

DESDE FRIBOURG

“Rund Law” y “Der Spielraum”: principio de legalidad

José Hurtado Pozo

¿Cómo se llega a imponer una pena de 30 años privativa de libertad a un joven de 27 años en nombre del respeto del principio de la legalidad y de la dignidad de la persona?

Interesante ver como lo hacen los jueces supremos, decidiendo sobre un recurso de casación, en un caso de actos contra el pudor y de violación sexual en agravio de una menor de doce años cometidos por su cuñado, aprovechando que vivían bajo el mismo techo familiar.

El acusado fue condenado, en primera instancia, por el Juzgado Penal Colegiado a la pena de cadena perpetua, contra la cual recurrió por no estar conforme. La Sala Penal de Apelaciones, anuló la sentencia recurrida y la modificó imponiéndole la pena de 12 años de privación de la libertad.

La Fiscalía recurrió ante la Corte Suprema, alegando que se había violado el principio constitucional de la legalidad por no haberse aplicado la pena establecida expresamente en la ley: la cadena perpetua, según, el art. 173, numeral 2 y párrafo segundo, que agravan la pena en base a la edad de la agraviada y, en este caso, al “vínculo familiar” de ésta con el autor. –El mismo que no es descartado de manera expresa por los jueces supremos.

El colegiado de segunda instancia consideró, para imponer la pena de 12 años de prisión, que los actos cometidos (actos contra el pudor y violación) constituirían un solo delito continuado de violación, que el autor era primario, que la pena tasada de cadena perpetua podía ser atenuada en razón de los criterios constitucionales de la proporcionalidad de las penas, de la finalidad resocializadora y del respeto de la dignidad de la persona (vista la edad del condenado, 27 años).

El fundamento básico del recurso de casación fue, de orden formal, que la pena fijada por la ley era de cadena perpetua y que, en consecuencia, ésta debería, necesariamente, ser impuesta, en este caso agravado de delitos de actos contra el pudor y violación sexual, de acuerdo con el principio de la legalidad.

La Sala de la Corte Suprema, actuando como sede de instancia, consideró, primero, que el condenado cometió tanto un delito continuado de actos contrarios al pudor (realizados en tres oportunidades) como un delito continuado de violación sexual (tres accesos carnales cometidos). Así mismo que en ambos casos, separadamente, se dio un concurso ideal homogéneo y, por el contrario, en cuanto a los dos delitos continuados que se dio la agravante de “concurso real homogéneo” (sic). Sin referirse a la agravante del segundo párrafo del art. 173, aunque la había mencionado varias veces en su argumentación precedente, los jueces parecen alinearse a los alegatos de la Fiscalía: respeto estricto y literal de la legalidad de las penas. Por no haber impuesto la condena perpetua, consideraron que los jueces de apelación habían violado el principio de legalidad (cons. 20).

Sin embargo, como lo hizo la Sala Penal de Apelaciones, los jueces supremos invocaron que, al “momento de dosificar la pena”, es de considerar que se trata de un delincuente primario, con instrucción secundaria completa, de 24 años de edad. Por lo que “la pena se incrementa en

forma proporcional y racional al injusto cometido, atendiendo los fines intrínsecos que persigue la pena”.

La nueva ponderación de la pena la hacen siguiendo, no faltaba más, el criterio de Jakobs de que: “No se debe castigar en forma pasional, sino de forma reflexiva, bien para la mejora o aseguramiento del autor –en una línea preventivo especial– o para la mejora o aseguramiento de los otros –en una línea preventivo general” (cons. 22). Pero, sin explicar su aplicación al caso concreto y, en especial, a la relación entre el autor y la víctima (agravante).

De esta manera, concluyeron fijando la pena en 30 años de prisión, en lugar de la cadena perpetua que debería imponerse, como lo exigía la Fiscalía, en respeto irrestricto y legalista del principio de la legalidad. Por lo que cabe preguntarse: Si son válidos los argumentos de proporcionalidad y dignidad humana para excluir la cadena peruana, ¿cuál es el límite “formal y material” de la legalidad para imponer una pena de 30 ó 12 años, ésta última quizás más conforme con los argumentos constitucionales invocados?

La respuesta no está, claro, en el palabreo de que “sin subestimar la importancia del sentido liberal del principio de legalidad, es de considerar otra perspectiva adicional de su vigencia, relacionada con su arista fundamentalmente procesal: la legalidad, como mensaje comunicativo”. Tampoco en que constituye “también un mecanismo reforzador de la observancia de la norma (Rule of Law)”, ni en que tiene como “objeto el prescribir cuál es el espacio de juego (Der Spielraum) dentro del cual los ciudadanos pueden desarrollar sus conductas en un Estado de Derecho”.

Don Ricardo, el de las Tradiciones, se refería a los “latinajos” empleados por la gente de derecho para evidenciar su sapiencia. Nosotros tendríamos que hablar de “angliganajos” y de “germanajos”, que junto a citas de autores españoles y alemanes (supuestamente muy autorizados respecto a nuestro derecho nacional), sirven para barnizar una argumentación imprecisa y, a veces, superflua (como la larga enumeración de los “supuestos de vulneración efectiva de la garantía de motivación de resoluciones judiciales”, cons. 10.2).

El hecho de no fundamentar expresamente la no aplicación de la agravante de la relación familiar (cuñados, como se señala durante todo el proceso) implica, precisamente, una falta esencial de motivación, sobre todo en consideración a que se viola el principio de legalidad en el sentido expuesto en la misma sentencia suprema y por la Fiscalía.

Toda sentencia, como “mensaje comunicativo”, debe ser lo suficientemente clara y coherente para convencer a las “partes” y a los demás miembros de la comunidad de que se ha “hecho justicia”. Pero, también para que tenga fuerza vinculante respecto a todos los operadores del sistema judicial. El “mensaje comunicativo” no está dirigido a los doctos, menos aún a los “altamente especializados (!) en las supuestas más modernas teorías dogmáticas”.

Cómo pensar que el condenado y, así mismo, quienes estamos convencidos de la inutilidad de recurrir a penas extremadamente graves, pueden considerar “justo”, socialmente positivo y garantizador de evitar la reincidencia, decirle a un joven que se le impone “treinta años de pena privativa de libertad, pena que, con el descuento de carcelería que viene sufriendo” desde el 18 de mayo de 2017, vencerá el 17 de mayo de 2047. Pena que, dada las condiciones de insalubridad y de violencia que reina en nuestras cárceles, puede ser calificada de “pena a muerte lenta”, si es que no termina, de repente, por un hecho violento.

Fribourg, agosto 2019