

LA NUEVA CONSTITUCION Y EL DERECHO PENAL (Editor José Hurtado Pozo)

El problema fundamental en América Latina y en el Perú de nuestros días y del futuro consiste, nada más y nada menos, que en esto: ¿Cómo ir acabando con el Estado empírico y cómo ir destruyendo el abismo social; o, por lo menos, cómo colocar vasos comunicantes sólidos y anchos para que sea posible una sana movilidad dentro de una sociedad al servicio de quienes la integran y no de unos cuantos?. Todo ello dentro de lo posible, con respeto al principio de la dignidad humana.
Jorge BASADRE
El azar en la historia y sus límites
p. 253, Lima 1973

NOTA DEL EDITOR

Los cambios socio-políticos repercuten de inmediato en el sistema jurídico, en general, y en el dominio penal, en forma particular. En éste, el Estado determina cuales son las acciones delictivas, la manera y los alcances de la privación y restricción de derechos fundamentales de la persona a título de sanción y fija la vía que debe recorrerse y las medidas que pueden adoptarle contra la persona de un presunto responsable con el objeto de establecer su responsabilidad y fijarle una pena o medida de seguridad mediante una sentencia. El hecho que la persona y sus derechos fundamentales se encuentren al centro del sistema penal, hace que las modificaciones o cambios de las disposiciones constitucionales que los regulan determinen variaciones inmediatas en las normas penales o, al menos, las hacen indispensables.

En nuestro país, se presenta esta situación con el cambio de un gobierno de facto por uno parlamentario y por la entrada en vigor de la nueva Constitución de 1979. En ésta, se han incorporado una prolija enumeración de los derechos fundamentales de la persona y de las garantías de la administración de justicia. Muchos de ellos se encuentran estrecha y directamente vinculados con diversas reglas penales sustantivas o adjetivas. El espíritu liberal y democrático que inspira a dichas normas constitucionales hace que sean violadas o desvirtuadas por las disposiciones vigentes dictadas, en su mayor parte, por un gobierno militar de facto que no obedecía a la misma concepción. De allí que muchas disposiciones resulten inaplicables por ser anticonstitucionales o se estime indispensable su derogatoria o modificación. Aún más, la organización del sistema administrativo judicial y la conformación de su personal sienten los embates de dichos cambios constitucionales.

Teniendo en cuenta este estrecho vínculo existente entre los cambios socio-políticos y, en especial, la Constitución con el Derecho penal (lato sensu), se ha afirmado, con razón, que el grado de civilidad de un país se mide, sobre todo, por el modo como son protegidos los derechos y la libertad de las personas en la esfera del derecho penal. No en el sentido de que cuanto mayor sea el número de acciones calificadas como infracciones y más severas sean las penas con que se repriman a sus autores, mejor protegidos estarán los derechos y libertades de las personas; sino, sobre todo, en la medida en que estos derechos y libertades no sean limitados por el ejercicio abusivo y exagerado del derecho a castigar por parte del Estado.

El estudio serio del sistema punitivo, uno de los medios de control social, no debe comportar únicamente la descripción de las normas que lo regulan. Debe orientarse más bien, partiendo del análisis de dichas normas, hacia la determinación de la manera real como son aplicadas, a fin de apreciar los vicios resultantes de su deficiente concepción, de su falta de adecuación a nuestra realidad y de la insuficiente organización del aparato administrativo-judicial y de ejecución penal. Todo esto con la finalidad de renovar el sistema penal y no sólo de reformarlo. Para lo cual será necesario indagar sus orígenes, detectar la manera como ha ido consolidándose, desentrañar su progresiva adecuación a las exigencias de nuestro peculiar sistema socio-político y, por último, formular los lineamientos de su futura evolución concordados con una correcta y realista Política Criminal. Sólo así se intentará, seriamente, disminuir el alejamiento enorme existente entre el derecho y la realidad; de atenuar la "rebelión de los hechos contra el derecho".

El deseo de mejorar y limitar la potestad estatal de castigar existe, sin duda, en el espíritu de los hombres desde cuando fue ejercida por primera vez. Sin embargo, hay momentos en la vida de los

pueblos en que este interés alcanza tal intensidad que resulta impostergable la realización de acciones tendientes a materializar tal deseo. En nuestro país, se vive desde hace poco un período que se distingue por algunas de las características señaladas anteriormente. Además, se da la circunstancia especial de que en los puestos de mando se encuentran muchas personas que experimentaron en ellas mismas lo que significa la persecución policial, el procesamiento judicial y la privación de la libertad en inhumanos centros de reclusión. Esperemos por esto que no queden sólo en buenas intenciones los proyectos de reestructurar las disposiciones penales, de eliminar aquellas que son impicantes con la nueva Constitución y de organizar el sistema penitenciario conforme a las exigencias mínimas de la condición humana de los detenidos.

Consciente de esta, situación y de la imperiosa necesidad de colaborar en esta tarea, el Grupo Nacional Peruano de la Asociación Internacional de Derecho Penal organizó un ciclo de conferencias para tratar una serie de temas penales a la luz de las disposiciones pertinentes de la nueva Constitución. Estas conferencias fueron dictadas en el salón de actuaciones del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, durante la tercera semana del mes de agosto de 1980. Los textos de dichas conferencias, elaborados y completados por los conferencistas, constituyen el contenido de este libro.

DOMINGO GARCÍA RADA se ocupa del juzgamiento en ausencia. Tema muy controvertido y de constante preocupación para los procesalistas y los legisladores. El autor contrapone el sistema del código adjetivo de 1940 al consagrado en los Decretos Leyes n° 19030 y 19962. Ambos sistemas permiten el juzgamiento de los ausentes; pero, mientras el primero prohíbe la condena y permite sólo la absolución, el segundo faculta al juez también, a sancionarlos. Este último no es propio de "pueblos no civilizados", sino que es originario y aún es conservado parcialmente en Europa. Grosso modo, se distinguen dos sistemas.

Primero, el francés que concibe al juzgamiento de ausentes como un excelente medio para persuadir a éste de ponerse a derecho a fin de evitar que la sentencia, dictada en su ausencia, quede firme. Esta decisión es tomada por el juez en base a los autos y sin debates. La presencia del procesado es considerada, sobre todo, como una prerrogativa a su favor.

El segundo tipo de sistema es el germánico. El derecho del acusado a ser escuchado es concebido como factor indispensable de una sana administración de justicia. El juzgamiento se realiza como si el procesado estuviera presente y con la intervención del defensor, frecuentemente un defensor de oficio. Si el tribunal estima, al final del juzgamiento, necesaria la presencia del acusado, suspenderá el proceso hasta que sea habido. Por el contrario, si estima que existen las pruebas suficientes dictará sentencia. Contra esta resolución caben los mismos recursos de impugnación comunes. Además, el condenado puede obtener ser juzgado en su presencia, si demuestra que su ausencia no fue debida a culpa suya.

Entre uno y otro tipo de sistema, se dan otros intermedios; y aún se llega a emplearlos simultáneamente de acuerdo a la gravedad de la infracción. En todo caso se impone, cada vez con mayor fuerza el respeto del derecho del procesado a ser escuchado, consagrado por la Convención europea de los derechos humanos e incorporado expresamente en la nueva Constitución. Las apreciaciones de Domingo García Rada servirán para mejor comprender el sistema vigente y, también, para resolver, (de manera racional y práctica, la situación de los condenados como ausentes conforme a los Decretos Leyes n° 19030 y 19962 que no eran contrarios a la Constitución de 1920. García Rada concluye su trabajo con algunas breves y concretas conclusiones respecto a la situación procesal vigente que constituye, en realidad, la vuelta al sistema del juzgamiento en ausencia del Código procesal de 1940.

Luis A. BRAMONT ARIAS trata del principio de legalidad de la represión, pilar fundamental del Derecho penal liberal. El análisis de este principio y la lucha por su plena vigencia son de particular actualidad, debido a las características de nuestro sistema punitivo: hipertrofia punitiva, preponderancia de la intimidación a través de penas excesivamente severas, vuelta en diversos casos a la responsabilidad por el mero resultado en detrimento del principio de culpabilidad, total ausencia de un sistema carcelario que cumpla con las condiciones mínimas conforme a nuestra situación de país subdesarrollado. Frente a esta realidad se yergue la realidad delictiva que se amplía e intensifica, sobrepasando la capacidad de contención del sistema punitivo. Circunstancias que hacen propicia la labor de los partidarios de la severidad en la represión y del uso indiscriminado del

poder punitivo. Contra esta corriente, Bramont Arias establece los alcances del principio de legalidad y plantea su reformulación con el objeto de incorporar elementos que limiten y orienten la facultad del Estado para declarar qué acciones constituyen delitos.

RICARDO VÁSCONES VEGA trata de las medidas coercitivas en el proceso penal peruano. Para esto, centra su preocupación en aquellas medidas que restringen la libertad individual, sin descuidar aquellas que afectan otros bienes como el patrimonio. De esta manera analiza la intervención policial, transformada en la práctica, en una fase adicional a la investigación judicial. Investigación que se desnaturaliza y pierde eficacia. El remedio establecido en la Constitución es el reconocimiento del derecho de defensa del detenido desde la indagación policial y la intervención directa del Ministerio Público. Solución deficiente, por cuanto mantiene la situación anómala de una instrucción judicial que debe repetir la investigación policial, y en la que el juez, supuestamente director de la instrucción, no cuenta con los medios materiales ni con la policía judicial directamente bajo su mando. Ante estas deficiencias, Váscones Vega propone hacer de la detención del procesado una medida extrema y reservada, sobre todo, a los casos más graves o en los que exista fundado motivo para temer la fuga del procesado o su acción perturbadora en la investigación judicial.

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE expone la evolución nacional del Habeas Corpus desde su introducción en nuestra legislación hasta su ni e a regulación en la Constitución de 1979. A medida que señala las diversas etapas de esta evolución describe el contexto histórico y expone las concepciones políticas y jurídicas sobre el Habeas Corpus. Al mismo tiempo, señala las formas en que no ha sido respetado y los intentos efectuados para lograr su plena vigencia. Mostrando la importancia teórica y práctica de la distinción entre el Habeas Corpus y la acción de Amparo, García Belaunde explica en qué consiste cada uno de ellos y cual es su regulación en la Constitución vigente. El primero, consagrado a la defensa de la libertad individual y la segunda, a la protección de los demás derechos fundamentales. Esperemos, no decir de la época que se inicia con la puesta en vigencia de la nueva Constitución, lo mismo que ha dicho García Belaunde (1979, p. 151) del período anterior: "El Habeas Corpus se ha visto, de esta manera limitado no sólo por leyes represivas, sino por quemantes realidades políticas y sociales. Por último, una jurisprudencia vacilante y timorata ha desestimado los recursos de Habeas Corpus interpuestos en cuarenta años en un porcentaje cercano al 80 por ciento. Acosado por tales factores, el Habeas Corpus apenas si ha tenido vida vegetativa, ha perdurado en los libros mas no en la realidad".

Por último, nosotros hemos estudiado la pena de muerte en nuestro país, tratando de esclarecer un poco la concepción de nuestros gobernantes no sólo en torno a esta pena, sino sobre la Política Criminal general del Estado. Mediante esta indagación hemos buscado evidenciar uno de los medios de reacción estatal contra el fenómeno delictivo rastreando con este objeto el contexto histórico-social en el que se ha discutido la necesidad de la pena de muerte y se ha ampliado y restringido su campo de aplicación. A fin de alcanzar estos objetivos inmediatos, nos hemos abstenido de exponer el largo debate teórico, principista que la pena capital ha originado siempre. Terminamos nuestro trabajo, expresando nuestra esperanza que la restricción extrema consagrada en la nueva Constitución no sea desvirtuada mediante disposiciones legales que amplíen la significación de los términos con que ha sido redactada la norma constitucional respectiva.

Como aparece evidente de la, simple enumeración de los temas tratados, este breve volumen, no pretende ser exhaustivo. Varios temas no han sido abordado, y algunos que lo han sido en los temas antes reseñados, bien merecerían un análisis por separado. Entre los no estudiados, basta señalar por su importancia sólo la problemática considerada en el artículo 133 de la nueva Constitución. Según esta disposición: "Están prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamiento, prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y mercantil. La ley asegura, la normal actividad del mercado y establece las sanciones correspondientes. Se trata de un programa esquemático de Política Criminal, para cuya materialización será necesaria la elaboración de un conjunto de normas en las que se describan los comportamientos delictivos y se especifiquen las sanciones, conforme a los principios del Derecho penal económico. De esta manera, se abren amplias perspectivas para tratar de regular eficazmente la actividad de las poderosas empresas y, en particular de las multinacionales.

No podría nos concluir esta nota sin expresar nuestro agradecimiento al Ilustre Colegio de Abogados de Lima, a nuestros alumnos y a los señores abogados que con su ayuda y participación han hecho posible, de una u otra manera, el desarrollo de las actividades del Grupo Nacional Peruano de la

Asociación Internacional de Derecho Penal. Finalmente, nuestro sincero reconocimiento a la Tipografía Ofset - SESATOR (Imprenta del Seminario Santo Toribio) por las facilidades brindadas para la publicación del presente volumen.

Lima, Octubre 1980

JOSÉ HURTADO POZO