

“GARANTÍAS PENALES, RIESGO Y POSIBILIDAD”

Segundo Wilter Balcazar Pérez¹

“El garantismo se presta a ser extendido, como paradigma de la filosofía jurídica y la teoría general del Derecho² (...)”

I.- GARANTÍAS PENALES O SUSTANCIALES

Las garantías, incorporadas en las constituciones, se configuran no solo como fuentes de justificación externa o política de la existencia del derecho penal, sino también como fuente de legitimación jurídica política de las concretas decisiones penales. El fundamento de la legitimidad sustancial de la jurisdicción, no es en efecto, el consenso de la mayoría, sino la verdad de sus decisiones, que viene asegurada, de un lado, por las garantías penales, especialmente por la estricta legalidad³ considerada metanorma que condiciona la validez de las leyes vigentes a la taxatividad de sus contenidos y a la decidibilidad de la verdad jurídica de sus aplicaciones, es una garantía que se refiere sólo al derecho penal. En efecto, sólo la ley penal, en la medida en que incide en la libertad personal de los ciudadanos, está obligada a vincular a sí misma no sólo las formas, sino también, a través de la verdad jurídica exigida a las motivaciones judiciales, la sustancia o los contenidos de los actos que la aplican⁴.

Como tal, el garantismo se identifica en gran parte con el constitucionalismo, es decir, con esta extraordinaria innovación del derecho moderno consistente en regular la creación del derecho desde el propio derecho. Y se configura de nuevo tanto como teoría proyectiva, dirigida a colmar o integrar las lagunas con garantías que están presentes en el nivel constitucional⁵, dentro de ellas se tiene a las penales (o sustanciales) de la materialidad de la acción, la lesividad del resultado y la culpabilidad⁶, las mismas que serán analizadas, conforme a la jurisprudencia peruana.

¹ Magister en Derecho con Mención en Constitucional y Gobernabilidad y estudios de Doctorado en la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo; Fiscal Adjunto Provincial (T) de la Fiscalía Penal Corporativa de Utcubamba.

² Frase del maestro LUIGI FERRAJOLI.

³ LUIGI FERRAJOLI; “Garantías y Derecho penal”; Pág.169; en: www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/31/pr/pr11.pdf. 28/02/2015.

⁴ LUIGI FERRAJOLI; “Derecho y Razón”; pág. 379.

⁵ LUIGI FERRAJOLI; “Garantías y Derecho penal”; p. 171; Ob. Cit.

⁶ LUIGI FERRAJOLI; “Derecho y Razón”; pág. 340.

I.1.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad penal se encuentra consagrado en el artículo 2º, inciso 24, literal “d” de la Constitución Política del Perú, según el cual *“Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”*.

El principio de legalidad es expresión no solo del Estado de derecho, sino también de las exigencias del Estado democrático, pues gracias a su riguroso respeto pueden llegar a estar representados los intereses de todos los miembros de la comunidad en la elaboración de la política criminal⁷. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que la conducta prohibida se encuentre prevista en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica⁸, es decir opera como límite a la potestad punitiva del Estado.

Asimismo, el principio de la referencia, garantiza la seguridad jurídica de los ciudadanos por cuanto les permite conocer cuándo y por qué motivos pueden ser objeto de penas ya sean privativas de la libertad o de otra índole evitando de esta forma, toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas⁹.

Según la doctrina más cualificada este principio integra una serie de garantías forjadas históricamente desde la ilustración las cuales componen el núcleo esencial del referido principio o derecho; estas son las siguientes:

I.1.1.- Garantía de reserva de ley (*nullun crimen sine lege – lex scripta*)

La creación o ampliación de delitos, faltas o medidas de seguridad o circunstancias de agravación. Sólo se efectúa mediante una ley entendida en sentido formal y excepcionalmente en sentido material. Esta garantía alcanza, según nuestra

⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-559 de 1999.

⁸ Stc. Recaída en el expediente N° 01469-2011-PHC/TC. F.J 6.

⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-133 de 1999.

constitución, sólo alcanza al supuesto de hecho sino también a la consecuencia jurídica, esto es la pena¹⁰ (*nullum pena sine lege*).

Es decir, que el único facultado para producir normas de carácter penal es el legislador, pues además de ser esa su función natural en desarrollo del principio de división de poderes, en él se radica la representación popular, la cual es esencial en la elaboración de todas las leyes, pero muy especialmente en las de carácter penal, que, como lo ha dicho la Corte, por sus características "...*deben estar precedidas de un proceso público de debate y aprendizaje en la concepción y ejecución de las políticas criminales, es decir una elaboración más democrática*"¹¹.

Esta garantía se fundamenta en el mandato que el castigo de una conducta, sólo puede ser establecido por la ley. Busca la seguridad jurídica, en los términos que es la ley, y no otra fuente, la que representa la voluntad jurídica popular de la sociedad. Esta es la fundamentación democrática representativa del principio de legalidad¹².

I.1.2.- Garantía de prohibición de aplicación retroactiva de las leyes penales desfavorable (*Lex previa*)

El Tribunal Constitucional estima que no son de aplicación retroactiva las disposiciones que tienen carácter sancionador, como, por ejemplo, las que tipifican infracciones, establecen sanciones o presupuestos para su imposición, o las restrictivas o limitativas de derechos. La aplicación de la norma vigente al momento de la comisión del hecho delictivo constituye, en efecto, una consecuencia del principio de legalidad penal, en su variante de *lex praevia*¹³, y una garantía emergente de la propia cláusula del Estado de derecho (art. 43° de la Constitución), que permite al ciudadano conocer el contenido de la prohibición y las consecuencias jurídicas de sus actos¹⁴ exigencia ineludible para el órgano jurisdiccional que sólo se pueda procesar y condenar sobre la base de una ley anterior respecto de los hechos materia de investigación (*lex praevia*). Esta proscripción de la retroactividad tiene su excepción en la aplicación retroactiva de la ley penal cuando ésta resulta favorable al procesado, conforme a lo previsto en el artículo 103° de

¹⁰ RAFAEL DE ASIS y FRANCISCO JAVIER ANSUATEGUI; "Reflexiones sobre la sentencia condenatoria de Alberto Fujimori"; en "Derechos Humanos y Lucha contra la Corrupción – el caso Fujimori"; editorial Palestra; pág. 122.

¹¹ Luis Jiménez de Asúa, "Tratado de Derecho Penal. Tomo II Filosofía y Ley Penal", Edit. Losada, Buenos Aires Argentina, 1950.

¹² VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; "*Derecho Penal Parte General*"; 3ra Reimpresión marzo de 2009, PÁG. 142.

¹³ Stc. Recaída en el expediente N° 1594-2003-HC/TC. F.J. 8.

¹⁴ Stc. Recaída en el expediente N° 2822-2004-PHC/TC. F.J. 5.

la Constitución. Esta excepción es aplicable a las normas del derecho penal material, por ejemplo, en caso de que, posteriormente a la comisión del delito, entre en vigencia una norma que establezca una pena más leve. El artículo 6° del Código Penal prescribe que se aplicará la norma vigente al momento de la comisión del delito y, en caso de conflicto de normas penales en el tiempo, se aplicará la más favorable¹⁵.

Esta cláusula constitucional se encuentra matizada por el principio de favorabilidad, que establece una importante excepción en el caso de que la nueva ley sea más favorable al reo. Ello precisamente porque la prohibición de retroactividad es una prohibición garantista, y establece una preferencia a las leyes que despenalizan una conducta o que reducen la penalidad. De igual modo, el alcance de este principio se manifiesta en la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o conflicto entre leyes penales, como así lo consagra el artículo 139°, inciso 11), de la Constitución¹⁶.

La garantía de la ley previa comporta la necesidad de que, al momento de cometerse el delito, esté vigente una norma penal que establezca una determinada pena. Así, en el caso de delitos instantáneos, la ley penal aplicable será siempre anterior al hecho delictivo. En cambio, en los delitos permanentes, pueden surgir nuevas normas penales, que serán aplicables a quienes en ese momento ejecuten el delito, sin que ello signifique aplicación retroactiva de la ley penal. Tal es el caso del delito de desaparición forzada, el cual, según el artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, deberá ser considerado como delito permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima¹⁷.

Asimismo, el máximo intérprete constitucional ha señalado expresamente que no se vulnera la garantía de la *lex praevia* derivada del Principio de Legalidad Penal en caso de que se aplique a un delito permanente una norma penal que no haya entrado en vigencia antes del comienzo de su ejecución, pero que resulta aplicable mientras el mismo sigue ejecutándose. Tal es el caso del delito de desaparición forzada, el cual, según el artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, deberá ser considerado como delito permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima (Cfr. Exp. N.º 2488-2002- HC/TC). En consecuencia, si bien la figura típica de la desaparición forzada de personas no estuvo siempre vigente en nuestro ordenamiento, ello no es impedimento para que se lleve a cabo el correspondiente proceso penal por este delito por hechos que hubieran tenido origen en una detención ocurrida antes de la entrada en vigencia de este delito en nuestro Código Penal, siempre que la permanencia del mismo, consistente en el

¹⁵ Stc. Recaída en el expediente N.º 1300-2002-PHC/TC. F.J.8.

¹⁶ Stc. Recaída en el expediente N.º 2196-2002-PHC/TC. F.J.6.

¹⁷ Stc. Recaída en el expediente N.º 2488-2002-PHC/TC. F.J. 26.

desconocimiento del paradero de la víctima, persista hasta el momento en que el delito ya estaba contemplado en nuestro ordenamiento¹⁸.

En este orden de ideas, el artículo 139°, inciso 11, de la Constitución garantiza la aplicación de la norma más favorable en materia penal cuando exista un conflicto de normas. Habrá conflicto de normas en el tiempo, cuando una sucesión temporal de normas señale consecuencias distintas para el mismo hecho punible. Las normas vigentes con anterioridad a la comisión del hecho no entran en el conflicto de normas, puesto que ello importaría la aplicación de normas inexistentes al momento de la comisión del delito, violándose el principio de legalidad. El conflicto temporal se da entre la norma vigente al momento de la comisión del delito y una norma posterior que, en caso de ser más favorable, se aplica retroactivamente. Cuando haya más de una norma vigente al momento de la comisión del delito, por tratarse, por ejemplo, de un delito continuado, se aplicará, como norma vigente al momento de la comisión del delito, la última norma vigente durante su comisión. Esto es así, porque la norma vigente al momento de la comisión del delito se aplica de manera inmediata. En el caso de autos, se trata de un delito continuado que fue cometido durante la vigencia de dos normas penales con consecuencias jurídicas distintas: el Código Penal de 1991 y el Decreto Legislativo N.º 813. Tal como se ha establecido en los fundamentos precedentes, no se trata de un conflicto de normas en el tiempo, por lo que no es amparable la aplicación de lo dispuesto en el artículo 139° de la Constitución¹⁹.

De lo señalado precedentemente, se puede concluir que, existen tres supuestos de retroactividad inconstitucional, ello se presenta: i) Cuando un hecho no punible en el momento de su comisión, se impone una pena retroactivamente; ii) Cuando a un hecho legalmente punible, se introduce retroactivamente una clase de pena más grave; y iii) Cuando se agrava una pena dentro de la misma clase. En el extremo de aplicación retroactiva de la ley penal favorable al reo se tiene dos supuestos: i) La conducta que realizó el agente era ilícita pero la aplicación retroactiva de la ley posterior lo deja sin castigo; y ii) La consecuencia jurídica a imponer era considerable empero la ley posterior introduce una pena menos grave o atenúa la misma.

I.1.3.- Garantía de taxatividad (*lex certa*)

El subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de

¹⁸ Stc. Recaída en el expediente N° 0442-2007-PHC/TC. F.J. 6.

¹⁹ Stc. Recaída en el expediente N° 0901-2003-PHC/TC. F.J. 2, 3 y 4.

precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal²⁰.

La Corte IDH en reiterada jurisprudencia ha señalado: *"en la elaboración de los tipos penales se debe tener presente el principio de legalidad penal, es decir, una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales"*²¹. *La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales como la vida o la libertad"*²².

Asimismo, la Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal²³. De igual forma ha precisado: "cualquier limitación o restricción (a las libertades) debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano²⁴".

La corte Suprema ha señalado que en estricto al mandato de certeza derivado del principio de legalidad corresponde realizar una correcta tipificación del delito, subsumiendo los hechos en el (o los) incisos pertinentes del tipo penal y no realizar una tipificación en términos genéricas, dentro de los alcances del tipo penal²⁵.

Sobre el particular, no se debe entender, que el sub principio "*lex certa*" no puede entenderse, sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del

²⁰ Stc. Recaída en el expediente N° 2192-2004-AA/TC. F.J. 5.

²¹ Stc. recaída en el caso DE LA CRUZ FLORES VS. PERÚ FJ 79.

²² Stc. de los casos: J. VS. PERÚ FJ 287; CANTORAL; BENAVIDES VS. PERÚ FJ 157, CASTILLO PETRUZZI VS. PERÚ F.J. 121; FERMÍN RAMÍREZ VS. GUATEMALA; GARCÍA ASTO Y RAMÍREZ ROJAS VS. PERÚ; del caso RICARDO CANESE VS. PARAGUAY FJ 17; caso KIMEL VS. ARGENTINA FJ 63.

²³ Stc. Recaída en el caso CASTILLO PETRUZZI VS. PERÚ F.J. 121.

²⁴ Stc. Recaída en el caso KIMEL VS. ARGENTINA del 02 de mayo del 2008 FJ 63.

²⁵ VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE; "Derecho Penal Parte General"; 3ra Reimpresión marzo de 2009, PÁG. 141.

lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso. Ni siquiera las formulaciones más precisas, las más casuísticas y descriptivas que se puedan imaginar, llegan a dejar de plantear problemas de determinación en algunos de sus supuestos, ya que siempre poseen un ámbito de posible *equivocidad*. Por eso se ha dicho, con razón, que “en esta materia no es posible aspirar a una precisión matemática porque ésta escapa incluso a las posibilidades del lenguaje”.

Así, el Tribunal Constitucional de España ha sostenido que “*la exigencia de “lex certa” no resulta vulnerada cuando el legislador regula los supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, y permitan prever con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada*”

I.11.4 Garantía de prohibición de analogía (*sine lege stricta*)

Una manifestación del contenido esencial del derecho fundamental a la legalidad penal es la proscripción del uso de la analogía *in malam partem*, recogida expresamente en el artículo 139º, inciso 9, de la Constitución, que prescribe que “*Son principios y derechos de la función jurisdiccional: El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal (...)*”, en concordancia con el artículo III del T.P. Del código penal, que señala “*no es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o seguridad que le corresponde*”

La analogía, juntamente con los principios generales del derecho, constituyen los principales métodos de integración jurídica para afrontar las lagunas que pudiera presentar el derecho positivo. Buscan aminorar la finitud del derecho ante la transformación constante y el alto grado de complejidad del medio social. El razonamiento analógico como método de integración del derecho consiste en extender o ampliar las consecuencias de una norma jurídica a casos o situaciones no previstos en su supuesto de hecho, siempre que concurren la similitud y la identidad de razón o *ratio legis*. Muy al contrario de lo que sucede en otras áreas del Derecho, donde la analogía es muy pertinente en supuestos de satisfacción del principio de igualdad, en el Derecho Penal no encuentra asidero alguno en virtud del principio de legalidad penal, salvo que se trate de la analogía denominada *in bonam partem*. Por lo demás, los jueces están impedidos de aplicar la analogía con la finalidad de integrar los vacíos de punibilidad que presenten los preceptos penales, garantizándose así que éstos no traspasen la letra

de ley y, consecuentemente, que creen vía jurisprudencial delitos, supuestos de agravación o penas²⁶.

En ese sentido, si bien las limitaciones a los derechos fundamentales solo pueden establecerse respetando el principio de legalidad, la interpretación de una limitación legalmente impuesta, deberá además realizarse necesariamente restrictivos, encontrándose vedada la interpretación analógica, in malam partem, de las normas que restrinjan derechos²⁷. Por el contrario la analogía favorable (analogía in bonam partem) es aceptada a través de los procesos de interpretación de la ley penal. Por ejemplo interpretación que extienda analógicamente circunstancias atenuantes o causales de exclusión de la punibilidad. Siendo así, parece lógico admitir la aplicación de un beneficio leal para el reo cuando su situación sea análoga a la que motiva dicho beneficio

De otro lado es necesario precisar, que nuestro cuerpo normativo habilita de manera excepcional la interpretación analógica o *intralegem* en virtud de la ley, que determine se aplique analógicamente el precepto; o sea, está permitida cuando a la fórmula casuística le sigue una genérica, debiéndose admitir que ésta comprende casos semejantes o análogos a los mencionados por aquellos²⁸. Al respecto, citamos algunos ejemplos que obran en nuestro Código Penal: “otro medio capaz de poner en peligro la vida” (art. 108, numeral 4), “*otros actos análogos introduciendo objetos o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías*” (art. 172), “*engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta*” (art. 196), “*cualquier clase de energía*” (art. 273).

I.2.- PRINCIPIO DE LESIVIDAD

Desde una perspectiva constitucional la delimitación de una conducta como antijurídica, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, sólo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes. Como resulta evidente, sólo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental²⁹. “*Por relevancia constitucional no ha de entenderse que el bien haya de estar concreta y explícitamente proclamado por la Norma Fundamental. Eso sí, habría de suponer una negación de las competencias propias del*

²⁶ Stc. Recaída en el expediente N° 01645-2010-PHC/TC. F.J. 14, 15 y 16.

²⁷ Stc. Recaída en el expediente N° 2235-2004-AA F.J. 8.

²⁸ Una explicación crítica sobre este tema en JAÉN VALLEJO, Manuel. Justicia Penal Contemporánea. Lima: Portocarrero, 2002, pp. 18-31, citado por la Revista Jurídica RAE Jurisprudencia, noviembre 2008, pág. 461.

²⁹ Stc. Recaída en el expediente N° 00014-2006-AI/TC. F.J. 11.

legislador ordinario. La Constitución contiene un sistema de valores compuesto por los derechos fundamentales, los derechos de los ciudadanos, aquellos que son necesarios y convenientes para hacer efectivos los fundamentales y los que simplemente se desprenden como desarrollo de aquellos. Por otra parte la interpretación que se realice de la Norma Fundamental no ha de ser estática sino dinámica; esto es adecuada a los cambios sociales y de cualquier otra índole que se vayan produciendo. De esta manera puede decirse que el derecho penal desarrolla, tutelándolos, los valores proclamados en la Constitución y los que de ella emanan; puede decirse, en fin, que detrás de cada precepto penal debe haber un valor con relevancia constitucional”.

En ese sentido, dentro de los límites que la Constitución impone, el legislador goza de un amplio margen para diseñar la política criminal del Estado. Entre tales límites no sólo se encuentra la proscripción de limitar la libertad personal más allá de lo estrictamente necesario y en aras de la protección de bienes constitucionalmente relevantes, sino también la de no desvirtuar los fines del instrumento que dicho poder punitivo utiliza para garantizar la plena vigencia de los referidos bienes, es decir, no desnaturalizar los fines de la pena³⁰.

El principio de lesividad se postula, como la formulación constitucional que impide al legislador el establecimiento de prohibiciones penales sin bien jurídico, es decir excluye la responsabilidad penal por comportamientos, sin resultados dañosos. En consecuencia, solo las acciones externas, que producen efectos lesivos e imputables a la culpabilidad de una persona y no su apariencia, actitud o características antropológicas, expresables con términos indeterminables objetivamente son en realidad verificables ante el juez de manera precisa y prescribibles taxativamente por el legislador como elementos constitutivos de delito exigido por la Constitución.

De acuerdo al principio de lesividad u ofensividad, para que una conducta sea considerada ilícita no sólo requiere una realización formal, sino que además es necesario que dicha conducta haya puesto en peligro o lesionado a un bien jurídico determinado. Se le identifica con la máxima “*nullum crimen sine inuria*”. “El principio de lesividad en virtud del cual, en la comisión de un delito tiene que determinarse, según corresponda la naturaleza del mismo, al sujeto pasivo que haya sufrido la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma penal, de allí que el sujeto pasivo siempre es un elemento integrante del tipo penal en su aspecto objetivo; por lo tanto al no encontrarse identificado trae como consecuencia la atipicidad parcial o relativa; en consecuencia para la configuración del tipo penal de hurto agravado es imprescindible individualizar

³⁰ Stc. Recaída en el expediente N° 00019-2005-AI/TC. F.J. 36.

al sujeto pasivo, titular del bien o bienes muebles afectados, de lo contrario resulta procedente, la absolución en cuanto a este extremo se refiere³¹”.

En este orden de ideas, se puede afirmar, que la reacción penal debe basarse fundamentalmente en la conducta humana, que lesiona materialmente o pone en peligro intereses socialmente predominantes, que son los bienes jurídicos. Si bien es cierto que el resultado delictuoso debe estar vinculado a la subjetividad o voluntad del autor, la imputación requiere la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado. No es concebible la imputación basada en el mero pensamiento o en la sola intención aunque ella haya sido manifestada, sin evidenciar principio de ejecución objetiva. Una precisa conceptualización del injusto, orienta a la punición de las lesiones efectivas, proscribiéndose definitivamente la tendencia a castigar las ideas, los pensamientos y la mera peligrosidad³², (*nemo cogitationis poenae patitur*).

I.3.- PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

El principio de la culpabilidad es uno de los pilares sobre los que descansa el derecho penal. Concretamente, constituye la justificación de la imposición de penas dentro del modelo de represión que da sentido a nuestra legislación en materia penal y, consecuentemente, a la política de persecución criminal, en el marco del Estado constitucional. El principio de culpabilidad brinda la justificación de la imposición de penas cuando la realización de delitos sea reprochable a quien los cometió. La reprobabilidad del delito es un requisito para poder atribuir a alguien la responsabilidad penal de las consecuencias que el delito o la conducta dañosa ha generado³³.

El principio de culpabilidad se materializa cuando concurren una serie de elementos; así: *“En términos generales puede decirse (...) que de acuerdo con el principio de culpabilidad se requiere que la aplicación de una pena esté condicionada por la existencia de dolo o culpa, de conciencia de la antijuridicidad o de la punibilidad, de capacidad de comportarse de acuerdo con las exigencias del Derecho (imputabilidad), de una situación normal para la motivación del autor (exigibilidad).*

³¹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; “Límites de la Función Punitiva Estatal”; en Derecho y Sociedad N° 21; en: <http://blog.pucp.edu.pe/item/24235/limites-a-la-funcion-punitiva-estatal>. 23/0272015.

³² HUGO VIZCARDO, Silfredo Jorge; “Estado Actual de la Política Criminal peruana, aplicada a la protección a la idemnidad sexual-Tesis para adoptar el grado académico de Doctor”; Universidad Nacional Mayor de San Marcos Pág 123; en: http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/642/1/hugo_vs.pdf.

³³ Stc. Recaída en el expediente N° 00014-2006-AI/TC. 25.

Asimismo, en el momento de la individualización de la pena, el principio de culpabilidad exige que la sanción sea proporcionada al hecho cometido³⁴

Debe tenerse en cuenta que el principio de culpabilidad se encarga directamente con la reprochabilidad de una persona por cierto comportamiento, no con la sanción por aquella. La reprobación acarrea inevitablemente el establecimiento de una pena; evidente, por eso, es que existe entre ellas una estrecha ligazón. Pero esto no puede llevar a identificar o confundir una con otra, pues de lo contrario se estaría entrando al terreno del principio del *ne bis in idem*, que se refiere al tema de la sanción. La reprobación es una valoración de la conducta que se hace de modo aislado, mientras que la pena es un acto estatal sancionatorio³⁵.

El principio que se comenta no está expresamente recogido en el texto de la Constitución. Sin embargo, su existencia se desprende de otros principios sí consagrados. El primero de ellos es el principio de legalidad en materia penal, el cual es recogido en el literal “d” del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución. Su texto es el siguiente: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible”.

De este modo, el principio de culpabilidad guarda estrecha relación con los principios de legalidad penal y de proporcionalidad de las penas, derivándose aquél de estos. En tal sentido, la constitucionalización de los últimos permite afirmar que el principio de culpabilidad se encuentra constitucionalizado y que es un principio rector de nuestro ordenamiento jurídico. Corresponde, ahora, establecer si la reincidencia como factor a considerar para establecer la determinación de la pena vulnera el principio de culpabilidad³⁶.

I.4.- PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad “está integrado por un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir o sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio”³⁷.

³⁴ Bacigalupo, Enrique: *Justicia penal y derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, 2002

³⁵ Stc. Recaída en el expediente N° 00003-2005-AI/TC. 55.

³⁶ Stc. Recaída en el expediente N° 00014-2006-AI/TC. 36.

³⁷ ROJAS LOPEZ, Freddy; ob. cit. Pág. 692.

El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe solo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona”³⁸.

Tal proyección del principio de proporcionalidad como “principio general” se fundamenta también en la consideración de que se trata de un principio que “(...) se deriva de la cláusula del Estado de Derecho” que, a decir del Tribunal, exige “concretas exigencias de justicia material” que se proyectan a la actuación no solo del legislador, sino de todos los poderes públicos³⁹,

Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación”⁴⁰.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional modificó su razonamiento, estableciendo que dentro de la esfera de protección de fines constitucionalmente relevantes, una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales solamente se justifica en virtud del principio de razonabilidad que exige que una medida restrictiva conlleve la necesidad de preservar o proteger un fin constitucionalmente valioso. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persigue garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional⁴¹.

³⁸ STC 0010-2002-AI/TC, Fundamento jurídico 195.

³⁹ GRÁNDEZ CASTRO; ob. cit.

⁴⁰ STC 2192-2004-AA FJ 15

⁴¹ STC. 02235-2004-AI/TC. F.J. 6.

El principio de proporcionalidad no solo es un principio de indudable relevancia constitucional, tal como ha quedado expuesto. Es también una *estructura*, esto es, una estrategia argumentativa para resolver conflictos de derechos⁴². Como lo ha sostenido BERNAL PULIDO, “al igual que el silogismo, la ponderación es solo una estructura, que está compuesta por tres elementos, mediante los cuales se puede fundamentar una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, para así establecer cuál de ellos debe determinar la solución del caso concreto⁴³. En cuanto a su estructura, cabe hablar ya no del *principio* sino del *test de proporcionalidad*. En su desarrollo jurisprudencial, para el derecho continental europeo, el Tribunal Federal Alemán parece haber sido el artífice.

En el ámbito del Derecho Penal peruano, el principio de proporcionalidad permite al Magistrado fijar la pena privativa de libertad, en atención al principio de la proporcionalidad de las sanciones que recoge el Código Penal; por el cual la sanción debe guardar relación con el daño causado y con el bien jurídico protegido. En otro caso: “*La graduación de la pena debe ser el resultado del análisis crítico jurídico de la prueba aportada, en razón de la naturaleza del ilícito y la responsabilidad del agente en su comisión, como de las concisiones personales y carencias sociales que tuviere*”⁴⁴.

El Tribunal Constitucional ha señalado⁴⁵, “(...) *el principio de proporcionalidad usualmente ha sido enfocado como una “prohibición de exceso” dirigida a los poderes públicos. De hecho, esta es la manifestación que se encuentra recogida en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, en la parte en la que dispone que “La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho”. No obstante, si se reconoce que, en razón del principio de lesividad, el derecho penal tipifica atentados contra bienes de relevancia constitucional y, singularmente, contra derechos fundamentales, procurando su protección (STC 0019-2005-PI/TC, fundamento 35); el principio de proporcionalidad de las penas, prima facie, también implica una “prohibición por defecto”, es decir, la prohibición (cuando menos como una regla general no exenta de excepciones) de que la pena sobredisminuya la responsabilidad por el hecho*”

Es por ello, que el máximo intérprete constitucional ha determinado⁴⁶ “*que ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente, la cual es determinada por el juez penal a la luz de la personalidad del autor y del mayor o*

⁴² GRANDEZ CASTRO; “El principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del TC Peruano; en: www.cec.tc.gob.pe/.../El_principio_de_proporcionalidad.31.03.2013

⁴³ BERNAL PULIDO, Carlos. “Estructura y límites de la Ponderación”. En: *Doxa*, N.º 26, Alicante, 2003 p.227.

⁴⁴ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; “Límites de la Función Punitiva Estatal” Ob. Cit.

⁴⁵ Stc. Recaída en el expediente N° 01010-2012-PHC/TC. F.J. 5.

⁴⁶ Stc.recaída en el expediente N° 0019-2005-PI/TC. F.J. 41

menor daño causado con su acción a los bienes de relevancia constitucional protegidos. Pero a su vez, ninguna medida legislativa podría, en un afán por favorecer ‘a toda costa’ la libertad personal, anular el factor preventivo como finalidad de la pena a imponerse. En tales circunstancias, lejos de ponderar debidamente los distintos bienes protegidos por el orden constitucional, se estaría quebrando el equilibrio social que toda comunidad reclama como proyección de la Constitución material’.

Si, así entendido, el principio de proporcionalidad de las penas es un valor constitucional, y el artículo 138° de la Constitución, establece que “*la potestad de administrar justicia (...) se ejerce por el Poder Judicial (...) con arreglo a la Constitución*”, existe una presunción de que el *quántum* de las penas privativas de libertad impuestas por el juez penal guarda una relación de proporcionalidad con el grado de afectación del bien constitucional a que dio lugar la realización de la conducta típica⁴⁷.

En la práctica jurisdiccional, se debe realizar una interpretación tomando como fundamento los siguientes subprincipios: a) si la medida estatal que limita un derecho fundamental es idónea para conseguir el fin constitucional que se pretende con tal medida; b) si la medida estatal es estrictamente necesaria; y, c) si el grado de limitación de un derecho fundamental por parte de la medida estatal es proporcional con el grado de realización del fin constitucional que orienta la medida estatal. Veamos con más detalle las referidas exigencias del principio de proporcionalidad según lo establecido por el Tribunal Constitucional:

Examen de idoneidad. Este examen a su vez, exige, en primer término, la identificación de un fin de relevancia constitucional, y, una vez determinado tal fin, verificar si la medida legislativa es idónea o adecuada para lograr tal fin⁴⁸.

En cuanto a lo primero, se debe verificar la existencia de un fin de relevancia constitucional en la medida legislativa penal que limita un derecho fundamental. Esta verificación va a ser uno de los ámbitos en los que se va a manifestar el aludido principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, así como el principio de lesividad.

En efecto, la prohibición de una conducta mediante la limitación de derechos fundamentales sólo será constitucionalmente válida si ésta tiene como fin la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional, y siempre y cuando la conducta prohibida lesione o ponga en peligro los referidos bienes jurídicos. Precisamente, esta relevancia constitucional del bien jurídico que se pretende proteger y la dañosidad social de la conducta que lesione o ponga en peligro tal bien jurídico, justifican que este bien sea *merecedor* de protección por parte de Estado.

⁴⁷ Stc. Recaída en el expediente N° 0012-2010-PI/TC. F.J. 3.

⁴⁸ Stc. Recaída en el expediente N° 0012-2006-PI/TC. F.J. 32.

Sobre lo segundo, este Colegiado ha sostenido que “La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el Legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin”.

Examen de necesidad. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido⁴⁹ que “El principio de necesidad significa que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Requiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental”.

En materia penal, el examen de necesidad exige que el Legislador estime, ineludiblemente, el *carácter fragmentario del Derecho Penal*. Al respecto, cabe precisar que aquel postulado de que el sistema penal debe representar el medio o recurso más gravoso para limitar o restringir el derecho a la libertad de las personas, y que por tanto, debe reservarse para las violaciones más intolerables, constituye una de las contribuciones fundamentales de la filosofía de la ilustración ya referida.

De este modo, en el Estado Constitucional, el derecho penal, al encontrarse relacionado con la limitación de un derecho fundamental tanpreciado como la libertad individual, sólo debe ser utilizado cuando no funcionen ya otros medios (disposiciones de derecho disciplinario, de derecho administrativo sancionatorio, o de otras especialidades del ordenamiento jurídico). En otros términos, antes de criminalizar determinadas conductas o establecer determinadas penas, el Estado debe recurrir a otros medios, menos afflictivos, para proteger los bienes jurídicos que pretende cautelar mediante la aludida criminalización, teniendo siempre en consideración de los fines de prevención de la pena, entre otros aspectos. Sólo si fracasan estos otros medios se deben penalizar tales conductas.

Examen de proporcionalidad en sentido estricto. Este subprincipio exige que exista proporcionalidad entre dos pesos o intensidades: 1) aquel que se encuentra en la realización del fin de la medida estatal que limita un derecho fundamental; y, 2) aquel que radica en la afectación del derecho fundamental de que se trate, de modo tal que el primero de estos deba ser, por lo menos, equivalente a la segunda⁵⁰.

⁴⁹ Stc. Recaída en el expediente N° 0012-2006-PI/TC. F.J. 32.

⁵⁰ Stc. Recaída en el expediente N° 0012-2006-PI/TC. F.J. 32.

De este modo, el principio de proporcionalidad se constituye en un mecanismo indispensable que deberá tener en cuenta, entre otros, el legislador penal cuando pretenda limitar los derechos fundamentales o establecer sanciones, es decir, impone al legislador el que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer⁵¹.

Este principio, en el plano legislativo, se encuentra en el artículo VII del título preliminar del Código Penal, que señala que *“la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho (...)”* así como el juez penal cuando al aplicar la ley determine la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que corresponda en cada caso concreto, de conformidad con el artículo 138° de la Constitución, que establece que *“la potestad de administrar justicia (...) se ejerce por el Poder Judicial (...) con arreglo a la Constitución”*. En ambos casos, las decisiones adoptadas, ya sea legislativa o judicial, deben resultar idóneas, necesarias y ponderadas respecto de la conducta que ponga en peligro o lesione el bien jurídico protegido.

I. 5.- PRINCIPIO DE HUMANIDAD

El principio de humanidad (o dignidad) referido a la esencia del Estado liberal, que se retrotrae a Kant y de acuerdo al cual ninguna persona puede ser considerada un medio para otro fin. En efecto, ese principio, llamado de la autonomía ética de la persona, es un principio garantista pero a la vez fundante de un tipo de Estado⁵². Dicho de otro modo, es una Norma Fundamental inspirada en el principio *pro homine* en el que la ley penal material otorga a la acción penal una función preventiva y re socializadora, en la cual el Estado autolimita su potestad punitiva, orientación que se funda en la necesidad de comprender que pasado cierto tiempo se elimina toda incertidumbre jurídica y se abandona el castigo de quien lleva mucho tiempo viviendo honradamente, consagrando así el principio de seguridad jurídica⁵³.

Asimismo, la ejecución de la pena debe ser respetuosa de los derechos fundamentales de los presos, de su dignidad y humanidad. Corolario del principio de humanidad ha de ser, además, la orientación resocializadora que debe presidir la intervención penal: las penas no han de entrañar la separación de la sociedad del condenado y debe aprovecharse la ejecución para tratar de ir superando su “desocialización”, fomentando

⁵¹ Stc. Recaída en el expediente N° 00010-202-AI/TC. F.J. 197.

⁵² Cátedra Heler -Departamento de Derecho Penal y Criminología – Universidad de Buenos Aires; “Principios y Garantías”; en http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?23/0272015.

⁵³ Stc. Recaída en el expediente N° 04124-2011-PHCTC. F.J. 2.

la comunicación del preso con el exterior, la asimilación de la de dentro a la de fuera y facilitando su adecuada y progresiva reincorporación a la vida en libertad⁵⁴.

Igualmente y en lo que a la pena privativa de libertad se refiere este principio encuentra su plasmación en la búsqueda de alternativas para las penas de corta duración: la multa, el arresto de fin de semana, la localización permanente, los trabajos en beneficio de la comunidad, la suspensión condicional del fallo o de la ejecución de la pena, etc., se encuentran entre las vías más empleadas a tal efecto⁵⁵.

A juicio del Tribunal, de las exigencias de “reeducación”, “rehabilitación” y “reincorporación” como fines del régimen penitenciario se deriva la obligación del legislador de prever una fecha de culminación de la pena, de manera tal que permita que el penado pueda reincorporarse a la vida comunitaria. Si bien el legislador cuenta con una amplia libertad para configurar los alcances de la pena, sin embargo, tal libertad tiene un límite de orden temporal, directamente relacionado con la exigencia constitucional de que el penado se reincorpore a la sociedad⁵⁶.

En ese mismo orden de ideas, el máximo intérprete constitucional⁵⁷, respecto a la cadena perpetua señaló *“En primer lugar, es contraria al principio de libertad, ya que si bien la imposición de una pena determinada constituye una medida que restringe la libertad personal del condenado, es claro que, en ningún caso, la restricción de los derechos fundamentales puede culminar con la anulación de esa libertad, pues no solamente el legislador está obligado a respetar su contenido esencial, sino, además, constituye uno de los principios sobre los cuales se levanta el Estado Constitucional de Derecho, con independencia del bien jurídico que se haya podido infringir. Por ello, tratándose de la limitación de la libertad individual como consecuencia de la imposición de una sentencia condenatoria, el Tribunal Constitucional considera que ésta no puede ser intemporal sino que debe contener límites temporales. En segundo lugar, este Colegiado considera que detrás de las exigencias de “reeducación”, “rehabilitación” y “reincorporación” como fines del régimen penitenciario, también se encuentra necesariamente una concreción del principio de dignidad de la persona (artículo 1º de la Constitución) y, por tanto, éste constituye un límite para el legislador penal. Dicho principio, en su versión negativa, impide que los seres humanos puedan ser tratados como cosas o instrumentos, sea cual fuere el fin que se persiga alcanzar con la imposición de determinadas medidas, pues cada uno, incluso los delincuentes, debe considerarse como un fin en sí mismo, por cuanto el hombre es una entidad espiritual moral dotada de autonomía”*.

⁵⁴ CUESTA ARMENDI, José; “Introducción al Derecho penal”-universidad del País Vasco; pág. 11, en: cvb.ehu.es/.../derecho.../leccion-i-1-introduccion-al-derecho-penal.doc. 24/02/2015.

⁵⁵ CUESTA ARMENDI, José; *Ob. Cit.* Pág. 11.

⁵⁶ Stc. Recaída en el expediente N° 00010-2002-AI/TC. F.J. 182.

⁵⁷ Stc. Recaída en el expediente N° 00010-2002-AI/TC. F.J. 185 y 186.

En el ámbito penitenciario, la proyección del principio de dignidad comporta la obligación estatal de realizar las medidas adecuadas y necesarias para que el infractor de determinados bienes jurídicos-penales pueda reincorporarse a la vida comunitaria, y que ello se realice con respeto a su autonomía individual, cualquiera sea la etapa de ejecución de la pena. Sin embargo, y aunque no se exprese, detrás de medidas punitivas de naturaleza drástica como la cadena perpetua subyace una cosificación del penado, pues éste termina considerado como un objeto de la política criminal del Estado, sobre el cual -porque nunca tendrá la oportunidad de ser reincorporado-, tampoco habrá la necesidad de realizar las medidas adecuadas para su rehabilitación⁵⁸.

I.6.- PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE DOBLE PUNICIÓN

Una de las garantías de la impartición de justicia consagrada por la Constitución es *la inmutabilidad de la cosa juzgada*. Al respecto, la Constitución, en su artículo 139°, inciso 2), establece que: “Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución”⁵⁹.

Mediante la garantía de la cosa juzgada se instituye el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante nuevos medios impugnatorios, ya sea porque éstos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó⁶⁰.

No obstante, dicha disposición constitucional debe interpretarse por efectos del principio de unidad de la Constitución, de conformidad con el inciso 3) del mismo artículo 139° de la Ley Fundamental, tal como el máximo intérprete constitucional a señalado⁶¹ “*El derecho a la tutela jurisdiccional garantiza, entre otros aspectos, que una sentencia con calidad de cosa juzgada sea cumplida en sus términos. Como consecuencia de ello se desprende, por un lado, un mandato de que las autoridades cumplan lo ordenado o declarado en ella en sus propios términos y, por otro, una prohibición de que cualquier autoridad, incluida la jurisdiccional, deje sin*

⁵⁸ Stc. Recaída en el expediente N° 00010-2002-AI/TC. F.J. 187.

⁵⁹ Stc. Recaída en el expediente N° 00574-211-AI/TC. F.J. 4.

⁶⁰ Stc. Recaída en el Exp. N° 4587-2004-AA/TC, F.J. 38

⁶¹ Stc. Recaída en el Exp. N° 1569-2006-AA/TC, F.J. 4

efecto las sentencias y, en general, resoluciones que ostentan la calidad de cosa juzgada (artículo 139°, inc. 2, Const.)”

En consecuencia, y ratificando lo establecido en la sentencia recaída en el Expediente N° 00054-2004-AI/TC, la cosa juzgada proscribe que las autoridades distorsionen el contenido o realicen una interpretación parcializada de las resoluciones judiciales que hayan adquirido tal cualidad. Cualquier práctica en ese sentido debe ser sancionada ejemplarmente, debiendo comprenderse en la sanción no solo a la institución de la que emana la decisión, sino precisamente a quienes actúan en su representación⁶².

Es decir, que cuando nos encontramos ante la ejecución de una sentencia, esta debe realizarse, en sus propios términos, en tanto es una garantía a favor de las partes procesales. En ese sentido, bien puede afirmarse que la ejecución sin alteración de los términos del fallo “es una garantía para las partes, tanto para el ejecutante como para el ejecutado, puesto que les impide reabrir el debate ya finalizado y clausurado por la firmeza, así como modificar el derecho reconocido por sentencia firme a su capricho, alterando las condiciones en que fue delimitado⁶³.”

II.- GARANTÍAS PENALES O SUSTANTIVAS EN RIESGO

En los últimos tiempos estamos asistiendo a una utilización populista del Derecho Penal por parte de todos los partidos políticos, con independencia de cuál sea su ideología. Este fenómeno conocido como populismo punitivo se caracteriza por una inmediata y permanente llamada al Derecho Penal para hacer frente a determinadas problemáticas sociales caracterizadas por su repercusión mediática. El Derecho Penal es utilizado como reacción inmediata para abordar el tratamiento de determinados problemas sociales⁶⁴.

Hechos que se agudizan con los medios de comunicación y los operadores políticos en tiempo de elecciones, estos últimos con el afán de ganar electores, se sirven de la alarma social en las diferentes ciudades de la costa norte, como de la ciudad de Lima, causada por los medios de comunicación estableciendo criterios desproporcionados para tranquilizar el miedo social causado, pero con conocimiento en muchas ocasiones, que con tal o cual política - criminal no se está terminando con el problema, pero muchas veces sí consiguen ganar los votos de los sectores, que influenciados por la alarma

⁶² Stc. Recaída en el Exp. N.º 01939-2011-AA/TC, F.J. 10

⁶³ Stc. Recaída en el Exp. N.º 01939-2011-AA/TC, F.J. 12.

⁶⁴ Jornadas Juzgados de Pueblo, organizadas por Jueces para la Democracia, Pontevedra, 24 noviembre 2006; Populismo Punitivo, en: http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/141009/dp-populismo.pdf.25/02/2015

social causada por los medios y que los hace sentirse probables víctimas, aunado a su propuesta de “solución”, es fácilmente factible conseguirlos⁶⁵.

La politización de la seguridad ha tendido a especificar las demandas ciudadanas y con ello las respuestas institucionales orientadas al control, sanción, prevención y rehabilitación. De este modo el gobierno de la criminalidad, más bien apunta a la “*gestión del presente desorden*”⁶⁶, tanto así que en el Segundo Gobierno del Presidente Alan García Pérez, mantuvo una posición de endurecer las penas, al extremo de extender la pena de muerte, tal como lo sustentaron cuatro proyectos de ley (164/2006-CR, 281/2006-PE, 282/2006-CR, 669/2006-PE), los mismos que se orientaban a modificar el artículo 140° de la Constitución así como distintas normas penales. Tres de ellos fueron presentados como respuesta al problema de violencia sexual contra menores de edad y uno a fin de reforzar la legislación antiterrorista.

Tales propuestas, haciéndose eco de tales demandas y alegando el apoyo popular, muchas autoridades y líderes políticos propugnaron la adopción de la medida mediante propuestas populistas que buscan capitalizar en su favor este respaldo social. Por ello, a pesar de que no cabe duda de que cualquier extensión de la pena de muerte a nuevos delitos, e incluso la pretensión de aplicarla a terroristas, resultarían incompatibles y violatorios de la Convención Americana de Derechos Humanos, a la par de contrarias a los derechos a la vida y dignidad de la persona que debe impulsar y proteger el Derecho, no puede descartarse que ante la ocurrencia de determinados acontecimientos delictivos de especial gravedad e impacto en la sensibilidad social, reaparecerán las mismas propuestas políticas que propugnarán la aplicación de la pena de muerte, así como la realización de las reformas constitucionales o legislativas que sean necesarias para ello⁶⁷.

Como es de verse la pena de muerte no va a solucionar en lo absoluto el problema de la delincuencia violenta y menos la delincuencia sexual. Lo que creo que hay que hacer es mejorar los órganos de persecución penal, dotarles de mejores recursos, apoyar la reforma procesal penal, darles a los fiscales y magistrados óptimas condiciones de trabajo y mejorar enormemente el sistema carcelario. Es decir que el Estado invierta más dinero para mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos y no pretenda

⁶⁵ MUNOZ CONDE, Francisco; “*Actuales Tendencias del Derecho Penal: Del Garantismo al Moderno Derecho Penal*”; Revista de Criminología y Ciencias Penitenciarias; San Paulo, año 3 Número 2; agosto de 2013.

⁶⁶ CARLOS BASOMBRIO&LUCÍA DAMMER; “Seguridad y Polulismo en America Latina”; Revista Wilson Center en:<http://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/Seguridad>.

⁶⁷ EGUIGUREN PRAELI; José Franciso; “*El intento por ampliar la aplicación de la pena de muerte en el Perú*”; en:http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2007_06.pdf. 27/02/2015.

solucionar simbólicamente el problema con una poca costosa reforma constitucional y legal. Fuera del derecho penal hay también mucho por hacer: evitar el hacinamiento familiar que lleva a la promiscuidad, evitar el acceso a la pornografía a los menores de edad, fomentar una cultura de respeto a la sexualidad, etc. En una sociedad sexualmente tan violenta, no debe sorprender este tipo de degeneraciones de la sexualidad. Pero en este contexto, la pena de muerte no es más que una adición irracional de un mal a otro mal⁶⁸.

En el Perú, y en muchos países de Latinoamérica, no se ha extendido la aplicación de la pena de muerte; sin embargo, no puede considerarse por ahora definitivamente cerrado ni resuelto, en tanto que la población aplaude una decisión tan extrema, como una medida de reducción del avance de la criminalidad y como tal muchos legisladores, como políticos, hacen suyo tal extremismo, que en palabras de Manuel Cancio Meliá, fueron condicionadas de la manera siguiente⁶⁹: *“Si el ordenamiento jurídico del Perú da este paso, habrá abierto una brecha mortal en el edificio del Estado de derecho”*.

De otro lado, se tiene a la pena de Cadena Perpetua, en muchos tipos penales, amparada en una política criminal, que muestra un claro excedente de punición, incongruente con la vocación democrática del Perú, contando aún con la cadena perpetua, a pesar del nivel de civilización de la sociedad peruana, que no permite actuar como bárbaros ni seguir pensando que la pena de muerte ni la cadena perpetua sean las únicas alternativas para casos de delitos graves, como sostiene José Luis Castillo Alva⁷⁰: *“el cáncer no se cura con el sida o el sida no se cura con el ébola...”*

Sin embargo, el máximo intérprete Constitucional⁷¹, justificó de manera aberrante la vigencia de la pena de cadena perpetua, en virtud a que el *“El Derecho penal constitucional se convierta en un Derecho penal “simbólico”, sino que debe responder eficazmente, dentro del marco constitucional establecido, frente a la afectación de los bienes constitucionales (que también el Estado constitucional de Derecho tiene la obligación de proteger) aplicando el principio de proporcionalidad de las penas y respetando las garantías constitucionales del proceso penal y buscando, siempre, la concretización de la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. En ese sentido, la cadena perpetua, sin posibilidades de revisión, no es conforme con el derecho-principio de*

⁶⁸ GARCÍA CAVERO; Percy; “Análisis crítico de la propuesta de la implementación de la pena de muerte en el sistema penal peruano; en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2007_06.pdf. 27/02/2015.

⁶⁹ CANCIO MELIÁ; Manuel; “Pena de Muerte. Próximo del derecho penal del enemigo”; en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2007_06.pdf. 27/02/2015.

⁷⁰ AGUIRRE ABARCA, Silvia Elena; “La Cadena perpetua en el Perú”; Tesis para optar el grado de Magister; Universidad Nacional Mayor de San Marcos; 2011; pág 343

⁷¹ Stc. Recaída en el expediente N° 00003-2002-AI/TC. F.J. 17

dignidad de la persona humana ni tampoco con los fines constitucionales de las penas. De ahí que la ejecución de política de persecución criminal del Estado se debe realizar, necesariamente, respetando los principios y valores constitucionales así como los derechos fundamentales de las personas. Precisamente, la superioridad moral y ética de la democracia constitucional radica en que ésta es respetuosa de la vida y de los demás derechos fundamentales, y en que en su seno las ideas no se imponen con la violencia, la destrucción o el asesinato. El Estado de Derecho no se puede rebajar al mismo nivel de quienes lo detestan y, con sus actos malsanos, pretenden subvertirlo”.

Olvidando, que la cadena perpetua es incompatible con el principio-derecho de dignidad humana, puesto que detrás de los fines constitucionales de la pena reeducación, rehabilitación y reincorporación también se encuentra necesariamente una concreción del derecho-principio de dignidad de la persona (artículo 1º de la Constitución) y, por tanto, éste constituye un límite para el legislador penal, que en la actualidad no se ha visto concretado, más por el contrario, se constitucionalizó tal medida punitiva.

Mayor aún si las penas exageradamente duras, no buscan una solución integral del fenómeno, ni interesa la eficacia de esta pena, como mecanismo de control social; por el contrario se ha convertido en un elemento que obstruye la posibilidad de adoptar otras políticas alternativas frente a este grave problema, limitando la creatividad e iniciativa de los gobernantes al acudir a esta pena como un fácil e inmediato recurso, que en realidad, guarda en sí misma un mero simbolismo penal⁷².

No escapa, tal responsabilidad peruana el magistrado, quien viene privilegiando, en casos de afectación o puesta en riesgo bienes jurídicos, la pena privativa de la libertad, cuando el Código Penal permite en casos concretos el uso de otros tipos de penas, tales como limitativas de derechos (prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación) y multa lo que genera un incremento de la población penitenciaria.

Sumado a la escasez de los recursos económicos que dota el Estado, para fomentar la pequeña y mediana empresa; cuando si lo hace de manera relativa para sostener programas sociales paternalistas y esclavizadores de la eterna pobreza, en los cuales se genera los focos de la criminalidad peruana; todo ello ha contribuido en el deterioro de la credibilidad de la justicia peruana, a niveles de desaprobación de escándalo.

⁷² AGUIRRE ABARCA, Silvia Elena; “La Cadena perpetua en el Perú”; Tesis para optar el grado de Magister; Universidad Nacional Mayor de San Marcos; 2011; pág 344.

III.- POSIBILIDAD DE OPTIMIZACIÓN DE LAS GARANTÍAS SUSTANTIVAS

Si bien el crecimiento de la criminalidad en el Perú, viene generando, en el legislador y operadores jurídicos una idea errada al retroceder de una proyección de un Derecho Penal Garantista y dar lugar a normas penales con un enfoque de un derecho penal del enemigo, en el cual se privilegia un derecho penal retributivo, sin tomar en consideración, que tal proyección, conlleva en consolidar una intensidad mayor en índice de la criminalidad, e impide el avance hacia un Estado Constitucional de Derecho.

Estando que los sectores de mayor intensidad delictiva, se encuentran ubicados en poblaciones de extrema pobreza, el Estado Peruano debe diseñar un conjunto de programas sociales que deben organizarse en función de los ejes orientadores del Plan Nacional para la Superación de la Pobreza, tomando como base el desarrollo de capacidades en la formación de micro y pequeñas empresas, las mismas que doten de un trabajo y una remuneración justa. En tanto, el Estado Bienestar o Paternalista, lo único, que genera es un contar con un grupo social dependiente económicamente de una ínfima propina sin despertar sus propios planes de vida. Grupos sociales, que al no contar con un desarrollo de capacidades humanas; respeto de derechos fundamentales; promoción de oportunidades; capacidades económicas y acceso a los servicios públicos, se convierten en grupo social endeble para la comisión de delitos contra el patrimonio, la libertad, vida y otros de bienes jurídicos de relevancia constitucional.

Muestra de ello se tiene una población penitenciaria que al mes de diciembre de 2014, ascendía a 87, 794 personas⁷³, con un incremento del 4% a la población penitenciaria al mes de diciembre de 2013 y sus proyecciones se mantendría, en los próximos años si no se adopta una política criminal seria, estaremos convirtiéndonos en un Estado fallido, en el cual no sólo prolifere la inseguridad ciudadana, sino la inseguridad jurídica y política.

En ese orden de ideas, y tomado en cuenta, que un enorme grupo de peruanos se encuentran en Establecimientos Penitenciarios asinados, en el cual no existe el mínimo tratamiento que permita reeducar, y rehabilitar el penado a la sociedad, más por el contrario, es un sistema que permite una selección de criminales para preparar en diferentes acciones ilícitas por lo que se convierte en una verdadera escuela de alta especialización en el crimen. Es por ello, que en el país las organizaciones criminales

⁷³ Informe Estadístico diciembre -2014, del Instituto Nacional Penitenciario; en: <http://www.inpe.gob.pe/pdf/Diciembre14.pdf>. 02/03/2015.

más peligrosas son dirigidas del interior de los Establecimientos Penitenciarios o los jefes o cabecillas, son egresados de Establecimientos Penitenciarios.

Razón suficiente por la cual asumimos que la prevención general y especial no viene funcionando de manera adecuada, en tal efecto, consideramos “abrir la cárcel a la sociedad” y, al mismo tiempo, “abrir la sociedad a la cárcel”, es decir debemos desarrollar la idea de “atravesar la cárcel con el ingreso de nuevas instituciones y sectores sociales”, partiendo que la población joven que comprende en el rango de edad de 18 a 29 años es del 27.4% de la población total⁷⁴.

Grupo poblacional en el cual es posible, esquematizar etapas progresivas de rehabilitación, dentro de las cuales se considere como última la etapa de reinserción a la sociedad en estricto, en la cual los internos o sentenciados puedan interactuar de manera directa con la sociedad. Por ejemplo, se puede utilizar el servicio militar obligatorio en las fuerzas armadas, las mismas que permita tomar conciencia cívica, desarrollo valores, destrezas y desarrollo de actividades técnicas, todo ello bajo el estricto monitoreo del personal INPE; siempre y cuando se adopte un régimen mixto, en el cual los fines de semana ingresen al Establecimiento Penitenciario de origen para complementar con la asistencia psicológica, social, legal.

En el caso personas que sobrepasan los 30 años, estos deberían realizar trabajos comunitarios en instituciones públicas, tales como gobiernos locales y regionales, los mismos que cuentan con una serie de exigencias sociales, en el área de servicios públicos, (limpieza de calles, jardines, obras comunales, y otros) siempre que el órgano de tratamiento lo haya seleccionado, y clasificado.

El grupo, que no se encuentre habilitado para interactuar de manera directa con los ciudadanos, el Estado Peruano, se debe permitir que las empresas privadas acondicionen su infraestructura o se concesione áreas en el interior de los Establecimientos Penitenciario, que permitan a determinados grupos de internos puedan ingresar a trabajar, bajo una remuneración mínima, que permita dotar de similitudes con el exterior, y como tal consolidar un tratamiento progresivo.

Finalmente, en el extremo de régimen abierto, los magistrados deben priorizar el uso de otros tipos de penas no segregativas, tales como limitativas de derechos (prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación) y multa lo que genera un incremento de la población penitenciaria. En tal efecto el INPE debe adoptar los mecanismos de control y cumplimiento estricto de las medidas impuestas.

⁷⁴ Para tal efecto se adoptó la suma de grupos de edades, descritas en la pirámide de la población penal.

Bajo tales circunstancias, considero que el Derecho Penal, puede desarrollarse conforme a las garantías sustantivas, sin dar a lugar a un Derecho Penal del ciudadano o del enemigo, por cuanto esta última se viene convirtiendo en una salida rápida y populista, sin medir la intensidad del efecto que genera en la criminalidad. Es decir la imposición de una sanción o una pena extremadamente dura, tiene como efecto, un rebote en la conducta del penado, es decir al eliminarse toda ventaja, premio o beneficio, por su comportamiento en el interior de los Establecimientos Penitenciarios, genera una posición de venganza y represalia con la sociedad, lo que influye en orientar, guiar y proyectar la comisión de nuevos delitos desde el interior de los Establecimiento Penitenciarios.

Máxime si los excesos en la imposición de penas, bajo la idea de la inocuización. No sólo olvida la reinserción a la que debe tender la ejecución de la pena de prisión, sino que está conduciendo a la introducción de medidas que infringen los principios de legalidad, proporcionalidad y culpabilidad, pilares fundamentales del Derecho penal en un Estado de Derecho⁷⁵.

Siendo ello así, es necesario contar una política criminal de largo plazo, en la cual se encuentre vinculado la política, la economía y la sociedad, desde un enfoque de optimización de garantías sustantivas, en las cuales se respete la individualidad, los derechos fundamentales de la persona, del delincuente, y se conceda la oportunidad de resocializarse, sin generar un riesgo en la seguridad colectiva.

IV.- CONCLUSIONES

La ley penal, en la medida en que incide en la libertad personal de los ciudadanos, está obligada a vincular a sí misma no sólo las formas, sino también, a través de la verdad jurídica exigida a las motivaciones judiciales, conforme a las garantías sustantivas o principio de legalidad, proporcionalidad y culpabilidad.

La politización de la seguridad ha tendido a especificar las demandas ciudadanas y con ello las respuestas institucionales orientadas al control, sanción, prevención y rehabilitación, bajo un enfoque populistas que buscan capitalizar en su favor este respaldo social.

Sin considerar que las penas exageradamente duras, no buscan una solución integral del fenómeno, ni interesa la eficacia de esta pena, como mecanismo de control social; por el contrario se ha convertido en un elemento que obstruye la posibilidad de adoptar

⁷⁵ LOPEZ PERIGRIN, Carmen; *"La Pena de Prisión en España"*; Universidad Pablo de Olavide de Sevilla; en; <http://www.upo.es/export/portal/com/bin/portal/upo/profesores>. 05/02/15

otras políticas alternativas frente a este grave problema, limitando la creatividad e iniciativa de los gobernantes al acudir a esta pena como un fácil e inmediato recurso, que en realidad, guarda en sí misma un mero simbolismo penal.

En tal efecto, es necesario contar una política criminal de largo plazo, en la cual se encuentre vinculado la política, la economía y la sociedad, desde un enfoque de optimización de garantías sustantivas, en las cuales se respete la individualidad, los derechos fundamentales de la persona, del delincuente, y se conceda la oportunidad de resocializarse, sin generar un riesgo en la seguridad colectiva.