

PERÚ

ISSN: 1130-2887

EL SISTEMA PENAL Y PENITENCIARIO PERUANO. REFLEXIONES POLÍTICO-CRIMINALES

*The peruvian criminal and penitentiary system.
Political-criminal reflections*

Ignacio BERDUGO*, Carmen GÓMEZ RIVERO** y Adán NIETO MARTÍN***

* *Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Salamanca*

** *Titular de Derecho Penal. Universidad de Sevilla*

*** *Titular de Derecho Penal. Universidad de Castilla-La Mancha*

BIBLID [1130-2887 (2001) 28, 19-47]

Fecha de recepción: junio del 2001

Fecha de aceptación y versión final: julio del 2001

RESUMEN: En este artículo se reflexiona sobre el contenido del Derecho penal peruano a la luz de la realidad política del país tras el régimen de Alberto Fujimori; se describe la situación de su sistema penitenciario y se señalan los problemas más críticos en esta materia. Se plantea la necesidad de abordar la reforma del marco normativo y del sistema penitenciario, a partir de una serie de propuestas que contemplen el principio de proporcionalidad y la resocialización.

Palabras Clave: derecho penal peruano, sistema penitenciario peruano, reforma judicial, Perú.

ABSTRACT: This article considers the nature of Peruvian Criminal Law given the political realities of the country in the aftermath of the regime of Alberto Fujimori; it describes the situation of the penal system highlighting the most critical problems of the country in this area. It poses the need to undertake reform of the normative framework and of the penal system, starting from a series of proposals which incorporate principles of proportionality and of resocialization.

Key words: peruvian criminal law, penitentiary system, judicial reform, Perú.

I. INTRODUCCIÓN¹

Una constante histórica es la especial sensibilidad de la legislación penal a los cambios políticos². Esta receptividad del ordenamiento punitivo tienen especiales características cuando se abandonan regímenes totalitarios que se han caracterizado por su falta de respeto a los derechos del hombre y a sus libertades civiles, es decir, cuando se abandonan regímenes no democráticos. Las peculiaridades de cada caso se reflejan en los contenidos y también en los tiempos y en los modos de los cambios, al estar éstos en gran medida condicionados por los rasgos de la historia de cada país.

En la década de los 90 en el Perú existió no sólo un régimen corrupto, sino un sistema que presentó todas las características del totalitarismo jurídico³, y ello por mucho que la Constitución de 1993, promulgada ya después del autogolpe, estuviera formalmente vigente –también lo estuvo la de Weimar durante el nacionalsocialismo– y que se celebrasen elecciones periódicas con el fin de legitimar el «fujimorato». Lo más que podemos decir de este sistema es que ha sido una *dictadura inteligente*, si por tal entendemos una dictadura que utiliza exhaustivamente el ordenamiento jurídico, que recurre a los datos que le proporciona el estudio y la instrumentalización de la opinión pública y que, en último término, no duda en recurrir a la aparición de una democracia formal con elecciones que legitiman la presencia del presidente y con la implicación en las decisiones legislativas de un Parlamento con una mayoría títere del Ejecutivo y fuertemente impregnado por la corrupción.

En lo que se refiere a la legislación penal el periodo de Fujimori ha presentado, junto a la característica general de cualquier régimen dictatorial de recurrir al Derecho penal como forma de lograr una aparente eficacia y de criminalizar el ejercicio de derechos, una serie de peculiaridades propias en el recurso a los delitos y las penas vinculados a la realidad peruana. En la historia inmediata del Perú hay dos factores que se

1. En marzo de 2001, a petición del Gobierno de transición del Perú, se trasladó a Lima una misión de expertos de Naciones Unidas con el objetivo de elaborar un informe sobre Fortalecimiento Institucional de la Justicia en el Perú. Los autores de este trabajo tuvimos la responsabilidad de analizar la normativa y la realidad penal y penitenciaria. Las páginas que siguen constituyen parte del contenido del referido informe, ampliado con lo acaecido hasta la toma de posesión de Alejandro Toledo. Los autores quieren expresar su agradecimiento a todas las instituciones que facilitaron su ayuda para realizar dicho informe y muy especialmente a la Defensoría del Pueblo, que en una segunda visita, en julio de 2001, nos proporcionó la información necesaria para la ampliación del informe original.

2. Por todos puede consultarse el ya clásico BARBERO SANTOS. *Política y Derecho Penal en España*. Madrid, 1976.

3. Sobre el problema jurídico del totalitarismo, con especial referencia a la Unión Soviética, Italia y Alemania, vid. CATTANEO. *Terrorismo e arbitrio. Il Problema jurídica el totalitarismo*. Padova, 1998.

Resulta también interesante reflexionar acerca de las similitudes existentes entre los ordenamientos jurídicos totalitarios y el moderno concepto de «Derecho penal del enemigo» acuñado por JAKOBS; vid. «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico». En *Estudios de Derecho penal* (trad. y estudio preliminar a cargo de Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá). Madrid, 1997, pp. 293 y ss. Y más recientemente «La Ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente» (trad. Mansó Porto). En *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 20, 2000, p. 121, especialmente pp. 137 y ss.

proyectan sobre las decisiones político-criminales: por un lado, la actuación de Sendero Luminoso, surgido a comienzos de la década de los ochenta, paralelamente a la restauración de la democracia formal tras el período de Velasco Alvarado; por otro, una realidad penitenciaria dura, políticamente muy condicionada y con una repercusión social probablemente superior a la que tiene en otros países, debida, sin duda, al impacto que en su momento tuvo la intervención del ejército en los penales de El Frontón y de Lurigancho. Por todo ello, el principio general de que el cambio político hacia fórmulas asentadas sobre el hombre y sus derechos tiene siempre reflejos inmediatos sobre la necesidad y demanda social de las reformas penales, presenta en el Perú matices y características que no debe ignorar una reflexión político-criminal como la que nos ocupa.

El proceso abierto en el Perú con la democratización iniciada con el abandono del poder por parte de Fujimori, y cuyas secuencias pasan por la ya concluida actuación del Gobierno de transición del presidente Paniagua y por la del Gobierno recién elegido, tiene que reflejar en el campo penal y penitenciario, como primera línea de trabajo, el cambio político ya producido; pues es innegable la demanda social, tal vez mayor en el ámbito penitenciario, de cambios que socialmente reflejen la nueva situación política. Sería de esperar que el Gobierno de Alejandro Toledo haga suyo el talante reformista y conciliador que ha caracterizado al Gobierno de Paniagua, que aunque no ha acometido grandes transformaciones legislativas ha generado en la opinión pública un ambiente de reforma a través de la creación de Comisiones, como la de lineamientos de reforma Constitucional y la de reforma del Código penal.

Ni que decir tiene que la forma en que se lleve a cabo esa transición y, sobre todo, los tiempos en los que la misma se articule, son cuestiones cuya respuesta precisa excede con mucho a la capacidad de predicción de los mejores analistas políticos. Tal vez, a lo sumo, los únicos ritmos que pudieran pronosticarse serían los del calendario en el que, en su caso, habrían de esperarse que se produjeran las primeras reformas legales que al menos derogasen las manifestaciones más flagrantes del ideario totalitario que inspiró el período de Alberto Fujimori. Pero de todos es sabido que el efectivo tránsito de un modelo autoritario a otro democrático y garantista no depende, o al menos no en exclusiva, de la sustitución o modificación más o menos inmediata de las leyes. El verdadero banco de prueba de la *utilidad* y *eficacia* de cualquier espíritu de reforma es más largo, pues precisa ante todo de la creación de una cultura jurídica y de un paulatino proceso de sensibilización para que la letra de la ley se convierta en auténtico Derecho vigente. Sólo entonces se habrá conseguido el clima para que pueda prosperar, en el sentido propio del término, un régimen democrático. En este ámbito tampoco deben desconocerse las especiales características que en toda América Latina tiene la fractura entre el contenido de las leyes, la cultura jurídica que generan y la realidad de estas sociedades⁴. No hay mejor prueba de la imperiosa necesidad de generar una

4. Rasgo éste que hunde sus raíces en el origen de las repúblicas latinoamericanas y en la complejidad que el siglo XIX presenta en las mismas, con procesos de afirmación de identidad nacional llevados a cabo por las elites criollas, importando acriticamente soluciones de otros ordenamientos y

nueva cultura jurídica en el Perú que la reacción social producida tras la promulgación de la Ley n.º 27472, de 24 de mayo de 2001, por la que se derogan los Decretos legislativos 896 y 897 que elevan las penas y restringen los derechos procesales en los casos de delitos agravados. Entre otras modificaciones esta Ley sustituyó la pena de cadena perpetua prevista en el art. 173 del CP para los casos de violación a menores de 7 años, reemplazándola por una pena privativa de libertad que puede alcanzar los veinticinco años en los casos más graves⁵, y rebajó el marco penal de los otros supuestos que contemplaba la Ley⁶. Esta modificación ha provocado de forma inmediata una fuerte reacción social, hasta el punto que el mismo Gobierno que lo aprobó a los pocos días modificaba de nuevo el texto del Código Penal reintroduciendo, por Ley n.º 27507 de 17 de julio el 2001, para estos delitos la privación de libertad de por vida.

Por otra parte, no puede pasarse por alto que la conciencia de la corrupción marca un rasgo distinto en el caso del Perú, y conduce socialmente a la demanda de esclarecimiento y aplicación del Derecho penal como primer paso para llegar a recuperar la confianza en el ordenamiento jurídico y en la propia Administración de Justicia. Como respuesta a esta demanda hay que señalar la serie de medidas legislativas y pre-legislativas que en esta dirección adoptó el Gobierno de transición⁷. Superar este primer

sin abordar una reforma de las instituciones que tienen a su cargo su aplicación. Véase las acertadas reflexiones de ZAFFARONI. *Códigos penales de los países de América Latina*. México, 2000, pp. 22 y ss.

En el Perú la situación presenta características propias vinculadas a la falta de vertebración e integración de las distintas partes en las que no sólo geográficamente se divide el país. La situación de las dos últimas décadas refleja el fin de todo un ciclo histórico. Es lo que BARNECHEA lúcidamente llama «el fin de la república criolla». *La República Embrujada*. Lima, 1995, en especial pp. 21 y ss.

5. Conforme al art. 173 de la Ley n.º 27472: «El que practica acto sexual u otro análogo con un menor de 14 años de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad: 1. Si la víctima tiene menos de 7 años, la pena no será menor de veinte ni mayor de veinticinco años». No obstante, la ley seguía manteniendo en determinados casos la pena de cadena perpetua. El artículo 173 A disponía que si la víctima era un menor de 14 años y los actos le causan «la muerte o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado o si procedió con crueldad, la pena será de cadena perpetua; y si le producen lesión grave la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años».

6. Así si la víctima tenía entre 7 y 10 años la prisión sería de 15 a 20 años; como prevenía la ley anterior; y si tenía de 10 a 14 años, la pena sería de 10 a 15 años, en lugar de 20 a 25.

7. En este sentido es de destacar la Ley n.º 27421, de 6 de febrero de 2001, que crea la Comisión revisora del Código penal, que prevé un plazo de 365 días útiles para culminar dicha tarea. Igualmente debe citarse una serie de disposiciones que han venido a hacer frente a los problemas político-criminales más acuciantes. Valga de cita, entre otras, la Ley n.º 27378, de 27 de diciembre de 2000, que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada; la Ley n.º 27379, de 20 de diciembre, de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares, o, de modo muy significativo, la n.º 27380, de 20 de diciembre de 2000 por la que se faculta al fiscal de la nación a designar equipo de fiscales para casos complejos y fiscales para determinados delitos. En virtud de esta disposición se creó la figura de un fiscal especial con el fin de investigar los casos de corrupción cometidos durante el mandato de Fujimori.

Con todo, debe reseñarse que la legislación penal del Gobierno de transición ha utilizado en ocasiones una política represora similar a la del período dictatorial. Por ejemplo, el artículo 2 de la Ley

escalón no es simple, no sólo por las dificultades de esclarecimiento y prueba, sino también por la necesidad de ofrecer una respuesta penal que respete principios, exigencias y garantías inherentes al Estado de Derecho y que no caiga en la tentación de seguir una eventual demanda social de aplicar a los casos de corrupción los mismos instrumentos que la Administración de Fujimori generó en el ámbito penal y penitenciario.

Sea como fuere lo cierto es que las cuestiones y los pronósticos de futuro son algo más propio de la ciencia que cultivan los politólogos que de la visión penal de la realidad peruana que se pretende ofrecer en estas líneas. Desde ellas lo único que interesa subrayar es el condicionamiento que, *de facto*, representa para la comprensión del Derecho penal en cualquier coordenada tempo-espacial el escenario político en el que se enmarca. La justicia penal en el Perú, al igual que sucede en general en cualquier contexto geopolítico, como ya se ha dicho, sólo puede entenderse desde las coordenadas de la realidad cultural, social y política en que se insertan sus leyes. De hecho, como enseguida habrá ocasión de insistir, si bien en la legislación penal peruana pueden detectarse deficiencias, carencias y distorsiones que condicionan poderosamente el funcionamiento, operatividad y eficacia de la justicia penal, aquéllas no son la única fuente de dificultades con las que tropieza, ni siquiera muchas veces las más importantes, sino que las mismas se interrelacionan con otros factores de índole político y social que unas veces acentúan las deficiencias normativas y otras dan paso a nuevos problemas.

II. EL DERECHO PENAL SUSTANTIVO

En este contexto las reflexiones sobre el contenido del Derecho penal peruano y las exigencias de reforma pasan necesariamente por intentar evitar que la discusión penal se limite a una discusión formal sobre la estructura dogmática más acertada⁸, en cuanto que ello conlleva el riesgo de importar no sólo las leyes, sino también estructuras dogmáticas fruto de condicionantes políticos, sociales, filosóficos e históricos, ajenos a la realidad latinoamericana.

Por ello, para intentar comprender esta realidad, en lo que sigue se hace referencia en primer lugar a las notas características de la legislación penal peruana durante

n.º 27379 contempla la posibilidad de efectuar detenciones provisionales por un tiempo de hasta 15 días respecto a una amplia relación de delitos, especialmente los que se refieren a la corrupción y al crimen organizado.

8. Son particularmente oportunas las reflexiones de MUÑOZ CONDE, sobre la importación crítica que se produce en el momento actual de la obra, por otro lado muy importante, de Günter Jakobs por penalistas de países con graves problemas de violación de derechos humanos. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*. Valencia, 2000, p. 72.

De alguna forma las posiciones positivistas estrictas y la discusión dogmática pueden llegar a constituir un refugio para el jurista a la hora de no comprometerse en el debate político o, si se prefiere, a la hora de ignorar en su discurso los problemas concretos que regulan esas leyes que interpreta.

la década de los 90, haciendo especial hincapié en los aspectos relativos a su compatibilidad con los principios constitucionales básicos que inspiran las modernas legislaciones penales de corte garantista (a). A partir de ella se hace referencia a otros problemas relacionados con la aplicación de la norma, escenario poderosamente dominado por condicionamientos políticos y sociales que involucran de forma directa a los aplicadores del Derecho y, en general, a los agentes encargados de la Administración de Justicia (b). Todo ello sin perder de vista el contexto social y las carencias materiales que dificultan e incluso obstruyen el acceso a la justicia por parte de las clases sociales más desfavorecidas así como otras circunstancias fácticas que a veces operan como ancla inmovilizadora de las pretensiones de tutela penal.

a. *La legislación penal sustantiva en la década de los 90*

El Código penal del Perú data de 3 de abril de 1991, y sustituye al Código penal de 1924, un texto, por cierto, que en su tiempo fue bastante innovador, en cuanto que, influido directamente por las ideas de STOOB, acogía un sistema dualista de penas y medidas de seguridad e incorporaba el sistema de días-multa⁹. Dos fueron los objetivos que principalmente pretendía entonces el legislador: primero, acabar con las numerosas leyes penales especiales que ya jalonaban al viejo Código; segundo, crear un texto unitivo acomodado a los principios garantistas de *legalidad* y *proporcionalidad*. Buena prueba de esto último es su Título Preliminar, en el que se acogen expresamente estos y otros principios básicos del Derecho penal. Expresión de esta orientación es también que el máximo de la pena privativa de libertad se fijara en veinticinco años. Técnicamente el Código pretende acomodarse a los más avanzados textos europeos, singularmente al alemán, tal como recoge su Exposición de Motivos. En algunos aspectos resulta además singularmente progresista. Por ejemplo, los substitutivos de las penas privativas de libertad pueden utilizarse con penas de hasta cuatro años (art. 57), lo que contrasta, por ejemplo, con los dos años que prevé el Código penal español. La Parte Especial se estructura «para una sociedad pluralista, democrática y abierta, muy lejos de dogmatismos morales y esquemas monolíticos, culturales y políticos»¹⁰. Resulta sorprendente, en cuanto que se opone a la política legislativa posterior, la especial preocupación del legislador a la hora de redactar los tipos penales que afectan al terrorismo.

Estos rasgos se explican por la ubicación temporal del Código penal. Se trata, en efecto, de uno de los primeros frutos legales del entonces recién inaugurado régimen de Alberto Fujimori, que, carente de programa, asume en la práctica en buena medida el ideario liberal de quien había sido su contrincante en las elecciones de 1990. Es, en definitiva, un texto legal inmediatamente anterior al autogolpe, también denominado «Fujigolpe» que, como de todos es sabido, supondría la disolución del Congreso así

9. Sobre el Código penal de 1924 véase por todos JIMÉNEZ DE ASÚA. *Tratado de Derecho penal*. 4.^a ed., tomo I. Buenos Aires, 1964, pp. 1.023-1.026.

10. Vid. la Exposición de Motivos del CP de 1991.

como la intervención del Poder Judicial y, en definitiva, la concentración del poder autoritario en las manos del Presidente de la República. Esta localización temporal del Código, a medio camino entre el clima político que ya se comienza a fraguar en el estreno de la década de los noventa y el autogolpe que lo consolida, es un dato básico para entender que ese cuerpo legal del 91, en sí, hubiera podido perfectamente ser el vigente en otros contextos de cariz político distinto. En efecto, esa primera legislación penal no merecería someterse a críticas mucho más severas de las que en general nunca está exento cualquier texto legal positivo¹¹, de tal forma que en ese primer fotograma de la década de los 90 la letra de la ley por sí sola difícilmente podía manejarse como barómetro decisivo con el que mensurar la bondad o perversión del sistema penal. Efectivamente, en esta primera etapa el pulso de lo que realmente estaba sucediendo sólo podía percibirse a partir de la contemplación de la realidad política y social que servía de fondo a la legislación y que luego impulsaría de forma tan decisiva el rumbo posterior de los acontecimientos en el Perú y en particular, por lo que aquí interesa, de su realidad penal.

No sería otra cosa, en efecto, que las necesidades que demandaba la alimentación jurídica del aparato estatal que se estaba gestando las que determinaron que la configuración de un Derecho penal «a la medida» fuese algo que en absoluto se hiciera esperar. Como no podía ser menos, esta estrategia se proyectó en dos direcciones básicas. La primera fue garantizar la propia exoneración de responsabilidad penal de los miembros al servicio de los intereses políticos del momento¹²; la segunda, que es la que ahora

11. Así, dejando al margen las críticas que pudieran hacerse a la redacción puntual de algunos artículos, no deja de resultar criticable la protección de determinados intereses que tenían más que ver con las reminiscencias de una moral social caduca que con el principio de efectiva protección de bienes jurídicos. Sirva de muestra la tipificación de delitos como el proxenetismo y los atentados al pudor. Otro tanto puede decirse del mantenimiento del delito de desacato, cuya presencia en el Código penal conlleva el riesgo de colisionar con la libertad de expresión. Por otra parte, ahora en sentido inverso, se echaba en falta la ausencia de delitos como los malos tratos o el blanqueo de capitales, pese a que este último se introduciría con posterioridad.

Digna de crítica es igualmente la subsistencia de delitos incompatibles con las exigencias garantistas del *principio de culpabilidad*, en cuanto que representan reminiscencias de responsabilidad objetiva y del viejo aforismo del *versari in re illicita*, principios contrarios a la exigencia básica de responsabilidad personal del autor y de la contemplación del desvalor de acción. Es lo que sucede con los delitos cualificados por el resultado, que responsabilizan al autor de la acción inicial por las consecuencias que de la misma se deriven. Sirva de ejemplo el delito de detenciones ilegales de un menor que sufre graves lesiones o muere durante el secuestro (art. 152, último párrafo del CP). Debe advertirse, no obstante, que en otros delitos cualificados por el resultado, como el aborto con resultado de muerte (art. 115), se requiere expresamente la imprudencia.

12. Son paradigmáticas al respecto las Leyes de Amnistía del año 95 por las que se exonera de cualquier responsabilidad penal a todo el personal militar y civil que tenga causa por violación de los derechos humanos relacionados con la política represora ejercida desde el Estado. Como es sabido, ello llevaría incluso a la exclusión del Perú de la competencia de la Comisión Iberoamericana de Derechos Humanos.

La Corte Iberoamericana de Derecho Humanos, mediante sentencia de 14 de marzo de 2001 (sentencia Altos Barrios) ha considerado que estas leyes de «autoamnistía» resultan contrarias al Convenio

interesa, habría de orientarse a proteger al propio sistema frente a los ataques que pudieran mermarlo. El recurso al Derecho penal se convertía así en una pieza clave del régimen. De hecho, como ya se apuntaba, puede decirse que esta utilización del Derecho penal y de toda la estructura del Estado buscando apariencias de legalidad, es una de las características diferenciadoras de la dictadura de Fujimori frente a la tradición dictatorial latinoamericana, que se ha caracterizado siempre por recurrir más a actuaciones al margen del ordenamiento jurídico. No es que éstas no se dieran en el Perú, pero el rasgo clave es la implicación de toda la estructura del Estado, utilizando a veces de modo esperpéntico al propio Poder Legislativo.

No hay mejor prueba de ello que desde que en 1991 se aprueba el Código penal hasta el final del fujimorismo se llegasen a producir más de 150 modificaciones en la legislación penal cuya tónica general sería la tendencia imparable hacia una exasperación de la reacción punitiva. Entre ellas, debe destacarse la legislación especial y de emergencia, cuya orientación fue claramente endurecedora y represiva, tanto por lo que se refiere a la gravedad de las penas como por despojar al reo de las garantías del procedimiento ordinario. Todo ello sobre la base de arrollar sin mayores escrúpulos los principios garantistas básicos cuya renuncia es impensable en regímenes de talante no autoritario.

El primero de estos principios que arrasó el régimen de Fujimori fue el de legalidad¹³. Como es sabido, este principio, tal como lo formula ya Feuerbach en el s. XIX,

en cuanto que «conducen a la indefensión de las víctimas y la perpetuación de la impunidad». Por otro lado, el Congreso de la República ha puesto fin a la situación de rebeldía del Perú frente al Sistema Iberoamericano de Protección de Derechos del Hombre. En principio, esta nueva circunstancia debiera facilitar la ejecución del contenido de la sentencia «Altos Barrios». Para más detalles sobre las dificultades existentes vid. Amnistía vs. Derechos Humanos. Buscando Justicia, Serie de informes defensoriales, Informe n.º 57. Defensoría del Pueblo, pp. 64 y ss.

13. Tanto la Constitución de 1993 como ya antes el Código penal de 1991 en desarrollo de la Constitución de 1979, recogen expresamente el principio de legalidad. Ahora bien, en ambos textos se trata de un entendimiento peculiar de dicho principio, en cuanto que se deja fuera de su contenido la vertiente del *nullum crimen sine lege parlamentaria*. En realidad, esta concepción formal del principio de legalidad no hizo sino continuar lo que ya había sido una constante histórica en el constitucionalismo peruano. En efecto, la posibilidad de legislar en materia penal a través de decretos legislativos ya se contemplaba en la Constitución de 1979. Siguiendo su línea, el artículo 104 de la Constitución de 1993 dispone que «el Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante Decretos Legislativos sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa». Esta situación tiene visos de cambiar. La Comisión de lineamientos constitucionales ha planteado la introducción del principio de legalidad en su sentido genuino, esto es, como exigencia de que las normas penales provengan directamente del órgano de representación popular. La Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú se creó por Decreto Supremo n.º 018-2001-Jus. Integrada por 28 especialistas y presidida por el Ministro de Justicia, la Comisión en Pleno se instaló el 7-6-2001 en la sede del Ministerio de Justicia. Conforme al artículo 13: «La delegación de facultades legislativas deben hacerse en la forma prevista por la Constitución de 1979. No puede ser materia de delegación las leyes de reforma de la Constitución, la aprobación de tratados internacionales, las leyes orgánicas y Ley de presupuesto, Ley de la Cuenta General de la República y leyes en materia penal».

reclama que la definición de las conductas típicas así como de las consecuencias legales y el procedimiento por el que se apliquen las mismas esté definido por una norma con rango de ley que garantice la ordenación consensuada del instrumento más represivo y peligroso de reacción estatal, evitando así que se convierta en herramienta servil a los intereses de la clase política dominante. Es, pues, algo que se entiende por sí mismo, que este principio garantista fuese una de las primeras rémoras que tenía que eliminar un Gobierno de pretensiones autoritarias para comenzar a actuar.

Si bien es cierto que ya podía descubrirse un cierto germen de quiebras a este principio en el Código penal del 91, traducido básicamente en el desconocimiento del postulado de la *taxatividad*¹⁴, sería tras el año 92 cuando se producen las vulneraciones más flagrantes de dicho principio. Y así, pronto se dicta la Ley n.º 26950, por la que el Congreso de la República confiere al Poder Ejecutivo facultades para legislar en materia de Seguridad Nacional. A su amparo se dictan Leyes como la n.º 26708, de 1992, de Traición a la Patria y Terrorismo. Esta última, aprobada por Decreto Ley n.º 25457, de 1992, tenía como objetivo, según su propia denominación indicaba, la lucha contra uno de los principales problemas que sacudían el Perú fundamentalmente desde los años 80: la violencia del terrorismo de Sendero Luminoso y del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru. La gravedad del problema que trataba de combatir determinaba no sólo que la articulación de una reacción penal severa se percibiese como una auténtica necesidad desde la óptica del interés de los dirigentes políticos en asegurar su propia estabilidad, sino que su dureza encontrase un sólido apoyo por parte de una sociedad que constantemente había sufrido los azotes de su violencia y que demandaba respaldo y protección frente a la misma¹⁵.

El control de los medios de comunicación que llevó a cabo el Gobierno fue utilizado para vincular el éxito contra el terrorismo, entre otras causas, a la gravedad de la respuesta penal y a la ausencia de garantías penales y procesales. Es decir, a presentar el derecho sancionador en términos de una dicotomía garantía *versus* eficacia y optar sin duda por esta última.

En esta línea político-criminal, pronto los cánones extremadamente represivos que caracterizaron a la legislación antiterrorista se extenderían a otras formas de manifestación de delincuencia que si bien no atentaban frontalmente a la estabilidad política del Estado, se convertían en blanco perfecto para demostrar la supuesta *eficiencia* del sistema y, con ello, para crear frente a la opinión pública una falsa conciencia de seguridad.

14. Como la redacción abierta de algunos delitos, con la consiguiente situación de inseguridad jurídica y fomento de la arbitrariedad judicial que ello genera. Valga de cita la forma tan imprecisa en la que se acotan los comportamientos constitutivos de un delito contra la libertad sexual, art. 170: «practicar el acto sexual u otro análogo», o ya en un ámbito totalmente distinto, el art. 376, que en materia de funcionarios públicos define de forma amplia las conductas que integren lo que denomina el «abuso de superioridad».

15. De hecho, la ley se dicta justamente en el momento en el que la conmoción social alcanza su punto álgido, cuando en julio de 1992 explotó un coche bomba en el barrio limeño de Miraflores, causando numerosos muertos y heridos.

Y así, aprovechando una vez más la habilitación concedida por la Ley n.º 26950, el Ejecutivo dicta por Decreto n.º 899 de 28 de mayo del 98 la Ley contra el *Pandillaje Pernicioso*, que contemplaba conductas atribuibles a los menores infractores, así como la *Ley de Terrorismo Agravado* de 23 de marzo de 1998. Interesa detenerse especialmente en esta última, en cuanto que de manera especialmente llamativa vino a expandir la savia autoritaria por los capilares más importantes de la justicia penal ordinaria: los relativos a la delincuencia común. Se trataba, en definitiva, de una ley que tal vez como ninguna otra hacía visible la presencia de una política autoritaria y represiva en la Administración de Justicia del Perú. Así, en su art. 1, se formulaba un concepto realmente amplio de lo que debiera entenderse por Terrorismo Agravado, de tal forma que permitía acoger en su articulado lo que no eran más que manifestaciones de delincuencia ordinaria¹⁶. Además de en un sistema desmesurado de penas al que enseguida habrá ocasión de referirse, la severidad en el tratamiento penal de la delincuencia que castigaba se hacía visible en la remisión de la competencia para la investigación y juzgamiento de esos delitos al Fuero Militar (art. 3 de la Ley), el establecimiento de un proceso de enjuiciamiento sumario que despojaba al reo de buena parte de las garantías del proceso común (art. 7 y ss.)¹⁷, así como en la ordenación de un régimen penitenciario de especial rigor en el que, como también habrá ocasión de volver a insistir, se despojaba a los condenados o procesados por dicha ley de la posibilidad de acogerse a los beneficios penitenciarios establecidos en el Código penal y el Código de ejecución penal a la vez que se establecía el cumplimiento de la pena en un centro de reclusión de máxima seguridad con aislamiento celular continuo durante el primer año de la condena (art. 7 y 8).

Para comprender cabalmente el alcance de la severidad de esta ley no pueden pasarse por alto dos datos básicos. El primero que, como ya se ha apuntado, si bien bajo la denominación Terrorismo Agravado, se trataba de hacer frente a una forma de delincuencia común. Bastaba, en efecto, con cometer un delito contra la propiedad por dos personas empleando un arma para quedar sujeto a esta ley. No hay mejor prueba de que se trata de reaccionar de forma desorbitada frente a estas formas de delincuencia que la propia necesidad que siente el Ejecutivo de justificar su dureza ya desde un punto de vista nominal, calificando de Terrorismo Agravado lo que no es más que una manifestación de delincuencia ordinaria. El segundo, que justamente por dar cabida a supuestos de delincuencia ordinaria, los «clientes» de esta ley no sólo iban a ser cuantitativamente numerosos, sino que sobre todo, desde su contemplación cualitativa,

16. Conforme al cual, «El que integra o es cómplice de una banda, asociación o agrupación militar que porta o utiliza armas de guerra, granadas y/o explosivos, para perpetrar un robo, secuestro, extorsión u otro delito contra la vida, el cuerpo, la salud, el patrimonio, la libertad individual o la seguridad pública, comete el delito de Terrorismo Agravado, aunque para la comisión del delito actúe de forma individual».

17. Sobre las quiebras a las garantías del reo que se daban en los procesos especiales véase el informe ya citado de Naciones Unidas sobre «Fortalecimiento institucional de la justicia en el Perú».

su aplicación iba a cebarse especialmente sobre las clases sociales más desfavorecidas, generando así una espiral inagotable de *marginación y segregación social*.

Pero evidentemente, las distorsiones y el servilismo a los intereses políticos que genera el desconocimiento del principio básico de *legalidad* no es más que el punto de arranque de la violación de otros principios garantistas básicos que, con un efecto dominó, se desploman tan pronto como lo hace aquel principio. Así, el siguiente principio que sucumbió ante las pretensiones dictatoriales fue el de *proporcionalidad*¹⁸. De todos es sabido que este principio se proyecta en una doble dirección de lectura convergente. En primer lugar, desde una perspectiva absoluta proclama que entre la gravedad del supuesto de hecho y la consecuencia jurídica que se le asigna debe existir una correspondencia, de tal forma que sólo frente a un comportamiento que se defina como grave pueda reaccionarse con una pena que se adjetive de la misma forma; en segundo lugar, ahora desde una perspectiva *relativa*, demanda que exista una relación de graduación de consecuencias entre los distintos tipos delictivos que contempla el Código penal, de tal forma que ningún delito comparativamente menos grave a otro pueda tener asignada mayor pena que éste.

Una vez más, el respeto de este postulado garantista tropezaba frontalmente con las aspiraciones de un Ejecutivo que no sólo proyectaba su preocupación por autopropetarse en el poder, sino que, como una ramificación más de la misma, pretendía ante todo ofrecer una imagen represora, que mediante el recurso a la vertiente más dura de la *prevención general negativa* o meramente *intimidatoria* buscaba generar una falsa conciencia de protección social y de efectividad de la justicia, cerrando en falso los verdaderos problemas que laten bajo la misma¹⁹.

18. Este principio también se contempla expresamente en el artículo 8 del Título Preliminar del Código penal.

19. Sirva de muestra la posición frente a la cadena perpetua y la pena de muerte. Respecto a la primera, es de resaltar que tan sólo un mes después de producirse el autogolpe se reformara por Decreto Ley n.º 25475, de 6 de mayo de 1992, el artículo 29 del Código penal sobre límites de la pena privativa de libertad acogiendo expresamente la cadena perpetua. Más llamativa es aún, si cabe, la actitud frente a la pena de muerte. La Constitución de 1979 la restringía al delito de traición a la patria en caso de guerra exterior (art. 235); la Constitución de 1993 en su artículo 140 amplía su posible aplicación al delito de traición a la patria en caso de guerra y a los delitos de terrorismo. La fórmula de la Constitución era lo suficientemente «ambigua» y «elíptica» como para pretender salvar las limitaciones que los compromisos internacionales suscritos por el Perú le imponían en esta materia. Sobre este punto véase FERRERO, *Perú: Secuestro y rescate de la democracia (1992-2000)*. Lima, 2001, pp. 197 y ss. Respecto al uso que hizo el Gobierno de Fujimori de dicha pena es especialmente llamativo el Decreto-Ley de 14 de octubre de 1992 que, un mes después de la captura de Abimael Guzmán, dictaba la pena de muerte para éste y otros dirigentes de Sendero Luminoso. Dicho Decreto incluía un memorándum sobre las normas de detalle para la ejecución («Antes de proceder a la ejecución del primero un oficial previamente designado preguntará a Z.V.C. si es que acepta colaborar voluntariamente, proporcionando la información que se le requiera, a cambio de la conmutación de la pena de muerte por la de prisión perpetua. Si se negara a colaborar, se procederá a la ejecución; en caso contrario, ésta será suspendida. Igual procedimiento se seguirá con los otros dos reos. A.G. debe estar presente en el acto de ejecución de Z.V. y E.I., como una forma de presionarlo para que, a su turno, proporcione información.

De nuevo, exponente paradigmático de esta tendencia vuelve a ser la ya citada *Ley de Terrorismo Agravado*. Esta ley contempla tres franjas de responsabilidad penal realmente exasperadas: las dos primeras, la cadena perpetua²⁰ y la pena privativa de libertad no menor de treinta años²¹, se prevén para los delincuentes mayores de edad. La tercera, la más leve aunque desde luego de gravedad nada desdeñable, está pensada precisamente para sujetos que conforme a los parámetros generales de *utilidad y necesidad* de pena deberían estar exentos de responsabilidad penal o, en cualquier caso, sometidos a un régimen especial. Así, conforme al apartado c del art. 2, se castiga con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años a los participantes en el delito mayores de dieciséis y menores de dieciocho años. La situación resulta especialmente preocupante cuando se vuelve a tener presente el dato de que un porcentaje importante de la delincuencia que veladamente se reconduce a la denominación de Terrorismo Agravado es la cometida por las clases sociales más desfavorecidas.

Esta primera vulneración del principio de proporcionalidad en términos absolutos da paso a su vez a la quiebra de su vertiente *relativa*; esto es, al desconocimiento de niveles de jerarquía entre los distintos bienes jurídicos. Así, a título de ejemplo, no deja de resultar paradójico que el delito de robo agravado pudiera llegar a tener una pena superior a la de un delito contra la integridad física e incluso contra la vida, lo que dispara hasta el absurdo los límites de incongruencia valorativa. Debe recordarse que el *principio de proporcionalidad* emana directamente del más genérico de *necesidad*, elaborado por los primeros constructores de las bases teóricas de nuestros actuales modelos de Estado. Es inevitable aquí la cita de Beccaría, remitiéndose a Montesquieu: «Toda pena que no se deriva de la absoluta necesidad es tiránica».

En el acto de ejecución no debe haber personal de vigilancia ni ayudantes. Verificada la ejecución los cadáveres serán incinerados y se levantará el acta correspondiente en presencia del fiscal militar de turno»).

Es más, el Gobierno de Fujimori llegó incluso a redactar por adelantado el comunicado oficial de las Fuerzas Armadas de la ejecución que no se llevó a cabo: «En el día de hoy, a las 8.00 horas y en cumplimiento de lo dispuesto en los decretos-leyes correspondientes, se hizo efectiva la ejecución de la pena de muerte, por fusilamiento, de los delincuentes terroristas: A.G.R.; E.I.R.; Z.V.C.».

20. Dicha ley es aplicable, conforme al art. 2 a), a los cabecillas o jefes de la banda, asociación o agrupación criminal o al autor intelectual o material, a los que causaren la muerte de una persona o le hubieren inferido lesiones graves a su salud física o mental, a los que deliberadamente proporcionen, faciliten, adquieran o vendan armas, municiones y granadas de guerra o explosivos para su empleo en la comisión del delito, a los que para perpetrar el hecho punible utilicen uniformes, prendas, insignias o documentos de identidad de uso exclusivo de las Fuerzas Armadas, de la Policía Nacional del Perú o de Servicios de Seguridad, a los que pertenecen a las Fuerzas Armadas o a la Policía Nacional del Perú en cualquier situación, así como a los cómplices o coautores del delito o que proporcionen información sobre personas, patrimonios, edificios públicos, privados y cualquier otro, que conduzcan a la elaboración de los planes delictivos o permitan concretar las actividades integrantes de las bandas, asociaciones o agrupaciones criminales para la comisión del delito.

21. Prevista en el art. 2 b) para los demás involucrados no comprendidos en el apartado anterior que causaren o no lesiones al agraviado o a terceras personas, así como para los que hagan participar a menores de edad en la comisión del delito de Terrorismo Agravado.

Por otra parte, no puede pasarse por alto que esta exasperación de la respuesta penal necesariamente tendría que dar paso a otras distorsiones generadas por el callejón sin salida a que se veía abocado el mismo régimen a consecuencia de su propia política. Así, ante la situación de hacinamiento y congestión que se vivía en las prisiones el Ejecutivo tuvo que recurrir a veces de forma masiva a expedientes como el *indulto* y la *conmutación* de penas. Según algunas fuentes, se llegaron a conceder hasta 2.000 indultos anuales como medio de descongestionar las prisiones. Ni que decir tiene que el recurso a este instrumento para paliar los defectos de una legislación penal excesivamente represora no sólo desvirtúa la naturaleza y el sentido de dicha figura, que no es otro que el derecho de gracia contemplado como medio que garantiza el *principio de igualdad*, manteniendo la vigencia del principio de legalidad, ya que el uso que hizo el gobierno de Fujimori del indulto abocó a un tratamiento unitario de inocentes e indultados en sentido propio. También, una vez más, vuelve a dotar al Ejecutivo de un poder decisorio y de un margen de discrecionalidad en la articulación de la respuesta penal frontalmente incompatible con los esquemas de un Derecho penal garantista.

La siguiente pieza de la justicia penal sustantiva del Perú que caería por efecto dominó tras la vulneración de los principios de *legalidad* y *proporcionalidad* sería, lógicamente, el postulado de la *resocialización* del autor. Su quiebra, de nuevo, sólo puede entenderse como una manifestación más de los tentáculos de una política penal extremadamente represiva. La preocupación por la reintegración del autor a la sociedad y su recuperación para la misma no estaba ni podía estar entre los objetivos de un Gobierno como el de Fujimori obsesionado por la eliminación de los elementos distorsionantes del sistema. Si una constante a toda la legislación excepcional que se dicta en la década de los 90 fue priorizar de forma clara los intereses *represivos* y *retributivos*, el pulso frente a cualquier intento de desarrollo de políticas *preventivo especiales* orientadas a la recuperación del delincuente para la sociedad, estaba más que ganado. Tal vez la manifestación más flagrante de esta tendencia fuese la introducción en 1992 de la cadena perpetua, pena prevista para los delitos de secuestro, violación de menores, robo agravado, extorsión, tráfico de drogas, terrorismo, traición a la patria y terrorismo agravado. Como es sabido, esta pena no sólo se opone frontalmente a cualquier finalidad resocializadora, sino que potencia la confrontación del individuo con la norma ante la ausencia de cualquier efecto preventivo especial de cara al futuro.

En la misma línea del ejercicio de políticas contrarias a la recuperación del delincuente y de la ausencia de cualquier preocupación más allá de la estrictamente represiva no puede dejar de mencionarse un aspecto al que habrá ocasión de volver a insistir más adelante al hilo de la política penitenciaria: la ausencia de beneficios penitenciarios. Lo único que interesa destacar ahora es que el recurso a penas draconianas que dan la espalda a cualquier pretensión resocializadora se revela aún más preocupante cuando se trata de delincuentes jóvenes o menores de edad, respecto a los que cobran especial importancia, por sus potenciales índices de éxito, las políticas de resocialización²².

22. Valga de nuevo el ejemplo del Decreto Legislativo n.º 895 del Terrorismo Agravado, que reduce la edad penal hasta los dieciocho años y prevé para tales conductas una pena privativa de libertad por tiempo de 25 a 35 años sin posibilidad de obtener beneficios penitenciarios.

Ante el panorama que arroja este recorrido por las quiebras más importantes de los modernos principios básicos de la justicia penal resulta palmario que la primera empresa que debería acometer el proceso de transición abierto en el Perú es la derogación de la legislación especial, por ser en ella en la que de forma más acentuada se detectan los déficits señalados. Quede claro que la crítica no se dirige a la existencia de la legislación especial como tal. Ésta ha demostrado ser un instrumento técnico válido y legítimo prácticamente en todos los sistemas de Derecho comparado. Las críticas se dirigen cualitativamente a su utilización como medio para generar un régimen de derogación de garantías y cuantitativamente porque su empleo excesivo cuestiona el principio codificador volviendo en la práctica a la técnica de la compilación.

En todo caso, conscientes de que el proceso de cambio de cualquier sistema político es un proceso lento que necesita de un período de tiempo en el que pueda proyectarse el imprescindible movimiento evolutivo político-social, el pilar sobre el que debe asentarse cualquier intento de reforma tiene necesariamente que pasar por la previa tarea de concienciación y conformación de una cultura jurídica que rompa definitivamente el lastre ideológico que supone la identificación de la *represión* con la *eficiencia* del Derecho penal. La delincuencia no es una plaga que se pueda fulminar racionalmente con el recurso al Derecho penal sino que requiere ante todo el desarrollo de una política legislativa que subraye los condicionamientos sociales y culturales que determinan y potencian su aparición. La vieja afirmación de Von Liszt de que la mejor política criminal es una buena política social continúa plenamente vigente. Es imprescindible, en efecto, sensibilizar a la sociedad y concienciarla de que la vigencia de un régimen garantista no supone una merma de su seguridad sino que, al contrario, se convierte en baluarte de la misma frente a un Estado al que se cercena la posibilidad de emplear métodos de actuación arbitrarios.

Está claro que se trata de un proceso que requiere de un período de tiempo que, como se decía al comienzo, difícilmente puede trazarse con certeza sobre el calendario. Baste señalar ahora que dicho proceso habrá de proyectarse igualmente a los operadores del Derecho protagonistas del aspecto al que enseguida se hace referencia: el ámbito de la aplicación de la ley.

b. La aplicación de la justicia penal en el Perú de la década de los 90

Si al comienzo de este trabajo se decía que muy poco o nada se entiende o se puede valorar del texto de la ley si no se inserta en la realidad política que le sirve de escenario, lo mismo puede decirse respecto a la forma en que se aplica en la práctica el diseño de la justicia penal. En efecto, puede afirmarse sin ambages que la manera en que se articule la Administración de Justicia y, correlativamente, las deficiencias en su funcionamiento, ofrecen un dato crucial sin el cual resulta seriamente mutilado el panorama de la realidad penal peruana. De hecho, cualquier modificación que se introdujese en la normativa penal estaría por definición condenada al fracaso si no se acompañase de la eliminación de las deficiencias de las que adolece la Administración de Justicia en el Perú.

La tarea de focalizar de cuáles sean esas deficiencias que la acompañan en la década de los 90 pasa de nuevo inexorablemente por la contemplación de la realidad política y social en la que se estaba desarrollando. Casi ni que decir tiene que lo primero que necesitaba la consolidación del régimen autoritario diseñado a golpe de decretos por el Ejecutivo de Fujimori era contar con un cuerpo de jueces y magistrados «fieles» a sus aspiraciones que lo aplicasen en todo su rigor. Sólo así puede entenderse que desde el año 1992 fuesen cesados gran parte de los magistrados de la carrera judicial, siendo sustituidos por jueces provisionales y suplentes. Ello hasta el punto de que al final del período de Fujimori casi el 80% de los miembros encargados de la impartición de la justicia ostentaran dicha última condición. No hace falta subrayar que esta circunstancia potenció de forma palmaria uno de los males endémicos que azotó a la justicia peruana, la corrupción, incrementando sobremanera las posibilidades de que el Poder Ejecutivo pudiera inmiscuirse con especial facilidad en la actividad jurisdiccional mediante presiones a jueces y magistrados despojados de la garantía de la inamovilidad de su cargo.

De esta forma la política e ideario fujimorista encontró su complemento perfecto en la actuación de jueces y magistrados. Dejando a un lado interpretaciones retrógradas y realmente pobres en relación con aspectos puntuales de la interpretación de los más variados tipos delictivos²³, la mayoría de las veces asociadas a las deficiencias que en general acusa el cuerpo de aplicadores del Derecho²⁴, es de destacar, a título de ejemplo, la lectura tan cicatera que dieron los órganos jurisdiccionales a los beneficios previstos en el Decreto Legislativo n.º 901 sobre beneficios de reducción, exención y remisión de pena por colaboración con la justicia. De esta forma, el cebo que ofrecía la letra de la

23. Así, por ejemplo, en materia de drogas la tendencia casi automática a interpretar que la cantidad incautada iba dirigida al tráfico y no al consumo, la calificación casi mecánica como falta de lesiones de los atentados a la integridad física en el marco de la violencia doméstica, o la exigencia de un grado de resistencia casi heroica por parte de la víctima para apreciar un atentado a la libertad sexual. En este último ámbito puede ofrecerse también algún ejemplo de interpretaciones realmente pobres, apegadas a un legalismo extremo, como la tendencia a interpretar la cláusula de «practicar el acto sexual u otro análogo» del art. 170 CP en el sentido de acceso exclusivamente por vía anal.

Suficientemente significativa es la cita que hace Prado Saldarriaga, tomada de Robert Meza: «X es acusado de delito de secuestro seguido de muerte de un menor de edad. X por temor a ser condenado por un delito que no cometió se oculta y es declarado contumaz. Finalmente X es detenido. Llevado a cabo el proceso, se concluye que X es inocente fuera de toda duda. Pero igual X es condenado a cadena perpetua por haber cometido el delito de contumacia. ¿Increíble? ¿Kafkaiano? No, es una posibilidad real y legal en el Perú de 1996 (*Todo sobre el Código penal*. Tomo II. Lima, 1999).

24. Básicamente deficiencias relacionadas con su baja formación y escasa cultura jurídica, en cuanto que la preparación exigida para acceder a la carrera judicial es realmente baja. A ello se acompaña la falta de especialización por materias y órdenes jurisdiccionales. Baste referir que los dos cursos con que cuenta la Academia de la Magistratura (Formación de Aspirantes y Capacitación para el Acceso) contienen materias de Derecho civil, penal y público para todos los candidatos o magistrados, sin importar su especialidad. A ello se suma el dato de que, dada la baja remuneración que perciben, las personas que normalmente aspiran a formar parte de la Administración de Justicia no suelen ser las que tienen más preparación, ya que aquéllas pueden desempeñar funciones mejor remuneradas.

ley para incentivar delaciones se vio calculadamente compensado por una aplicación realmente restrictiva de la efectiva concesión de los beneficios que prometía. Y así, mientras respecto a los delatores integrantes de la cúpula terrorista se manejó como argumento generalizado para impedir la concesión de dichos beneficios el dato de ocupar posiciones demasiado elevadas que valorativamente hacían improcedente su excarcelación, el argumento que se esgrimió frente a los arrepentidos que ocupaban posiciones inferiores en la organización fue ahora el menor peso de la información que podían suministrar.

Por otra parte, la exasperación de la respuesta penal consagrada a nivel legislativo se vio reforzada por la tendencia casi mecánica de los jueces y magistrados a agotar en lo posible los límites máximos legales, tendencia que, como ya hubo ocasión de insistir, se revela especialmente preocupante respecto a los delitos de comisión frecuente, como los patrimoniales y los relativos al tráfico de drogas.

Corolario de esta situación fue la ausencia de control de calidad de las resoluciones jurisprudenciales. No deja de ser un vacío clamoroso y al mismo tiempo bastante sintomático de la focalización de las preocupaciones del régimen, no sólo la falta de motivación de las resoluciones jurisprudenciales, amparada frecuentemente en los llamados «juicios en conciencia», sino, en buena medida vinculado a lo anterior, el hecho de que no existan publicaciones de las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia. Ello no sólo potencia el oscurantismo de la actividad jurisdiccional, sino que propicia toda una suerte de heterogeneidad en las resoluciones jurisprudenciales con la consiguiente falta de *igualdad e inseguridad jurídica* que así se genera. Porque sólo mediante la publicación de las sentencias pueden abrirse vías críticas y de canalización de las tendencias jurisprudenciales renovadoras.

Junto a estos tentáculos básicos del diseño penal fujimorista, no pueden dejar de subrayarse otros que igualmente venían a reforzarlo. En este orden de ideas, complemento indispensable de la aplicación de la ley conforme a los intereses políticos autoritarios fue también, lógicamente, la articulación de un sistema procesal hecho a la medida de sus necesidades. En efecto, las leyes dictadas en materia sustantiva solían venir acompañadas de la previsión de procesos sumarios caracterizados por la merma de garantías tradicionales, hasta el punto de que el 80% de los juicios se ventilaban conforme a sus normas y sólo el 20% restante conforme al procedimiento común previsto en la Ley de Procedimientos penales de 1940²⁵. A nivel procedimental merece especial mención la presencia y protagonismo que tuvo la policía. Según destaca el informe de Naciones Unidas sobre «Fortalecimiento institucional de la justicia en el Perú», ya citado, se estima que aproximadamente un treinta o cuarenta por ciento de las denuncias recibidas por la policía nunca fueron reportadas a la Fiscalía o al Poder Judicial; por otra parte, en la mayoría de las causas judiciales las sentencias reprodujeron sin mayor control ni crítica las investigaciones de la policía, ya que el Código y la práctica judicial reconocen valor probatorio a los atestados policiales.

25. Datos tomados del informe ya citado de Naciones Unidas sobre «Fortalecimiento institucional de la justicia en el Perú».

Hasta ahora se han tratado de esbozar las coordenadas e instrumentos con los que el régimen fujimorista se hizo sentir en el orden de la justicia penal. Pero como se viene insistiendo desde el principio, las viñetas o secuencias jurídicas propias de cualquier período histórico no se comprenden por completo si no se enmarcan en la perspectiva más amplia que ofrece una visión de conjunto de la realidad política y social. Y también ahora la tendencia marcadamente represiva que ha caracterizado a la justicia peruana en los últimos años y su consiguiente pretensión de conformar un falso clima de seguridad mediante el recurso a una política de terror quedaría incompleta si no se volviese la mirada a la realidad social y económica del país. A uno de los aspectos de esa realidad y a su interacción con dicha política se hizo referencia líneas más arriba cuando se apuntaba a que un efecto singularmente perverso de una de las principales leyes represoras dictadas por Fujimori fue tener como principal «clientela» a las clases sociales más desfavorecidas. Es de destacar en este contexto la labor llevada a cabo desde algunas instituciones, la más relevante, sin duda, ha sido la Defensoría del Pueblo, que ha denunciado, desde la independencia que le garantizaba la financiación internacional, la realidad de la Administración de Justicia en el Perú.

Más allá de ese aspecto relativo al *sujeto activo*, interesa llamar ahora la atención sobre los efectos de esta legislación especial desde la óptica del *sujeto pasivo* del delito; esto es, de los potenciales individuos que van a reclamar la efectividad de las sanciones penales diseñadas en la ley. Según algunas fuentes, aproximadamente un tercio de la población peruana no puede acceder a la justicia por problemas materiales. Como es lógico, dichas trabas afectan de forma singular a los sectores más desfavorecidos de la sociedad y se erigen, por ello, en uno de los retos principales de la justicia penal y, al mismo tiempo, en el indicador más fiel del grado de *utilidad y eficacia* del sistema penal así como de la *confianza* de la población en el mismo. Entre los condicionamientos que impiden que la víctima pueda tener acceso a la justicia hay que enunciar factores tales como la distancia entre las poblaciones, la insuficiencia de los medios de comunicación y de los recursos materiales así como el coste de los litigios (desde los honorarios de los abogados hasta los traslados, alimentación, etc.).²⁶ A menudo el resultado no es otro que la renuncia por parte de la víctima a interponer la acción penal e incluso su desistimiento a continuar en el ejercicio de la misma una vez interpuesta.

Por último, dentro del capítulo de circunstancias que condicionan la accesibilidad a la justicia no pueden dejar de mencionarse otros factores, como la llamada *victimización secundaria* que a menudo sufre el agraviado o el temor a represalias por declaraciones o testimonios en el proceso. En este escenario, de poco o nada sirve la

26. Como destaca el citado informe de Naciones Unidas sobre «Fortalecimiento institucional de la justicia en el Perú» resulta indispensable aumentar el potencial económico de cara a la puesta en práctica de los llamados «módulos básicos de justicia» y a la creación de salas y juzgados itinerantes con el objeto de impulsar el acceso a la justicia por parte de la población de menos recursos. Dicho informe denunciaba que la tercera parte de los módulos básicos de justicia ya construidos tenían problemas para entrar en funcionamiento pleno debido a deficiencias estructurales que comprenden desde las necesidades de personal hasta la ausencia de recursos materiales mínimos.

tendencia mecánica y ciega hacia el incremento de las penas privativas de libertad si no se eliminan los obstáculos que impiden su aplicación práctica. No puede tildarse sino de fraude el intento de compensar los déficits del sistema de acceso a la justicia con un catálogo de medidas y penas elevadas si las mismas no cuentan con posibilidades de aplicación práctica.

Tras este recorrido por alguno de los aspectos que han caracterizado a la justicia peruana en los últimos tiempos, no se puede concluir sino con una reflexión del mismo signo con la que se iniciaban estas páginas, si bien ahora proyectada en una dirección inversa. Si entonces se decía que el progresivo asentamiento de un régimen penal autoritario y represivo se expandió al compás del proceso de instauración de un régimen político del mismo talante, el recorrido inverso de adaptación del Derecho penal a los perfiles de un modelo democrático y garantista tendrá que ir necesariamente de la mano de un proceso de cimentación y acomodo de los principios garantistas básicos que excede con mucho no sólo a la lógica, sino a las posibilidades mismas que puede ofrecer por sí sola una estricta reforma de la normativa penal. Sin duda el camino que queda por recorrer es largo y complejo y cuáles sean sus vericuetos últimos es una cuestión realmente difícil de pronosticar. Entre los condicionantes de este camino está, sin duda, la propia consolidación del modelo de Estado, la solución de sus propias contradicciones, o, al menos, entrar en el camino de resolverlas, pues no puede pretenderse que el sistema penal, y todas las páginas anteriores sobradamente lo demuestran, pueda considerarse aislado del resto de la realidad constitucional, política y social. Ahora sólo interesa insistir en la idea de que dicho cambio únicamente puede asentarse en la implantación de una cultura jurídica a nivel social que se oriente a la búsqueda de indicadores de *eficacia*, *utilidad* y *eficiencia* sobre un sistema de derechos y garantías del ciudadano. Su punto de partida no podrá ser otro que la idea en torno a que la actitud represora y la tendencia al continuo incremento de penas no es la forma más idónea para luchar contra la delincuencia. Se hace indispensable, en definitiva, una previa tarea de concienciación de la población en torno a que la instauración de un régimen de garantías no es la antítesis de la eficacia, sino justamente su aspecto complementario, tarea en la que desde luego están llamados a jugar un papel fundamental los medios de comunicación así como las instancias a nivel internacional. En tanto no se alcance ese grado de educación psicosocial cualquier revisión legislativa de corte garantista difícilmente podrá escapar del lastre de la impopularidad. No hay mejor prueba de ello que el dato de que el Gobierno transitorio presidido por Valentín Paniagua no haya podido acometer cambios drásticos ni en la legislación, ni en el sistema de administración de la justicia penal. Y que cuando ha intentado hacerlo, la reacción haya abortado el intento. Sirva de ejemplo lo que sucedió cuando por Ley n.º 27472 atenuó la pena y suprimió la cadena perpetua prevista para determinados delitos (violación de menores). La reacción social fue tan fuerte que, como ya se señaló, a los pocos días tuvo que derogar esa modificación.

Quedan en el tintero dos cuestiones en las que sin duda también el Derecho penal tendrá un papel importante que cumplir en el período de cambio iniciado. La primera es la que atiende a una arista distinta de la que hasta ahora se ha abordado. Si en estas

páginas se ha hecho referencia al giro que paulatinamente tendrá que dar el Estado a la política penal que adopte frente a la delincuencia en la que es víctima o, mejor dicho, en la que es víctima la sociedad que representa, habrá que garantizar también una respuesta penal eficiente para los casos en los que el Estado fue el verdugo de las vulneraciones de derechos humanos cometidas durante el período dictatorial. Un primer y fundamental paso en este sentido ha sido la creación de la «Comisión de la Verdad» por Decreto Supremo n.º 063-2001-PCM, de 2 de junio de 2001. Esta Comisión, presidida por el rector de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Salomón Lerner, está compuesta por siete miembros y comenzó a funcionar en el mes de agosto. El plazo previsto para emitir su informe es de dieciocho meses prorrogable por un máximo de otros cinco. Conforme al art. 2 del Decreto, la Comisión tiene como objetivo el análisis del contexto sociopolítico en el que se generó el clima de violencia, el esclarecimiento de los crímenes y violaciones de derechos humanos cometidas tanto por las organizaciones terroristas como por el propio Estado entre mayo de 1980 y el año 2000, la elaboración de propuestas de reparación de víctimas y familiares, la recomendación, entre otras, de reformas legales, instituciones y educativas y, por último, el establecimiento de mecanismos de seguimiento de sus recomendaciones. Debe advertirse que esta Comisión no es un órgano jurisdiccional ni tiene atribuciones de esta índole, por lo que obviamente su actuación no sustituye ni impide la apertura de los correspondientes procedimientos penales. No obstante, la posibilidad que tiene la Comisión de entrevistar y solicitar información de cualquier persona o institución y practicar otras diligencias que considere pertinentes (inspecciones, visitas, etc.) evidencia la existencia de una clara voluntad política para esclarecer los hechos.

Una segunda reflexión es que el paulatino asentamiento de las garantías penales ha de hacerse de modo igualitario si no quiere llegarse a situaciones cuanto menos paradójicas. Algo de esto se ha hecho ya palpable, por ejemplo, en la revisión del caso Lori Berenson, quien debido a las presiones internacionales pudo tener un proceso garantista al que no han tenido acceso otros miembros de organizaciones terroristas. No hace falta demasiada intuición para advertir que en el proceso a Vladimiro Montesinos pueda producirse una vez más la contradicción de que los acusados más conocidos o famosos se beneficien de niveles de garantías que son impensables para la inmensa mayoría de los imputados.

III. EL SISTEMA PENITENCIARIO PERUANO

El artículo 139.22 de la Constitución peruana de 1993 y el art. II del Título Preliminar del Código de ejecución penal establecen que el fin de la pena es la «reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad». La distancia entre este mandato constitucional y la actual configuración del ordenamiento penitenciario y la realidad de las prisiones es sideral y refleja de modo paradigmático la fractura entre el contenido de las leyes y la realidad de su aplicación que, como se apuntaba en la introducción, se agudiza en las repúblicas latinoamericanas.

Como en todos los ordenamientos jurídicos totalitarios, y de ello ya se ha hablado en este trabajo, se ha desconocido absolutamente la separación de poderes y se ha hecho uso del Derecho penal para sembrar el terror. Una de las características más llamativas del sistema jurídico penal totalitario es la existencia de dos «legalidades»: la común, en nuestro caso el Código penal y el Código de ejecución penal, y la excepcional –la del «enemigo»– que se caracteriza por la utilización de la justicia militar y la promulgación de «normas de emergencia». De ahí que las razones de esa distancia sideral entre el mandato constitucional y la realidad no deban buscarse –o no principalmente– en el Código de ejecución penal peruano (en adelante CEP), sino en la legislación de emergencia y en la configuración de una Administración penitenciaria que substancialmente es una auténtica Administración «policia». En el caso del Perú los primeros «enemigos del pueblo» fueron los «terroristas», pero como sucedía en el conocido poema de Bertol Brecht después, cuando estos se acabaron, fue preciso inventar nuevos enemigos que justificasen el entramado represivo y así poco a poco fueron declarando enemigos a los delincuentes contra la propiedad, los «pandilleros juveniles», los delincuentes sexuales, traficantes de drogas, etcétera.

Cuando se abandona un régimen totalitario la reforma penitenciaria es siempre, como ocurrió entre nosotros²⁷, una de las tareas más urgentes. Tres son los puntos principales que ésta debe abordar. El primero, la reforma del marco legal, con el fin esencialmente de acomodar el cumplimiento de la pena privativa de libertad a las exigencias del Estado de Derecho. Se trata de un objetivo prioritario. Pues sólo una vez que se haya alcanzado, al menos substancialmente, cabrá plantear políticas resocializadoras. Cuando al interno se le niegan las garantías más básicas del Estado de Derecho o, en otras palabras, se le trata como «enemigo», es complicado hacerle entender que forma parte de una sociedad y que ha de respetar sus normas básicas de convivencia. El segundo objetivo, sin duda el más complejo, es la reforma de las personas. Esta dificultad ha estado presente en casi todos los procesos de transición: los operadores jurídicos del régimen de libertades –jueces, policía, administración penitenciaria– habrán de ser los mismos que meses antes eran parte integrante de la maquinaria represiva. El tercer aspecto esencial, al que ya se ha hecho en parte referencia, es la cuestión de los «condenados inocentes». Al igual que ya ha ocurrido en materia de terrorismo, donde se estableció una Comisión *ad hoc* que ha revisado más de 600 condenas, debe establecerse un mecanismo de revisión de los procesos de aquellas personas que fueron juzgadas sin las garantías mínimas merced a la legislación sobre terrorismo agravado²⁸.

27. No ha de olvidarse que la Ley General Penitenciaria fue la primera ley orgánica aprobada en España en aplicación del nuevo marco constitucional.

28. Con todo, debe decirse que las revisiones de las sentencias dictadas por los llamados «jueces sin rostro» en juicios militares sumarísimos, tampoco se han caracterizado precisamente por un exceso de benevolencia. Tal vez el caso más emblemático sea el ya referido de la estadounidense Lori Berenson, acusada de colaborar con el MRTA para asaltar el Parlamento. Detenida en 1995, fue condenada a cadena perpetua por un tribunal militar; en el año 2000 el fallo fue anulado. Revisado el proceso, en junio de 2001 ha sido condenada a 20 años de prisión por un delito de colaboración con el terrorismo.

Resultaría paradójico que debido a su menor capacidad de presión política estos internos, en realidad delincuentes comunes, sean a la postre la parte peor parada.

En lo que sigue, se realizará un análisis de las carencias más significativas del sistema penitenciario encuadrándolas en dos grandes grupos: aquéllas que se refieren al sistema de normas (A) y las que conciernen a la situación de los internos en la prisión y a la gestión de los centros penitenciarios (B).

a. *El ordenamiento jurídico penitenciario y su aplicación*

El Código de ejecución penal (Decreto Legislativo n.º 654 de 31-7-91) constituye el texto penitenciario más importante. Sus líneas maestras coinciden con el anterior Código de ejecución de 1985, inspirado en las normativas penitenciarias europeas y especialmente en la Ley General Penitenciaria española de 1979. Al igual que ocurría con el CP de 1991, la reforma del Código de ejecución de 1991 se corresponde con la primera etapa legislativa del «Fujimorismo», en la que aún las aspiraciones totalitarias del régimen se encontraban en estado de gestación. La supresión del juez de vigilancia penitenciaria, figura que había introducido el Código de ejecución del 85, fue sin duda alguna el embrión más importante, y un pequeño anticipo de lo que después sucedería tras la publicación de la normativa de excepción. En realidad a partir de 1992 el Derecho penitenciario real es el que se recoge en esta legislación de emergencia, que *de facto* expulsa al limbo jurídico al Código de ejecución penal.

La función del juez de vigilancia penitenciaria consistía en controlar a la Administración penitenciaria en la ejecución de la pena privativa de libertad y en salvaguardar la efectiva vigencia de los derechos fundamentales de los reclusos. La razón esgrimida por el legislador en 1991 para suprimirlo fueron los frecuentes casos de corrupción por parte de los internos. Esta explicación, pensando en lo que después ocurriría, resulta a todas luces insuficiente, cuando no sarcástica. Aunque sólo sea a título de hipótesis puede pensarse que el juez de vigilancia fue suprimido porque resultaba una figura incómoda, que estorbaba las pretensiones represivas del aparato militar y policial. En definitiva, su desaparición representó uno de los primeros pasos de lo que iba a suceder a gran escala a partir de 1992: la desaparición de la independencia judicial. También en ese instante el Gobierno de Fujimori utilizó el argumento de la corrupción a la hora de destituir a cientos de jueces y magistrados.

En la actualidad algunas de las funciones del juez de vigilancia penitenciaria son cumplidas por los «jueces de reos en cárceles»²⁹, quienes visitan mensualmente el interior

29. El «juez de reos en cárceles» es una figura bastante peculiar. Ante el coste económico y de tiempo que suponía trasladar a los internos en prisión preventiva a la sede judicial correspondiente para celebrar el juicio oral se decidió que fueran juzgados en la prisión. Ello es «lógico» dentro de un proceso penal en el que el acto del juicio oral apenas si tiene importancia y en el que no suele resultar frecuente, por ejemplo, el interrogatorio de testigos.

de los centros penitenciarios y tienen el control sobre la concesión de la semilibertad y la liberación condicional y sobre los permisos de salida. Estos cometidos resultan a todas luces insuficientes para cumplir con las funciones que antaño se encomendaron al juez de vigilancia. Así, por ejemplo, no existe control judicial alguno en la imposición de sanciones, en la progresión y regresión en grado –a excepción de la semilibertad y la liberación condicional– o en la concesión de otros beneficios penitenciarios. Con carácter general puede decirse que el interno se encuentra desamparado ante cualquier acto de la Administración penitenciaria que vulnere sus derechos fundamentales.

Igualmente resulta bastante deficiente la regulación del CEP en lo relativo al régimen de sanciones disciplinarias. Las críticas provienen esencialmente de la ausencia de garantías. Brevemente: además de la ausencia de control judicial a la que se acaba de hacer referencia, la ley no establece proceso alguno para la imposición de las sanciones. Por otro lado, su tipificación adolece en muchos casos de un grado de taxatividad mínimo (ejemplo: «realizar actos contrarios a la moral», art. 25.6 CEP) y en otros no atiende al objetivo principal al que responde el régimen sancionador penitenciario: garantizar la convivencia pacífica de los internos de modo tal que sea posible su resocialización.

Un tercer aspecto criticable es la cicatera regulación de los permisos de salida. El artículo 43 del CEP únicamente establece permisos de salidas en circunstancias excepcionales (enfermedad grave o muerte de un familiar, nacimiento de hijos, etc.). En la mayoría de los sistemas penitenciarios los permisos de salida se conceden ordinariamente a los internos de régimen ordinario con el fin de que no pierdan el contacto con la sociedad e ir preparándolos para su vida en libertad. El que no exista este tipo de permisos dota al régimen penitenciario de una dureza excepcional contraria al *principio de humanidad* en las penas. Algunos de estos defectos se han paliado, al menos parcialmente, con la aprobación en los últimos días del Gobierno de transición del Reglamento del Código de Ejecución Penal por Decreto Supremo n.º 023-2001-Jus (publicado en el Penano el 21-7-2001). La aprobación de este Decreto vino a poner fin a la situación de inseguridad y arbitrariedad que su ausencia generaba, de tal forma que la vida en prisión se determinaba por un conglomerado amorfo de circulares internas, y en última instancia la ejecución de la pena y del régimen penitenciario dependía del talante del director de turno. Entre otros aspectos, son de destacar los arts. 73 y ss. del Reglamento, que completan el catálogo de sanciones disciplinarias contenido en el art. 25 del código, y los arts. 81 y ss. que regulan el procedimiento administrativo para imponer las sanciones disciplinarias «con las garantías del debido proceso». Deben destacarse también los arts. 161 y ss., que detallan el régimen de los beneficios penitenciario y permisos de salida.

La normativa penitenciaria peruana no puede comprenderse, como ya se ha repetido, sin atender a las disposiciones que el legislador promulgó durante la década de los noventa en materia de Terrorismo y Seguridad Nacional al amparo de la Ley n.º 26950, en virtud de la cual, como ya se señaló, se otorgaba al Ejecutivo facultades para legislar en materia de Seguridad Nacional. Este conjunto normativo dinamitó los contenidos más innovadores del Código penal y del CEP y agravó problemas como el de la masificación y el del uso desmedido de la prisión provisional. El endurecimiento de las penas y del régimen de prisión provisional provocó, obviamente, un considerable aumento del

número de internos, con o sin sentencia, en las prisiones. Particularmente importante en este sentido fue la elevación desproporcionada de penas que sufrieron dos figuras tan usuales como el robo agravado (art. 189 del CP) y el tráfico de drogas, incluso en su modalidad de microconsumo³⁰. Por otro lado, las penas excesivas para infracciones que no necesariamente revisten un alto grado de injusto (v.gr. muchas de las modalidades de robo agravado o narcotráfico) impiden que sus autores puedan beneficiarse de las alternativas a las penas privativas de libertad –suspensión de la ejecución de la pena y del fallo– que se establecen en los arts. 57 a 67 del Código penal, destinadas a que no ingresen en prisión delincuentes primarios de delitos con penas inferiores a cuatro años de duración.

La normativa de «emergencia» excluyó igualmente la posibilidad de obtener beneficios penitenciarios (semilibertad y liberación condicional)³¹ no sólo a los autores de delitos de terrorismo y traición a la patria, sino a otros de delitos comunes como los incluidos en el Terrorismo Agravado (art. 8 del Decreto Ley n.º 895) y en la ley contra los delitos agravados (Decreto Ley n.º 896). Esta ley impide que puedan obtener el régimen de semilibertad y liberación condicional los autores de asesinato, secuestro, violación sexual de menor de catorce años de edad, robo, robo con fuerza en las cosas, robo agravado y extorsión. Tal como se señaló en la primera parte del informe el Decreto Legislativo n.º 895 rebajó la edad penal a los 16 años en los casos de Terrorismo Agravado, señalando para los mismos penas de entre 25 y 35 años que habrían de cumplirse obligatoriamente en centros de reclusión de máxima seguridad, con aislamiento celular continuo durante el primer año de condena, prohibiendo también para este grupo de condenados los beneficios penitenciarios.

Conjuntamente a cuanto acaba de señalarse la legislación de emergencia contenía también disposiciones específicas relativas al régimen de cumplimiento de la pena para autores de delitos de terrorismo y de otros delitos comunes calificados de «difícil readaptación». La regulación original, que supone, como ya se apuntó, la respuesta legislativa al momento más álgido del terrorismo (el atentado en Miraflores en 1992)³², disponía un régimen penitenciario extremadamente severo con numerosas restricciones

30. Vid. p. 7 de las estadísticas del Instituto Nacional Penitenciario. Edición I-2001.

31. Aunque es una cuestión puramente técnica debe reseñarse que ni la semilibertad ni la libertad condicional son en realidad beneficios penitenciarios sino más bien partes del sistema progresivo de ejecución de la pena. Su tratamiento como «beneficios» las acerca conceptualmente a premios otorgados por el legislador que tendrían que ver más con el «derecho de gracia» que con el sistema de ejecución de la pena privativa de libertad. Este error técnico tiene sin embargo importantes repercusiones prácticas en cuanto que permite justificar con mayor facilidad el que determinados autores puedan ser excluidos de su aplicación.

32. Las normas más importantes son los Decretos Legislativos n.º 25475 de 6 de mayo de 1992, y n.º 25755 de 27 de septiembre de 1992 y el Decreto Supremo n.º 003-96-JUS. Debe señalarse que esta regulación consagra dos regímenes distintos de máxima seguridad: el previsto para los terroristas *strictu sensu* y el estipulado para los internos de difícil adaptación. Aunque ambos sistemas contenían aspectos diversos, comparten la severidad excepcional del régimen penitenciario. Igualmente la primera legislación estableció que los máximos dirigentes de Sendero Luminoso y del MRTA habrían de cumplir la pena en una prisión militar a la que sólo recientemente han tenido acceso las autoridades civiles.

en el régimen de visitas, permisos, acceso al patio (en el mejor de los casos 4 horas, lo que sólo puede alcanzarse tras varios años de prisión), visitas íntimas, trabajo y educación. Esta extraordinaria severidad afectaba también a los internos más jóvenes (16 a 25 años), pues el Decreto Legislativo n.º 895 además de prohibir la concesión de beneficios penitenciarios, imponía un régimen con aislamiento celular durante el primer año de condena. Debe reseñarse, sin embargo, que paulatinamente este régimen de máxima seguridad se ha ido relajando, a veces como consecuencia de modificaciones legislativas y en otras ocasiones por situaciones de hecho, motivadas por las presiones efectuadas por los internos, sobre todo por los condenados por delitos de terrorismo.

De cuanto hasta ahora se lleva dicho, pueden extraerse algunos puntos claves para la esperada reforma y básicos para el afianzamiento de las garantías del Estado de Derecho. El primero de ellos, la reinstauración del principio de legalidad, ha sido cumplimentado en los últimos días del Gobierno de transición al aprobarse el ya citado Reglamento de Código de ejecución penal, con objeto de poner punto y final a la situación de anomia y caos normativo. Es de destacar el contenido de sus artículos 3 y 4. Conforme al primero, la ejecución de las penas se llevará a cabo respetando los derechos fundamentales de la persona consagrados en la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales sobre la materia y el ordenamiento jurídico peruano. Conforme al artículo 4, toda persona privada de libertad continúa formando parte de la sociedad como miembro activo y tiene los mismos derechos que el ciudadano en libertad, con las únicas limitaciones que le impone la ley y la sentencia.

El segundo punto es garantizar el control judicial de la Administración penitenciaria, lo que supone reintroducir la figura del juez de vigilancia otorgándole competencias, al menos, en relación con aquellos actos de la Administración que puedan implicar una vulneración de derechos fundamentales. Éste sigue siendo el defecto más importante del Reglamento penitenciario, que establece un control judicial mínimo en la ejecución de la pena³³. Ni en las progresiones o regresiones de grado, ni en la imposición de sanciones existe posibilidad de recurso ante los tribunales de justicia.

El tercer punto básico, obviamente, es la supresión de la normativa de emergencia. Pues no se trata únicamente de disposiciones que impiden cualquier política resocializadora, sino que si sumamos los distintos mecanismos represivos consagrados se obtiene un régimen penitenciario cercano, cuando no coincidente, con la noción de «trato inhumano y degradante».

33. Conforme al art. 262 del Reglamento Penitenciario «la Dirección Regional de Penas limitativas de derechos informará mensualmente al juez de origen sobre el cumplimiento de la pena impuesta, adjuntando el reporte, según el caso, de la Entidad Receptora de Servicios a la comunidad o de limitación de Días Libres».

b. *La realidad penitenciaria*

Tras la exposición de los rasgos más destacados de la legislación penitenciaria, corresponde seguidamente situarse en el plano de la realidad de las prisiones y de su gestión. Las cárceles peruanas tienen una población de 27.216 internos y una capacidad óptima de ocupación que se sitúa en torno a los 19.000, por lo que evidentemente el primer problema que aparece es el de la masificación, que aunque generalizada presenta una intensidad muy variable. De hecho, de entre las «regiones» penitenciarias en que está dividido el país, Lima es la única en la que la sobrepoblación resulta realmente alarmante, con 6 puntos de ocupación superior a su capacidad. La situación de masificación es especialmente dramática en el penal de Lurigancho (Lima), uno de los centros penitenciarios más superpoblados de toda Latinoamérica. Debe subrayarse, además, que la superpoblación no se debe al hecho de que el Gobierno de Alberto Fujimori no haya realizado inversiones públicas con el fin de crear nuevos centros, pues en la década de los noventa se construyeron un número relativamente alto de establecimientos. Las causas son algo más complejas. Los nuevos centros fueron construidos en lugares alejados y a veces de difícil acceso, pues se trataba fundamentalmente de centros de máxima seguridad en donde la ubicación representaba una pena adicional a la privación de libertad. Algunos de ellos, como el de Challapalca, fueron ubicados en zonas que por su altitud generan numerosos problemas de salud a los internos. Por otra parte, ello resulta difícilmente compatible con el contenido del texto constitucional, y en particular, con su artículo 139.21, que consagra «el derecho de reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados». En estas circunstancias la solución del problema de la masificación no resulta nada sencilla. Reubicar a muchos internos que cumplen su pena en la ciudad de Lima equivaldría *de facto* a un empeoramiento de sus condiciones, pues supondría romper todo vínculo con su entorno social³⁴.

El problema de la masificación debe ponerse en conexión igualmente con el elevado número de internos sin condena (55,3%) que supera cuantitativamente al de condenados³⁵. Las causas de este alto número de preventivos se encuentran en una utilización indebida de la prisión provisional, hecho que por cierto no descansa exclusivamente en un problema legal, es decir, en una mala regulación de esta institución en el Código procesal penal, ni tampoco en una lentitud excesiva de los procesos. Es más, cuando se aborde la reforma del proceso penal con el fin de adaptarlo a las garantías constitucionales del debido proceso es casi seguro que su duración se alargará, lo cual puede agudizar el problema. El abuso de la prisión provisional descansa

34. Como ya se indicó, hasta ahora en el Perú el problema de la masificación se ha tratado de resolver a través de la concesión de indultos masivos. El año pasado fueron indultados 2.000 internos, lo que contrasta con el «promedio» de indultos en situaciones de normalidad que se estimaba en torno a 70 por año. Esta práctica no viene sino a confirmar el carácter totalitario del régimen de Fujimori, con la omnipresencia del Ejecutivo en todos los tramos de la justicia penal.

35. Vid. estadísticas del Instituto Nacional Penitenciario que se citaban en nota 29.

en factores más complejos. En primer lugar, lo elevado de las penas en los delitos patrimoniales hace que el riesgo de fuga –el motivo más importante que puede llevar a un juez a decretar la prisión preventiva– sea elevado. En segundo lugar, existe una tendencia a utilizar esta institución aun cuando no exista material probatorio suficiente para inculpar a una persona. Resulta sintomático en este sentido que un 41% de los internos tiene un promedio en prisión de entre dos días y un año. Esta cifra no se debe a que se impongan en las sentencias penas cortas de libertad, sino al uso de la prisión preventiva. La secuencia es la siguiente: se ordena alegremente la medida cautelar y poco después se decreta la libertad por falta de pruebas. En conexión con lo anterior resulta significativo observar cómo la mayoría de los internos sentenciados lo están por penas muy largas: sólo el 21% está condenado a penas inferiores a cinco años³⁶. En realidad, como lúcidamente pone de relieve Zaffaroni, en los países latinoamericanos la verdadera pena es la prisión provisional, que además se impone exenta de garantías³⁷.

Por lo que se refiere al estado de los establecimientos penitenciarios debe reseñarse que en general la situación de las prisiones es bastante deficiente. Sólo un 17,5% de los centros se encuentra en un estado aceptable³⁸. Igualmente también resultan deficientes la alimentación, higiene y asistencia sanitaria. Salvo situaciones excepcionales el trabajo penitenciario apenas si existe de modo organizado. La mayoría de los internos que realizan alguna actividad desarrollan tareas manuales (artesanía, confección de calzado...), que de poco han de servirles cuando recuperen la libertad. Ellos mismos compran las herramientas y los materiales. En realidad para muchos el trabajo es cuestión de auténtica subsistencia, con la cual se proveen de recursos, aunque mínimos, para sobrevivir en la prisión. La comercialización de los productos confeccionados por los internos es muy precaria. La deficiente actuación de la Administración en este punto no se debe únicamente a los problemas económicos, sino por la mala gestión. Como botón de muestra debe indicarse que gracias a la cooperación peruano japonesa se hicieron grandes inversiones en talleres y maquinaria que jamás se han utilizado.

La defensa legal de los internos es otro de los problemas a destacar. Este problema no tiene sólo una vertiente legal, pues la falta de asistencia e información jurídica genera notables problemas de angustia y ansiedad. Aunque el CEP obliga a la Administración penitenciaria a atender gratuitamente las consultas que realice el interno y sobre todo a «la defensa del interno indigente», lo cierto es que el número de abogados que pueden realizar esta labor es insignificante: sólo existen 61 abogados para los 82 establecimientos penitenciarios y los 27.216 internos. Otra alternativa que se ha intentado poner en funcionamiento, pero que igualmente ha fracasado, es que la asistencia legal se preste en régimen de prácticas por los alumnos de los últimos cursos de la carrera

36. Pueden encontrarse cifras más detalladas en el Informe de la Defensoría del Pueblo n.º 29 «Derechos humanos y sistema penitenciario. Supervisión de Derechos Humanos de Personas Privadas de libertad, 1998-2000». Lima, 2000, p. 33.

37. Vid. *Códigos penales de los países de América Latina*, op. cit., p. 25.

38. En lo que sigue, para más detalles, vid. el Informe citado en la nota 34.

de Derecho. En cualquier caso, y por lo que se refiere a la previsión del CEP, lo cierto es que la figura del asesor legal resulta problemática. Difícilmente puede pensarse en una asistencia legal adecuada si ésta se realiza por funcionarios que pertenecen a la misma institución ante la cual se deben presentar las quejas.

El sector de la Administración pública que tiene como misión ejecutar la pena privativa de libertad y gestionar los centros penitenciarios es el INPE (Instituto Nacional Penitenciario). No obstante la realidad es otra. Mucho más de la mitad de los establecimientos son gestionados por la policía, lo que tiene su origen en que los centros penitenciarios fueron declarados en situación de emergencia durante la década de los noventa. En cualquier caso debe señalarse que la lamentable situación en que se encuentra esta institución hace muy complicado que pueda pensarse en una normalización de la misma a corto e incluso a medio plazo. En algunos centros penitenciarios en los cuales se ha planteado el traspaso de poder los internos han presionado para seguir en manos de la policía.

El INPE es una de las instituciones de la Administración pública peruana con mayor grado de desprestigio social. Las causas son varias y no todas provienen de la época de Fujimori. En primer lugar, esta institución no ha conocido ningún período de estabilidad en su dirección y sus presidentes se han sucedido a un ritmo vertiginoso. Ello ha provocado que en realidad la gestión haya estado en manos de multitud de «camarillas» y de grupos de presión. La inestabilidad en la cúpula se corresponde con la movilidad de los funcionarios, en especial de aquéllos que ocupan puestos de responsabilidad, como es el caso de los directores de centros penitenciarios. Este factor tiene una importancia singular. Como antes indicaba, el ordenamiento penitenciario peruano está altamente deslegalizado, es decir, se deja amplios márgenes de discrecionalidad al director de cada centro. Este hecho unido a lo anterior provoca que no exista ninguna continuidad en la gestión y en los programas que se realizan en los centros.

Tampoco es posible encontrar algo parecido a una carrera administrativa. De un día a otro puede pasarse de ser director de un establecimiento penitenciario a conserje. Existen también numerosos problemas en la gestión de recursos humanos derivados de una normativa caótica. Los sueldos son bajísimos, alrededor de tres veces menos de lo que cobran los agentes policiales que realizan las mismas funciones. Resulta obvio señalar que los funcionarios están desmotivados. La gestión está además tremendamente burocratizada: desde solicitar una bombilla hasta la formación de los expedientes que los internos necesitan para acceder a los beneficios penitenciarios todo lleva multitud de trámites. En este caldo de cultivo no es de extrañar que la corrupción germine con fuerza.

Otro gran problema del INPE es el formativo. La mayoría de sus miembros se sienten más policías que funcionarios penitenciarios. Resultaría difícil que el visitante de una prisión, sin preguntar, distinguiera entre qué centros penitenciarios están en manos de la policía y cuáles pertenecen a la Administración. El nivel cultural de estos funcionarios suele ser además bastante bajo. Resulta dudoso que conozcan incluso la normativa penitenciaria básica. Los casos de tortura y malos tratos a internos son más frecuentes en los centros penitenciarios que gestiona el INPE que en los asumidos por la policía. En

la actualidad la Escuela de Estudios Penitenciarios se encuentra cerrada por problemas presupuestarios. En sus últimos años de funcionamiento la formación proporcionada era estrictamente castrense.

A partir de cuanto se lleva dicho hasta ahora no es difícil imaginar cuál es el estado de las prisiones. En algunas de ellas no se sabe el número exacto de internos que existen, ni en qué pabellón o celda se encuentra cada interno; lógicamente tampoco se hacen recuentos. *De facto* la organización de los centros se autogestiona por los internos, en algunos casos son ellos los que deciden por ejemplo qué lugar le corresponde ocupar al interno que llega. *Per se* este sistema no tiene por qué ser negativo, e incluso en el futuro debería pensarse en utilizar esta cultura autogestionaria. No obstante, y con bastante frecuencia, este sistema degenera en que la vida en prisión sea dominada por «mafias» y grupos organizados de poder. El interno que desee seguridad en la prisión debe contar con ellos. Esta descripción puede variar lógicamente de centro a centro y modificarse más o menos dependiendo de quién ocupe la dirección.

El CEP dedica un capítulo entero a regular la asistencia y el apoyo a los reclusos que han abandonado la prisión, sin embargo no existe política pública alguna en este ámbito. Esta circunstancia, ya de por sí negativa, se acrecienta cuando se conecta con la realidad económica que vive el país. Si cualquier ciudadano tiene problemas para encontrar un puesto de trabajo, el ex recluso casi tiene el acceso denegado. Ni que decir tiene que ello dificulta su reinserción y le obliga a continuar su carrera delictiva.

Resulta mucho más complejo arbitrar soluciones para corregir la realidad penitenciaria a la que acabamos de referirnos que para modificar las normas, sobre todo si se tiene en cuenta su coste económico en un país que atraviesa un importante período de crisis. No obstante, debe señalarse que el solo acomodo del Derecho penal al *principio de proporcionalidad y resocialización* mitigará, en una suerte de efecto dominó a la inversa, algunos de los problemas como el de la masificación. Así por ejemplo una reducción de las penas en los delitos patrimoniales llevaría a la excarcelación de muchas personas por aplicación del principio de *retroactividad favorable*, otras saldrían de la prisión al serles aplicados los beneficios penitenciarios, la prisión provisional se usaría más comedidamente, etc.

Igualmente también en este ámbito es muy complicado predecir cuáles van a ser los «tiempos de la reforma». Incluso en países con alto grado de cultura constitucional y de respeto a los derechos humanos la mejora de las prisiones y la humanización del régimen penitenciario suele encontrar un fuerte rechazo social, ya que se trata de realizar una política pública que favorece precisamente a ciudadanos que han infringido las normas más básicas de convivencia. El que la conducta delictiva se desencadene en muchos casos debido a problemas sociales y económicos es algo que se suele olvidar en este momento, lo que resulta por otra parte comprensible si se piensa que muchas de las víctimas pertenecen al mismo estrato social del agresor. Siempre existirá por tanto una parte más o menos importante de la sociedad que piense que los recursos públicos deben asignarse a otros fines prioritarios. Este problema, con el que toda reforma debe contar, es de prever que se agudice considerablemente en el Perú. La historia legislati-

va reciente propicia que en la actualidad exista una estrecha conexión entre la reforma penitenciaria y el problema del terrorismo y la inseguridad ciudadana, hasta el punto de que ambos términos, tal como se ha señalado repetidamente, han sido refundidos conceptualmente por el legislador. En este contexto, toda reforma penitenciaria de signo garantista puede ser interpretada por amplios sectores sociales como un signo de debilidad ante los que han sido considerados «enemigos del pueblo» o, si se quiere, ante personas que *de facto* han perdido su *status* de ciudadanos³⁹. Repárese además en que una vez que ha desaparecido el terrorismo la «superación del pasado» descansa en gran medida en la política penitenciaria. En este contexto resultará un factor de gran importancia cuál sea la actitud que adopten los miembros de Sendero Luminoso y el MRTA; es decir, si existe un definitivo «adios a las armas»⁴⁰.

39. Prueba de ello es que el Gobierno de transición de Valentín Paniagua ante la presión de la opinión pública retiró en marzo del presente año un anteproyecto de Decreto Legislativo con el fin de generalizar el régimen de beneficios penitenciarios.

40. De nuevo un ejemplo: el reciente Decreto Legislativo de 23 de marzo en el que se concede a los directores de establecimientos penitenciarios de máxima seguridad la posibilidad de restringir determinados derechos de los internos, lo que supone un paso atrás en la política penitenciaria del Gobierno. Esta última disposición responde a la tensa situación vivida durante las primeras semanas del mes de marzo del presente año en el penal de Yanamayo donde los internos del MRTA se hicieron con el control del centro.