada por Datum Internacional, entre el 15 y 18 de mayo de 1998, días antes de que se dicten los decretos legislativos de “seguridad nacional”, en la que, por un lado, los encuestados - representativos únicamente de Lima - en un 75 % responden que el principal problema son la delincuencia y la inseguridad (mientras que la falta de trabajo sólo constituye el 6 % de las respuestas) y, por otro lado, digan que el incremento de delincuencia se debe a la falta de trabajo y a la pobreza (Edición del 24 de mayo y 4 de junio del Diario La República).

¹¹ RÖHL, F., *Über die lebenslange Freiheitsstrafe*, Berlín 1969, p. 164.

de individuos que estarían dispuestos a pasar al acto si es que esta pena no existiese. ¿Hasta qué punto es cierto esto? En realidad la intensidad de la pena privativa de libertad deja de tener un efecto intimidante una vez que ha sobrepasado un determinado límite¹². Y este límite no lo puede constituir una pena que no tiene límite alguno¹³.

La cadena perpetua constituye más bien un arma destinada a la neutralización de los delincuentes juzgados peligrosos. Esta función de aseguramiento de la pena no viene sino a reemplazar los efectos de la supresión de la pena de muerte. En los países de Europa occidental que la mantienen dentro de su arsenal punitivo, la cadena perpetua es una especie de pena de transición. La dificultad a la que se enfrenta sin embargo como pena de neutralización de determinado tipo de delincuentes es la imposibilidad de determinar su irrecuperabilidad. En nuestro país, el diagnóstico de peligrosidad, no siempre fundado sobre bases firmes y racionales, es absoluto. Es decir, no está sujeto a condición una vez ejecutada una parte de la pena. ¿Es esto defendible? Al margen de las consideraciones relacionadas con la observancia de los derechos humanos, la cadena perpetua entrañará un empeoramiento (**p. 280**) de la situación de hacinamiento en las cárceles, sin que en realidad el problema de la criminalidad grave se resuelva.

Queda entonces, por emprender el camino de regreso frente a una pena inútil e inconveniente. Es igualmente de pensar que aún lo permanente es también transitorio. Es decir que incluso la cadena perpetua es susceptible de reducción mediante la liberación condicional. Este es el sentido que tiene la perpetuidad en todos los países de Europa occidental que la prevén (Alemania, Suiza, Italia, Francia...). Mediante una decisión adoptada en 1977, la Corte constitucional alemana declaró la conformidad de esta pena con la Constitución, pero indicó que el legislador debía prever, junto al derecho de gracia, la liberación condicional¹⁴. Del mismo modo, el Código penal suizo establece que “cuando un condenado a reclusión perpetua haya cumplido quince años de la pena podrá ser liberado condicionalmente” (art. 38, al. 1). Italia, mediante la ley n° 663/86 de 10.10.86 admite igualmente la liberación condicional para el condenado a esta pena, una vez cumplidos al menos 26 años de ejecución de la misma¹⁵.

El caso de la legislación italiana puede sernos útil para evaluar la legitimidad y la forma de aplicación de la cadena perpetua en nuestro país. En efecto, como en el caso peruano, en el artículo 27/3 de la Constitución italiana se establece que las penas “deben tender a la reeducación del condenado” y que “No es admitida la pena de muerte más que en los casos previstos en las leyes militares de guerra”. La coexistencia en la Constitución de la pena de muerte con dicha finalidad de la pena, ha sido considerada por Pagliaro, como un reconocimiento de la legitimidad constitucional de la cadena perpetua, en función del principio unius exclusio alterius¹⁶. Es decir, el reconocimiento constitucional de una pena grave como la pena de muerte, no excluye la posibilidad de prever una pena menos grave como la cadena perpetua. Sin embargo, en nuestro (**p. 281**) país, a diferencia del caso italiano se excluye toda posibilidad de obtener un beneficio del Código penal o de ejecución penal, entre ellos el indulto, la semilibertad o la liberación condicional¹⁷. De este modo, la privación perpetua de la libertad se convierte en “irreductible”. Esta “irreductibilidad” fue justificada diciéndose que ésta pena, por su naturaleza, no tiene un objetivo de mejoramiento, sino exclusivamente de retribución de

¹² Cf. KILLIAS, M., *Précis de criminologie*, Berna 1991, p. 442 y s.

¹³ Un articulista tenía similar impresión de las penas privativas de libertad, incluida la cadena perpetua, pero para fundamentar el uso de medidas “más disuasivas” como la pena de muerte. En este sentido señalaba con relación a los últimos decretos legislativos: “No estamos en contra de estas medidas pero las consideramos insuficientes. La prueba la tenemos en que, pese a la promulgación de estos decretos, los secuestros y asesinatos continúan. Y es lógico que así sea. Las penas de prisión no intimidan a los delincuentes” (MIRO QUESADA, E., “No bastan”, en Diario El Comercio, edición de 08.06.98).

¹⁴ BUNDESVERFASSUNGSGERICHT 45, 187.

¹⁵ Aún más, el art. 442 del Código de procedimientos penales italiano de 1989 establece que si el delito es sometido a un procedimiento abreviado, en el que proceda la imposición del “*ergastolo*”, el juez debe sustituirlo por la pena de 30 años de reclusión.

¹⁶ PAGLIARO, *Principi de diritto penale. Parte generale*, Milán 1987, p. 695. Cf. en general, en este número, FERRAJOLI, L., « *Ergastolo y derechos fundamentales* ».

¹⁷ Cf. en este sentido: arts. 19 del DL 25475; 1 del DL 25916; 4 de la Ley 26320; 2 de la ley 26630. Únicamente es reductible la pena por delito de violación de menores (art. 2, Ley 26293). Tampoco se prevé ningún beneficio penal o penitenciario en el caso del llamado delito de terrorismo agravado (art. 8, D. Leg. 895). Queda aún por ver si la cadena perpetua por los delitos previstos en el D. Leg. 896 (secuestro, violación, robo, extorsión) serán objeto de una prohibición de este tipo.

la culpabilidad¹⁸. En esta perspectiva, puede parecer lógicamente inconsecuente imponer una pena privativa de libertad perpetua y, al mismo tiempo, admitir la liberación condicional. Nosotros consideramos que la legitimidad constitucional de la cadena perpetua es más que dudosa. El reconocimiento de la pena de muerte en la Constitución puede ser tomado como un argumento válido en favor de su aplicación pero no deja de ser unilateral. Concebirla como una pena irredimible implica reducir sus alcances a una pura neutralización física del delincuente. Sus sostenedores no pueden abonar en su favor señalando que es posible hacer pronósticos absolutos sobre el comportamiento futuro del condenado. Además esta presunción absoluta se topa con el postulado constitucional de la resocialización. Este conflicto se pone en evidencia de dos modos. Por un lado, mediante la aceptación de la irreductibilidad de la pena se hace una distinción donde la ley no distingue. El art. 139, inc. 24, comprende dentro de los objetivos de resocialización a todo penado y no dice que “por su naturaleza” el condenado a cadena perpetua no es susceptible de resocialización. Por otro lado, tal diferenciación contraviene el principio de igualdad ante la ley. Ante una misma situación jurídica (comisión de un delito, merecedor de una pena), el legislador ordinario establece una diferencia asociando una finalidad distinta al caso de la cadena perpetua. Se trata, entonces, de una discriminación **(p. 282)** basada no en la naturaleza de las cosas, sino en las “características especiales” del destinatario de esta pena (irrecuperabilidad del delincuente).

III. Modificación cualitativa y cuantitativa de la pena privativa de libertad temporal

El art. 29 del Código penal ha sido objeto hasta ahora de tres modificaciones. A efecto de acomodar la cadena perpetua dentro de la noción de pena privativa de libertad del Código, en el art. 21 del decreto ley 25475 se estableció que “la pena privativa de libertad tendrá una duración mínima de dos días hasta cadena perpetua”. De esta manera, se fijaba un mínimo de duración determinado, pero paradójicamente se dejaba abierto, para cualquier delito que no prevea el límite máximo, un camino a la indeterminación. El límite de los 25 años de la versión original del Código desaparecía. Así, un delito de asesinato, cuya pena máxima no estaba específicamente prevista podía ser reprimido con penas mayores a los 25 años.

Con la finalidad de resolver esta indeterminación, la ley 26230 señaló que “la pena privativa de libertad puede ser temporal o de (sic) cadena perpetua. En el primer caso tendrá una duración mínima de 2 días y una máxima de 25 años”. No obstante que esta nueva redacción del art. 29 permite diferenciar, en razón de su temporalidad, la pena privativa de libertad de duración determinada y la cadena perpetua, de duración indeterminada, deja sin resolver los casos en los que, como sucedía en materia de terrorismo u otros delitos posteriormente agravados en su penalidad, la pena aplicable era superior a los 25 años. Existiendo un conflicto de leyes en el tiempo era de asumir que todas las penas privativas de libertad que sean superiores a los 25 años tenían que reducirse a este límite, pues la modificación introducida por la ley 26230 era más favorable al reo (art. 6 CP). La preeminencia del marco general del art. 29 sobre las leyes especiales está fundada además en el hecho que dicho dispositivo no establece una excepción en la fijación del límite máximo de la pena privativa de libertad como si se hace en la multa. Además, es de considerar que la duración de la pena fijada en la parte general del Código es un complemento de las “normas penales perfectas” (supuesto de hecho y sanción). Su función no es otra que la de definir el contenido y la duración general de las penas. Si es que pudiera modificarse su contenido o su duración en cada delito estarían simplemente por demás.

(p. 283) Por último, para adaptarse al proceso de expansión de la represión penal, mediante la disposición quinta del D. Leg. n. 895 se modifica nuevamente el art. 29 diciendo que la duración máxima de la pena privativa de libertad será de 35 años. Es así como se legitima la imposición de penas superiores a los 25 años en una serie de delitos comunes (asesinato, secuestro, violación de menores, robo agravado, supuestos específicos del “terrorismo agravado”).

Las consecuencias de estas modificaciones sucesivas huelga explicarlas detalladamente. Nos basta con señalar que mediante la introducción de la cadena perpetua y la existencia de una pena privativa de libertad sin límite máximo, se vuelve a una pena privativa de libertad diferenciada. Primero porque la ley penal material le otorga a la cadena perpetua un régimen de ejecución especial. Así, en el art. 20 del D. L. n. 25475 se establece que los delitos de terrorismo se cumplirán obligatoriamente en un centro de reclusión de máxima seguridad, con aislamiento celular continuo durante el primer año de detención y, luego, con trabajo obligatorio por el tiempo que dure la reclusión del condenado. Segundo porque es indudable que las funciones reales de la pena privativa de libertad temporal y de

¹⁸ Cf. MÜLLER-DIETZ, « Lebenslange Freiheitsstrafe und bedingte Entlassung », en *Die Reform der Lebenslange Freiheitsstrafe*, Stuttgart 1972, p. 66.

la cadena perpetua son diferentes: prevención especial positiva en el primer caso y negativa en el segundo caso. Finalmente, porque la indeterminación en el tiempo de duración de la cadena perpetua está en contraposición a la relativa certeza en el cumplimiento de la pena privativa de libertad¹⁹.

IV. Ampliación del ámbito de aplicación de la pena de muerte

Durante todo el proceso de reforma, la postura en favor de la abolición de la pena de muerte fue uniforme. En ninguno de los proyectos se mencionó la pena capital dentro del catálogo de sanciones. Los autores de los diversos proyectos y del Código penal 1991 no juzgaron oportuno ni necesario pronunciarse explícitamente explicando los motivos de tal opción de política criminal. Pese a que la Constitución de 1979 la consideraba aplicable únicamente a los casos de traición a la patria en caso de guerra exterior, el legislador, interpretando **(p. 284)** correctamente el carácter facultativo y restringido del postulado constitucional, decidió ignorarla como pena en el Código vigente. La grave coyuntura de violencia política generada por los actos terroristas durante la década de los 80 y comienzos de los 90 no distorsionó las líneas rectoras de la concepción relativamente liberal que se asumió en los proyectos. La restricción extrema establecida por el postulado constitucional, en ese entonces, vigente, descartaba además toda deriva represiva.

Sin embargo, iniciado en 1992 el forzado proceso de reforma Constitucional, la ampliación del ámbito de aplicación de la pena de muerte al delito de terrorismo se convirtió en una de las banderas fundamentales del gobierno y de su mayoría en el Congreso Constituyente Democrático. Seguros de los éxitos de la política antisubversiva que había mermado notablemente los movimientos terroristas, la reivindicación de la pena de muerte se convirtió más en un caballo de Troya que podía asegurar la aprobación en bloque, por la ciudadanía, de la nueva Constitución que en una medida de política criminal viable. Una vez más, el derecho penal se convirtió en un instrumento de política interna sirviente de intereses coyunturales²⁰.

Esta afirmación podemos deducirla tanto del contexto sociopolítico en que la medida fue dictada como del contenido de los debates en el seno del Congreso Constituyente Democrático y de su resultado final, con la adopción del actual art. 140 de la Constitución. Al margen de la posición sincera de algunos miembros de la oposición, que se sumaron a la cruzada mortícola, es evidente que prevaleció más el manejo político que se hizo de tal dispositivo (función latente de la pena) que la evaluación técnica y explícita de dicha medida (función manifiesta de la pena)²¹. Dentro de este contexto, no resulta sorprendente comprobar que el debate estuvo teñido mayormente por la búsqueda de soluciones para un problema formal: ¿En qué medida se podía ampliar el ámbito de aplicación de la pena de muerte y qué consecuencias jurídicas podía acarrear a nivel internacional tal decisión, teniendo en **(p. 285)** cuenta los compromisos internacionales asumidos por el Perú? Cuestiones substanciales como la legitimidad, conveniencia y oportunidad político criminal de una pena tan grave como la pena de muerte parecían tan obvios y populares, en el contexto en que se debatió problema, que fueron abordados intuitivamente y con ligereza tanto en la Comisión de Constitución²² como en el debate plenario.

Pese a que el terrorismo había dejado de ser un peligro substancial para el Estado y que se sabía que la extensión de la pena de muerte no podía aplicarse retroactivamente a los delincuentes terroristas capturados, los partidarios de la pena de muerte en el Congreso Constituyente Democrático siguieron razonando en el sentido contrario. Los criterios retributivos (pena justa, proporcionalidad de la sanción, restablecimiento del equilibrio jurídico...), de prevención general negativa (disuasión, intimidación ...), de prevención especial negativa (eliminación definitiva del terrorista, autoeliminación, pérdida del derecho a la vida ...) o de protección (defensa social, legítima

¹⁹ VILLAVICENCIO (*Código penal*, 2a ed., Lima 1997, p. 169), considera igualmente que hay diferencias entre la cadena perpetua y la privación de libertad temporal.

²⁰ Para una revisión histórica de los vaivenes políticos a los que estuvo sometida la pena de muerte en el Perú ver: HURTADO, J., "Pena de muerte y política criminal en el Perú", en *Constitución y Derecho penal*, Lima 1980, p. 101 y ss.

²¹ Sobre ambas nociones cf. HASSEMER, W., "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", en *Nuevo Foro Penal*, n° 51, 1991, p. 22 y ss.

²² Ilustrativo de lo que afirmamos es que a lo largo de los trabajos de la Comisión de Constitución, ni siquiera se consideró necesario invitar a una audición a un especialista en la materia. Sólo se curso invitación al Embajador Belaunde para que exponga sobre la manera en que el Perú podía librarse de sus compromisos internacionales en la materia. Cf. COMISIÓN PERMANENTE DE CONSTITUCIÓN Y DE REGLAMENTO, *Diario de Debates*, Sesiones de 23, 24 de Febrero y 10 de junio de 1993.

defensa del Estado ...) estuvieron basados en una situación ciertamente dramática, pero para justificar una medida futura, incierta y difícilmente aplicable.

En efecto, desechada artificiosamente²³ la interpretación (por analogía) del art. 235 de la Constitución de 1979 propuesta por el Constituyente Gónzalo Ortiz de Zevallos²⁴, la Comisión de Constitución aprobó por una amplia mayoría la propuesta presentada por la bancada de **(p. 286)** Cambio 90-Nueva Mayoría. Esta ampliaba el alcance de aplicación de la pena de muerte al delito de terrorismo, pero de conformidad con las “leyes internas y los Acuerdos Internacionales de los que el Perú forma parte”. Fórmula que fue finalmente adoptada, con ligeras modificaciones de forma, por el pleno del Congreso Constituyente Democrático.

En los términos en que fue aprobado el actual art. 140 de la Constitución, el constituyente “incorpora un veto intrínseco a la posible aplicación de la pena de muerte en el Perú, al disponer que la puesta en práctica de la máxima sanción se deberá realizar sin transgredir las leyes y los tratados vigentes”²⁵. Tanto el obstáculo jurídico referido a la denuncia o incumplimiento del Pacto de San José de Costa Rica, que impide ampliar su aplicación a supuestos diferentes del previsto en la Constitución de 1979, como la tendencia internacional creciente a proscribirla de los sistemas penales hacen de este dispositivo constitucional²⁶ un instrumento inútil, simbólico e incompatible con el inciso sobre la resocialización que el constituyente venía de aprobar (art. 139, inc. 22).

Inútil, porque los propulsores de la ampliación de la pena de muerte sabían muy bien que ninguna de las fórmulas ensayadas durante el proceso de discusión y la que finalmente fue aprobada no son viables políticamente en el mediano y largo plazo. Es parcialmente cierta la afirmación de Ramacciotti en el sentido que “teniendo en cuenta que una Constitución está diseñada para el presente y para el futuro ... debía considerarse la tendencia que se viene plasmando tanto a nivel de la doctrina como en las resoluciones y declaraciones de la OEA y la ONU que tipifica al terrorismo como crimen de lesa humanidad”²⁷. Pero el reconocimiento internacional de la gravedad del terrorismo no tiene correlación lógica (de causa a efecto) con la tendencia doctrinaria y legislativa a proscribir la pena de muerte, incluso para los delitos cometidos en tiempos de guerra²⁸.

(p. 287) Simbólico, porque la elocuencia aparente de su consagración en el texto constitucional posee un elemento de engaño a la opinión pública. Se la presenta como una norma programática cuando se dice que es “una puerta abierta para que el Legislador pueda en el futuro establecerla en un caso de situación extrema y no estar amarrado a una norma [se refiere a una norma que ampliara la pena de muerte sin condicionamiento a los convenios internacionales] que se presta a la imposibilidad de un esfuerzo en ese sentido”²⁹. Pero en el fondo es una norma declarativa que durará tanto tiempo como dure el régimen político que la formuló. Engaño que además fue reforzado con la idea, no sustentada en criterios empíricos, que la formalización de la pena de muerte sería un factor de prevención de la criminalidad no convencional (llámese ejecuciones extrajudiciales)³⁰.

Incompatible con los fines de resocialización del régimen penitenciario³¹, porque éste, a pesar de la connotación restrictiva, clásica, con que pretendió ser interpretado³² ha alcanzado un significado más

²³ Cf. COMISIÓN PERMANENTE DE CONSTITUCIÓN Y REGLAMENTO, *Diario de debates*, Sesiones 21.06.93 y 27.08.93.

²⁴ El citado Constituyente sostenía que dentro de la noción de “traición a la patria en caso de guerra exterior” contenido en el art. 235 de la Constitución derogada, cabía incluir los delitos de terrorismo pues se trata de un levantamiento en armas contra la República con financiación e inspiración exterior. Para lo cual sostenía era suficiente hacer una interpretación por el Congreso del citado artículo y someterlo a referéndum. Cf. COMISIÓN PERMANENTE DE CONSTITUCIÓN Y DE REGLAMENTO, *Diario de Debates*, Sesión de 17.02.1993.

²⁵ RAMACCIOTTI, B., “La nueva Constitución y el Pacto de San José”, en *Diario Oficial El Peruano*, B-8, de 24.02.94.

²⁶ Cf. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte general*, Barcelona 1996, p. 689 y s.

²⁷ RAMACCIOTTI, B. (nota 25)

²⁸ Para una visión general de esta tendencia cf: JESCHECK, H.-H., *Lerhbuch des Strafrechts*, Berlín 1996, p. 753 y ss.

²⁹ Alocución de TORRES Y TORRES LARA, ponente del citado dispositivo ante el pleno del CCD (CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO, *Diario de Debates*)

³⁰ Ibid.

³¹ Cf. HURTADO, J., p. 129 y s. (nota 20).

³² Durante el escasísimo debate que hubo en torno art. 139, inc. 22, el Constituyente CARLOS FERRERO señaló que la existencia de la pena de muerte al lado del fin resocialización del régimen penitenciario no era

amplio que su aplicación a la pena privativa de libertad y las medidas de seguridad. El Constituyente ignoró simplemente que las nuevas penas introducidas en el Código de 1991, sin ser privativas de libertad se inspiraban igualmente del art. 139, inc. 22 y que en el Código de Ejecución Penal de 1991 se les acogió con el mismo objetivo³³.

¿Cuáles son las consecuencias posibles de una norma como la que comentamos? Primero, si es que no se desvirtúa los alcances aplicativos del dispositivo, con las consecuencias internacionales negativas que **(p. 288)** esto supone, estaremos ante el uso de un instrumento penal de “pura fanfarronada”³⁴ que no reparó ni hizo justicia a los miles de deudos producidos por el terrorismo y en cuyo nombre se fundamentó dicha medida. El sentimiento de inseguridad o de no protección podrá entonces seguir siendo alimentado constantemente por los “empresarios morales”, haciendo de nuestra sociedad una sociedad cada vez más represiva y autoritaria.

Segundo, la imposibilidad de derecho de aplicar la pena de muerte sirve como coartada para ampliar la influencia de la cadena perpetua en la medida en que ésta se considere como una pena de tránsito, utilizable en tanto no proceda la aplicación de la primera.

Tercero, la fe en las virtudes preventivas de la pena de muerte reforzará la visión reductora de pensar que la solución del problema de la criminalidad se centra únicamente en los individuos que la producen y en su eliminación y no en las múltiples disfunciones de un sistema social, político y económico que la genera. No puede existir mayor engaño a la opinión pública que diciéndole que la ejecución de tres o cuatro individuos reducirá substantivamente la inseguridad, por sus efectos preventivos, pues como dice Killias “la seguridad al 100 % no existe y toda tentativa que vaya en este sentido se saldrá por costos materiales y humanos exorbitantes”³⁵.

V. Déficit en la puesta en marcha de las penas limitativas de derechos

Las nuevas penas limitativas de derechos fueron introducidas en el sistema de penas sin que exista una idea clara sobre sus posibilidades de desarrollo en nuestro país. La recepción de instituciones como la pena de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres estuvo motivada esencialmente por la búsqueda de sustitutos a la pena privativa de libertad de corta duración. Pero esta inquietud no fue complementada por una evaluación previa de los efectos y de las posibilidades de aplicación, dentro de un contexto en el que los jueces tienen la tendencia a razonar, primero en función de la **(p. 289)** privación de libertad y, luego, en la perspectiva de su suspensión condicional. Los autores de los proyectos de 1989 y 1990 se preocuparon, por ejemplo, por ampliar lo más posible los límites de conversión de la pena privativa de libertad (hasta 3 años) sin considerar qué tan capaz sería el sistema de ejecución penal de administrar y controlar la ejecución de las penas convertidas. La reducción de última hora a un año del límite máximo permisible para que estas penas actúen como substitutivas de la pena privativa de libertad parece no haber influido tampoco en el aumento de la eficiencia de estas penas.

En efecto, a más de un lustro de la entrada en vigor del Código penal de 1991 la pena de limitación de días libres no ha sido aplicada una sola vez. La aplicación de la pena de prestación de servicios a la comunidad corrió en todo caso mejor suerte. La evolución estadística de ejecución de esta pena muestra un periodo de aplicación incipiente (1994: 34 casos), luego una fase de aparente consolidación (1995 y 1996: 117 y 177 casos respectivamente), para finalmente percibirse un disminución (1997: 39 casos). Evaluados estos datos en función de la tasa de imposición mensual, se presentaría la situación siguiente: en 1994 se impusieron 2,8 penas de prestación de servicios a la comunidad por mes; en 1995 y 1996 esta cifra aumentó a 9,7 para disminuir a 6,5 en 1997.

Determinar con exactitud cuáles son los factores explicativos de la falta de eficiencia en la utilización de estas penas, requeriría una investigación sistemática y profunda. Podemos en todo caso avanzar algunas explicaciones generales. Tratándose de instituciones nuevas, previstas de manera abstracta y general en el Código penal, estas penas necesitaban, en principio, ser desarrolladas en la legislación complementaria. Esta reglamentación, de acuerdo a las disposiciones del Código penal, correspondía a una ley en sentido formal. Es así como los autores del Código de ejecución penal de

incompatible: “Yo creo que el régimen penitenciario, no el régimen de la pena, o sea la carcelación (*sic*), poner a alguien en la cárcel, tiene por objeto reeducar, rehabilitar y reincorporar” (COMISIÓN PERMANENTE DE CONSTITUCIÓN, *Diario de Debates*, Sesión de 21.06.93).

³³ Cf. *Exposición de Motivos del Código de ejecución penal de 1991, edición oficial*, p. 6.

³⁴ HASSEMER, p. 30 (nota 21).

³⁵ KILLIAS, M., p. 426 (nota 5).

julio de 1991, en su afán por integrar las nuevas penas en este Código, previeron un capítulo destinado a la “ ejecución de las penas limitativas de derechos ” (arts. 119 a 124). El nivel de concretización de las disposiciones del Código penal en el Código de ejecución penal fue, sin embargo, muy limitado. Salvo la determinación de la competencia del órgano de ejecución (la administración penitenciaria), se vuelve a formular los mismos criterios del Código penal. En todo caso, se deja al Reglamento la función de prever “ las disposiciones complementarias ” (art. 124 CEP).

(p. 290) ¿Qué ha sucedido? Habiendo transcurrido más de seis años de la entrada en vigencia del Código de ejecución penal, el Reglamento penitenciario no ha sido promulgado, pero los jueces comenzaron a dictar penas de prestación de servicios a la comunidad. El Instituto Nacional Penitenciario (INPE), órgano de ejecución y control de estas penas, dicta un conjunto disímil e inorgánico de disposiciones reglamentarias a efecto de suplir tal carencia. Entre ellas, la Resolución Directoral n° 029-95-INPE-DGT (de 18.04.95) que establece un Manual de procedimientos para la ejecución de las sentencias a penas limitativas de derechos. Al margen de los problemas de competencia legislativa, dicho Manual tenía el mérito de haber desarrollado más específicamente la forma y el procedimiento de aplicación de la prestación de servicios a la comunidad (pero no de la limitación de días libres). Igualmente, el INPE adecuó su estructura creando, mediante la Resolución Ministerial 077-93-JUS (de 11.02.93), la Dirección de Tratamiento en el Medio Libre.

Dos años más tarde, el Poder Ejecutivo dictó el decreto supremo n° 011-97-JUS aprobando las “ normas complementarias a la ejecución de sentencias de penas limitativas de derechos ”. Según los considerandos del decreto, la finalidad de dicho dispositivo era la de “ agilizar los procedimientos de ejecución de las sentencias que contengan dichas penas ”. Sin embargo, tal agilización se vio relativizada por defectos de técnica legislativa respecto de la forma de aplicación y la distribución de las jornadas de cumplimiento. En lugar de reducir el tiempo de duración normal o como pena convertida de estas penas en el Código penal, la preocupación del Poder Ejecutivo fue hacer más expeditivo el comienzo del procedimiento de ejecución.

El Poder Ejecutivo envió, entretanto, con carácter de urgencia el proyecto de ley 3078/97-CR a través del cual se propone la modificación del art. 52 del Código penal ampliando a dos años de pena privativa de libertad el límite máximo para que ésta sea susceptible de conversión por limitación de días libres o prestación de servicios a la comunidad. A diferencia del tenor original del art. 52, el Proyecto establecía un sistema de conversión automático y obligatorio. Esta restricción en la capacidad de apreciación del juez fue sin embargo modificada tanto en la Comisión de Reforma de Códigos como en la Comisión de Justicia conservándose el carácter facultativo de la conversión. Las razones aducidas por la Comisión de Justicia para tal planteamiento **(p. 291)** fueron, sin embargo, contradictorias. Por un lado, los miembros de la citada Comisión señalaron que la conversión obligatoria “ conllevaría a la eliminación sistemática de todas aquellas penas que no sobrepasaran dicho límite (2 años) ... es decir que la estructura del Código penal se vería modificada de asumir en su integridad la propuesta legislativa ”³⁶. Pero, por otro lado, a esta razón de carácter formal se le adiciona un argumento substancial errado: el sostener que las penas privativas de libertad de corta duración han adquirido una importancia en el derecho penal moderno. Cuando se trata de todo lo contrario. Las penas privativas de libertad de corta duración han sido progresivamente eliminadas de los ordenamientos modernos. Se mantuvo el límite de dos años pero se vuelve a incurrir en el falso optimismo de pensar que una flexibilización del sistema de penas privativas de libertad, reduciendo el mínimo de duración, “ evita de alguna manera la superpoblación carcelaria por condenas provenientes de delitos menores ”. Finalmente, este Proyecto se convirtió en la ley 26890.

Empero, esta ampliación de los márgenes de conversión no ha incidido en una ampliación de la aplicación práctica de las penas limitativas de derecho. Una vez más la búsqueda de explicaciones plausibles no deben únicamente encontrarse en los déficits de la programación legislativa, sino fundamentalmente en las condiciones materiales, psíquicas y sociales para su implementación. Si los actores del sistema judicial no están lo suficientemente convencidos ni informados de las características y virtudes de estas penas y de su lógica dentro del sistema, seguirán optando, para evitar la imposición de penas efectivas, por suspender condicionalmente su ejecución. Si los actores del sistema penitenciario deben ejecutar las penas limitativas de derechos en márgenes de tiempo tan largos, disminuirán su capacidad de gestión y control de las mismas. Finalmente, si los actores del sistema político siguen pensando que ampliando los márgenes de conversión, sin disminuir la duración de las penas de larga duración ni proporcionar los recursos necesarios para la aplicación de las alternativas a la prisión, contribuirán a vaciar las cárceles de los “ delincuentes menores ”, pero

³⁶ Dictamen de la Comisión de Justicia de 19.10.97 recaído en el Proyecto 3078-/97-CR que propone modificar el art. 52 del Código penal, s/p.

continuarán cayendo en un círculo vicioso. Este consiste en **(p. 292)** intensificar el uso de penas privativas de libertad de larga duración, sobrepoblando los establecimientos penitenciarios, para luego intentar descongestionarlos, empujando hacia arriba las penas privativas de corta y mediana duración mediante alternativas mal utilizadas; las que al fracasar inducirán otra vez al retorno de la pena privativa de libertad.

Paradójicamente, a los autores de las normas últimamente dictadas para combatir el “pandillaje pernicioso” (D. Leg. 899) no se les pudo ocurrir mejor que apelar únicamente a las medidas socio-educativas de internación y prescindir de estas formas de sanción. Precisamente, uno de los ámbitos en que estas sanciones se han mostrado más promisorias en el Reino Unido y en Alemania es en el del derecho penal juvenil.

VI. Conclusión

El Código penal de 1991, en su versión original, con todas sus limitaciones e incoherencias, presentaba un sistema de penas constitucionalmente aceptable, flexible y diversificado. No obstante que no disminuyó en la medida de lo deseado la importancia de la pena privativa de libertad, tenía el mérito de haber bajado substantivamente su duración, optado por su simplificación, e introducido un arsenal punitivo promisorio en materia de substitutivos y alternativas a la privación de libertad.

Sin embargo, el modelo original presentado en el Código se ha visto substantivamente modificado por el desarrollo de una política penal de excepción que estuvo, en un principio, basado en la lucha contra el terrorismo y que ha expandido su influencia a otros ámbitos de la delincuencia común. Expansión que se ha venido desarrollando en un contexto de politización del derecho penal y que ha implicado una ampliación, en sentido negativo, del sistema de penas.

Concretamente, la ampliación del sistema punitivo se ha concretizado en los siguientes hechos:

en un uso cada vez más desmesurado e irracional de la cadena perpetua;

en una ampliación significativa de la duración promedio de la pena privativa de libertad;

(p. 293) en una instrumentación simbólica y coyuntural de la pena de muerte;

en un subdesarrollo de las penas limitativas de derechos;

Esta distorsión progresiva del sistema de penas repercute negativamente en el sistema social pues contribuye a reforzar una visión autoritaria, unilateral y regresiva en la sociedad respecto al problema de la criminalidad. El uso intensificado de la privación de libertad no es más que un paliativo de corto plazo que no hace sino trasladar espacial y temporalmente el problema de su control.