

CONFERENCIA

ENFOQUES DEL MODERNO SISTEMA PENAL

AUTORES: DR. TOMÁS EDILBERTO GUZMÁN BENAVIDES

DRA. ALICIA SUSANA LÚCAR BAZÁN

Los comentarios que seguidamente formularemos en torno al tema enunciado, constituyen apreciaciones de carácter general, inspiradas fundamentalmente, en criterios que a título personal hemos venido elaborando en relación con los graves problemas que afectan al Derecho Penal Sustantivo; y que, en el caso específico de la sociedad peruana, asumen proporciones de evidente crisis. En este sentido, superan situaciones próximas, que en el curso de las últimas décadas se produjeron en otras sociedades latinoamericanas, que a diferencia de lo que ocurre en la nuestra, identifican nítidamente el problema, y por lo menos, pretenden tratarlo, aplicando modernos mecanismos.

En el caso del Perú, entendemos que esos problemas, se han sobredimensionado, debido al persistente empeño mostrado por nuestros penalistas ortodoxos, quienes de ésta manera, pretenden mantener un aparente "equilibrio conceptual", "pendulando" entre la dogmática y el positivismo (a tenor de las opiniones expresadas por Luis Marcó Del Pont, en su enjundioso Manual de Criminología, 1997, Ediciones Jurídicas), superado hace más de medio siglo.

Conviene aclarar que las ideas que expresaremos a continuación, son el resultado de nuestra constante preocupación en torno al accionar de los mecanismos de control social (especialmente el formal), que impiden la vigencia plena de garantías constitucionales de insoslayable cumplimiento. A riesgo de ser reiterantes, afirmamos que nos estamos refiriendo a garantías que deben ser observadas rigurosamente en un Estado Democrático de Derecho. Evidentemente, ello debe ser así, si es que lo que se pretende es alcanzar

solución eficaz y oportuna a los conflictos, que siendo consustanciales a toda sociedad humana, afectan a la nuestra; y que, al ser deficientemente tratados, ponen en riesgo la convivencia pacífica que debe existir en ella.

En este orden de ideas, las instancias formales, con errático proceder, pretenden soslayar trastornos sociales que peligrosamente nos están ubicando ante la posibilidad de evidentes **situaciones de anomia**. Estas, no son otra cosa, sino el resultado de una clara disconformidad de las grandes mayorías nacionales con el accionar de las agencias que integran la reacción social de tipo institucional, sobretodo, las jurisdiccionales, que constituyen la parte más sensible y visible del problema. Sin lugar a dudas, esas grandes mayorías nacionales, afectadas por severos problemas económicos y sociales, no se sienten amparados por el Derecho Penal Sustantivo, o bajo la cobertura de una mínima administración de justicia, que la reclaman adecuada a su situación social.

Consecuentemente, existe todo un inquietante panorama que suscita encendida polémica sobre el Derecho Penal y de lo que de él se espera en un futuro inmediato y mediato. Son sumamente elocuentes al respecto, las preguntas que se formula el maestro Lorenzo Morillas Cueva, distinguido Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Granada, en su: *"Reflexiones sobre el Derecho Penal del Futuro"*. Así, sobre la crisis del Derecho Penal (que en los países centrales puede ser considerada como hipotética, pero que en los periféricos como el nuestro, es una realidad), se pregunta: **"¿Es el sistema penal como tal, el que está en debate, o su concepto más tradicional?, ¿Son acaso anquilosadas y en muchos casos caducas, sus formas de reacción?, ¿Es su restringido ámbito territorial de aplicación, desfasado en un contexto económico, social y cultural cada vez más globalizado, cada vez más internacionalizado?, ¿Es depauperado su mecanismo estructural frente al avance de las nuevas tecnologías?, ¿Es su, a veces desproporcionada utilización, ocultadora de**

determinadas realidades, ignominiosas para el Estado Democrático y de Derecho?". Luego, en el mismo orden, se pregunta: **"¿Tiene realmente futuro el Derecho Penal?, y, en caso afirmativo, ¿cuál es ese futuro".**

EL DERECHO PENAL TRADICIONAL

Con relación a tales interrogantes, en primer término, es nuestra opinión, que lo que está en crisis en el Derecho Penal, y lo que fundamentalmente produce esa crisis, es **la persistente actitud de mantener la vigencia del Derecho Penal tradicional y el concepto y objeto que éste ha venido generando, fundamentalmente, a partir del advenimiento del Estado Absolutista como consecuencia de la crisis del Estado Feudal.**

La identificación más cabal de ese Derecho Penal tradicional, se alcanza, consideramos, con el advenimiento del enfoque sociopolítico de la criminalidad, del que surge la Criminología Crítica, o *Contemporánea*, o *Nueva*, o *Radical* o *Politología del Delito*, según las precisiones de caracterizados criminólogos latinoamericanos, especialmente Oswaldo Pérez Pinzón, expuestas en su Tratado de Criminología, 1987, Editorial Temis. Es de ésta nueva forma de buscar las causas del delito, que la Criminología se convierte en el instrumento crítico por excelencia del Derecho Penal Tradicional; que, como consecuencia, pone de manifiesto sus más peligrosas limitaciones. Qué duda cabe de su carácter selectivo, de que genera más violencia, de la que moviliza el conflicto que genera su intervención, que en resumen, no constituye solución a ningún problema, y que, por el contrario, los crea.

Empero, ingresando plenamente al tema que nos convoca, conviene poner énfasis en el hecho de que hayamos identificado esta modesta exposición, con el análisis de enfoques, no de un Nuevo Derecho Penal, sino de un MODERNO SISTEMA PENAL. Y aquí, nuevamente, retornamos a otro de los importantes resultados emergentes de la Nueva Criminología.

No podemos seguir girando en torno a la anacrónica posición preeminente de el Derecho Penal Sustantivo, y como consecuencia de ello, seguir considerando a las restantes disciplinas jurídicas allegadas, tales como, el Derecho Procesal Penal, el Derecho Penitenciario y la Criminología, como disciplinas destinadas a sustentar dogmáticamente la preeminencia antes anotada.

Sostenemos que tal preeminencia, NO EXISTE. Nos preguntamos **¿qué podría ser el Derecho Penal Sustantivo, especialmente, en cuanto se refiere al catálogo contenido en su parte especial, sin el auxilio del Derecho Procesal Penal, el cual permite su aplicación a través de la investigación sobre la existencia o no de una infracción penal y la clarificación de supuestas responsabilidades de quiénes resultan vinculados a título de autores, coautores o cómplices en tales conductas?** Y a su vez, **¿qué lograríamos de beneficio para la sociedad, con una declaración de culpabilidad (en el caso que de ello se tratase) y de la determinación de la punibilidad, sin la fase más importante que es la ejecución de la pena, bajo las regulaciones del Derecho de Ejecución o Derecho Penitenciario?**

En relación con todo lo antes expuesto, resulta innegable, la ubicación y trascendencia de la Política Criminal, de la que tienen que surgir, la determinación de procedimientos y objetivos que una sociedad determinada precisa identificar para alcanzar éxitos en el manejo de la criminalidad.

Pero para que la Política Criminal no se pervierta con la incursión de los intereses que generalmente moviliza y maneja el Control Social, especialmente en sociedades como la nuestra, ésta disciplina científica, sólo puede constituirse como tal, con los aportes que le suministra una moderna Criminología, que por supuesto, no desestima la concurrencia, aún tangencial, de las explicaciones que se elaboraron dentro de los previos de la Criminología Tradicional. Porque, si bien es cierto, la inmensa mayoría de conductas descritas en el catálogo penal como típicas (delitos patrimoniales, delitos de "cuello blanco" y criminalidad

organizada preferentemente, delitos económicos, delitos ecológicos, delitos tributarios, delitos cometidos por funcionarios públicos, etc.) sólo tienen explicación adecuada bajo los alcances de la Nueva Criminología o Criminología Contemporánea; no es menos cierto el hecho de que, en algunas expresiones de los llamados delitos naturales, pueden tener cabida, las explicaciones que tienen que ver con los enfoques biológicos, antropológicos, psicológicos y sociológicos que se ubican en la Criminología Tradicional y en su prolongación moderna, identificada como la Criminología Clínica.

Sin embargo, nos quedaríamos cortos, si pretendiéramos solo mencionar, a la Moderna Criminología, porque, es indudable, que la Política Criminal, requiere del aporte indiscutido del tratamiento científico de los Derechos Humanos. Ningún éxito podría alcanzarse bajo el mantenimiento del criterio positivista de la criminalidad, que implica, tratar selectivamente al miembro de una sociedad humana en función del bien de la mayor o menor importancia del bien jurídico tutelado agredido, o, en función de la mayor o menor "dañosidad" (como precisan algunos autores) de la conducta desviada, crimen o delito materia de tipificación y enjuiciamiento. El ser humano, infractor o no, seguirá teniendo todos los derechos y garantías que esa condición le proporciona, sea cual fuere la conducta que ha desplegado y los perjuicios que hubiere originado con ella, a la sociedad o a su representación organizada que es el Estado.

No podemos dejar de lado, la concurrencia de la Sociología. No por nada, Sociología y Criminología, adquirieron textura científica coetáneamente a partir del siglo XVIII.

A todo lo expresado se agrega, la INCURSIÓN casi estrepitosa de la Economía en la explicación de la criminalidad y en el tratamiento de ella. Los avances de la ciencia y la tecnología, contribuyen a convertir en casi innegable, la necesidad de considerar las implicancias económicas, llámese costo – beneficio de la conducta desviada, delito o crimen. Y no sólo en el análisis de esos productos sociales, sino, aún, en las soluciones de la Política Criminal para el tratamiento y

manejo de la criminalidad. Estamos convencidos, de la importancia que para las sociedades modernas tiene, el determinar si conviene o no procesar determinadas conductas típicas. De allí, el interés social que conlleva la aplicación, por supuesto adecuada, de los llamados CRITERIOS DE OPORTUNIDAD. Consecuentemente, resulta incuestionable, la validez de concepciones tales como la llamada Economía del Crimen, que suscriben Andrés Roemer y otros.

EL SISTEMA PENAL: SU FUNDAMENTACIÓN

En síntesis, cuando hablamos de SISTEMA PENAL, nos referimos a un conjunto integrado por diversas disciplinas jurídicas que tienen como común denominador, el objeto de trabajo de todas ellas, que es, LA CRIMINALIDAD. Así, conforman el sistema, en condición de SUBSISTEMAS: el DERECHO PENAL SUSTANTIVO, EL DERECHO PROCESAL PENAL Y EL DERECHO PENITENCIARIO. Estos tres subsistemas, son manejados en cuanto a objetivos, por la Política Criminal, que en condición de SUBSISTEMA, es nutrido por los subsistemas CRIMINOLOGÍA Y DERECHOS HUMANOS, siendo evidente, que en un futuro poco menos que inmediato, también sea considerada, dentro de éste sistema, a la ECONOMÍA.

Es conveniente poner énfasis en el hecho de que, si bien resulta poco menos que imposible, determinar dónde termina el campo de trabajo de uno y se inicia el otro; esta situación especial no afecta la autonomía que cada una de éstas disciplinas mantiene inalterable. Lo expuesto, nos permite sostener que cualquier reforma que se introduzca en cada uno de los subsistemas, necesariamente debe estar concordada con los planteamientos de los otros.

La ausencia de la concordancia imprescindible que se anota, sin lugar a dudas, produce la ineficacia de cualquier medida que se aplique en forma unilateral. Aquí se establecería la causa del fracaso de todas las reformas que se han

producido en materia de tratamiento, manejo o control de la criminalidad a lo largo de toda la vida republicana del Perú. Suponemos, que lo mismo ocurrirá en el Código Procesal Penal promulgado el 2004, cuyas instituciones no han sido concordadas, dentro de una científica pero generosa Política Criminal, con el Derecho Penal Sustantivo y con el Derecho Penitenciario, que, para efectos de la determinación precisa de los objetivos de la pena, constituye la parte más sensible del problema.

LA PERMANENCIA DEL DERECHO PENAL

Tratar del futuro del Derecho Penal, es evidentemente, referirnos a su propia permanencia. Es, en este sentido, que es permisible sostener, que la permanencia del Derecho Penal, comprendido con los alcances del Sistema Penal ya analizado, queda asegurada, por lo menos, en tanto que no exista otro sistema que cubra la necesidad social de proteger los valores fundamentales de la sociedad que es, precisamente, la fundamentación que sostienen el Derecho Penal actual.

De acuerdo con los planteamientos del Derecho Penal Mínimo, pese a que el propósito final es el de eliminar los defectos que acusa el Derecho Penal Tradicional (selectividad, violencia, gestación de las cifras oscuras de la criminalidad, etc.)

Las predicciones que durante siglos se han hecho, desde distintas posiciones ideológicas, acerca de una supuesta desaparición de la Ciencia Penal, han venido fracasando sucesivamente, debido a los propios errores que incluían tales proposiciones. Indudablemente, ello es lo que, le permite afirmar a Klaus Roxin (Dogmática Penal y Política Criminal, 1998, IDEMSA): " *No será posible una supresión del Derecho Penal, el Derecho Penal todavía existirá dentro de unos cien años*".

Si bien el tiempo que propone el maestro alemán antes citado, en la actualidad se está mostrando excesivo, el hecho es que, pese a que desde diversas

corrientes de la Criminología contemporánea (Neorrealismo de Izquierda, Abolicionismo y Derecho Penal Mínimo), se concluye en la necesidad de sustituir el Derecho Penal tradicional por otro que no contenga los desajustes sociales que aquél presenta. Al respecto conviene levantar cargos excesivos que se han planteado al Abolicionismo (por lo menos de acuerdo a la óptica actual con que se le maneja en los países del norte de Europa). Esta corriente, no pretende constituir una sociedad donde no haya un sistema punitivo. Lo que se pretende es ABOLIR LA CÁRCEL y CAMBIAR LOS MECANISMOS TRADICIONALES DE CONTROL SOCIAL para eliminar la preferencia negativa que el Derecho Penal tradicional establece con respecto al manejo de la criminalidad ubicada en los sectores desprotegidos por la fortuna. Se trata, de procurar una definición que responda a los intereses de todos los sectores de la sociedad, y que opere en función de intervenciones de tipo comunitario.

El inconveniente que plantea el Abolicionismo, es que propone una eliminación inmediata del Derecho Penal tradicional, objetivo, que se está procurando alcanzar a través de trabajos que se vienen realizando intensivamente, en los países nórdicos europeos. Pero, en el entendido, de que la criminalidad europea, no tiene nada que ver con la criminalidad en los países periféricos (según la denominación de Zaffaroni), este mensaje, no tendría posibilidades de ser aceptado en las sociedades latinoamericanas. Es de entenderse, que el pretender eliminar el sistema penal tradicional en nuestros países, dejaría al desamparo, precisamente, a los mayoritarios sectores sociales que se trata de proteger con el cambio del sistema.

Es decir, de lo que se pretende, es un cambio progresivo, que permita la sustitución final en el momento que se cuente con el nuevo sistema, que se proyectaría establecer.

Bajo esta perspectiva, la solución apropiada, consiste en la aplicación de los principios que plantea el Derecho Penal Mínimo, que sustenta como herramienta básica, la POLÍTICA CRIMINAL ALTERNATIVA.

Con ésta concepción, lo que se pretende en el fondo, es reducir los espacios del catálogo penal tradicional. Es decir, se propone un PROCESO DE DESCRIMINALIZACIÓN, que no implica, dejar sin sanción las conductas lesivas a los intereses de la sociedad, sino por el contrario, buscar una solución, adecuada, coherente, pronta y eficiente al conflicto generado por la infracción de la norma en otros espacios del Derecho.

EL DERECHO PENAL Y LA GLOBALIZACIÓN

Existe casi consenso, respecto a que, uno de los problemas que tendrán que verse a muy breve plazo a través del sistema penal, es el que va a resultar de las corrientes globalizantes que sacuden al mundo moderno, y a la incidencia de éste problema en el respeto a los DERECHOS HUMANOS.

Aquí se presentan, importantes dificultades, en principio, debe reconocerse que el Derecho Penal tradicional, está asentado sobre sólidos conceptos de soberanía nacional, con los que la concepción general de la globalización, de hecho, va a colisionar.

De otro lado, el acelerado movimiento económico que genera la globalización, de no adoptarse las medidas del caso, aceleraría la desigualdad social y económica que deja como consecuencia, LA SELECTIVIDAD del Derecho Penal sustantivo.

Convenimos, que se trata de un problema sumamente complejo, cuyo análisis no está concluido, y que, tendrá que ser analizado en función de preceptos económicos, situaciones culturales, manejos políticos, y concepciones jurídicas.

Frente a éste panorama, cabe preguntarse, qué papel desempeñará el Derecho Penal. Es de entenderse, que la globalización, generará la mundialización de determinadas manifestaciones delictivas (delincuencia general organizada, el terrorismo, consumo de drogas, etc.). En suma, tendremos una globalización del crimen, que a su vez, necesitará de una globalización de las respuestas para éste fenómeno. El alcanzar este último objetivo no es simple, se producirán sin

lugar a dudas, incidencias notables que no podrán ser solucionadas con las fórmulas más radicales. Como dice el profesor Terradillos Bassoco, ***“la globalización difícilmente permitirá hablar de una Política Criminal unitaria, al menos, coherente y justa”***. A decir de Roxin, él no cree, que en las próximas décadas, un Código Penal Europeo, reemplace a los ordenamientos jurídico-nacionales. Si ese es el caso de la situación europea, con mayor razón resulta preocupante el problema, en realidades como las que plantean las sociedades latinoamericanas.