

LA NUEVA POLÍTICA CRIMINAL INTIMIDATORIA E INOCUIZADORA: EL CASO DE LA SEGURIDAD CIUDADANA EN PERÚ

PERCY GARCÍA CAVERO*

I. Introducción

Una revisión general de la legislación penal de las últimas dos décadas nos muestra que el derecho penal se ha expandido no sólo por la configuración de nuevos tipos penales, sino también por la criminalización en el estado previo a la lesión de bienes jurídicos y un aumento desproporcionado de las penalidades¹. En esta breve contribución me ocuparé de esta tendencia en el ámbito de la seguridad ciudadana, para lo cual voy a dividir mi exposición en cinco partes. En la primera parte, presentaré como punto de partida para el entendimiento del problema de la expansión del derecho penal, la distin-

* Catedrático de Derecho Penal y Decano de la Universidad de Piura (Perú).

¹ Vid., la descripción de este fenómeno expansivo en el Derecho penal, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999, pág. 17. La referencia a esta característica de la actual legislación penal, BESTE/VOSS, "Las deformaciones del Derecho penal por los servicios privados de seguridad", (trad. Robles Planas), en *La insostenible situación del Derecho penal*, Instituto de Ciencias criminales de Frankfurt (ed.), Granada, 2000, pág. 347; PRITTWITZ, "El Derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal", en *La insostenible situación del Derecho penal*, pág. 428; ALBRECHT, "El Derecho penal en la intervención de la política populista", (trad. Robles Planas), en *La insostenible situación del Derecho penal*, pág. 271 y sig.; LASSAK, "Begründungsdefizite in der aktuellen Strafgesetzgebung", en *Irrwege der Strafgesetzgebung*, Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a. M. (Hrsg.), Frankfurt a M., 1999, pág. 75; CANCIO MELIÁ, "Dogmática y Política criminal en una teoría funcional del delito", en *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Lima, 2000, pág. 17.

ción entre Política criminal científica y Política criminal práctica y cómo se ha presentado la relación entre ambas. En la segunda parte describiré la situación actual de la política criminal práctica que ha dado lugar a la llamada expansión del derecho penal e intentaré precisar algunas de sus principales causas. En la tercera parte centraré el tema de la expansión en el ámbito de la seguridad ciudadana, describiendo, de manera muy general, las principales características de la legislación penal que confirman esta orientación. La cuarta parte consistirá en un juicio sobre la racionalidad político-criminal de esta legislación, utilizando como criterio de referencia una Política criminal científica orientada a la persona². Finalmente, en la quinta parte propongo mecanismos político-criminales de corrección ante la tendencia expansiva del derecho penal.

II. La Política criminal práctica y la Política criminal científica

Puede decirse que siempre ha existido cierta política criminal práctica en los gobernantes que llevan a cabo acciones frente a los actos que afectan las condiciones de funcionamiento de una sociedad³. Esta política criminal se identifica, de alguna manera, con la intención política de los actos de gobierno. Sin embargo, cuando se habla de la Política criminal científica obviamente no se hace referencia a los motivos que llevaron a los gobernantes a tomar esas acciones políticas, sino a aquella disciplina que suministra la base teórica que permite un juicio sobre la racionalidad de las medidas que la política criminal práctica emprende⁴. En este sentido, puede afirmarse que la

² Se trata de una visión de la Política criminal científica formulada por mi maestro, SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, Buenos Aires, 2000, pág. 24 y sigs., en donde la orientación a la persona ocupa el centro de su construcción. Lo que habrá que determinar es cómo se materializa esta orientación y cómo esto debe influir en el Derecho penal vigente.

³ Vid., SILVA SÁNCHEZ, "Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites", en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), Barcelona, 1997, pág. 19: "(...) porque resulta muy difícil negar que todo el Derecho penal nace precisamente de exigencias de política criminal: en concreto, la de hacer posible la convivencia pacífica en sociedad".

⁴ Vid., esta diferenciación en SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, pág. 21, que la recoge de SCHWIND, *Kriminologie: Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen*, 5ª ed., Heidelberg, 1993, § 1 n° marg. 38-39. Vid., también la distinción entre la llamada Ciencia político-criminal y la Política criminal aplicada en ZIPP, *Introducción a la Política criminal*, (trad. Izquierdo Macías-Picavea), Madrid, 1979, pág. 18.

Política criminal científica no siempre es tenida en cuenta en la lucha de los gobernantes contra el delito.

El origen de la Política criminal científica en la tradición jurídica que siguen nuestros ordenamientos penales está, sin duda, en la figura de Franz von Liszt⁵. Este insigne penalista alemán “creó la política criminal como disciplina científica, concibiéndola como el conjunto de criterios determinantes de una lucha «eficaz» contra el delito”⁶. Su visión científica de la política criminal se caracterizó por tener un contenido fundamentalmente empírico, lo que se corresponde con el momento histórico en la que se formuló⁷. La ideología positivista dominante en el siglo XIX se hizo patente en tres de sus aspectos: el determinismo del hombre⁸, el delito como manifestación de su peligrosidad, y la posibilidad de corregirlo en sus condicionantes individuales y sociales⁹.

La visión de la Política criminal científica formulada por von Liszt tiene, además, otro rasgo distintivo. Esta concepción de la Política criminal parte de una diferenciación de planos que, de alguna manera, podrían corresponderse con lo que hemos llamado Política criminal práctica y Política criminal científica. Von Liszt entiende que, por un lado, se encuentra el Derecho penal cuya disciplina sistematizadora es la dogmática penal¹⁰. El sistema dogmático es un sistema lógico (no teleológico) que debe ser desarrollado por el juez o dog-

⁵ Ciertamente puede encontrarse una definición de Política criminal en FEUERBACH/MITTERMAIER, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14. Aufl., 1847, pág. 40, que la conciben como “sabiduría legislativa del Estado”, pero que en realidad no es formulada como disciplina científica. Esto tiene lugar recién con von Liszt.

⁶ Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, pág. 15. Sobre la evolución del Liszt dogmático al Liszt político criminal, vid., RADBRUCH, *Gesamtausgabe 7, Strafrecht I*, Heidelberg, 1995, pág. 269 [cit. por SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, pág. 16, nota 5]; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, pág. 222 y sigs.

⁷ Vid., sobre el contexto político y científico de esta época, MIR PUIG, *Introducción a las bases*, pág. 216 y sigs.

⁸ Vid., VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, I, (trad. Quintiliano Saldaña), Madrid, 1926, pág. 31 y sig., donde explica que no le interesa entrar en la discusión filosófica del determinismo o indeterminismo, sino que asume un determinismo científico, que afecta tan sólo al Derecho penal y que supone que toda acción está causada psíquicamente (no mecánicamente) y, por tanto, decidida, determinada, motivada por las representaciones.

⁹ Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, pág. 15 y sigs.

¹⁰ El Derecho penal como ciencia eminentemente práctica debe ser una ciencia sistemática justamente para que la aplicación del Derecho no se deje a la arbitrariedad o al azar. Vid., en este sentido, VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, I, pág. 6.

mático¹¹ partiendo de una vinculación a la ley¹² mediante un método lógico que deriva todo del Derecho positivo. Por otra parte, se encuentra la verdadera ciencia, la Política criminal, la cual se asienta sobre la idea del fin (*Zweckrationalität*)¹³ con un carácter fundamentalmente político y que corresponde realizar al legislador o político¹⁴. Si la metodología científica del positivismo del siglo XIX influyó en el contenido fundamentalmente empírico de la Política criminal de von Liszt, la visión tripartita del Estado posterior a la Revolución francesa¹⁵ —en la que los jueces no eran más que la boca que pronunciaba las palabras de la ley— determinó el papel secundario asignado a la dogmática penal¹⁶. Si bien von Liszt atribuyó al Derecho penal un carácter limitador frente a una política criminal eficaz —o sea, la famosa frase de que el Derecho penal era la *unübersteigbare Schranke der Kriminalpolitik*—, esto no fue producto de asumir una preponderancia del Derecho penal —y de su disciplina explicativa y sistematizadora: la dogmática penal—, sino de una cuestión de orden: mientras las medidas que aconseja la política criminal científica no sean emprendidas por los gobernantes no pueden considerarse efectivas o prácticas, es decir, Derecho positivo¹⁷.

La segunda fase del desarrollo científico de la Política criminal y su relación con la Política criminal práctica estuvo caracterizada por una radicalización de los postulados positivistas que, de alguna manera, von Liszt había asumido aunque con las restricciones acotadas¹⁸. Esta fase, a diferencia de la primera, propugnaba una política

¹¹ Vid., VON LISZT, "Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts", en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, II, Berlín, 1970, pág. 77 y sigs.; MIR PUIG, *Introducción a las bases*, pág. 223; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pág. 52.

¹² Vid., VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, I, pág. 6. Sobre el positivismo de von Liszt, vid. también, MIR PUIG, *Introducción a las bases*, pág. 225; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pág. 52.

¹³ Vid., VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, I, pág. 22, "El postulado inexcusable es una Política criminal serena y consciente de su fin, que se nos ofrece de la Historia del desenvolvimiento de la pena".

¹⁴ Vid., VON LISZT, en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, II, pág. 77 y sigs.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pág. 52.

¹⁵ Sobre la influencia de la Revolución Francesa en las ideas de von Liszt vid., MIR PUIG, *Introducción a las bases*, pág. 219.

¹⁶ La afirmación de von Liszt en el sentido de que la dogmática penal es una disciplina inferior con finalidad fundamentalmente pedagógica vid., MIR PUIG, *Introducción a las bases*, pág. 223; SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, pág. 16.

¹⁷ Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, pág. 17.

¹⁸ Acerca de la orientación terapéutica del Derecho penal y concretamente de la pena en VON LISZT, *La idea de fin en el Derecho penal*, (trad. Aimone), Valparaíso, 1984, pág. 130 y sigs.

criminal científica sin límites o restricciones¹⁹. El Derecho penal debía tener un carácter curativo y de esa manera asumir plenamente los postulados positivistas de la Política criminal científica²⁰. La base política para dar este paso en el Derecho penal fueron los llamados Estados totalitarios en los que los intereses de la sociedad autorizaban una disposición absoluta de los intereses y derechos de los individuos. No obstante, esta política criminal teórica no se materializó plenamente en la práctica ni antes ni después de la Segunda Guerra Mundial (salvo quizá en el mundo de influencia comunista)²¹. Es más, luego de la Segunda Guerra Mundial comenzó rápidamente a desacreditarse conjuntamente con la idea de Estado totalitario²². La Defensa social y la llamada Nueva Defensa social no son más que derivaciones sin fuerza de esta segunda fase de la evolución de la Política criminal científica²³.

La tercera fase de evolución de la política criminal científica aparece como respuesta a un acontecimiento histórico más que como una continuación del pensamiento político-criminal. La Segunda Guerra Mundial y la mancha que dejó en la conciencia de los hombres, y obviamente de los científicos, llevaron a un giro de pensamiento en las ciencias humanas y, por supuesto, también en el Derecho penal. La asunción de un Derecho penal de base retribucionista y moralizadora fue el motivo guía de los estudios dogmáticos, que de alguna manera influenciaron en la legislación penal²⁴. Sin embargo, frente a esta orientación se presentó una línea de pensamiento "alternativo" cuyo lema era el retorno a von Liszt²⁵. Esta nueva visión de la Política criminal científica no sólo asumió una visión socio-terapéutica del Derecho penal (concretamente a través del fin de resocialización de la pena), sino también ciertos elementos de autocontención²⁶. Esto determinó que

¹⁹ Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, pág. 18.

²⁰ Vid., estas ideas ya en VON LISZT, *La idea de fin*, pág. 130 y sigs.

²¹ Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, pág. 19.

²² Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y Persona*, pág. 19.

²³ Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, pág. 19. Una descripción más detenida de estas tendencias político-criminales en ZIFF, *Introducción a la Política criminal*, pág. 57 y sigs.

²⁴ Vid., ROXIN, "Franz von Liszt y la concepción político-criminal del proyecto alternativo", (trad. Luzón Peña), en *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976, pág. 37.

²⁵ Vid., ROXIN, en *Problemas básicos...*, pág. 37 y sigs.; JIMÉNEZ DE ASÚA, "Corsi e ricorsi. La vuelta de von Liszt", en Franz von Liszt, *La idea del fin en el Derecho penal*, Valparaíso, 1984, pág. 47 y sigs.

²⁶ Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, pág. 20.

los referentes racionales de esta política criminal se convirtieran en dos: uno empírico relacionado a la eficacia (*Zweckrationalität*) que ya se encontraba en el pensamiento de von Liszt y uno valorativo vinculado a las garantías (*Wertrationalität*) desarrollado sobre todo por ROXIN²⁷. Este último referente ha llevado finalmente a que el Derecho penal, y en concreto la dogmática penal, se constituya no sólo en el principal factor de contención de una política criminal eficaz, sino fundamentalmente en el medio adecuado para impulsarla en lo preventivo y garantista, de manera que su carácter ha dejado de ser secundario, para convertirse en fundamentador. En este sentido, la dogmática penal y la política criminal se han compenetrado en una unidad que permite el equilibrio de ambas disciplinas. No cabe duda de que este es el pensamiento aún dominante en las esferas científicas²⁸.

Sin embargo, puede decirse que poco a poco se han ido abandonando los ejes centrales de esta política criminal científica (la fe en la resocialización y la inconvencionalidad de las garantías) y hemos entrado así en una fase que parece, al menos en la praxis legislativa, dejarlos definitivamente de lado²⁹. Una visión general de la política criminal práctica de los Estados modernos nos muestra cómo está asumiendo unos rasgos claramente represivos e inocuidadores³⁰, en un contexto general presidido por el populismo de los agentes políticos³¹. Esto ha llevado al fenómeno contemporáneo que el Prof. Silva Sánchez ha calificado como la expansión del Derecho penal³². Frente a ello, la política criminal científica se encuentra dividida, pues, por un lado, un sector critica los excesos de esta política criminal práctica

²⁷ Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, págs. 19, 22 y sig; ídem, en *Política criminal y persona*, pág. 20.

²⁸ Vid., ROXIN, *Derecho penal*, PG, I, (trad. Luzón Peña y otros), Madrid, 1997, pág. 203; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, págs. 95, 98 y sig.; ídem, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, pág. 18.

²⁹ Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, pág. 20; ídem, *La expansión...*, pág. 17 y sigs.

³⁰ Vid., en este sentido, JAKOBS, "La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente", (trad. Manso Porto), en *Escuela de verano del Poder Judicial*, Galicia, 20 (1999), pág. 137 y sigs.; STÜBINGER, "Strafrechtzwischen Wissenschaft und Politik", en *Irrwege der Strafgesetzgebung*, pág. 162 y sigs.

³¹ Destacando la irracionalidad de una política criminal populista, vid., ALBRECHT, "Die Bedrohung der Dritten Gewalt durch irrationale Sicherheitpolitik", en *Irrwege der Strafgesetzgebung*, pág. 17.

³² SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, *passim*. Reconoce la autoría de esta expresión, CANCIO MELIÁ, en *El sistema funcionalista del Derecho penal*, pág. 17. Vid., también sobre este fenómeno, BESTE/VOSS, en *La insostenible situación del Derecho penal*, pág. 247 y sigs.

propugnando un retorno, poco convincente, a un sistema clásico del Derecho penal³³, mientras que, por otra parte, otro sector cae en cierto funcionalismo acrítico frente al sistema³⁴.

III. La política criminal práctica contemporánea: La expansión del Derecho penal

1. *El Derecho penal máximo*

El fenómeno de la expansión del Derecho penal ha sido abordado por el Prof. Jesús María Silva Sánchez, en un pequeño, pero sustancioso, trabajo llamado justamente "La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales". En este estudio, el maestro español apunta que frente a la Política criminal científica del llamado Derecho penal mínimo que propugna un sector de la doctrina penal (fundamentalmente italiana), la legislación penal muestra, por el contrario, un Derecho penal máximo³⁵. Este Derecho penal máximo se caracteriza por dos aspectos: primero,

³³ Vid., HASSEMER, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Obra conjunta con MUÑOZ CONDE, Valencia, 1995, pág. 31. Vid., con esta idea, los libros conjuntos de la escuela de Frankfurt, *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M., 1995 [hay traducción española, *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, 2000, a cargo del Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra] e *Irrwege der Strafgesetzgebung*, Frankfurt a.M., 1999. Críticamente frente a este retorno del buen Derecho penal liberal, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, pág. 115 y sigs.

³⁴ En este sentido es el planteamiento de Jakobs cuya pretensión es sobre todo explicar el sistema de imputación que rige en una sociedad en un momento dado [JAKOBS, *Derecho penal*, PG, (trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo), pág. 23; ídem, *Das Schuldprinzip*, Düsseldorf, 1993, pág. 30]. Vid., sobre el planteamiento de Jakobs que significa finalmente una separación entre dogmática penal y política criminal, SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, "Estudio preliminar: La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación", en JACOBS, Gunther *La imputación objetiva en el Derecho penal*, Madrid, 1996, pág. 80 y sigs., quienes también afirman que ciertamente esa separación entre dogmática penal y política criminal no impide que la propuesta de Jakobs permita la crítica a ciertos supuestos como, por ejemplo, la anticipación de la barrera de intervención penal [JAKOBS, "Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico", (trad. Peñaranda Ramos), en *Estudios de Derecho penal*, 1997, pág. 293 y sigs.] o la configuración del Derecho penal del enemigo [JAKOBS, en *Escuela de verano del Poder Judicial*, 20 (1999), pág. 137 y sigs.].

³⁵ Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, pág. 15 y sigs. Del mismo modo, pero con base en la diferenciación de las proposiciones programáticas de un Derecho penal sometido a límites y la praxis penal de una creciente criminalización, PRITTWITZ, en *La insostenible situación del Derecho penal*, pág. 428.

por establecer menores vínculos garantistas en el sistema penal y, segundo, por el aumento cualitativo y cuantitativo de las prohibiciones y las penas previstas³⁶. La legislación penal contemporánea presenta claras muestras de seguir esta línea expansiva, pues ha introducido nuevos tipos penales y agravado los ya existentes, ha restringido las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal, y, finalmente, ha creado nuevos bienes jurídicos sobre todo de carácter supraindividual e indeterminado³⁷.

Los ámbitos centrales de influencia de esta Política criminal práctica de carácter expansivo son aquellos que poseen cierta repercusión política, como, por ejemplo, es el caso de los llamados delitos económicos, del llamado Derecho penal de género que incluye tanto la violencia sexual como la familiar, y, por supuesto, el tema de la seguridad ciudadana. Sin embargo, a pesar de tratarse de ámbitos del Derecho penal muy diferenciados, incluso podría decirse con reglas particulares de imputación de responsabilidad, las razones que han motivado su expansión a nivel legislativo son, de alguna manera, las mismas. Veamos brevemente las más generales.

2. Causas de la expansión del Derecho penal

a. Razones políticas

No hay que hacer un juicio demasiado complejo para poder observar que la política expansionista de la legislación penal responde a cierta perversión del aparato estatal originada fundamentalmente por un fracaso del modelo del Estado de Bienestar³⁸. El desempleo, la marginalidad, las migraciones internas o externas constituyen claras muestras de este fracaso y, a su vez, son fuente de mayores conflictos sociales que justamente el llamado Estado de Bienestar debió haber impedido o erradicado. Frente a ello, la Política criminal del Estado recurre fundamentalmente a una función simbólica del Derecho penal que procura mantener el modelo de Estado que en el manejo polí-

³⁶ Vid., FERRAJOLI, *Derecho y razón*, (trad. Ibañez y otros), Madrid, 1995, pág. 104; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, pág. 17.

³⁷ Vid., SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, pág. 17 y sig.; JAKOBS, en *Escuela de verano del Poder Judicial*, 20 (1999), pág. 137 y sigs., al que denomina Derecho penal del enemigo.

³⁸ Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, pág. 19; ALBRECHT, en *La insostenible situación del Derecho penal*, pág. 472; BESTE/VOSS, en *La insostenible situación del derecho penal*, pág. 347.

tico ha fracasado³⁹. En este sentido, su actividad está orientada más a aplacar los miedos de los ciudadanos ante la criminalidad que erradicar o disminuir los factores que la originan⁴⁰.

Esta situación se ha reflejado muy claramente en la Política criminal emprendida frente a la violencia terrorista en el Perú, la cual ha tenido su génesis social precisamente en este fracaso del manejo político. La legislación contra el terrorismo se caracterizó desde la década de los ochenta por ser altamente represiva y antigarantista⁴¹. Pero lo paradójico es que esta legislación terrorista nunca tuvo un mayor efecto preventivo, pues la violencia terrorista continuó teniendo lugar e incluso se agravó⁴². Sólo con la captura del líder de Sendero Luminoso pudo reducirse la violencia terrorista, pero la razón de esta reducción no fue la severa legislación antiterrorista, sino la forma de organización del grupo terrorista, que sin Abimael Guzmán quedó acéfala. La condena de la cúpula terrorista y los mecanismos jurídicos para los arrepentidos⁴³ produjeron la rápida desarticulación del grupo subversivo. Sin embargo, el germen de la violencia social no terminó con estas medidas del gobierno. Los datos estadísticos muestran cómo la terminación del terrorismo en el Perú llevó a un aumento de la criminalidad en bandas, pues los grupos supérstites de Sendero Luminoso que habían sido educados y preparados para la lucha durante doce años no tenían otra forma de vivir sino mediante el secuestro extorsivo, los robos y asaltos. Ante esta situación, el gobierno no hizo más que recurrir, una vez más, a una política criminal represiva e inocuizadora. El argumento de la existencia de una situación de emergencia, que permitió la dación de leyes penales contra el terrorismo que elevaron tremendamente las penas y dejaron de lado importantes ámbitos garantistas, fue también llevado al terreno de la delincuencia en bandas sin que la sociedad sintiera el cambio, pues

³⁹ En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, pág. 19; CANCIO MELIÁ, en *El sistema funcionalista del Derecho penal*, pág. 20 y sigs.; ALBRECHT, en *La insostenible situación del Derecho penal*, págs. 476 y sig., 478.

⁴⁰ Conf., la opinión en este sentido de FABRICIUS, "Posición político-partidista y capacidad de comprensión en la ciencia jurídico-criminal: consideraciones desde una perspectiva etno-psicoanalítica", (trad. García Caveró), en *La insostenible situación del Derecho penal*, pág. 369.

⁴¹ *Vid.*, brevemente, KAI AMBOS, *Terrorismo y ley*, Lima, 1989, pág. 60 y sigs.

⁴² *Vid.*, en este sentido, KAI AMBOS, *Terrorismo y ley*, pág. 129 y sig.

⁴³ Conf., críticamente sobre la legislación peruana para los arrepentidos por delito de terrorismo en un análisis de Derecho comparado, BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A., "El delito de actos de colaboración y la pertenencia a una organización terrorista en la legislación española, alemana y peruana", *Vox Juris*, 9, pág. 137 y sig.

desde hace mucho que esta política criminal práctica rige en nuestro país. En este sentido, no se ha percibido un cambio en la política criminal práctica frente a la criminalidad violenta, sino sólo un giro en su ámbito de actuación que ha pasado de los grupos terroristas a las bandas organizadas. De hecho, a la delincuencia en bandas que usa armas se le ha denominado *terrorismo agravado*⁴⁴.

Pero las razones políticas no se reducen solamente a cuestiones de manejo del modelo de Estado, sino que también aspectos económico-políticos han contribuido a la expansión del Derecho penal. El fácil recurso al Derecho penal para la solución de los problemas sociales se explica por razones económicas en países que cuentan con recursos financieros limitados. La imposición de penas o el aumento de su severidad implican una inversión bastante menor a la que sería necesaria para dotar a los órganos de prevención (policía, fundamentalmente) de personal y medios óptimos para la lucha contra la delincuencia⁴⁵. Si el gobierno no cuenta con los suficientes recursos para implementar un plan integral de lucha contra la delincuencia, sólo quedará aumentar la severidad de las penas y, con ello, la represión⁴⁶.

b. Razones sociales

La expansión del Derecho penal no sólo ha tenido lugar por el mencionado fracaso del modelo político, sino que ha dependido también de la configuración actual de la sociedad. La llamada sociedad de riesgo y de la comunicación constituyen, pues, importantes elementos explicativos de la política criminal práctica de carácter expansivo.

Que la sociedad moderna es una sociedad de riesgos es un planteamiento sociológico extensamente desarrollado por el sociólogo Ulrich Beck⁴⁷ y que en el Derecho penal ha tenido una importante acogida⁴⁸. El punto de partida de esta perspectiva sociológica se encuentra

⁴⁴ *Vid.*, en este sentido, SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, II, Lima, 1999, pág. 998, donde señala que los decretos legislativos que regulan temas de la llamada seguridad nacional se han estructurados con modelos propios de la emergencia penal antiterrorista y que a fin de cuentas no hacen sino ratificar la vocación expansiva de esta legislación de excepción.

⁴⁵ *Vid.*, en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, "Eficiencia y Derecho penal", *ADPCP*, 1996, pág. 106.

⁴⁶ Considera que no tiene fuerza normativa este argumento para una expansión del Derecho penal, PRITTWITZ, en *La insostenible situación del Derecho penal*, pág. 442 y sig., pero ciertamente no estamos justificando la expansión del Derecho penal, sino solamente explicándola.

⁴⁷ *Vid.*, BECK, *La sociedad del riesgo*, Barcelona, 1998, *passim*.

⁴⁸ *Vid.*, en este sentido, HILDENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der "Risikogesellschaft"*, Berlin, 1993, *passim*; PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersu-*

en el aumento de los riesgos de fuente humana⁴⁹. El desarrollo tecnológico de la modernización ha determinado la reducción del margen de los llamados riesgos naturales, pero, por otro lado, ha sido causa también de la aparición de nuevos riesgos⁵⁰. Esto ha producido fundamentalmente la reducción del ámbito de atribución social de riesgos a la naturaleza (desgracia, infortunio o mala suerte) y la ampliación del ámbito de riesgos atribuibles a fuente humana (desarrollo tecnológico)⁵¹. En este sentido, los mecanismos de protección tienden a ampliar su marco de acción, de manera que se abarquen estas nuevas fuentes de peligro⁵². En el ámbito del Derecho penal esto ha producido la ampliación del marco de la responsabilidad por la aparición o realización de estos riesgos no sólo a la actuación dolosa, sino también a la imprudente⁵³, así como una extensión de la responsabilidad en comisión por omisión⁵⁴.

Pero frente a este dato de base ciertamente objetiva, se presenta un aspecto subjetivo que sobrepasa en muchos casos esta base objetiva y lleva la demanda de sanción de la sociedad incluso hasta la irracionalidad⁵⁵. La llamada sociedad de la información⁵⁶ no sólo ha au-

chungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, Frankfurt, 1993, *passim*.

⁴⁹ Vid., BECK, *La sociedad del riesgo*, pág. 25. Desde una consideración del Derecho penal para explicar el fenómeno de la expansión, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, pág. 22; ALBRECHT, en *La insostenible situación del Derecho penal*, pág. 473 y sig.

⁵⁰ Vid., con referencia específica al Derecho penal, HILDENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der "Risikogesellschaft"*, Berlin, 1993, pág. 19 y sigs.; ALBRECHT, en *La insostenible situación del Derecho penal*, pág. 473 y sig.

⁵¹ Vid., en este sentido, BECK, *La sociedad del riesgo*, pág. 86; ídem, "La teoría de la sociedad del riesgo", (trad. Sánchez Capdaquí), en *Las consecuencias perversas de la modernidad*, Beriaín Josetxo (comp.), Barcelona, 1996, págs. 203 y sig., 206.

⁵² Conf., con otras precisiones, BECK, en *Las consecuencias perversas de la modernidad*, pág. 211 y sigs.

⁵³ Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, pág. 22 y sig.

⁵⁴ Ibid., pág. 23.

⁵⁵ Sobre la irracionalidad de este temor o inseguridad y su contradicción con una política criminal racional, *vid.*, STÜBINGER, en *Irrwege der Strafgesetzgebung*, pág. 146. Un intento de explicación de esta excesiva reacción es el que Jakobs denomina "Derecho penal del enemigo", según el cual el individuo al que se dirige este Derecho penal es tratado como una no persona, como alguien que ha abandonado el Derecho y, por tanto, no puede ser titular de las garantías jurídicas [*vid.*, en detalle, JAKOBS, *Escuela de verano del Poder Judicial*, 20 (1999), pág. 137 y sigs.].

⁵⁶ Vid., la influencia de los medios de comunicación sobre la sensación de inseguridad en la ciudadanía SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, pág. 27 y sigs.; HASSEMER, "El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho penal "eficaz"", (trad. Muñoz Conde), *Doctrina penal*, 1990, pág. 193 y sig.; ZÚNIGA RODRÍGUEZ, "La ley de seguridad ciudadana: un síntoma de la crisis del Poder ejecutivo. Especial consideración

mentado el conocimiento en la comunidad acerca de los riesgos sociales⁵⁷, sino también el miedo de ser víctima de ellos: la llamada *sensibilidad al riesgo*⁵⁸. Por esta razón, la intervención del Derecho penal se exige no ya ante la lesión de un bien jurídico, sino ante una conducta previa a la lesión del bien jurídico⁵⁹. Esta mayor demanda de protección penal, que aumenta por el descrédito de las otras instancias de control social⁶⁰, se satisface por aquel populismo de las medidas estatales del que ya hemos hecho mención⁶¹. Esto es especialmente patente en el ámbito que constituye nuestro objeto de investigación y que veremos a continuación: la seguridad ciudadana⁶².

IV. El caso de la seguridad ciudadana en el Perú

La llamada delincuencia común organizada en bandas tuvo un aumento considerable en el Perú a partir de 1997. Este tipo de delincuencia no alcanzaba sólo a los grandes empresarios, sino también a los pequeños empresarios y, más aún, a aquellas personas que, por ejemplo, se ganaban la vida vendiendo dólares americanos en las calles de Lima⁶³. El crecimiento de este tipo de criminalidad y la necesidad de aplacar los miedos de la población hizo necesario la incorporación de una legislación penal de emergencia. No obstante, la respuesta penal del Estado fue excesivamente represiva e incluso incontrolada⁶⁴, aunque ciertamente ha buscado limitar sus efectos negativos mediante posteriores acciones correctivas.

del Sistema penal”, *Thémis* 32 (1995), pág. 150; GARCÍA CANTIZANO, “Algunas consideraciones críticas sobre el delito de terrorismo agravado”, *Gaceta Jurídica*, T. 59, octubre de 1998, pág. 59-A; BASOMBRIO IGLESIAS, “Hacia un Estado policial”, *Ideele*, 108 (junio-1998), pág. 20.

⁵⁷ Acerca de la llamada conciencia del riesgo, *vid.*, JAKOBS, en *Escuela de verano del Poder Judicial*, 20 (1999), pág. 135.

⁵⁸ *Vid.*, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, pág. 26; ALBRECHT, en *La insostenible situación del Derecho penal*, pág. 480; STÜBINGER, en *Irrwege der Strafgesetzgebung*, pág. 142 y sig.

⁵⁹ *Vid.*, esta técnica penal de regulación que está vinculado al Derecho penal del enemigo, JAKOBS, en *Estudios de Derecho penal*, pág. 322; *idem*, en *Escuela de verano del Poder Judicial*, 20 (1999), pág. 128.

⁶⁰ Conf. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, pág. 44 y sigs.

⁶¹ *Vid.*, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, pág. 24 y sigs. (espec. nota 22); ALBRECHT, en *Irrwege der Strafgesetzgebung*, pág. 17.

⁶² *Vid.*, en este sentido, BESTE/VOSS, en *La insostenible situación del Derecho penal*, pág. 341 y sig.

⁶³ *Vid.*, Diario *La República*, viernes 25 de junio de 1998, Sección policial, pág. 38.

⁶⁴ *Vid.*, una descripción crítica a esta legislación en GARCÍA CAVERO, “Análisis dogmático y político-criminal de los denominados delitos agravados y delito de terrorismo especial (antes llamado agravado)”, en *Cathedra*, 6, pág. 123 y sigs. El original

1. El aumento de las penalidades de delitos de naturaleza violenta

Los puntos débiles de la legislación de emergencia sobre seguridad nacional o ciudadana se encuentran en sus fundamentos político-criminales, si es que realmente existen. Lo primero que resalta en ella es la intención política de aumentar las penalidades⁶⁵. Este conjunto de leyes penales no ha estado dirigido a incriminar nuevas conductas, pues éstas se encontraban ya reguladas por el Código penal peruano, sino a hacer que los tipos penales existentes sean más eficaces mediante el referido aumento de la penalidad⁶⁶.

Se elevó considerablemente la penalidad de los delitos denominados agravados: el asesinato, violación sexual de menores de catorce años, secuestro, robo, extorsión y, sobre todo, una modalidad especial del delito de asociación delictiva calificado por la legislación de emergencia como terrorismo agravado⁶⁷. Las penas se elevaron en muchos casos al doble y, en otros, se estableció la pena de cadena perpetua.

2. La necesidad de restringir las garantías penales

Pero el afán de hacer más eficaces las leyes penales en la protección de la seguridad ciudadana ha llevado también a trastocar un conjunto de principios y garantías penales⁶⁸. En este sentido, la actividad sancionatoria del Estado se ha orientado según criterios u objetivos estratégicos, dejando de lado todo tipo de límite garantista a su actuación represiva e inoquizadora⁶⁹. Veamos brevemente a continuación qué principios y garantías jurídico-penales se han dejado de lado por la legislación de emergencia.

de este artículo fue enviado con sus correspondientes notas al pie de página. Hasta ahora no he recibido una explicación por parte del Consejo Directivo de la Revista de la razón de la mutilación del texto original.

⁶⁵ Vid., el resurgir del punitivismo, CANCIO MELIÁ, en *El sistema funcionalista del Derecho penal*, pág. 26 y sig.

⁶⁶ Vid., en este sentido, CASTAÑEDA DÍAZ, "Ley contra el terrorismo agravado", *Normas legales*, t. 270 noviembre de 1998, pág. A-44.

⁶⁷ Posteriormente mediante Ley 27.235 se ha cambiado de denominación a este delito por el de terrorismo especial.

⁶⁸ Vid. esta tendencia HASSEMER, *Doctrina penal*, 1990, pág. 200; BESTE/VOSS, en *La insostenible situación del Derecho penal*, pág. 348; CANCIO MELIÁ, en *El sistema funcionalista del Derecho penal*, pág. 19; ZÚNIGA RODRÍGUEZ, *Thémis* 32 (1995), pág. 154; PEÑA CABRERA, *Traición a la patria y arrepentimiento terrorista*, Lima, 1994, pág. 35 y sigs.

⁶⁹ Vid., en este sentido, la crítica de PRADO SALDARRIAGA, *Derecho* 46 (1992), pág. 111.

a. Restricción de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo

Cuando en 1991 entró en vigencia el nuevo Código penal peruano, uno de los aspectos novedosos de este cuerpo legal fue la incorporación de un título preliminar. En esta primera parte del Código penal se materializaron los postulados de la moderna política criminal según la cual “el Derecho penal no es un instrumento de opresión, sino una verdadera garantía que hace posible en una sociedad pluralista el ejercicio de todas las libertades reconocidas en la Constitución y las leyes”⁷⁰. Hoy parece que esos postulados no tienen más vigencia, al menos de manera plena, pues la legislación penal que se ha venido dando desde entonces abandona cada vez más sin mayor reparo, los principios y garantías establecidos en el Título preliminar. Las razones de ello ya las hemos visto en el apartado anterior⁷¹. En este apartado, fundamentalmente descriptivo, voy a encargarme de precisar algunas —quizá las más importantes— de las restricciones a las garantías del Derecho penal que ha llevado a cabo la legislación penal sobre seguridad ciudadana.

a.1. El principio de lesividad u ofensividad

La legislación de emergencia presenta, sobre todo en el denominado delito de terrorismo agravado o especial⁷², una infracción al principio de lesividad u ofensividad. Ciertamente se ha pretendido salvar este problema al presentar como bien jurídico protegido la llamada Seguridad Nacional, pero resulta bastante dudoso que tal concepto, por lo demás bastante impreciso⁷³, constituya un nuevo bien jurídico penal⁷⁴. En realidad, nos encontramos ante conductas sancionadas que no ponen efectivamente en peligro o lesionan un bien jurídico penal (vida, integridad, libertad, patrimonio). Una criminalización

⁷⁰ Vid., BRAMONT ARIAS, “Los principios rectores del nuevo Código penal: título preliminar”, en *Derecho*, 46 (1992), pág. 14 y sig.

⁷¹ Vid., *supra*, III, 2.

⁷² Sobre las razones políticas de esta denominación, *vid.*, *infra*, IV, 2, b.1.

⁷³ Vid., ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Thémis* 32 (1995), pág. 145.

⁷⁴ Vid., en este sentido, la indicación de HASSEMER, *Doctrina penal*, 1990, pág. 194, que cada vez con mayor intensidad aparece la seguridad ciudadana como bien jurídico, alimentando una creciente industria al respecto. Vid., en general este abuso del concepto bien jurídico, NESTLER, “El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes”, (trad. Benloch Petit), en *La insostenible situación del Derecho penal*, pág. 64; CANCIO MELIÁ, en *El sistema funcionalista del Derecho penal*, pág. 18.

en el estado previo a la lesión de un bien jurídico puede ciertamente estar justificada en algunos casos⁷⁵, pero lo que significa una contradicción con una política criminal racional es castigar estos delitos con una sanción de cadena perpetua –como es el caso de constituir una banda que porta armas de fuego⁷⁶–, mientras que la efectiva lesión de los bienes jurídicos protegidos se castiga con penas mucho más benignas.

a.2. El principio de legalidad

Otro de los pilares fundamentales del Derecho penal que se ha visto afectado en su aspecto material es el principio de legalidad, pues las conductas prohibidas no están claramente delimitadas en la ley⁷⁷. Si bien ha existido una ley autoritativa del Congreso que ha permitido legislar al Ejecutivo sobre temas de seguridad nacional, una revisión de la legislación de emergencia nos muestra que se trata de leyes penales indeterminadas en muchos aspectos⁷⁸. Por un lado, pueden encontrarse tipos penales amplios, imprecisos y ambiguos, en los que todo puede entrar por una u otra razón: la nueva redacción del delito de secuestro y del delito de extorsión, así como sus respectivas agravantes muestran esta porosidad de los tipos penales⁷⁹. Por otro lado, se ha recurrido a leyes penales “de sospecha” o “de simple colaboración”⁸⁰ como es el caso del delito de terrorismo especial (antes agravado) que sanciona con una pena no menor de treinta años a los demás involucrados no contemplados en los supuestos expresamente tipificados.

⁷⁵ Vid., la opinión de JAKOBS, en *Estudios de Derecho penal*, pág. 303.

⁷⁶ Vid., así, CANCIO MELIÁ, en *El sistema funcionalista del Derecho penal*, pág. 18.

⁷⁷ Vid., sobre el llamado mandato de determinación, ROXIN, *Derecho penal*, pág. 169 y sigs.; JAKOBS, *Derecho penal*, (trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo), Madrid, 1997, pág. 88 y sigs.; NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, 4. Aufl., Frankfurt a.M., 1982, pág. 82 y sigs.; BACIGALUPO, *Principios*, pág. 37.

⁷⁸ Vid., en este sentido, STRATENWERTH, *Strafrecht*. AT, Köln, 1981, pág. 44; JESCHECK, *Tratado...*, I, pág. 183; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal*, Lima, 1987, pág. 154 y sigs.

⁷⁹ Vid., con mayor detalle, GARCÍA CAVERO, *Cathedra*, 6, págs. 132 y sigs., 136 y sigs.

⁸⁰ Vid., como característica de la legislación penal en materia de seguridad ciudadana, ZUÑIGA RODRÍGUEZ, *Thémis* 32 (1995), pág. 148; ídem, *Revista de Derecho y Ciencias políticas*, 50 (1993), pág. 453; HASSEMER, “Prävention im Strafrecht”, *Jus*, pág. 260.

a.3. El principio de resocialización de las penas

La legislación penal de emergencia ha renunciado también al principio de resocialización de las penas (artículo IX del Tit. Prel. del Código penal). La elevación de las penalidades no sólo es, en algunos casos, expresamente de cadena perpetua, sino que en muchos otros casos, por su duración (30 años) y la negación de beneficios penitenciarios⁸¹, puede significar también una privación de la libertad de por vida⁸². Con estas penas, pues, se niega abiertamente la posibilidad del arrepentimiento y la reinserción del delincuente⁸³. La intención del legislador es, al parecer, hacer más seria la intimidación al reducirse las oportunidades del autor a una (¡no hay posibilidad de equivocarse!). Ni siquiera se recoge el cuestionado sistema norteamericano del *three strikes*⁸⁴, sino que nos encontramos prácticamente ante un sistema de *one strike*, en el que la comisión de un solo delito lleva consigo ya la privación de la libertad de por vida.

a.4. La proporcionalidad de las penas

El principio de proporcionalidad, pese a estar reconocido por el artículo VIII del título preliminar del Código penal peruano⁸⁵, también ha sido dejado de lado por la legislación penal de emergencia. La falta de proporcionalidad de las penas es manifiesta en casi todos los tipos penales reformados. La imposición de penas de cadena perpetua a delitos de robo en bandas o de asociación delictiva, por ejemplo, trastoca todo el sistema de valoración de la gravedad de la pena⁸⁶, sobre todo si el tipo penal de homicidio establece una pena privativa de libertad que va de entre los seis y veinte años⁸⁷.

Como ya se indicó al principio de este apartado, la legislación penal sobre seguridad ciudadana se ha dirigido fundamentalmente a

⁸¹ Vid., el documento de trabajo elaborado por Defensoría del Pueblo sobre la problemática que esto ha generado en el sistema carcelario nacional: *Derechos humanos y Sistema penitenciario*, Supervisión de Derechos humanos de personas privadas de libertad 1998-1999, Defensoría del Pueblo, pág. 67 y sigs.

⁸² Vid., así, *Ideele*, 108 (junio-1998), pág. 13.

⁸³ Vid., Defensoría del Pueblo, *Derechos humanos y sistema penitenciario*, pág. 72.

⁸⁴ Vid., entendiéndolo como un resurgir del punitivismo, CANCIO MELLÁ, en *El sistema funcionalista del Derecho penal*, pág. 228.

⁸⁵ Vid., en concreto, BRAMONT ARIAS, *Derecho* 46 (1992), pág. 26.

⁸⁶ Vid. *Ideele*, pág. 109 (julio-1998), pág. 8. Vid., en general, BACIGALUPO, *Principios*, pág. 30.

⁸⁷ En este sentido, GARCÍA CANTIZANO, *Gaceta Jurídica*, t. 59, octubre de 1998, pág. 66-A.

elevant la pena de determinados delitos caracterizados por el uso de la violencia o amenaza. Este aumento de penalidades, con la intención seguramente de aumentar también la eficacia intimidatoria de las leyes penales, se ha hecho a costa de renunciar a varios principios y garantías del Derecho penal, y quizá el que más ha padecido es el principio de proporcionalidad. Llama la atención, por ejemplo, la elevación de la pena en el delito de secuestro que ha pasado de ser privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de cuatro años a no menor de veinte años ni mayor de treinta años. La ruptura de la proporcionalidad de las penas se presenta también en los casos de participación, pues cualquier tipo de ayuda o complicidad, por ejemplo, en la organización de las bandas armadas se sanciona como delito de terrorismo agravado con una pena no menor de 30 años en el mejor de los casos⁸⁸. Incluso puede suceder que la pena que se aplica al cómplice sea mayor que la que se impone al autor del delito, como es el caso del delito de secuestro, en el que el cómplice que suministra información que ha conocido por razón, o con ocasión, de sus funciones, cargo u oficio, o suministre deliberadamente los medios para la perpetración del delito, sea sancionado por secuestro agravado, mientras que el autor por secuestro simple. Estos ejemplos muestran la irracionalidad de la Política criminal expansiva y, concretamente, aquella que tiene lugar en el ámbito de la seguridad ciudadana o nacional.

a.5. El principio de culpabilidad

Finalmente, quisiera referirme al principio de culpabilidad que también ha sufrido considerables restricciones⁸⁹. La legislación de emergencia castiga a todos los mayores de 16 años y menores de 18 años por su participación en el delito de terrorismo agravado. El límite de los 18 años establecido para la imputabilidad penal es dejado de lado por la legislación de emergencia⁹⁰. A esta situación de grave infracción debe sumarse, en primer lugar, un tratamiento penitenciario no diferenciado, en la medida que no hace mención a un régimen especial para estos menores de edad, y, por otra parte, la modificación

⁸⁸ Vid., *Ideele*, 108 (junio-1998), pág. 13.

⁸⁹ Vid., sobre los aspectos del principio de culpabilidad como garantía jurídico-penal, MIR PUIG, *Introducción a las bases*, pág. 153; MUÑOZ CONDE, "El principio de culpabilidad", en *II Jornadas de profesores de Derecho penal*, Santiago de Compostela, 1976, pág. 221; JESCHECK, *Tratado...*, I, pág. 30.

⁹⁰ Vid. *Ideele*, 108 (junio-1998), pág. 16, en el que se menciona, además una consecuencia de Derecho internacional para el Perú que se ha adherido a la Convención del Niño que prohíbe rebajar la minoría de edad fijada internamente.

del artículo 22 del Código penal (ley 27024), que excluye a los menores de 18 años y menores de 21 años procesados por delito de terrorismo agravado (ahora especial) del beneficio de la imputabilidad restringida.

b. La desformalización del Derecho procesal penal y su conversión en un Derecho ejecutivo

Los rasgos represivos del sistema penal no sólo se manifiestan en el Derecho penal sustantivo. El Derecho procesal penal también ha sufrido una transformación en el sentido de restricción de garantías procesales para aumentar aún más la eficacia del sistema penal⁹¹. En este sentido, ha tenido lugar la llamada desformalización⁹² del proceso penal, de manera que la seguridad de los procesados se sacrifica por una pretendida seguridad de los ciudadanos⁹³. La paradoja de esta regulación del proceso penal es que a mayores prerrogativas de los órganos de persecución y sanción para enfrentar los actos que afectan la seguridad ciudadana, se crea una mayor inseguridad de los ciudadanos que resultan comprendidos en una investigación. Quisiera brevemente ver las notas más saltantes en este sentido de la regulación del proceso penal para sujetos acusados por delitos agravados y delito de terrorismo especial (antes llamado agravado).

b.1. La unidad y exclusividad de la Función jurisdiccional

Aunque no se ha discutido mucho sobre este aspecto, al entrar en vigencia la legislación penal de emergencia, ésta lesionó materialmente el principio de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, y concretamente el principio del juez natural. La Constitución Política del Perú establece que sólo podrá juzgarse a los civiles ante tribunales militares por los delitos de traición a la patria en caso de guerra exterior y terrorismo que determine la ley. La legislación pe-

⁹¹ *Vid.*, en este sentido, HASSEMER, "Grundlinien eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens", *KritV*, 1990, pág. 260 y sigs.; ALBRECHT, en *La insostenible situación del Derecho penal*, págs. 474, 477, 484; BESTE/VOSS, en *La insostenible situación del Derecho penal*, pág. 347.

⁹² Acerca de este fenómeno equivalente al de la expansión del Derecho penal, ALBRECHT, en *La insostenible situación del Derecho penal*, pág. 484; BESTE/VOSS, en *La insostenible situación del Derecho penal*, pág. 347.

⁹³ *Vid.*, sobre el enfrentamiento entre protección de la seguridad ciudadana vs. Estado de Derecho, GÓMEZ COLOMER, "Comentarios a la STC 341/1993 de 18 de noviembre, sobre registro domiciliario por motivos de seguridad ciudadana", en *El proceso penal en el Estado de Derecho*, Lima, 1999, pág. 81.

nal de emergencia estableció que el delito de asociación delictiva agravada por la utilización de armas de guerra (que incluye prácticamente cualquier arma de fuego), se juzgaría por tribunales militares. Para salvar este escollo de inconstitucionalidad, el gobierno denominó a este delito "terrorismo agravado"⁹⁴. No pretendo entrar en la discusión sobre el concepto del delito de terrorismo⁹⁵, pero es evidente que a la delincuencia en bandas no la anima el mismo móvil que a los terroristas políticos⁹⁶. Si la razón de este calificativo es el pánico generado en la población⁹⁷, con la misma lógica podríamos llamar terroristas a los autores de delitos que, por distintas circunstancias, generan un temor en la comunidad. Si bien hace unos meses se ha rectificado esta situación de militarización del Derecho penal mediante la ley 27.235 que ha devuelto a los tribunales penales la competencia sobre estos delitos, no se ha reparado el antigarantismo de dos años de procesos ante los tribunales castrenses mediante un proceso de revisión, pues en el Perú sólo pueden ser revisadas ante el Poder Judicial las sentencias del fuero militar que establezcan la pena de muerte.

b.2. La investigación policial

No puede negarse que en nuestro país ha existido una vigencia limitada de las garantías de los detenidos por la policía. Pero con la legislación especial para el proceso de los delitos agravados esto, incluso, se ha legitimado. En la fase de investigación prejudicial de los llamados delitos agravados, la detención puede hacerse prácticamente sin mandato judicial y delito flagrante, además de admitirse expresamente la posibilidad de extender el plazo de detención más allá de las 24 horas hasta por 15 días. Incluso, en un principio, se limitó la interposición de las acciones de *habeas corpus*, las que tenían que hacerse ante un Juez instructor militar. Actualmente esta limitación felizmente se ha eliminado y puede interponerse ante cualquier juez penal. Pero donde todavía se mantiene la infracción de las garantías procesales es en la posibilidad de incomunicar al detenido hasta por

⁹⁴ Vid., similarmente, ABAD YUPANQUI, *Revista jurídica del Perú*, 18 (1998), pág. 10.

⁹⁵ Vid., sobre esto con mayores precisiones, BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A., *Vox Juris*, 9, pág. 135 y sigs.

⁹⁶ Vid., de este parecer, SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, II, pág. 998.

⁹⁷ Vid., en este sentido, la Ley autoritativa 26950 para que el Ejecutivo legisle en materia de seguridad nacional.

diez días, lo cual configura un claro atentado contra el derecho de defensa contemplado en la Constitución Política⁹⁸. La regulación de la etapa policial sigue vinculada a la lógica del primero detener y luego investigar.

El carácter puramente represivo de la legislación sobre seguridad ciudadana se confirma con el otorgamiento de carácter probatorio al llamado atestado o informe policial. Ya en doctrina es discutible si este informe puede constituir prueba⁹⁹. Pero, en todo caso, lo que sí limita claramente el derecho de defensa es la imposibilidad de citar en el proceso a quienes lo redactaron, de manera que prácticamente esta prueba resulta inatacable¹⁰⁰. Con ello los excesos cometidos a nivel policial no pueden ser contrarrestados por el juez en el proceso penal.

b.3. La etapa de investigación

En un nivel judicial se confirma esta tendencia restrictiva del derecho de defensa a favor de la celeridad del proceso penal. Primariamente, se limita la utilización de los medios de defensa técnica al impedir la interposición de cuestiones previas, prejudiciales o excepciones, e incluso la posibilidad de recusar al juez, lo que lesiona la garantía procesal de la imparcialidad del juez¹⁰¹. Las excepciones que pueden plantearse se resuelven con la sentencia, de manera que, por ejemplo, una excepción por cosa juzgada no se resolverá sino hasta la expedición de la sentencia después de varias semanas o meses de detención.

Las normas procesales especiales expedidas por la legislación de emergencia que regulan la etapa de investigación afectan también las reglas del debido proceso, pues los plazos procesales son tan cortos que difícilmente puede hacerse una investigación suficiente de los hechos (la investigación judicial no puede durar más de 30 días)¹⁰².

⁹⁸ Vid., haciendo referencia a la tendencia a restringir este derecho en los delitos contra la seguridad ciudadana, JAKOBS, en *Escuela de verano del Poder Judicial*, 20 (1999), pág. 139.

⁹⁹ Vid., sobre el atestado policial, GÓMEZ COLOMER, "Estado de Derecho y Policía judicial democrática", en *El Proceso penal en el Estado de Derecho*, pág. 105 y sigs.

¹⁰⁰ Vid., la crítica, SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, II, pág. 1002 y sig. De hecho, por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español exige que para que el atestado policial tenga valor probatorio, quienes lo redactaron deben declarar en juicio ante el Tribunal, reiterándolo y ratificándolo, *vid.*, en este sentido, GÓMEZ CÓLOMER, en *El proceso penal en el Estado de Derecho*, pág. 107.

¹⁰¹ Vid., sobre esto, SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, II, pág. 1002 y sig.

¹⁰² Vid., en este sentido, SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, II, pág. 1001.

Esta sumariedad de los plazos unida al mencionado carácter de prueba del informe policial, hace que los procesos por delitos contra la seguridad ciudadana sean no más que procesos ejecutivos, cuyo título de ejecutivo lo constituye el atestado policial¹⁰³. Esto constituye, por otra parte, una infracción al principio constitucional de presunción de inocencia, lo cual se agrava más por el hecho de que estos procesos se siguen con la detención del inculcado y sin que proceda ningún pedido de libertad provisional¹⁰⁴.

b.4. La etapa del juzgamiento

La tendencia a desformalizar el proceso penal se confirma también en la regulación de la etapa del juzgamiento que hace la legislación de emergencia. Se afectan los principios de oralidad, contradicción y publicidad que constituyen aspectos centrales de esta etapa procesal: las actas de las sesiones de audiencia no se oralizan, el inculcado tampoco puede cuestionar en esta etapa el atestado policial, pues no puede ofrecer como testigos a quienes lo redactaron, y, por último, las audiencias se llevan a cabo en los establecimientos penales, donde el acceso del público es bastante restringido¹⁰⁵. Como puede apreciarse, el juzgamiento se ha convertido en otro paso del Derecho ejecutivo que caracteriza el proceso penal en materia de seguridad nacional o ciudadana.

c. Un Derecho penitenciario sin vocación de resocialización

La Política criminal de emergencia ha irrumpido también en toda su extensión en el ámbito de la ejecución penitenciaria¹⁰⁶. A los condenados por los delitos agravados o terrorismo especial no sólo se les niegan los beneficios penitenciarios establecidos en el Código penal y en el Código de Ejecución penal, sino que además se ha establecido un régimen penitenciario bastante estricto con etapas de aislamiento celular y limitaciones de visitas y salidas a los patios¹⁰⁷. Como puede

¹⁰³ Vid., en este sentido, ALBRECHT, en *La insostenible situación del Derecho penal*, págs. 477, 485; BESTE/VOSS, en *La insostenible situación del Derecho penal*, pág. 347: "Así, se parte de una informalización del Derecho que a efectos prácticos acaba traducándose en un giro hacia el Derecho ejecutivo".

¹⁰⁴ Vid., SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, II, pág. 1002; Defensoría del Pueblo, *Derechos humanos y sistema penitenciario*, pág. 70.

¹⁰⁵ Vid., SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, II, pág. 1003.

¹⁰⁶ Vid., Defensoría del Pueblo, *Derechos humanos y sistema penitenciario*, pág. 68.

¹⁰⁷ Vid., Defensoría del Pueblo, *Derechos humanos y sistema penitenciario*, pág. 70.

verse, la existencia de un régimen penitenciario especialmente severo y restrictivo de derechos no constituye expresión aislada de una realidad carcelaria, sino que forma parte de una opción político criminal integral¹⁰⁸. Se trata de dar a los delincuentes el siguiente mensaje comunicativo: la severidad de la amenaza penal será absoluta y en todas las fases.

V. El juicio de racionalidad sobre esta Política criminal práctica de la seguridad ciudadana

En este apartado voy a realizar un juicio de racionalidad a la Política criminal práctica de la legislación de emergencia con base en la Política criminal científica. Para ello será necesario determinar el referente de racionalidad de la Política criminal científica que sigo. El primer aspecto que será necesario decidir es “si en una Política criminal científica existen criterios materiales de corrección que vinculan al legislador a la hora de tomar una decisión político criminal concreta o si, por el contrario, la política criminal se encuentra dentro de lo disponible, de modo que se configura en términos absolutamente relativistas”¹⁰⁹.

En el escenario científico-penal dominan actualmente posturas relativistas, sea por una determinación consensualista de los principios o simplemente por la propia autoconstitución de la sociedad¹¹⁰. Ante estas tendencias se presenta el pensamiento del Prof. Silva Sánchez, quien entiende que si bien existe una “condicionalidad socio-cultural” del Derecho penal, existe un mínimo indisponible que no puede obviar ni el consenso coyuntural de una sociedad, ni el relativismo culturalista¹¹¹. La Política criminal debe enmarcarse dentro del concepto de persona, su dignidad y sus derechos fundamentales¹¹². En este sentido, el juicio de racionalidad de las concretas medidas

¹⁰⁸ Vid., en este sentido, el informe de Defensoría del Pueblo, *Derechos humanos y sistema penitenciario*, pág. 68.

¹⁰⁹ Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, pág. 25.

¹¹⁰ Vid., la referencia a éstos en SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, pág. 25.

¹¹¹ Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, pág. 28.

¹¹² Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, pág. 28. Anteriormente también ZIFF, *Introducción a la Política criminal*, pág. 37 y sigs., entendiendo el concepto de persona como sujeto responsable de su comportamiento social, pero inserto necesariamente en una determinada estructura cultural y social.

político-criminales debe hacerse con base en dos referentes: uno vinculado a la consecución del fin de protección del Derecho penal que responde fundamentalmente a criterios relativos; y otro que tiene como fundamento indisponible la idea de Persona y que se manifiesta en las garantías jurídico-penales¹¹³. Hagamos pues con estos referentes un juicio de racionalidad sobre la Política criminal práctica del gobierno peruano en el ámbito de la seguridad ciudadana.

1. El aumento de prevención mediante al aumento de penalidades

Una política criminal científica orientada a la persona debe tratarla, en primer lugar, como un ser racional. Por esta razón, la finalidad de eficacia en la lucha contra la delincuencia debe tener en cuenta una motivación racional de los ciudadanos. Como ya tuvimos oportunidad de señalar, la regulación penal de los atentados contra la seguridad nacional no ha estado dirigida a incriminar nuevas conductas, sino a hacer que los tipos penales existentes sean más eficaces mediante el referido aumento de la penalidad¹¹⁴. Frente a esta finalidad de la política criminal práctica del gobierno peruano, considero que pueden hacerse dos cuestionamientos.

a. La irracionalidad del aumento de penalidades

En primer lugar, la legislación penal de emergencia no ha seguido la lógica utilitarista que informa la función de prevención del Derecho penal. Como es sabido, la prevención de los delitos a través de la amenaza penal responde al criterio del mal necesario¹¹⁵. La pena en ningún momento deja de ser un mal singularizable y cuantificable, por lo cual la lógica utilitarista obliga a renunciar al establecimiento de una pena más grave o a la criminalización de un hecho si no cabe esperar un incremento en la prevención¹¹⁶. La legislación peruana sobre seguridad nacional o ciudadana no ha seguido esta lógica, pues del incremento de las penalidades es realmente dudoso que se presente un aumento de la prevención. No hay elementos de juicio plausibles que permitan suponer un aumento de la motivación racio-

¹¹³ Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, pág. 242.

¹¹⁴ Vid., en este sentido, CASTEÑEDA DÍAZ, "Ley contra el terrorismo agravado", *Normas legales*, t. 270 noviembre de 1998, pág. A-44.

¹¹⁵ Vid., así, HASSEMER, *ADPCP*, 1993, pág. 59; MIR PUIG, *Introducción a las bases*, pág. 67; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Temas de Derecho penal*, pág. 87.

¹¹⁶ Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, pág. 243.

nal frente a la amenaza penal. Llevamos varios años con las leyes sobre seguridad nacional y no se aprecia una reducción considerable de la criminalidad violenta¹¹⁷.

Pero la sobrepenalización de estos delitos no sólo fracasa en el correlativo aumento de la prevención, sino que, por el contrario, puede fomentar conductas más graves. Por ejemplo, la legislación sobre seguridad ciudadana sanciona con cadena perpetua la sola violación de un menor de siete años. Si se continúa con la lógica de la motivación racional, esta regulación penal habrá eliminado todos los límites para el violador. La excesiva gravedad de la pena favorecerá, más bien, que la muerte del menor sea un resultado eventualmente aceptado, pues no habrá pena mayor que pueda imponérsele al autor por lo que pueda suceder después de su acto de violación. Acabar con la víctima reduciría, más bien, los peligros de una futura denuncia y reconocimiento por parte de la víctima. Este error en la lógica de la motivación se presenta igualmente en otros delitos como en el llamado terrorismo especial (delito de asociación delictiva para cometer delitos con uso de armas de guerra) y en el delito de robo en banda, pues estos delitos se sancionan ya con una pena de cadena perpetua.

b. La certeza como elemento de disuasión

El segundo cuestionamiento a la finalidad de aumento de la prevención de la legislación sobre seguridad ciudadana consiste en reducir el efecto disuasivo sólo al aumento de las penalidades y no tener en cuenta que también produce este efecto el refuerzo de los factores que inciden en una mayor certeza de la sanción¹¹⁸. Dentro del mecanismo mental del delincuente, el costo/beneficio del delito no se mide sólo con el factor *quantum* de la pena, sino también por la probabilidad de ser descubierto y efectivamente sancionado¹¹⁹. Pero ciertamente la cuestión de la certeza no es un ámbito propio de las normas penales, sino fundamentalmente de la configuración del sistema policial y

¹¹⁷ Vid., la estadísticas en el informe sobre la situación carcelaria de Defensoría del Pueblo, *Derechos humanos y sistema penitenciario*, pág. 12 y sigs.

¹¹⁸ Vid., en general, BECCARIA, *Tratado de los delitos y las penas*, (trad. De las Casas), Madrid, 1993, pág. 135 y sig.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, pág. 221; CERREZO MIR, *Revista de Derecho y Ciencias penales*, 51 (1994), pág. 96; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*, pág. 27. Concretamente referido a la legislación de seguridad ciudadana ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Thémis* 32 (1995), pág. 154; ABAD YUPANQUI, *Revista Jurídica del Perú* 15 (1998), pág. 12.

¹¹⁹ Vid. ZIPF, *Introducción a la Política criminal*, pág. 171; HASSEMER, *Fundamentos...*, pág. 386; SILVA SÁNCHEZ, "Eficiencia y Derecho penal", *ADPCP*. 1996, pág. 103.

procesal (incluso social)¹²⁰. Por esta razón, la eficacia de la intimidación penal no dependerá exclusivamente del aumento o disminución de la penalidad, sino de aspectos referidos a la operatividad de los sistemas de prevención extrapenales y de sanción¹²¹. En este sentido, pretender hacer frente a la criminalidad violenta organizada en bandas sólo mediante el incremento de las penas, lleva finalmente a un Derecho penal simbólico que aparenta una dura reacción ante este tipo de criminalidad, pero que en realidad no se persigue y sanciona.

2. La persona como límite a la Política criminal práctica: los principios y garantías penales

Una política criminal científica orientada a la persona debe tener a ésta como base de su construcción teórica. En este sentido, los principios garantistas que se derivan de la dignidad o naturaleza del ser humano no son aspectos disponibles que dependen de un simple reconocimiento constitucional o que puedan estar vigentes mientras no entorpezcan las actuaciones políticas, sino que constituyen un núcleo indisponible del sistema penal que la praxis de la política criminal no puede obviar¹²². Por ello, el juicio de racionalidad que hagamos a la política criminal práctica en el ámbito de la seguridad ciudadana debe englobar este aspecto garantista.

Como hemos tenido oportunidad de comprobar en el apartado dedicado a describir la legislación penal de emergencia sobre seguridad ciudadana, parece que las garantías penales poco importan en esta política criminal práctica; es decir, se consideran aspectos absolutamente disponibles. La utilización de una legislación represiva y antigarantista para aplacar los miedos ante la delincuencia violenta ha llevado a una instrumentalización del delincuente y hace recaer sobre él no sólo la pena que le corresponde por el hecho, sino también

¹²⁰ *Vid.*, en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1996, pág. 114.

¹²¹ *Vid.*, en general, ZIFF, *Introducción a la Política criminal*, pág. 171 y sig. Para el ámbito específico de la seguridad ciudadana, *vid.*, ZUÑIGA RODRÍGUEZ, *Thémis* 32 (1995), pág. 154; SCAPUSIO MINVIELLE, *Normas legales*, 248 (1997), pág. A-77.

¹²² Ciertamente la expresión de los principios garantistas tiene cierta condicionalidad socio-cultural justamente por la limitación humana para el conocimiento absoluto y totalmente objetivo. En este sentido, es necesario atender las condiciones de desarrollo de la sociedad para configurar la expresión normativa de las garantías penales [en este sentido es correcta la afirmación de JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, (trad. Cancio Meliá/Feijóo Sánchez), Madrid, 1998, pág. 24, de que el sistema jurídico no puede saltar por encima de su propia sombra (la sociedad)]. La concepción aquí sostenida sigue la línea de la propuesta de SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, pág. 28 y sig.

la de aquellos que por deficiencias del sistema de persecución no han recibido las sanciones que les corresponden. La infracción antes descrita de los principios de proporcionalidad, resocialización y culpabilidad confirma el juicio negativo sobre la racionalidad garantista de la política criminal de la legislación de emergencia en el Perú. La Política criminal práctica en materia de seguridad ciudadana puede calificarse de irracional también con base en el segundo referente de una Política criminal científica orientada a la persona, es decir, el respeto de las garantías penales que se derivan de la naturaleza humana.

VI. Medidas político-criminales de corrección ante la Política criminal práctica de la seguridad ciudadana

El panorama de la legislación penal peruana sobre seguridad nacional o ciudadana es realmente desalentador. Pero considero que la labor de los que hacen Política criminal científica no debe reducirse a críticas generales a la legislación y a la solicitud de una pronta reforma. Obviamente esto hay que hacerlo. Pero considero que existen dentro del sistema penal unos agentes encargados de hacer también Política criminal científica y que pueden de alguna manera corregir los claros excesos de la Política criminal práctica del legislador (o su irracionalidad). En este sentido, el aumento excesivo de las penas y la inobservancia de los principios garantistas que ha operado en el plano legislativo, pueden compensarse en el plano judicial, mediante mecanismos de interpretación que reduzcan o eliminen tales excesos¹²³.

El juez es un agente esencial de la política criminal práctica¹²⁴ y no sólo la boca que pronuncia las palabras de la ley. En este sentido, tiene que realizar una labor de creación del Derecho con base en los elementos de juicio que le suministran la Constitución y las leyes (y no sólo la legislación de emergencia). Esta labor debe materializarse en los tres ámbitos del sistema penal: el material, el procesal y el penitenciario. En el ámbito del Derecho penal sustantivo el juez penal debe determinar qué tipo penal ha realizado el hecho delictivo y cuál es la pena aplicable. En los procesos por delitos enmarcados den-

¹²³ Vid., en este sentido, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Temas de Derecho penal*, pág. 157.

¹²⁴ Vid., esta consideración del Juez como agente político-criminal, SILVA SANCHEZ, *Política criminal y persona*, pág. 118.

tro de la llamada seguridad nacional, el magistrado debe utilizar criterios bastante restrictivos para tipificar las conductas juzgadas, pues si bien la excesiva amplitud e imprecisión de los tipos penales ha permitido eliminar los límites formales a la actuación punitiva del juez, ha abierto también la posibilidad de una labor de tipificación poco rigurosa que finalmente lleve a imponer sanciones tan graves que ni el merecimiento ni la necesidad de pena podrían justificar¹²⁵. El juez penal debe tener presente que el principio de *ultima ratio* del Derecho penal no sólo informa las actividades del legislador, sino que también le compete en su función jurisdiccional¹²⁶. No cualquier hecho que formalmente pueda entrar en un tipo penal debe considerarse punible, sino sólo aquellos ataques más intolerables. Lo mismo cabe decir de los tipos penales aplicables a los actos de complicidad: para sancionar a los cómplices habría que ser muy estrictos con el principio de accesoriedad, de manera que, por ejemplo, se evite sancionar al sólo cómplice en la constitución de una banda, si ésta aún no ha ejecutado algún acto violento contra terceros¹²⁷. Por otro lado, la utilización de las eximentes (artículo 20 del Código penal) y de las eximentes incompletas (artículo 21 del Código penal) pueden también ser usados legítimamente por los jueces para buscar reducir las penas tan excesivas que establece la legislación penal de emergencia, de manera que pueda calificarse el delito como de menor desvalor y justificar una reducción de la pena por debajo del mínimo legal. En el marco de la culpabilidad ciertamente es muy complicado evitar los excesos de la legislación sobre seguridad nacional, pero con base en la

¹²⁵ Esta línea de interpretación ha sido seguida con buen criterio por la Corte Suprema en varias decisiones. En la sentencia de 16 de setiembre de 1998 (R.N. 2567-98- Lambayeque) sobre la punición del autor de un delito de violación también por el de secuestro, señala que “el fundamento de la punibilidad del delito de secuestro está en el menoscabo de la libertad coroporal, siendo esencial la concurrencia del elemento subjetivo, esto es, que el agente se haya conducido con la intención específica de tomar a la víctima y afectar su libertad personal privándola de la misma, privación que además debe representar verdaderamente un ataque a su libertad (...)”. Lo mismo se aprecia en la sentencia de 15 de diciembre de 1997 (R.N. N° 5803-97-La Libertad) donde se señala que no hay delito de secuestro si la privación de libertad se hace exclusivamente para cometer un delito de robo.

¹²⁶ Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, pág. 247, que respecto de las manifestaciones del Principio de mínima intervención dice lo siguiente: “La otra manifestación es interna: debe prescindirse de una determinada sanción penal siempre que quepa esperar similares efectos preventivos de otra sanción (o consecuencia jurídica no sancionatoria) penal menos gravosa”.

¹²⁷ Vid., en este sentido, nuestra propuesta, GARCÍA CAVERO, *Cathedra*, 6, pág. 138.

Constitución Política que protege a los adolescentes (artículo 4) y el artículo VII del Tit. Prel. del Código penal, podría cuestionarse la legitimidad de una sanción penal a los menores de edad de 16 a 18 años por delito de terrorismo agravado. Además, esta situación es contraria al Principio de igualdad ante la ley que contempla el artículo 2 inc. 2 de la Constitución Política, en tanto los menores que cometen otros delitos serán penalmente irresponsables, mientras que los procesados por terrorismo agravado o especial no.

Por el contrario, el juez penal tiene en el ámbito de la determinación de la pena un menor espacio de juego. Si entiende que una determinada conducta efectivamente configura un tipo penal de los denominados delitos agravados o de terrorismo agravado (ahora especial), el marco penal mínimo será bastante elevado o, en todo caso, no existirá debido a que la pena establecida es de cadena perpetua. Ante esta situación el juez debe hacer uso de los posibles instrumentos técnico-jurídicos que permitan una reducción de la penalidad por debajo del mínimo legal. Los casos sancionados con cadena perpetua deben ser sólo aquellos que por sus características son los más graves, como puede ser el caso de aquellos que producen la lesión del bien jurídico vida. Por más que la legislación penal de emergencia haya restringido garantías fundamentales, el juez no puede desatender que la Constitución Política y el Título Preliminar del Código penal, que según su artículo X es aplicable también a la legislación especial, reconocen estos derechos y que éstos poseen un núcleo indisponible que ni el legislador puede transgredir.

En el ámbito del proceso penal, el juez como director del proceso debe garantizar en sus actuaciones el respeto de los principios y garantías procesales reconocidos fundamentalmente en la Constitución Política. El debido proceso, la presunción de inocencia y el derecho de defensa no pueden ser desconocidos por leyes especiales expedidas por el Poder Ejecutivo. Quizá esta situación sea la mejor ocasión para demostrar la independencia del Poder Judicial frente al resto de Poderes del Estado. Hay que recordar que la función del Poder Judicial no es política, sino de protección de los ciudadanos; y los procesados también son ciudadanos.

Finalmente, los jueces de ejecución penal deben, por el contrario, conceder los beneficios penitenciarios negados a los condenados por delitos agravados o terrorismo especial, amparados en una norma constitucional como el artículo 139 inc. 22 que establece el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, reha-

bilitación y reincorporación del penado a la sociedad. La legislación de inferior jerarquía –y los decretos legislativos lo son– no puede desconocer este mandato constitucional.

En suma, el juicio de racionalidad que cabe hacer frente a la política criminal del legislador, debe dar a pie a una política criminal judicial que reduzca o elimine las arbitrariedades legislativas. Esta opción del sistema jurídico incluso está respaldada por nuestra Constitución Política que otorga al juez un control difuso de la constitucionalidad de las leyes (art. 138). En este sentido, en caso de incompatibilidad entre la Constitución y las leyes, el juez debe preferir la norma constitucional en la que se consagran los derechos y los principios que se derivan de la naturaleza humana. No queda más que esperar que, hasta que no se produzca una reforma legislativa que devuelva la racionalidad a la política criminal práctica del legislador, los jueces asuman el papel de racionalizarla en un nivel judicial. Una sociedad puede vivir con leyes injustas siempre que los jueces sean justos, pero nunca si los jueces son injustos.