



UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO
FACULTAD DE DERECHO



TESIS

**“ANÁLISIS DEL INDULTO EN EL CASO DEL INGENIERO ALBERTO
FUJIMORI FUJIMORI”**

BACHILLER:

CHUQUE FLORES, Elna Violeta,

ASESOR: MG. TEÓFILO RAMÓN ROJAS QUISPE

Chiclayo- Perú- Mayo- 2018

Localidad e Institución donde se desarrolló la investigación

Región – Lambayeque

Tiempo estimado que ha durado la investigación

1 Año

Fecha de Inicio

01 de mayo 2018

Presentado por:

Autor

Bach. Elna Violeta Chuque Flores

Asesor

Mg. Teófilo Ramón Rojas Quispe

Aprobado por Jurado:

Presidente

Dr. Lito Roswell Becerra Angulo

Secretario

Dr. José Luis Chanamé Parraguéz

Vocal

Mg. Belu Fiorella Pérez Dávila

DEDICATORIA

Al gran amor de mi vida, por su apoyo incondicional durante estos seis años de mi carrera, ya que sin su ayuda me hubiera sido imposible lograr esta misión, a mis pequeños amores que son la razón de mi existencia y superación, para quienes soy y seré un ejemplo de vida.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios infinitamente por darme fuerzas necesarias, para vencer los obstáculos y dificultades presentados en mi vida, guiándome por el sendero del bien y lograr ser una profesional en el derecho al servicio de la sociedad.

ABSTRAC

El indulto está incluido en la Constitución Política del Perú en el artículo 118 inciso 21, en donde se menciona como una facultad propia del Jefe de Estado, para conceder indultos y conmutar penas y ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesado en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria.

Su efecto es la extinción de la pena impuesta en su totalidad o en parte, pero, deja subsistente el delito y la obligación de indemnizar los daños y prejuicios, en el caso que el indulto se dé de forma parcial, es decir cuando se sustituye una pena por otra más benigna o menos grave nos encontramos ante la conmutación de la pena. Esta institución también se reconoce el código penal en el inciso primero del artículo 85 como una causal de extinción de la pena.

ÍNDICE

CAPITULO I

MARCO METODOLOGICO

1.1. DESCRIPCION DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

1.2. DEFINICION DEL PROBLEMA

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. GENERAL

1.3.2. ESPECIFICOS

1.4. HIPOTESIS

1.5. VARIABLES

1.5.1. VARIABLES INDEPENDIENTES

1.5.2. VARIABLES DEPENDDIENTES

1.6. METODOLOGIA

1.6.1. METODO

1.6.2. TIPO DE INVESTIGACION

CAPITULO II

POLITICA CRIMINAL EN EL PERU

2.1. POLITICA CRIMINAL CONSTITUCIONAL

2.2. LA POLITICA CRIMINAL NACIONAL

2.3. EL FIN DE LA PENA EN NUESTRO DERECHO PENAL POSITIVO

2.4. LA POLÍTICA CRIMINAL Y SU EFICACIA

2.5. DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA PROPORCIONALIDAD DE LAS SANCIONES

CAPÍTULO III

LAS TEORIAS DE LA PENA

3.1. CONCEPTO DE PENA

3.2. JUSTIFICACIÓN, FUNDAMENTO Y FINES DE LA PENA

3.3. LAS TEORÍAS SOBRE LA FUNCIÓN DE LA PENA

3.3.1. LAS TEORÍAS ABSOLUTAS DE LA PENA

3.3.2. LAS TEORÍAS RELATIVAS O PREVENTIVAS

3.3.3. LA FUNCIÓN DE RESTABILIZACIÓN DE LA PENA

4. REFLEXIONES Y PROPUESTA DE LA TESIS

CAPITULO IV

LAS PENAS EN EL CODIGO PENAL PERUANO

4.1. SISTEMA DE PENAS: CRITERIOS FUNCIONALES

4.2. LAS PENAS EN EL CODIGO PENAL DE 1991

4.2.1. PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

4.2.2. PENAS RESTRICTIVAS DE LA LIBERTAD

4.2.3. PENAS LIMITATIVAS DE DERECHOS

4.3. NUESTRA OPINIÓN

CAPITULO V

LA PENA Y SU APLICABILIDAD DENTRO DE UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

5.1. ANTECEDENTES

5.2. LA PENA DENTRO DEL MARCO DE UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

5.3. CONCEPTO DE PENA

5.4. JUSTIFICACION, FUNDAMENTO Y FINES DE LA PENA

CAPITULO VI

ANTECEDENTES DEL INDULTO

6.1. EL INDULTO EN ROMA

6.2. EL INDULTO EN ITALIA

6.3. EL INDULTO EN ALEMANIA

6.4. EL INDULTO EN ESPAÑA

CAPÍTULO VII

EL INDULTO: CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y FUNCIONES

7.1. CONCEPTO

7.2. ETIMOLOGIA

7.3. NATURALEZA JURÍDICA

7.4. FUNCIONES DEL INDULTO

CAPITULO VIII

EL DESARROLLO CONSTITUCIONAL DE LAS GRACIAS EN EL PERU

8.1. EL INDULTO EN EL PERU

8.2. EL DERECHO DE GRACIA EN LAS CONSTITUCIONES PERUANAS

8.3. LAS GRACIAS PRESIDENCIALES EN LA CONSTITUCION VIGENTE

8.4. IMPEDIMENTOS LEGALES PARA OTORGAR GRACIAS PRESIDENCIALES SOBRE DETERMINADOS DELITOS

8.5. TIPO DE GRACIAS PRESIDENCIALES EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO PERUANO

8.6. DESARROLLO REGLAMENTARIO SOBRE INDULTOS Y CONMUTACIONES

8.7. LA COMISION DE GRACIAS PRESIDENCIALES

8.8. LA COMISION DE GRACIAS PRESIDENCIALES

8.9. EL INDULTO Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

8.10. LIMITES CONSTITUCIONALES Y LEGALES DE LAS GRACIAS PRESIDENCIALES

CAPITULO IX

EL INDULTO HUMANITARIO

9.1. EL INDULTO ANTICIPADO

9.2. EL INDULTO HUMANITARIO

9.3. LA GRACIA PRESIDENCIAL Y SU ADOPCIÓN EN EL PERÚ: UNA ACLARACIÓN NECESARIA

9.4. LA JUDICIALIZACIÓN DEL INDULTO: LOS LÍMITES A LA ACTUACIÓN PRESIDENCIAL Y LOS LÍMITES DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

9.5. INDULTO EN DELITOS PARTICULARMENTE CONTRARIOS AL ORDEN JURÍDICO

9.6. CONSIDERACIONES JURIDICAS EN LA CONCESIÓN DEL INDULTO AL EX PRESIDENTE ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI

INTRODUCCIÓN

El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional supuso, entre otras cosas, que “(...) *en el orden formal y sustantivo (...) no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías*”,¹ así un Estado Constitucional de Derecho, tiene como cartas de presentación la división e independencia de poderes, la Presunción de Inocencia, la prohibición de avocamiento a causas jurisdiccionalizadas, a no ser penado sin proceso judicial, entre otros. Con todas estas Garantías y limitaciones a poderes absolutos o autarquías, siempre ha sido materia de cuestionamiento la vigencia de la potestad monárquica del indulto o gracia presidencial, dentro de un Estado Constitucional de Derecho.

Las motivaciones de la presente investigación surge como consecuencia de un problema: El exceso y el abuso de las atribuciones como jefe de Estado del ex presidente de la República Pedro Pablo Kuchinski en el otorgamiento de indultos al ex presidente Alberto Fujimori Fujimori, calificado como inconstitucional e ilegal, durante su gobierno.

Las reflexiones que en el presente estudio se hacen tienen por finalidad contribuir a la todavía pendiente o incompleta discusión y visión jurídica con respecto a los tipos (o tipos válidos), límites y judicialización del indulto, en tanto prerrogativa otorgada por la Constitución al Presidente de la República. Es nuestro objeto, poner sobre la mesa cuestiones y contenidos del indulto que carecen de una respuesta en la doctrina y en la jurisprudencia, iniciando a partir de estas constataciones un debate mayor que pueda calibrar adecuadamente el margen de acción de esta prerrogativa y su debida interpretación dentro de un Estado Constitucional.

Es de advertirse, la reducida jurisprudencia existente con respecto a esta materia ha hecho que utilicemos ciertos asuntos jurisprudenciales análogos que resultan aplicables al indulto.

¹ Cf. STC del Perú, obrante en el Expediente N° 58542005-PA/TC.

CAPITULO I

MARCO METODOLOGICO

1.1. DESCRIPCION DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

Nuestra Carta Fundamental, en el artículo 118, inciso 21, consagra la potestad del Presidente de la República para conceder indultos, a la vez que establece algunas condiciones para su concesión.

Fujimori fue recluido en setiembre del 2007 en el penal de Barbadillo, tras llegar extraditado de Chile. Ahí permanecía cumpliendo una pena de 25 años por homicidio calificado por los crímenes de **Barrios Altos** y **La Cantuta**. También por el delito de secuestro agravado, por las detenciones del periodista Gustavo Gorriti y el empresario Samuel Dyer.

1.2. DEFINICION DEL PROBLEMA

Una realidad en nuestras cárceles es la presencia de internos e internas en situación de especial vulnerabilidad, principalmente por razones de salud. La privación de libertad en estos casos puede agravar los cuadros clínicos e incluso poner en riesgo la vida cuando se padece de enfermedades graves, irreversibles o crónicas.

La reclusión de personas cuya salud se encuentra seriamente comprometida, implica una mayor afectación a su integridad personal, por lo que la privación de libertad pierde su objeto y todo intento de resocialización resulta insostenible.

Aunque no se hallan expresamente previstos en nuestra Constitución, los indultos y gracias por “razones humanitarias” encuentran fundamento en el respeto a la dignidad de la persona humana, que es la razón de ser del Estado. El Tribunal Constitucional ha convalidado por medio de su jurisprudencia esta justificación al sostener que “[...] la gracia presidencial deberá ser concedida por motivos humanitarios, en aquellos casos en los que por la especial condición del procesado (por ejemplo, ser portador de una enfermedad grave e incurable en

estado terminal), tornarían inútil una eventual condena, desde un punto de vista de prevención especial”.²

Las gracias humanitarias se introdujeron en el país en el año 2000, cuando empezó a invocarse la situación de salud de un privado de libertad como justificación para la concesión de un indulto o derechos de gracia, sin que se hubiese creado una base legal propia. Recién en setiembre del 2004, cuando se constituyó la Comisión de Indulto y Derecho de Gracia por Razones Humanitarias, se le dotó de una base legal. La Comisión se encargaría de recibir, calificar y proponer al Presidente de la República la concesión de indulto y derecho de gracia por razones humanitarias.

El Presidente de la República, en uso de las atribuciones que le confiere la Constitución Política del Perú para tales fines, ha decidido conceder el indulto humanitario al señor Alberto Fujimori Fujimori y a otras siete personas que se encuentran en similar condición.

El indulto, jurídicamente, es aquella prerrogativa que busca extinguir la responsabilidad penal de un individuo, sin eliminar en lo absoluto la responsabilidad civil devenida de un delito, es decir, de sus efectos.

El Presidente de la Republica, en todos sus actos –como lo es conceder un indulto–, ejerce la representación de la ciudadanía. Por ende, al momento de ejercer la atribución de otorgar una gracia presidencial, se encuentra obligado a señalar el modo en que tal acción repercute en el interés general.

1.3. FORMULACION DEL PROBLEMA

¿El ejercicio de la facultad del Presidente de la República de conceder el indulto, también se encuentre sujeto a límites y a un control posterior?

² STC. Exp. N° 04053-2007-PHC/TC.

1.4. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL PROBLEMA

1.4.1. JUSTIFICACION:

- a) Esta investigación es necesaria para los operadores del derecho, quienes deben tomar decisiones al resolver conflictos penales, porque sus aportes pueden contribuir a elevar su eficiencia.
- b) Es también necesaria para los intervinientes en el proceso penal, porque sus aportes pueden contribuir a que se beneficien mejor.
- c) Es conveniente para todo el país, porque contribuirá a mejorar la justicia penal, beneficiando a todos los peruanos.
- d) Es, asimismo, conveniente para la universidad Particular de Chiclayo. Dado que tiene como parte de sus fines la investigación científica y la extensión universitaria en beneficio del país.

1.4.2. IMPORTANCIA:

El análisis del indulto y derecho de gracia otorgados al señor Alberto Fujimori reviste una especial importancia, por tratarse de un expresidente condenado por graves delitos, y debido a las circunstancias en que se concedieron.

1.5. OBJETIVOS

1.5.1. GENERAL

FUNDAMENTAR: que la motivación del indulto concedido al Ex presidente Alberto Fujimori Fujimori, permitirá diferenciar si se trata de una actuación arbitraria o una realizada conforme a la Constitución y a la ley.

1.5.2. ESPECIFICOS

DEMOSTRAR: que toda persona beneficiada por un indulto debe entender que de ningún modo se ha agotado en su favor la responsabilidad penal judicialmente establecida.

EXPLICAR: que al indultado, le corresponde asumir que no se le está liberando de responsabilidad y que debe mostrar un arrepentimiento expreso y un comportamiento que revele una sincera constricción por lo ocurrido.

ANALIZAR: que en relación con el indulto humanitario, concedido al Ex presidente Alberto Fujimori Fujimori, no se esgrime una motivación suficiente acerca de la proporcionalidad entre la gravedad de los delitos concernidos y las razones humanitarias que habrían motivado su concesión.

1.6. HIPOTESIS

La concesión del indulto por el Presidente de la República es una atribución discrecional, sometida a parámetros constitucionales, por lo que deberá cumplir con una suficiente motivación y haber seguido un debido procedimiento.

1.7. VARIABLES

1.7.1. VARIABLES INDEPENDIENTES

La Constitución Política del Perú de 1993 y el código penal peruano de 1991.

1.7.2. VARIABLES DEPENDIENTES

La institución del indulto en la Constitución Política del Perú de 1993 y el código penal peruano de 1991.

1.8. METODOLOGIA

1.8.1. METODO

El método a seguir es el jurídico-dogmático, asimismo se incidirá en un estudio histórico y comparativo en relación al tema.

Se utilizará las fichas como instrumento de recolección de datos.

Consiste en que el investigador se eleva mentalmente de la observación de hechos particulares a la formulación de un principio general o ley, para después descender mentalmente del enunciado de la ley general a su aplicación en el caso particular, siguiendo los procedimientos apropiados.

1.8.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN

INVESTIGACION DESCRIPTIVA – EXPLICATIVA

Que consiste en exponer las características de un determinado problema, sus debilidades, carencias, puntos débiles y estudiarlos para darles una explicación racional y solucionar la hipótesis planteada en el problema.

CAPITULO II

POLITICA CRIMINAL EN EL PERU

2.1. POLITICA CRIMINAL CONSTITUCIONAL

Los criterios constitucionalistas consideran que es en la norma fundamental, por lo general dotada de un amplio elenco de derechos fundamentales, garantías individuales y principios rectores de la política social y económica, donde ya se han tomado las decisiones de política criminal, de modo que el legislador ordinario sólo debe ocuparse de explicitarlas adecuadamente. Sin duda resultará ilegítima cualquier decisión legislativa que se oponga frontalmente a lo dispuesto en la ley básica que estructura el consenso social alcanzado, sea en preceptos concretos sea en sus principios inspiradores, pero la constitución carece de potencialidad para ir más allá de una predeterminación negativa de un buen número de decisiones de política legislativa criminal. Ese margen de autonomía otorgado a la legislación ordinaria fomenta, por lo demás, sociedades dinámicas, abiertas a modificaciones valorativas de importancia, que pueden en determinado momento dar lugar a reformas constitucionales, sin que la norma fundamental se convierta en una rémora a la paulatina evolución de las concepciones sociales.³

2.2. LA POLITICA CRIMINAL NACIONAL

En nuestro país se ha incrementado desde hace unos años la sensación de inseguridad ciudadana, la sociedad muestra una escasa confianza en la capacidad de los poderes públicos para afrontar el problema de la criminalidad y

³ Véase DIEZ RIPOLLÉS. *Bien jurídico y objeto material del delito de aborto*. En "La reforma del delito de aborto". Díez Ripollés coordinador. Comentarios a la legislación penal. Tomo IX. Edersa. 1989. pp. 18-20

es por ello que progresivamente la política criminal se está volcando en la prevención de la delincuencia aunque sea a costa de las garantías penales.

No podemos obviar que existen límites en el empleo de las sanciones penales, por muy necesarios que parezcan los efectos sociopersonales que se pretenden alcanzar con la imposición de una pena, en ninguna circunstancia se deben superar dichos límites, cualquiera que sea la gravedad del comportamiento delictivo o de la responsabilidad del individuo. Los tres principios básicos, como es sabido, que no se deben superar son: la humanidad de las sanciones, la proporcionalidad entre la pena y la gravedad del delito y la posibilidad de la reintegración del delincuente en la sociedad.

La política criminal peruana se está acercando cada vez más a un modelo de incapacitación del delincuente en detrimento del mandato constitucional de rehabilitación y para ello se están implementando instrumentos penales que han supuesto un aumento exacerbado de las penas de prisión para cierto tipo de delincuentes, acompañado de un detrimento de las garantías. En los últimos años se ha incorporado a nuestra legislación el denominado Derecho penal del enemigo en campos como el terrorismo, el tráfico de drogas, delitos sexuales y patrimoniales que, en cierta manera, obedece a una misma inspiración penal: el castigo de la multirreincidencia. Se trata de manifestaciones del inconstitucional derecho de autor que fija la pena no basándose en la gravedad del injusto cometido sino en la personalidad criminal del autor al que se quiere incapacitar.

En países como el nuestro, la orientación político-criminal importa una reacción inmediata a los hechos que se suscitan día a día en nuestras calles y urbes; no resultan el producto de una decisión razonada y homogéneamente reflexionada, como exige un orden democrático de derecho, sino un mensaje que pretende calar en las masas, a fin de restablecer una seguridad meramente sensitiva y perceptiva a la vez, en cuanto al estado de inseguridad que pende en la psique de los individuos.⁴

⁴ Cfr: PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso R. *La Funcionalización Política del Derecho Penal enmarcado en el Dec. Legislativo N° 982*, Actualidad Jurídica, Tomo 165, Edit. Gaceta Jurídica, Lima, Agosto-2007, p. 13.

El aumento de la criminalidad es un tema de permanente preocupación de la doctrina. En este contexto aparecen manifestaciones concretas de una orientación Político-criminal con las características de un derecho penal del enemigo, incompatibles con la política criminal que debe ser en un Estado democrático de derecho.⁵

2.3. EL FIN DE LA PENA EN NUESTRO DERECHO PENAL POSITIVO

El Código Penal de 1991 introdujo normas sobre la finalidad de la pena y un nuevo sistema de penas. En este sentido, el artículo I del Título Preliminar declara que *“este código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad”*; y el artículo IX del Título Preliminar expresa que *“la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora”*. Así, el código se refiere a las teorías preventivas (teoría unitaria aditiva).

La pena es la característica más tradicional e importante del derecho Penal. El origen de la pena se encuentra vinculado con la del propio ordenamiento punitivo; y constituye, por la gravedad de su contenido, el medio de mayor severidad que puede utilizar el Estado, para asegurar la convivencia en la sociedad.⁶

La pena está relacionada con conductas socialmente desvaloradas de las personas, siendo, por consiguiente, una consecuencia jurídica asignada a cualquier persona que haya realizado un hecho punible contrario a la norma. Sin embargo, la pena es un mal e implica sufrimiento dolor y aflicción a la persona humana.⁷ Sin embargo, su aceptación o negación categórica dependerá de si es posible comprobar su utilidad en el caso específico.

Es la teoría de la pena la que busca identificar dicha utilidad o fin limitando al poder penal (prevención general y especial), pero sin embargo faltaría

⁵ Cfr: ALCOCER POVIS, Eduardo. *Más sobre el Derecho Penal del Enemigo – Repaso de sus manifestaciones en el Perú*. Actualidad Jurídica, Tomo 154, Edit. Gaceta Jurídica, Lima, Setiembre, 2006, p. 26.

⁶ Ver; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE; Ignacio: *Lecciones de derecho penal, parte general*, ed. Praxis, Barcelona, 1999, p. 23.

⁷ Esto no implica admitir que la teoría de la retribución sea el fundamento de la pena, Vid: Sentencia del Tribunal Constitución de 21 de julio de 2005, Exp. 0019-2005-PI/TC, fundamento 37

comprobar si en la realidad se cumple o se hace efectiva dicha utilidad. Si el Estado asume el cumplimiento de la utilidad de la pena y con ello logra sus efectos, el poder penal habrá sido ejercido satisfactoriamente, pues se habrá sujetado a los límites preventivos. Si por el contrario, el cumplimiento de la utilidad es sólo un discurso no realizado -el poder penal no lo ejerce o no surte efectos- entonces la pena se estará utilizando sin lograr dichos fines, y fuera de los límites preventivos. Así, la utilidad está limitada a través del derecho Penal (teoría de la pena), pues de lo contrario la aplicación de la pena en el marco del ejercicio del poder penal sería completamente ilegítima. Para ALBERTO BINDER, “la pregunta es, entonces, ¿cuándo el Estado puede ser violento? Ésa es la formulación más clara de la interrogación sobre el fundamento de la pena y el verdadero contenido de una ‘teoría de la pena’, si es que ella puede ser construida (aunque el nombre ‘teoría’ de la pena es impropio porque un conjunto de razones que justifiquen su aplicación no constituye una teoría). ¿Es posible hallar razones que justifiquen la violencia del Estado?”.⁸

Si una pena no es útil a los fines preventivos, las restricciones a la libertad personal y otros derechos fundamentales, que cualquier pena comporta, pierde toda justificación y racionalidad. Por esta razón, como señala LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, el principio de eficacia comporta un principio de política criminal que exige una permanente evaluación de los objetivos, estrategias y resultados.⁹ No obstante, en el derecho Penal actual se insiste en justificar que la pena es necesaria, ya que, sin ella la convivencia humana sería imposible. Por ello, se afirma -según una muy conocida frase del proyecto alternativo alemán-, que es una “amarga necesidad en la sociedad de seres imperfectos como los hombres”.¹⁰

Respecto a su gravedad hoy hay pocos que afirman que la pena -en especial la privativa de libertad- cumple un fin resocializador. Sobre ello, Según JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, la reinserción social del individuo no constituye un fin de la pena, sino una tendencia a la que debe dirigirse la ejecución de ésta, con lo cual, la readaptación trata de conseguir que el

⁸ Ver: BINDER: Alberto, *Introducción al derecho penal*, Ad-Hoc, Bs. As. 2004, p. 47.

⁹ Ver: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política criminal*. Madrid, Colex, 2001, pp 180-181.

¹⁰ Ver: BERDUGO: ob. cit., 1999, p. 24.

ciudadano se mantenga en el respeto al deber ser ideal, no que lo asuma como propio.¹¹ La misma Constitución parece apuntarlo así, pues en el artículo 139 inc. 22 lo reconoce como un objetivo del régimen penitenciario. En buena cuenta, como apunta DIEGO MANUEL LUZÓN, no se espera que el condenado se convierta en un modelo de ciudadano, sino, simplemente, que no delinca.¹²

Con estas reformas al código penal el sistema punitivo nacional ha sobrepasado, el equilibrio que entre seguridad general y garantías personales debe prevalecer en todo Estado de derecho. Se inscriben en una corriente maximalista en la que prepondera razones de *eficacia* y seguridad ciudadana, a los derechos fundamentales de la persona humana.

2.4. LA POLÍTICA CRIMINAL Y SU EFICACIA

Cuando se habla de eficacia en términos preventivos aludimos a la evitación o disminución hasta lo socialmente tolerable de aquellas conductas que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos merecedores de protección penal. La seguridad general no es una situación en la que no se comete ningún delito, pero sí una en la que la criminalidad se mantiene dentro de ciertos límites y se halla controlada por el Estado. Y, ciertamente, ésta es una exigencia irrenunciable de un derecho penal que atienda a los principios de subsidiariedad y mínima intervención.

Si hablamos de eficacia de la norma penal no podemos dejar de mencionar que el derecho penal se inscribe dentro de un sistema de control social. Como dice FRANCISCO MUÑOZ CONDE, dentro del control social el sistema jurídico penal ocupa un lugar secundario, puramente confirmador y asegurador de otras instancias mucho más sutiles y eficaces; es inimaginable un derecho penal completamente desconectado de las demás instancias de control.¹³

¹¹ Ver. CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 67.

¹² Ver. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Principio de igualdad, Derecho penal de hecho y prevención especial: equilibrio y tensiones*. En: *Estudios Penales*. Barcelona, PPU, 1991, p. 314.

¹³ Ver: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social*. Jerez, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p 37.

En ese sentido la promulgación de nuevas leyes penales, el incremento de las penas, del número de policías y de las cárceles no disminuirá la criminalidad, pues la pena no convence o disuade, “refleja más la impotencia, el fracaso y la ausencia de soluciones, que la convicción y la energía necesarias para abordar los problemas sociales”.¹⁴

2.5. DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA PROPORCIONALIDAD DE LAS SANCIONES

El artículo VIII del Título Preliminar del código Penal establece –ahora modificado- que: “La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes”. Es evidente que la voluntad del legislador es que el principio de proporcionalidad no rija para los reincidentes y habituales. Y si la pena puede sobrepasar en estos casos la responsabilidad por el hecho, el autor ya no responde por su conducta, sino por su condición.

La proporcionalidad de las penas constituye un límite al *Ius Puniendi* que no admite restricciones, ni siquiera por razones de prevención general o especial. Todo lo contrario, la función preventiva de la pena encuentra un límite infranqueable en la proporcionalidad de la pena, la misma que debe corresponderse con la gravedad del injusto y la culpabilidad del delincuente.¹⁵

CAPÍTULO III

LAS TEORIAS DE LA PENA

3.1. CONCEPTO DE PENA

¹⁴ Ver: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Sobre el principio de intervención mínima del derecho penal como límite del “Ius Puniendi*. En: González Rus (Coord.). Estudios Penales y Jurídicos. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero. Córdoba, 1996, pp 251-252.

¹⁵ Ver: GRACIA MARTÍN / BOLDOVA / ALASTUEY. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Valencia, Tirant lo blanch, 2004, 3º ed., p 32.

La palabra pena proviene del latín *poena*, que significa castigo, tormento físico, padecimiento, sufrimiento. El concepto de pena se plantea como un concepto formal del derecho, en tal sentido, la pena es la sanción jurídica aplicable a quien viola la norma jurídica prohibitiva. Es un “mal” que debe imponerse al culpable o responsable de la comisión de un delito. Es una figura previamente creada por el legislador, en forma escrita y estricta, al amparo del “principio de legalidad”,¹⁶ donde toda persona debe ser castigada si el hecho está previsto en la ley como delito con anterioridad a la comisión del mismo. Este principio, es el pilar del Derecho Penal, representado por el apotegma latino: *nullum crime, nulla poena sine lege*.¹⁷

En tal sentido, la pena “es un castigo consistente en la privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinada a quien tras un debido proceso, aparece como responsable de una infracción del Derecho y a causa de dicha infracción”.¹⁸

3.2. JUSTIFICACIÓN, FUNDAMENTO Y FINES DE LA PENA

Sobre cuál es la naturaleza de la pena o por qué o para qué se impone, es cuestión de amplios debates que se han dado a través de la historia del derecho penal, desbordando incluso los límites jurídicos, para convertirse en un tema de interés general para otras ciencias.

Para entender con claridad este asunto, es necesario distinguir tres aspectos importantes de la pena: su justificación, su fundamento y su fin; desarrollo que nos ocupa a continuación.

¹⁶ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel: Manual de Derecho Penal. Parte General. Edit. Santa Rosa. Perú, 2000, p.70; y VILLA STEIN, Javier: Derecho Penal. Parte General. Edit. San Marcos. Lima, 1998, p. 101.

¹⁷ Su fundamento constitucional se encuentra en el artículo 2.24.”d” de la Constitución (1993), que indica que: “nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

¹⁸ COBO DEL ROSAL, M. Y VIVES ANTON, T.: Derecho Penal. Parte General. 3º Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1990, p.616..

La pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas en una comunidad. Sin la pena, la convivencia humana en la sociedad actual sería imposible. Su justificación no es, por consiguiente, una cuestión religiosa ni filosófica, sino una amarga necesidad. Más discutidos son los problemas sobre el fundamento y fines de la pena. Estos han constituido el objeto de la llamada "lucha de Escuelas", que durante muchos años ha sido el punto de quiebre de discusiones y polémicas en la Ciencia del Derecho Penal.

Ya en 1966 Roxin señaló que la pregunta acerca del sentido de la pena estatal “no se trata en primer término de un problema teórico, ni por tanto de reflexiones como las que se suelen hacer en otros campos sobre el sentido de esta o aquella manifestación de la vida, sino de un tema de acuciante actualidad práctica”¹⁹. Sin embargo, la discusión doctrinal sobre la función de la pena parece seguir siendo vista como una cuestión teórica sin mucha importancia práctica. La exposición sobre las diversas teorías que se encargan de responder a esta cuestión repercute en los concretos criterios de imputación jurídico-penales; es decir es de utilidad práctica este conocimiento teórico.

La función de la pena debe informar todo el sistema penal, de manera tal que, de una u otra manera, tiene que influir en su operatividad. Tanto la previsión legal de la pena, como su imposición judicial y ejecución deben tener como punto de partida la función que la sanción penal cumple. En el plano legislativo, la determinación de la función de la pena permitiría, en primer lugar, hacer un juicio crítico sobre la legitimidad de la pena legalmente establecida. Una pena que no se ajuste a su función, no podrá aceptarse aunque se encuentre prevista en la ley. Así, por ejemplo, si la función de la pena es la sola retribución, resultará legítimo castigar a una persona por la comisión de un delito aunque en el momento de la sentencia este delito se encuentre despenalizado, lo cual desde la lógica de la prevención general resultaría claramente improcedente. Pero, además, la función de la pena es también relevante para discutir los marcos penales previstos en la ley, en la medida que si se entiende, por ejemplo, que la

¹⁹ Vid., ROXIN, «Sentido y límites de la pena estatal», (trad. Luzón Peña), en *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976, p. 11. Vid., similarmente, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 180.

función de la pena es la resocialización, difícilmente podrán considerarse legítimas penas privativas de libertad como la cadena perpetua que niegan la posibilidad de reinserción social del condenado.

La misma relación de coherencia con la función de la pena debe observarse en su imposición judicial. Así, por ejemplo, en una concepción retributiva de la pena, la pena adecuada al hecho solamente será aquella que se corresponda con la culpabilidad del autor, sin importar si con ello se contribuye o no a la prevención general o a la resocialización del delincuente. Por el contrario, en una visión preventivo-general de la pena, el juez se guiará por los fines de intimidación, imponiendo la pena como confirmación de la amenaza penal y dejando de lado, en principio, consideraciones referidas a la culpabilidad del autor. Por el contrario, si el criterio rector del juez fuese la resocialización del reo, entonces podría encontrar legitimidad la aplicación de una pena indeterminada que sólo terminaría si es que se cumple la finalidad de una efectiva resocialización del reo.

3.3. LAS TEORÍAS SOBRE LA FUNCIÓN DE LA PENA

En las exposiciones doctrinales sobre el fin de la pena se suele distinguir las llamadas teorías absolutas de la pena y las llamadas teorías relativas de la pena. El criterio de esta distinción radica en que mientras las primeras ven la pena como un fin en sí misma, las segundas la vinculan a necesidades de carácter social. Si bien esta contraposición constituye una simplificación esquemática de posturas que se muestran en la práctica mucho más complejas y menos unilaterales, no puede negarse su utilidad pedagógica en la exposición de las ideas.

3.3.1. LAS TEORÍAS ABSOLUTAS DE LA PENA

Las teorías absolutas de la pena sostienen que la pena tiene la misión trascendental de realizar el valor Justicia. Por lo tanto, no se encuentran informadas por criterios de utilidad social. Este punto de partida es asumido por las llamadas teorías retributivas de la pena que la definen como retribución por una lesión culpable. En su versión subjetivo-idealista, **KANT** sostiene que la ley penal es un imperativo categórico que impone la razón del sujeto individual sin

atender a consideraciones de carácter utilitarista. La idea central de esta concepción es que la pena debe ser impuesta por imperativos de la razón, aunque su ejecución no sea necesaria para la convivencia social, mostrando su pensamiento con el ejemplo de la disolución de una comunidad, consistente en que, *“si todos los miembros de una comunidad acordaran por unanimidad disolverla, antes de ello se llevara a cabo, debería ejecutarse al último asesino que estuviera en prisión, para que todo el mundo supiera el trato que merece sus hechos”*.²⁰

En su versión objetiva-idealista, la teoría de la retribución de **HEGEL** entiende que el Derecho, como objetividad de la voluntad, debe ser restablecido ante la negación del delito (voluntad subjetiva del autor). Si bien la voluntad del autor, en tanto irracional, no podría afectar la objetividad del Derecho, la única forma de tratar al delincuente como un ser racional es darle a su voluntad subjetiva una pretensión de validez general. Es, en este contexto, en donde puede comprenderse la afirmación de **HEGEL** de que la pena honra al delincuente como un sujeto racional. La imposición de pena al negar la voluntad subjetiva del delincuente, reafirma la racionalidad general del sistema jurídico. Este proceso dialéctico se verificaría con independencia de las consecuencias empíricas que produciría.²¹

No se trata, por tanto, de un restablecimiento empírico, sino de un restablecimiento de la racionalidad del Derecho. Buscar el fin de la pena en el efecto motivatorio sobre el individuo sería tratar al sujeto como a un perro al que se le levanta un palo.

En la doctrina penal actual existe consenso en cuanto a rechazar las concepciones absolutas de la pena. El rechazo a las teorías absolutas de la pena se encuentra, más bien, en la opinión general de que la existencia del Derecho penal depende de la existencia de la sociedad, de manera que resulta imposible imaginar un Derecho penal desligado de su utilidad social. Si bien las teorías de la retribución pueden dar un criterio de referencia para la pena (culpabilidad),

²⁰ KANT, Immanuel: *Metafísica de las Costumbres*, Madrid, 1989, p.165.

²¹ HEGEL, *Filosofía del Derecho*; Edit. Claridad, Buenos Aires, 1937, p 202.

presuponen la necesidad de pena, por lo que no se encontrarían en posibilidad de explicar cuándo se tiene que penar²². La necesidad de pena sólo podría determinarse atendiendo a los requerimientos del concreto sistema social.

ROXIN, afirma que: *“(...) la teoría de la retribución hoy ya no es sostenible científicamente. Si tal como se mostró(...), la misión del derecho penal consiste en la protección subsidiaria de los bienes jurídicos, entonces para el cumplimiento de esa tarea, no puede servirse de una pena que prescinda de toda finalidad social. Dicho de otro modo, el Estado como institución humana, no está capacitado ni legitimado para realizar la idea metafísica de justicia. La idea de que puede compensar o eliminar un mal mediante la imposición de otro mal (el sufrimiento de la pena) sólo es accesible a una creencia a la cual el Estado no puede obligar a nadie, a partir de que él ya no deriva su poder de Dios sino del pueblo.”.*²³

Sin embargo, la idea retribucionista de algún modo todavía tiene fuerte arraigo en la sociedad, que reacciona frente a los más graves delitos exigiendo el castigo de sus culpables *“el que la hace, la paga”* y en las concepciones religiosas, que ven la pena como la expiación necesaria del mal (delito) cometido. También las ideas de *“venganza”* y de *“castigo”* se basan en una concepción retributiva de la pena.

3.3.2. LAS TEORÍAS RELATIVAS O PREVENTIVAS

Estas teorías atienden al fin que se persigue con la pena. Se opone completamente a las teorías absolutas. Para ellas la pena no tiene que realizar la justicia en la tierra, sino proteger a la sociedad. La pena no constituye un fin en sí misma sino un medio de prevención.

La concepción de las teorías de prevención, se remonta a los inicios de la historia del derecho, **PLATON** decía: *nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne*

²² VER: ROXIN, en *Problemas básicos*, p. 12 y s.

²³ ROXIN, Claus: *Fin y Justificación de la Pena y Medidas de Seguridad. –Determinación Judicial de la Pena–*. Compilador J.B. Maier. Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993. p. 19.

peccetur; ningún hombre prudente pena porque se ha pecado, sino para que no se peque. Entonces a diferencia de la concepción de la pena retributiva, la teoría de la prevención, es teoría “*relativa*”. Pues, encuentra su fundamento y fin en la disuasión futura de una infracción penal.

Al respecto, **BRAMONT-ARIAS**²⁴, dice: “(...) *las penas buscan la prevención del delito respecto del autor que cometió el ilícito penal, es decir la prevención de la pena consiste en hacer que el sujeto no vuelva a delinquir. Se trata de prevenir el delito resocializando o rehabilitando al delincuente -Artículo IX del Título Preliminar del Código Penal-*”.

En tal sentido cabe mencionar que, “*lo incorrecto y peligroso para la seguridad jurídica es pensar que el fundamento de la pena es uno de los dos criterios indicados. No se impone una pena porque es necesario intimidar a delincuentes en potencia o porque se estime que es necesario someter a tratamiento al agente. Se le castiga porque culpablemente ha cometido una infracción. El “para que” se castiga, puede determinar una disminución o suspensión de la sanción; pero no sobrepasar en intensidad los límites de la culpabilidad*”.²⁵

La comprensión del Derecho penal como fenómeno social nos lleva necesariamente a las teorías relativas de la pena, es decir, a aquellas teorías que entienden que la pena debe cumplir necesariamente una función social.

LAS TEORÍAS DE LA PREVENCIÓN

Las teorías de la prevención sostienen que la función de la pena es motivar al delincuente o a los ciudadanos a no lesionar o poner en peligro bienes jurídicos penalmente protegidos. Como puede verse, la prestación social del Derecho penal (la protección de bienes jurídicos) tiene una incidencia directa sobre el individuo a través de la motivación.

Este efecto motivatorio puede recaer sobre todos los ciudadanos en general o solamente sobre el sujeto delincuente. Con base en estas dos posibilidades, la

²⁴ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. Ob.cit. p. 76.

²⁵ Ver: HURTADO POZO, José: *Manual de Derecho Penal. Parte General*. EDDILI, Lima, 1987. p. 50.

doctrina ha diferenciado dos formas distintas de prevención: la prevención general y la prevención especial.

a) PREVENCIÓN GENERAL

La teoría de la prevención general establece que la función motivadora del Derecho penal se dirige a todos los ciudadanos. La forma cómo tiene lugar este proceso motivador es precisamente lo que diferencia las dos variantes que existen al interior de esta teoría: la prevención general negativa y la prevención general positiva.

aa) PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA

La teoría prevención general negativa se caracteriza por ver a la pena como un mecanismo de intimidación para motivar a los ciudadanos a no lesionar bienes jurídicos penalmente protegidos. Este proceso de motivación a través de la intimidación puede verificarse en dos momentos distintos del sistema penal:

La prevención general negativa mediante la conminación penal contenida en la norma penal fue formulada originalmente por Feuerbach. Según este autor alemán, la pena debe ser un factor de inhibición psicológica para que los ciudadanos no se decidan a cometer un hecho delictivo.²⁶ Este entendimiento de la función de la amenaza penal presupone que exista un vínculo psicológico entre el mensaje de la norma penal y los ciudadanos. Se dice que para poder ajustar adecuadamente la pena al proceso motivatorio es necesario fijar su cuantía de manera concreta y no general, pues la ponderación de costes y beneficios se hace siempre en cada caso concreto, cambiando las variables de caso en caso. Para la estafa, por ejemplo, se establece en el Perú una pena privativa de libertad de uno a seis años para intimidar, en general, a los ciudadanos a no realizar este delito. Si bien la pena prevista de manera general puede intimidar en determinados contextos (por ejemplo, cuando los beneficios sean mínimos), esta pena será incapaz de generar un efecto disuasorio en casos en los que se trate de ganar elevadísimas sumas de dinero.

²⁶ Ver: FEUERBACH, *Tratado de Derecho penal*, (trad. Zaffaroni/Hagemeier), Buenos Aires, 1989, § 13.

bb) PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA

La formulación original de la prevención general positiva se mantiene en la lógica de la motivación de los ciudadanos, pero cambia en el mecanismo de su realización. No es la intimidación a través de la amenaza penal la forma de motivar a los ciudadanos a no lesionar bienes jurídicos, sino el fortalecimiento que produce la pena en la convicción de la población sobre la intangibilidad de los bienes jurídicos. Esta visión de la pena superaría el peligro de un terror penal latente en una visión preventivo-general negativa, pues solamente la pena justa sería la necesaria para confirmar los valores éticos del Derecho.²⁷ En este sentido, esta teoría tendría cierto corte autoritario, al imponer a los ciudadanos ciertos valores éticos-sociales de carácter elemental²⁸. Desde Kant el Derecho solamente puede exigir el cumplimiento externo de sus mandatos y prohibiciones, pero no procurar que el ciudadano asuma las razones de tales mandatos y prohibiciones. El reconocimiento actual del derecho al libre desarrollo de la personalidad, haría poco viable una teoría de la prevención general positiva como la descrita en nuestro sistema jurídico.

b) PREVENCIÓN ESPECIAL

La llamada teoría de la prevención especial parte también de la idea del efecto motivatorio de la pena, pero entiende que este efecto no se dirige a la colectividad, sino al delincuente. La comprensión de la pena como prevención especial estuvo contenida en el proyecto político-criminal de von Liszt, contando con un amplio desarrollo por parte del positivismo italiano. Según esta teoría, la pena debe intimidar al delincuente para que no vuelva a cometer hechos delictivos. Si es que la pena impuesta al delincuente no le produce un efecto intimidante, la teoría de la prevención especial establece que, en estos casos, la pena tendrá que asumir la labor de corregir a este sujeto inintimidable. Si finalmente el sujeto inintimidable resulta además incorregible, no quedará otra solución que su inocuización, es decir, su eliminación como peligro futuro de realización de nuevos delitos.

²⁷ Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 234.

²⁸ Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 237.

Los esfuerzos de los representantes de la teoría de la prevención especial orientados a sustituir la toga del juez por la bata del médico no llegaron a imponerse plenamente en los sistemas penales, pues la pena siguió vinculada a la idea de injusto culpable²⁹. Sin embargo, hay que reconocer que esta tesis logró abrir paso a una segunda vía del Derecho penal, las llamadas medidas de seguridad, las cuales se asentaron sobre la lógica de la peligrosidad del autor y el tratamiento³⁰. En el plano propiamente de las penas, la prevención especial tuvo una fuerte influencia a través de la doctrina de la resocialización, la cual se desarrolló fuertemente en países escandinavos y en los Estados Unidos de Norteamérica en los años sesenta. No obstante, después de una década de gloria la doctrina de la resocialización ha sido duramente cuestionada. Se le criticó llevar a penas indeterminadas o muy severas³¹, en la medida que la liberación del delincuente sólo podría tener lugar si se le ha conseguido resocializar, lo cual, en la situación actual de las cárceles, resulta casi un milagro³². Pero, por otra parte, esta perspectiva de la pena legitimaría imponer al delincuente un determinado esquema de valores (el socialmente imperante³³, lo cual vulneraría el ámbito de autonomía constitucionalmente reconocido a las personas³⁴. Por todo lo dicho, el fin de resocialización de la pena se ha convertido, más bien, en una garantía del delincuente, es decir, en una posibilidad que se le ofrece para poder reinsertarse en la sociedad (artículo 139 inciso 22 de la Constitución Política del Perú). Si el delincuente aprovecha o no esta facilidad, quedará sometido a su absoluto criterio.³⁵

c) TEORÍA DE LA UNIÓN

Los cuestionamientos que se les ha hecho a las teorías absolutas y a las diversas teorías de la prevención, han llevado, de alguna manera, a la formulación de teorías de corte ecléctico que buscan corregir los excesos a los que se llegaría

²⁹ Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 27.

³⁰ *Idem*.

³¹ ROXIN, en *Problemas básicos*, p. 16.

³² SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 200.

³³ Vid., ROXIN, en *Problemas básicos*, p. 17.

³⁴ Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 200.

³⁵ Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 32 y s.

con la asunción de la perspectiva de sólo una de ellas³⁶. Es así que se han desarrollado teorías de la pena que combinan la perspectiva retributiva con los fines de prevención. Dentro de las teorías de corte ecléctico destaca especialmente la llamada teoría de la unión o unificadora, según la cual la pena cumpliría una función retributiva, preventivo-general y resocializadora. La idea central de esta formulación doctrinal es que todas las teorías de la pena contienen puntos de vista aprovechables, por lo que conviene aprovecharlos en una formulación conjunta.

Si bien podría pensarse que una teoría de la unión debería alcanzar fácil consenso, lo cierto es que se la ha sometido también a críticas muy severas. El reproche más duro que se le hace es crear niveles excesivos de discrecionalidad, en la medida que tanto el legislador como el juez podrían recurrir a cualquier teoría de la pena en función de la decisión que quisieran tomar³⁷. Por ejemplo: si se desea establecer una pena severa se podría recurrir a la prevención general negativa, mientras que para sustentar la falta de necesidad de imponer una pena privativa de libertad a un delincuente podría tenerse en consideración el fin de resocialización del reo. De esta forma, cualquier pena podría ser utilizada en el sistema penal, recurriendo para su legitimación a la teoría que mejor se ajuste a la pena deseada.

En esta línea discurre precisamente la llamada teoría dialéctica de la unión formulada por Roxin, quien se encarga de precisar la función que cumple la pena en cada momento de su existencia: en el momento de la norma penal la pena cumple una función de prevención general informada por los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y subsidiariedad; en la imposición judicial de la pena los fines preventivos son limitados por la culpabilidad del autor (retribución); y en el momento de la ejecución penal adquieren preponderancia los fines de resocialización³⁸. Como puede verse, no se puede recurrir a cualquier fin de la pena, sino que, dependiendo del momento en el que se está, resultan preponderantes unos fines sobre otros. En la misma línea, cabe destacar el planteamiento dialéctico de Silva Sánchez, quien recogiendo las

³⁶ Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 201.

³⁷ Vid., ROXIN, en *Problemas básicos*, pp. 19, 33 y s.

³⁸ Vid., ROXIN, en *Problemas básicos*, p. 20 y ss.

exigencias garantistas como fines igualmente propios del Derecho penal, sostiene que el fin legitimante del Derecho penal resulta de la síntesis de las finalidades preventivas con la lógica utilitarista y garantista³⁹. Los excesos a los que se podría llegar con la lógica de la prevención se limitarían, de esta forma, con consideraciones utilitaristas y garantistas.

Precisamente en esto fracasan también las teorías de la unión. Para éstas lo fundamental sigue siendo la pura retribución del delito culpablemente cometido y sólo dentro de ese marco retributivo y, por vía de excepción, admiten que con el castigo se busquen fines preventivos. Roxin⁴⁰ manifiesta que la retribución no es el único efecto de la pena, sino uno más de sus diversos caracteres que incluso no se agota en sí mismo, sino que, al demostrar la superioridad de la norma jurídica sobre la voluntad del delincuente que la infringió, tiene un efecto preventivo general en la comunidad. Se habla en este sentido de prevención general positiva que más que la intimidación general, persigue el reforzamiento de la confianza social en el Derecho.

En tal sentido, no se puede afirmar que existe función única en la pena, ni mucho menos asignar a la pena un fin exclusivo. La pena es un fenómeno pluridimensional que cumple diferentes funciones en cada uno de los momentos en que aparece, es decir, cuando el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena, es decisiva la idea de prevención general negativa, pues, se intimida a los miembros de la comunidad, para que se abstengan de realizar la conducta prohibida. Pero si, a pesar de esa amenaza e intimidación general, se llega a cometer el hecho prohibido, entonces a su autor debe aplicársele la pena prevista para ese hecho, predominando en la aplicación de la pena la idea de retribución o de prevención general positiva, aunque no se excluyan aspectos preventivos especiales.

3.3.3. LA FUNCIÓN DE RESTABILIZACIÓN DE LA PENA

En el escenario doctrinal ha aparecido el planteamiento de **JAKOBS**. Si bien este mismo autor denomina a su comprensión de la pena, al igual que su

³⁹ Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 211.

⁴⁰ ROXIN, Claus: *Sentido y Límites de la Pena Estatal*. En problemas básicos de Derecho Penal, traducido por Luzón Peña. Ed. Reus, Madrid, 1976, p 19 y ss.

maestro, “prevención general positiva”⁴¹, un análisis de su planteamiento muestra claras diferencias con la prevención general positiva de Welzel. Jakobs cuestiona que la función del Derecho penal sea motivar a las personas a evitar lesiones a los bienes jurídicos⁴², en la medida que cuando el Derecho penal aparece en escena, éstos se encuentran ya lesionados. Por otra parte, los bienes jurídicos resultan lesionados en diversas circunstancias sin que el Derecho penal tenga que intervenir por ello (una persona muere por su avanzada edad o un automóvil se deteriora por el paso del tiempo)⁴³, así como el Derecho penal interviene muchas veces sin que se precise de la efectiva lesión de un bien jurídico (tentativa, por ejemplo). En consecuencia, la prohibición penal no es no lesionar bienes jurídicos, sino no realizar conductas que socialmente se consideren capaces de lesionar un bien jurídico. Como puede verse, el delito no se estructura sobre la lesión sino sobre la defraudación de una expectativa social de no realizar conductas socialmente perturbadoras. En este contexto de ideas, la pena no protege bienes jurídicos, sino que devuelve la vigencia comunicativa-social a la norma infringida por el autor de una afectación al bien jurídico.

Como puede verse, en el planteamiento de Jakobs se destaca especialmente la necesidad de una vigencia segura de la norma, en tanto sólo así resulta posible una orientación en los contactos sociales. Por consiguiente, la norma debe mantenerse a pesar de la defraudación, de manera que el error no se encuentre en los que confiaron en la norma, sino en el sujeto que la infringió⁴⁴. En síntesis, podría decirse que para la concepción de Jakobs el Derecho penal obtiene su legitimación material de la necesidad de garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales frente a aquellas conductas que expresan una máxima de comportamiento incompatible con la norma correspondiente.

La reestabilización de las expectativas normativas esenciales se lleva a cabo mediante un acto (la pena) que niega comunicativamente la conducta

⁴¹ Vid., JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*, (trad. Cancio/Feijoo), Madrid, 2003, p. 48.

⁴² Vid., JAKOBS, *Sobre la teoría de la pena*, (trad. Cancio Meliá), Bogotá, 1998, p. 33: “La pena es un proceso de comunicación, y por ello su concepto ha de estar orientado en atención a la comunicación y no debe ser fijado con base en los reflejos o las repercusiones psíquicas de la comunicación”.

⁴³ Vid., JAKOBS, *Sobre la normativización*, p. 59 y s.

⁴⁴ Vid., JAKOBS, *Sobre la normativización*, p. 50.

defraudatoria, con la que se pone de manifiesto que la conducta del infractor no se corresponde con las expectativas normativas vigentes y que éstas siguen siendo modelo de orientación social. Como puede verse, la función de la pena no tiene una incidencia sobre el individuo, sino sobre el sistema social. La pena debe imponerse para el mantenimiento de la identidad normativa de la sociedad.

4. REFLEXIONES Y PROPUESTA DE LA TESISTA

En tanto que el Derecho penal está vinculado más a la parte social de las personas que a la estructura psicológica del individuo, me inclino a pensar que la teoría de la reestabilización responde mejor al sentido de la pena. En consecuencia, la pena cumple la función de restablecer la vigencia de la norma y, este restablecimiento a través de la pena solamente será legítimo si es que se respeta la dignidad de la persona y, tratarla como sujeto libre y responsable.

Las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, en tanto y en cuanto, según se observa, sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales; siendo, por consiguiente, el mejor medio de represión del delito, el cual ha sido reconocido por el Constituyente como un mal generado contra bienes que resultan particularmente trascendentes para garantizar las mínimas condiciones de una convivencia armónica en una sociedad democrática; por lo que, toda ley dictada como parte de la política criminal del Estado será inconstitucional si establece medidas que resulten contrarias a los derechos fundamentales de las personas, procesadas o condenadas.

Es constante escuchar en nuestro país, el clamor de la sociedad frente a la necesidad de penas o sanciones más altas o severas frente a los que cometen delitos, inclusive, el mismo Ex Presidente de la República Alan García Pérez, por ejemplo, en su momento gubernamental, comentó encontrarse a favor de la Pena de Muerte; por ello entendiendo que, el tiempo justo de la pena, debería ser el tiempo necesario para que el sujeto pueda readaptarse, rehabilitarse y reinsertarse en la sociedad, asimismo, existen estudios psicológicos que indican que el periodo de internamiento no debe superar los 15 años, porque, a partir de

ahí, el deterioro que produce la cárcel hace prácticamente imposible la rehabilitación.

En el discurso del Derecho Penal simbólico desarrollado por HASSEMER se resalta de manera objetable que las nuevas tendencias de criminalización en las legislaciones penales responden a simples efectos simbólicos. Esta visión entiende que “determinados agentes políticos tan solo persiguen el objetivo de dar la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido, es decir, que predomina una función latente sobre la manifiesta”⁴⁵. Esta tendencia identifica una especial importancia de la labor del legislador con dichas normas como comunicación política a corto plazo⁴⁶. Se constituye un Derecho Penal que no opera para disminuir la criminalidad, su efecto simbólico lo limita a calmar los temores y miedos de la sociedad. “Esta transformación del Derecho penal se puede constatar claramente en el paulatino abandono del principio de subsidiariedad, en tanto ya no se utiliza el Derecho penal como ultima ratio, sino muchas veces como prima ratio, y más aún, como sola ratio”⁴⁷.

Es notorio apreciar como las denominadas «agencias criminalizadoras» se ven cada día más influenciadas y de una u otra manera coaccionadas a penas más elevadas o severas, que son peticionadas por la sociedad ante los altos índices de criminalidad, terminando de tal manera en tipos penales formados o estructurados con tendencias «represivas» y socavando la fundamental naturaleza del derecho penal como la última ratio. Un ejemplo muy singular de lo expuesto en el párrafo anterior, es el delito de violación sexual de menor de edad⁴⁸, sin embargo el Tribunal Constitucional peruano⁴⁹, ha descartado que se conciba a la retribución absoluta como el fin de la pena. Ello, desde luego, no significa que se desconozca que toda sanción punitiva lleva consigo un elemento retributivo.

⁴⁵ Cfr: GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico. Parte General*, Universidad de Piura, ARA Editores, Lima 2003, p. 68.

⁴⁶ Ibidem, p. 77.

⁴⁷ Ibidem, p. 109.

⁴⁸ Por ejemplo, el tantas veces modificado artículo 173 del código penal peruano.

⁴⁹ Pleno jurisdiccional 0019-2005-PI/TC. Proceso de Inconstitucionalidad interpuesto por el 25% del número legal de miembros del Congreso de la República contra la Ley N° 28568, cuyo artículo único modifica el artículo 47° del Código Penal.-Fundamento 37.

Opiniones tales como que penas más altas, generarán una reflexión en el individuo antes de la comisión del ilícito, son realmente falsas, ya que es discutible sustentar la tesis conforme a la cual una pena más alta genera el grado de reflexión suficiente en un individuo proclive a la criminalidad para convertirlo en objeto del efecto intimidatorio. En algunos supuestos, dicho efecto es resultado, antes que de la gravedad de la pena preestablecida, del grado de riesgo de ser descubierto, durante o después de la comisión del delito. La idea de que la intensidad de la amenaza es proporcional al efecto preventivo resulta, al menos, dudosa.

De lo expuesto, aparece claramente que la pena se concibe sólo como reacción que mira al pasado, y no como instrumento de fines utilitarios posteriores, observando que los verdaderos fines y la consiguiente utilidad que debería propiciar, terminan siendo letra muerta al momento de su aplicación, encontrando así un Estado, que lo único que le interesa es la represión e aislamiento de los sujetos considerados peligrosos.

Dentro de los límites que la Constitución impone, el legislador goza de un amplio margen para diseñar la política criminal del Estado. Entre tales límites no sólo se encuentra la proscripción de limitar la libertad personal más allá de lo estrictamente necesario y en aras de la protección de bienes constitucionalmente relevantes, sino también la de no desvirtuar los fines del instrumento que dicho poder punitivo utiliza para garantizar la plena vigencia y respeto de los derechos fundamentales de la persona, es decir, no desnaturalizar los fines de la pena privativa de libertad. En tales circunstancias, lejos de ponderar debidamente los distintos bienes protegidos por el orden constitucional, se estaría quebrando el equilibrio social que toda comunidad reclama como proyección de la Constitución material.

CAPITULO IV

LAS PENAS EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

4.1. SISTEMA DE PENAS: CRITERIOS FUNCIONALES

Las penas están organizadas en un sistema, cuyos elementos constitutivos están siempre relacionados entre sí y en contacto con una realidad determinada. Constituye en principio una unidad pues sus elementos responden a una misma finalidad en el control penal: la disminución de la criminalidad. A su vez esta finalidad es realizable a través de diferentes formas de intervención penal (penas en particular). Los resultados perseguidos mediante la imposición y aplicación de un sistema de penas no es otro que la modificación positiva del comportamiento de los individuos a los que se aplica (influencia social de las penas).

A continuación haremos un esbozo de los principales criterios que pueden dar tal calidad a las penas.

Un primer criterio a observar en la programación e implementación de un sistema de penas es el respeto de la dignidad humana (art. 1, de la Constitución política del Estado). La persona siendo un valor en sí mismo y portadora de una autonomía propia de su condición de ser racional y libre, no debe, en consecuencia, ser un instrumento del Estado o de la sociedad al momento que prevén, imponen o ejecutan penas. El carácter universal de este principio determina que sus alcances sean aplicables a toda persona cualesquiera que sea su condición física, síquica o jurídica. Por tanto, incluso los delincuentes más abyectos o peligrosos son titulares de este derecho.

La capacidad de todo individuo para autodeterminarse y definir sus proyectos de vida es, ciertamente, susceptible de restricción mediante la pena. Es aceptable que, en casos extremos, el Estado prive de libertad a un individuo que ha cometido un delito (prevención especial negativa). Pero esta limitación no debe ser absoluta ni indeterminada. El Estado no está autorizado a eliminar físicamente a una persona (proscripción de la pena de muerte) ni a privarla de manera perpetua de libertad o de otro derecho.

La reacción social frente a la comisión de comportamientos delictuosos debe asimismo ser proporcional. La observancia del principio de proporcionalidad, deducible del carácter democrático y de derecho del Estado (arts. 43 y 45, de la Constitución política del Estado), es verificable de diversos modos. Una primera

exigencia, inherente a este principio, es la idoneidad de la sanción para alcanzar el fin perseguido. De conformidad con las múltiples funciones asignadas a la pena, ésta ha de ser cualitativa y cuantitativamente adecuada para prevenir la comisión de delitos, proteger a la sociedad y resocializar al delincuente.

La proporcionalidad de las penas se mide igualmente en función de su necesidad. Esta manifestación del principio de proporcionalidad se concretiza principalmente en las penas privativas de libertad: éstas deben constituir la última ratio de la política criminal.⁵⁰ Este imperativo está en relación con el principio de utilización del medio menos severo para obtener el mismo fin. De esta manera se puede racionalizar el uso de las penas y jerarquizarlas según el grado en que afecten los bienes jurídicos del condenado. Así, en casos de alternancia se debe preferir la multa u otras penas menos severas a la pena privativa de libertad, la suspensión de la pena a su aplicación efectiva, la exención de la pena a la suspensión de su ejecución, si de este modo se puede obtener el mismo resultado.

Finalmente, el principio de proporcionalidad *stricto sensu* limita el uso o la intensidad de una sanción de acuerdo a la gravedad del hecho reprimible cometido y/o de los riesgos objetivos o subjetivos de comisión de una infracción futura. Este es el sentido del art. IX del Código penal al prescribir que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta manifestación del principio de proporcionalidad es un criterio decisivo en la evaluación global del sistema de penas con relación al sistema de bienes jurídicos protegidos.

La racionalidad de un sistema de penas está vinculada al respeto de la prohibición de someter a actos violentos o a torturas o tratos inhumanos o humillantes (art. 2, inc. 24 h, de la Constitución política del Estado). Las implicancias de esta norma son de diverso orden. En el sistema de penas no se puede, por ejemplo, prever la imposición de penas corporales. Caen dentro de la prohibición aquellas penas que supongan la producción de dolores, sufrimientos graves o el sometimiento a condiciones que anulen la personalidad

⁵⁰ Cf. VILLAVICENCIO, F., *Código Penal*, Lima 1997, p. 168 y s.; PRADO, V., *Todo sobre el Código penal*, Lima 1996, p. 65.

o disminuyan la capacidad física y mental del individuo para castigarlo por cualquier hecho. Es inconstitucional, por tanto, la pena consistente en un tratamiento coercitivo destinado a hacer inocuo a un delincuente atentando gravemente contra su integridad física (castración química o física de los delincuentes sexuales por ejemplo).⁵¹ Así mismo, son descartables del catálogo de sanciones las llamadas penas infamantes. Penas tales como el azote público, el marcado físico del condenado son incompatibles con la proscripción de infligir tratos humillantes.

En el ámbito de la ejecución penal esta exigencia es concretada por el llamado principio de humanidad (artículo III Código de ejecución penal). Se viola este principio, mediante la ejecución de penas privativas de la libertad que impliquen, por ejemplo, la perturbación sistemática del sueño del condenado, su aislamiento en celdas pequeñas e insalubres, la privación de alimentos, etc.

El alto grado de formalización del Derecho penal es una consecuencia lógica de la exigencia de respeto de las garantías individuales. En la medida en que la pena es una forma de intervención significativa sobre los bienes jurídicos del condenado, está sujeta a los límites planteados por el principio de legalidad. En este sentido, la segunda parte del art. 2, inc. 24d de la Constitución establece que nadie puede ser sancionado con pena no prevista en la ley. En el Código penal se prescribe además que la pena no puede ejecutarse en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollen (art. VI). La legalidad en la ejecución penal se entiende aplicable también, por analogía in bonam partem, a las medidas de seguridad y a las consecuencias accesorias.⁵²

El respeto de los principios constitucionales en la programación e implementación de las penas no debe servir únicamente para conformar un sistema racional, previsible y evaluable. Se trata igualmente de que el sistema de penas responda a las exigencias de eficiencia, eficacia y efectividad del control penal. Un sistema de penas puede ser legítimo, desde una perspectiva constitucional (legitimidad primaria) pero adolecer de legitimidad secundaria. Es

⁵¹ ver: UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, J., "La castración química ¿Pena o medida de seguridad?", en *Consecuencias jurídicas del delito*, Lima 1997, p. 361 y ss.

⁵² Cfr, PRADO, V., p. 27 (nota 7).

decir, ser inaceptable socialmente debido a su falta de eficiencia (utilización de medios más severos para la obtención del mismo resultado), a su ineficacia (fracaso en la obtención de los fines de la pena) o, en última consideración, a su falta de efectividad (fracaso en la prevención o control de la criminalidad).

La política de programación e implementación de un sistema de penas tiene, que responder a la complejidad de la criminalidad, como fenómeno social, y a los costos (lato sensu) necesarios para su prevención y represión. Esto no sólo es un imperativo propio del principio de proporcionalidad, que supone que a problemas diversos deben corresponder respuestas diferentes,⁵³ sino también una condición necesaria en la planificación de la política criminal. Los esfuerzos por encontrar nuevas respuestas a una criminalidad cada vez más diversificada, compleja y organizada van de la mano con el reconocimiento de la insuficiencia de la pena privativa de libertad para alcanzar objetivos plausibles y de lo mucho que influye en el mal funcionamiento del sistema penal.⁵⁴

Los criterios que venimos de enunciar son criterios esenciales en la evaluación de una política en materia de penas tanto a nivel de su programación como de su puesta en marcha.

4.2. LAS PENAS EN EL CÓDIGO PENAL DE 1991

El legislador de 1991 intentó sistematizar las penas agrupándolas en cuatro categorías: penas privativas de libertad, penas restrictivas de libertad, penas privativas de derechos y multa. Esta estructura da al Código vigente una mayor transparencia, facilitando su estudio e interpretación. El criterio de diferenciación en función del bien jurídico afectado por la pena permite, como veremos luego, revelar algunas incoherencias.

4.2.1. PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

La pena privativa de libertad es formalmente, luego de la pena de muerte,⁵⁵ la sanción más severa con que cuenta nuestro ordenamiento jurídico. El uso

⁵³ Cf. VELÁSQUEZ, F., *Derecho penal. Parte general*, 1997, p. 677.

⁵⁴ Cf. HUBER, B., "Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1996, p. 156 y ss.

⁵⁵ El reconocimiento constitucional de la pena de muerte, a pesar de su difícil viabilidad normativa, forma parte de nuestro sistema de penas.

diferenciado de la pena privativa de libertad, en función del tipo de criminalidad, no ha disminuido su presencia, como pena conminada, en la parte especial del Código.⁵⁶ Lo diversificado del sistema de sanciones del Código de 1991, no niega el hecho que la pena privativa de libertad esté prevista como pena principal en 187 de las 407 infracciones penales contempladas en el Código y como pena acumulada en 169 casos. Si a ello se agrega los 31 supuestos en que es imponible como pena alternativa, constataremos que la pena privativa de libertad constituye el 95 % de las penas de la parte especial del Código.

En realidad, el legislador no renunció a las penas privativas de libertad de corta duración. Al colocar el mínimo de duración de esta pena en dos días no hizo más que ratificar la opción ya asumida desde el Código derogado.

Las desventajas resultantes de una pena privativa de libertad con límites mínimos excesivamente bajos son diversas. Al ser excesivamente cortas son incompatibles con los esfuerzos por resocializar al delincuente. Es prácticamente imposible que en el lapso de unos meses la ejecución penal pueda influir positivamente sobre el condenado. Desde la perspectiva administrativa, la organización de medidas de tratamiento penitenciario requiere de un periodo de tiempo para su aplicación efectiva. Además, una pena de este tipo desarraiga inútilmente al condenado del medio social y familiar. Situación que, en un medio como el nuestro con una alta tasa de desocupación y subempleo, tiene efectos contraproducentes.

4.2.2. PENAS RESTRICTIVAS DE LA LIBERTAD

Esta denominación comprende la expulsión de los extranjeros (art. 30 CP). Se aplicaba como penas acumulada a la pena privativa de libertad, teniendo una duración indeterminada. Retoma, con carácter de pena, la legislación especial en materia de tráfico ilícito de drogas (DL 22095, art. 63), que prevé la expulsión de extranjeros en los casos de comisión de este delito (art. 303).

⁵⁶ VILLAVICENCIO (p. 168 y s., nota 7) señala, sin embargo que, en cierto modo, el Código de 1991 limita el recurso a la pena privativa de libertad, mediante instituciones alternativas y que se mantiene para delitos incuestionablemente graves.

La finalidad político criminal de la expulsión de extranjeros no es la de retribuir la comisión de un delito, ni la de prevenir, mediante su efecto disuasivo, la comisión de futuros delitos. No puede tener dicho carácter pues en este caso la pena privativa de libertad, ejecutada previamente, ya habría cumplido dichos fines. Hubiera sido más razonable que el legislador optara por dejar a la legislación de extranjería la regulación de dicha medida.

En la legislación comparada, se justifica la expulsión como sanción administrativa vinculada a la comisión de un delito. Pero en este caso su duración es proporcional a la gravedad de la infracción cometida y su finalidad es diferente: garantizar la seguridad de los habitantes del Estado de donde el condenado es expulsado.

Como su nombre lo indica, las penas restrictivas de la libertad implican una restricción sustantiva a la libertad de residencia en todas sus manifestaciones: la posibilidad de establecerse en el territorio nacional, de transitar y de entrar en todo tiempo (art. 2, inc. 11 Const.). Como todo derecho fundamental, la libertad de residencia está sujeta a restricciones. En este sentido, la Constitución establece como limitaciones de su ejercicio razones de sanidad, mandato judicial o la aplicación de la ley de extranjería (D Leg 703).

4.2.3. PENAS LIMITATIVAS DE DERECHOS

Dentro de las penas limitativas de derechos se encuentran consideradas, por un lado, la de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres y, por otro lado, la pena de inhabilitación (art. 31).

El primer problema que ha de enfrentarse en la revisión de estas penas es el de su denominación. El título adoptado para denominarlas no resulta muy funcional para dar cuenta de su contenido. Al regularlas como una categoría independiente de las penas privativas y restrictivas de libertad, el legislador asume que existe una diferencia cualitativa entre los bienes jurídicos afectados con estas penas. Sin embargo, no existe una frontera claramente delimitada entre la afectación de la libertad y la de los derechos. La primera es concebida como un sinónimo parcial del término derecho.⁵⁷ La libertad constituye una facultad natural que

⁵⁷ NINO, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona 1983, p. 195.

tiene toda persona de obrar de una manera o de otra o de abstenerse de obrar. Los derechos, en su acepción subjetiva, no vienen a ser sino los instrumentos establecidos por el ordenamiento jurídico para ejercerla. En consecuencia, la privación o la restricción de la libertad, mediante la imposición de una pena, es igualmente una forma de privar o limitar el ejercicio de un derecho.

Independientemente de este problema formal, lo cierto es que la introducción de la pena de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres, así como la ampliación de los alcances de la inhabilitación responde a la necesidad de encontrar alternativas a la pena privativa de libertad. En este sentido, el legislador señala que “los elevados gastos que demandan la construcción y sostenimiento de un centro penitenciario, obligan a imaginar nuevas formas de sanciones para los infractores que no amenacen significativamente la paz social y la seguridad colectiva”.⁵⁸ A esta ventaja de orden financiero, se agregan otras inherentes a su ejecución no carcelaria: mantenimiento del condenado en el sistema social (disminución de riesgos de pérdida de la socialización), utilidad de la prestación o actividad desarrolladas por el condenado (generación de beneficios sociales), disminución o neutralización de las condiciones generadoras del ilícito (prevención de acuerdo con la situación), concentración de esfuerzos en el tratamiento de los delincuentes llamados residuales (racionalización de objetivos).

a) PRESTACION DE SERVICIOS A LA COMUNIDAD

El legislador, deja en manos del juez la elección de la pena substitutiva de la pena privativa de libertad. Pero la función substitutiva de la pena de prestación de servicios a la comunidad no está sujeta a criterios jerárquicos que privilegie su aplicación frente a otras penas.

La legislación comparada y la doctrina han considerado indispensable el consentimiento del condenado para salvar objeciones relacionadas con la proscripción en los Convenios OIT del trabajo forzado. Resulta difícil imaginar que alguien prefiera la prisión que realizar un trabajo en favor de la comunidad. En nuestro país, el consentimiento del condenado es más una necesidad de

⁵⁸ Exposición de motivos del Código penal de 1991, p. 8.

política criminal que una exigencia constitucional. En efecto, frente a la exigencia del art. 23 de la Constitución que establece que nadie está obligado a prestar un trabajo, sin su libre consentimiento, sólo cabría interpretar a contrario dicha disposición para considerar que esta pena requiere lógicamente del acuerdo del condenado. En definitiva, esta condición tiene sentido dentro del marco de los fines de la pena. Es indudable que si se quiere que la pena tenga éxito, se debe contar con la cooperación del delincuente. Imponerle verticalmente la ejecución de una prestación no es el mejor método para intentar integrarlo o para reforzar su responsabilidad social.

El máximo de duración de la prestación de servicios a la comunidad se aleja definitivamente del baremo promedio en la legislación comparada. Al igual que la pena privativa de libertad, la fuerza simbólica o instrumental de la pena de prestación de servicios a la comunidad no está en relación directamente proporcional a su duración sino a su efectividad. En un contexto como el nuestro, en el que no se cuenta aún con la suficiente experiencia en su aplicación y en el que la carencia de recursos es un factor negativo, es mejor concentrarse en la gestión y control de prestaciones de corta duración que pretender realizarlo en periodos prolongados.

El consentimiento del condenado no elimina la necesidad de constatar la culpabilidad por el hecho cometido, ni dificulta la realización de los fines de la pena. En particular, esta pena está asociada a la finalidad de prevención especial puesto que somete al condenado a una especie de “training social”: el contenido educativo subyacente a su ejecución tiene un efecto socialmente integrador.

b) INHABILITACION

Dentro de la concepción tendiente a limitar las penas perpetuas y, por tanto, desproporcionadas, el legislador de 1991 sólo consideró penas de inhabilitación temporales. La inhabilitación perpetua y absoluta equivale a la muerte civil del condenado.

Es difícil, encontrar un denominador común a los casos de inhabilitación del Código vigente. Desde la perspectiva de los fines de la pena resulta complejo conciliar cada modalidad de la inhabilitación con los diversos objetivos previstos

en el Código. No puede, por ejemplo, sostenerse que mediante la ejecución de las modalidades de inhabilitación se persiguen objetivos de prevención especial positiva. Su aplicación no tiene más efecto que la limitación, suspensión o privación de un derecho y no la resocialización, en sentido amplio, del inhabilitado.

Tampoco existe una finalidad retributiva en la aplicación de la inhabilitación como pena accesoria. Pues su duración está sujeta a la de la pena principal. La constatación de una de las circunstancias del art. 39, justificantes de la imposición de una pena de inhabilitación a título accesorio (por ejemplo, abuso de autoridad, de profesión, oficio, o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, patria potestad...), constituye un requisito adicional al momento de individualizar la pena, pero que está determinada por los límites mínimo y máximo de la pena principal. No pueden cumplir una función preventiva general si están refundidas en la aplicación de la pena principal y, por ende, son poco notables. Tampoco cabe aplicarlas con posterioridad al cumplimiento de la pena principal pues de lo contrario serían penas acumuladas.

Lo cierto es que en la imposición de las penas de inhabilitación la finalidad básica es la protección de la sociedad, reduciendo o suprimiendo los riesgos derivados del goce o ejercicio del derecho afectado. Esta función protectora de la pena se pone en evidencia, por ejemplo, en la suspensión o cancelación de la autorización de portar o hacer uso de armas de fuego o de conducir vehículos. La inhabilitación se inscribe pues dentro de la concepción de la denominada prevención de acuerdo con la situación (reducción o supresión de las ocasiones de comisión de nuevos ilícitos penales).

3. NUESTRA OPINIÓN

Esta rápida revisión de nuestro sistema de penas nos ha servido para mostrar los avances pero también los límites de un sistema concebido como un mosaico. La constatación de múltiples incoherencias evidencian la complejidad en la tarea de hacer un sistema diversificado, jerarquizado, con múltiples funciones y respetuoso de las garantías de un Estado liberal y de derecho.

Si bien los autores del Código penal vigente se preocuparon por enriquecer el arsenal de sanciones recurriendo a otras modalidades de punición, lo cierto es que la pena privativa de libertad sigue conservando su importancia en el sistema.

CAPITULO V

LA PENA Y SU APLICABILIDAD DENTRO DE UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

La pena, como medio de represión y castigo, ha sido un punto de debate y discusión en el que se han sabido encontrar las más famosas escuelas de la filosofía del derecho clásico.

5.1. ANTECEDENTES

En Grecia, se elaboró una teoría carcelaria que se asemeja mucho a nuestra realidad. PLATÓN, en las leyes, además de proponer la cárcel-custodia para deudores y algunos ladrones, ya planteaba una cierta tipología carcelaria que contemplaba la pena privativa de libertad como castigo en sí mismo e incluso como forma de corrección. Estos planteamientos platónicos, posiblemente reflejo e interpretación de los estados de opinión de la sociedad griega con respecto a la justicia y la penalidad, han ido apareciendo en el decurso histórico occidental hasta la actualidad.⁵⁹

La pena es un mal e implica sufrimiento, dolor y aflicción a la persona humana.⁶⁰ Sin embargo su aceptación o negación categórica dependerá de si es posible comprobar su utilidad en el caso específico.

⁵⁹ GARRIDO GUZMÁN, Luis, *Manual de ciencia penitenciaria*, Edersa, Madrid, 1983, pp. 74-75.

⁶⁰ Esto no implica admitir que la teoría de la retribución sea el fundamento de la pena (Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional del 21 de Julio del 2005, Exp. 019-2005-PI/TC, Fundamento 37). No obstante, en el Derecho Penal actual se insiste en justificar que la pena es necesaria (*"La necesidad de la pena es un dato fáctico que aporta al conocimiento empírico (...). Su necesidad a un hecho real"*, GARCÍA PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 121), ya que sin ella la convivencia humana sería imposible. Por ello se afirma -según una muy conocida frase del proyecto alternativo alemán-, que es una *"amarga necesidad en la sociedad de seres imperfectos como los hombres"* (BERDUGO et al., 1999, p. 24; Vid. MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARAN, 2002, p. 47).

Es la teoría de la pena la que busca identificar dicha utilidad o fin limitando al poder penal (prevención general y especial), pero sin embargo faltaría comprobar si en realidad se cumple o se hace efectiva dicha utilidad. Si el Estado asume el cumplimiento de la utilidad de la pena y con ello logra sus efectos, el poder penal habrá sido ejercido satisfactoriamente, pues se habrá sujetado a los límites preventivos. Así, la utilidad está limitada a través del Derecho penal (Teoría de la Pena), pues de lo contrario la aplicación de la pena en el marco del ejercicio del poder penal sería completamente ilegítima. A propósito, Walter KARGL considera que para evitar un Derecho Penal desbordado y politizado será necesario coordinar la perspectiva de protección de bienes jurídicos con la pena.⁶¹

Actualmente, VILLA STEIN, sostiene con razón que: “El derecho penal moderno ha humanizado sus penas, desapareciendo con ello la afectación de la integridad corporal (torturas, azotes, mutilaciones), o las penas inhumanas como la de la picota (el rollo) del sentenciado, y ha reemplazando este tipo de penas, por la de privación de la libertad personal, para delitos graves y fórmulas alternativas de punición a la privación de la libertad, como multas u otras privativas de variados derechos, para delitos menores o faltas”.⁶²

5.2. LA PENA DENTRO DEL MARCO DE UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

La pena en el estado social y democrático de Derecho se encuentra condicionada a que se acredite la existencia de un Injusto Penal, y a su vez, la existencia de un sujeto que conozca la existencia en su sociedad de dicho injusto.⁶³

⁶¹ KARGL, Walter, «Protección de bienes jurídicos mediante protección del derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena», en *La insostenible situación del Derecho penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt / Universidad Pompeu Fabra / Comares, Granada, pp. 57 y ss.

⁶² VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte General*. Edit. San Marcos. Lima, 1998, p. 449.

⁶³ WELZEL, Hans, *Derecho Penal alemán. Parte General*, 11ª ed.. 2ª ed. Castellana, traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile,

Un Estado Constitucional de Derecho, fundamenta todas sus instituciones jurídicas en principios rectores que tiendan a la protección no solo de los sujetos pasivos dentro del delito, sino que también al sujeto activo, ya que justamente esa fundamentación, se vinculará directamente a la premisa que entre uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional, está el que el Régimen Penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad⁶⁴.

El desarrollo de las teorías modernas sobre las penas, que conciben éstas como instrumentos que tienen como principal finalidad la reforma o reinserción del delincuente, y que encuentran su reflejo en las legislaciones penales contemporáneas, han tenido como base la obra del jurista italiano del siglo XVIII BECCARIA.⁶⁵

La pena no es otra cosa que un medio de “control social” que emplea la violencia sometida a ciertas normas jurídicas y constitucionales. En ese orden de ideas, entendamos que la Pena no solo puede ser una respuesta jurídica sino también social, por lo que el penado luego de haber cumplido con su condena, no puede ser abandonado por el Derecho, ya que resulta necesario brindarle mecanismos necesarios que le proporcionen la readaptación, rehabilitación, y reincorporación en su sociedad.

5.3. CONCEPTO DE PENA

La palabra pena proviene del latín *poena*, que significa castigo, tormento físico, padecimiento, sufrimiento. En el desarrollo del presente trabajo, el concepto de pena se plantea como un concepto formal del derecho, en tal sentido, la pena es la sanción jurídica aplicable a quien viola la norma jurídica prohibitiva. Es un “mal” que debe imponerse al culpable o responsable de la comisión de un delito. Es una figura previamente creada por el legislador, en forma escrita y estricta, al

1976, p. 326. También: PEÑA CABRERA, Alonso Raúl, *Derecho Penal. Parte General -Teoría de la Pena y sus consecuencias jurídicas*, 2ª ed., Rodhas, Lima, 2007, p. 731.

⁶⁴ Constitución política del Perú, 1993. Art. 139, inc. 22.

⁶⁵ MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y Democrático de Derecho*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1982, p. 35.

amparo del “principio de legalidad”,⁶⁶ donde toda persona debe ser castigada si el hecho está previsto en la ley como delito con anterioridad a la comisión del mismo. Este principio, es el pilar del Derecho Penal, representado por el apotegma latino: *nullum crime, nulla poena sine lege*.⁶⁷

En tal sentido, la pena “es un castigo consistente en la privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinada a quien tras un debido proceso, aparece como responsable de una infracción del Derecho y a causa de dicha infracción”.⁶⁸

5.4. JUSTIFICACION, FUNDAMENTO Y FINES DE LA PENA

Sobre cuál es la naturaleza de la pena o por qué o para qué se impone, es cuestión de amplios debates que se han dado a través de la historia del derecho penal, desbordando incluso los límites jurídicos, para convertirse en un tema de interés general para otras ciencias.

Para entender con claridad este asunto, es necesario distinguir tres aspectos importantes de la pena: su justificación, su fundamento y su fin; desarrollo que nos ocupa a continuación.

La pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas en una comunidad. Sin la pena, la convivencia humana en la sociedad actual sería imposible. Su justificación no es, por consiguiente, una cuestión religiosa ni filosófica, sino una amarga necesidad. Más discutidos son los problemas sobre el fundamento y fines de la pena. Estos han constituido

⁶⁶ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel: Manual de Derecho Penal. Parte General. Edit. Santa Rosa. Perú, 2000, p.70; y VILLA STEIN, Javier: Derecho Penal. Parte General. Edit. San Marcos. Lima, 1998, p. 101.

⁶⁷ Su fundamento constitucional se encuentra en el artículo 2.24.”d” de la Constitución (1993), que indica que: “*nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley*”.

⁶⁸ COBO DEL ROSAL, M. Y VIVES ANTON, T.: Derecho Penal. Parte General. 3º Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1990, p.616. También, BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. Manual de Derecho Penal. Parte General. Edit. Santa Rosa. Perú, 2000O, p. 71.

el objeto de la llamada "lucha de Escuelas", que durante muchos años ha sido el punto de quiebre de discusiones y polémicas en la Ciencia del Derecho Penal.

Ya en 1966 Roxin señaló que la pregunta acerca del sentido de la pena estatal “no se trata en primer término de un problema teórico, ni por tanto de reflexiones como las que se suelen hacer en otros campos sobre el sentido de esta o aquella manifestación de la vida, si no de un tema de acuciante actualidad práctica”⁶⁹. Sin embargo, la discusión doctrinal sobre la función de la pena parece seguir siendo vista como una cuestión teórica sin mucha importancia práctica. La exposición sobre las diversas teorías que se encargan de responder a esta cuestión repercute en los concretos criterios de imputación jurídico-penales; es decir es de utilidad práctica este conocimiento teórico.

La función de la pena debe informar todo el sistema penal, de manera tal que, de una u otra manera, tiene que influir en su operatividad. Tanto la previsión legal de la pena, como su imposición judicial y ejecución deben tener como punto de partida la función que la sanción penal cumple. Una pena que no se ajuste a su función, no podrá aceptarse aunque se encuentre prevista en la ley. La pena adecuada al hecho solamente será aquella que se corresponda con la culpabilidad del autor, sin importar si con ello se contribuye o no a la prevención general o a la resocialización del delincuente.

CAPITULO VI

ANTECEDENTES DEL INDULTO

6.1. EL INDULTO EN ROMA

La época del imperio romano se caracterizó por una estrecha conexión entre Derecho y Religión, así el indulto como prerrogativa aparece desde el Siglo I como un acto legislativo especial que se realizaba preferentemente por medio de senado-consultos y, en algunas ocasiones a razón de festividades religiosas como las pascuas.

⁶⁹ Vid., ROXIN, «Sentido y límites de la pena estatal», (trad. Luzón Peña), en *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976, p. 11. Vid., similarmente, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 180.

La doctrina en mayoría considera que, la “Provocatio Ad Populum” es el antecedente primigenio del indulto en el Derecho Romano republicano, la cual era una Garantía que contemplaba la posibilidad de otorgar libertad al condenado a muerte. Según Sánchez de Pedro,⁷⁰ este Derecho se plasmó en las llamadas “leges Valeria de provocatione”, presentadas a la asamblea por cónsules pertenecientes a las familias Valeria y Horacia: la primera, promulgada durante el consulado de Marco Valerio Corvo y Quinto Fabio (453 a.C.), la cual establecía el no ejecutar la pena impuesta si se hacía uso de la apelación ante el pueblo.

Sin duda el gran producto de Roma al mundo, fue el Derecho.

6.2. EL INDULTO EN ITALIA

A la fecha, el instituto jurídico del indulto, dentro del Derecho Constitucional italiano tiene acogida en el artículo 87 de la Constitución italiana que señala: “*El Presidente de la República es el Jefe del Estado y representa la unidad nacional. (...) Puede conceder indultos y conmutar penas (...)*”, así el Código Penal Italiano, adhiere al estatus de Norma Penal la figura del indulto, señalando en su artículo 174 que “*El indulto o gracia condona, en todo o en parte, la sentencia impuesta, o cambia a otro tipo de sanción prevista por la ley número extingue las penas accesorias, salvo que el decreto disponga otra cosa, incluso otros efectos penales de la condena*”.

Como se puede apreciar, en el Derecho Italiano vigente, no cabe la posibilidad de extender un indulto a favor de personas que aún no tienen sentencia, manteniendo implícito el dogma penal que para su provisión se requiere la emisión de una pena con carácter de Cosa Juzgada, asimismo no contempla la posibilidad de que dicha potestad sea delegable como sucede en otros estamentos constitucionales.

6.3. EL INDULTO EN ALEMANIA

Los pueblos bárbaros fueron influenciados por el derecho romano. El Derecho Alemán propiamente dicho surgió con la unificación de su territorio, luego que

⁷⁰ SANCHEZ DE PEDRO, M. del Carmen: ““Provocatio Ad Populum”: ¿Garantía de Libertad?”. Edición Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca. Ecuador. 2005. p. 09.

Otón (Rey de Germania) somete al Rey de Italia Berenguer II allá en el año 962. A diferencia de los emperadores romanos, Otón no tenía facultades absolutas, pues no tenía injerencia directa para la elección de los sumos pontífices que tenían prerrogativas de perdonar las penas por delitos de orden religioso, motivo por el cual surgió entre el estamento monárquico y el clero la histórica *“Querella de las Investiduras”*.

Esta situación cambió con la firma del *“Concordato de Worms”* entre el emperador Enrique V y el papa Calixto II, el 23 de setiembre de 1122, ratificado un año después por el Concilio de Letrán I. En virtud a este acuerdo el emperador renunciaba a todo tipo de injerencia en el proceso eleccionario de los sumos pontífices y la organización religiosa que implicaba prerrogativas de juzgamiento por determinados delitos de orden religioso.

Conforme se evidencia de la historia y la doctrina *“el emperador y rey lo era casi absoluto,”*⁷¹ en dicha medida podía ejercer el Derecho de gracia de manera incuestionable.

Dicha metodología continuaría en la Constitución de Weimar de 1919. En doctrina se considera que *“la Constitución de Weimar atribuyó también el mando supremo (Oberbefehl) al Presidente del Reich, pero sujetando todos los actos del presidente al refrendo del canciller (...) se atribuía al Oberbefehl el poder de (...) el Derecho de gracia y el ser la institución suprema en cualquier queja. Por su parte, según el texto establecido por la Ley Fundamental de Bonn (...) rectificado por una ley constitucional de 19 de marzo de 1956 y la reforma del 24 de junio de 1968, que realiza una nueva definición de competencias, otorga al presente federal poderes simbólicos de representación (nombramientos de acuerdo con las leyes que los regulan, Derecho de gracia, concesión de distinciones y condecoraciones. La regulación Normativa está sujeta al Derecho común y corresponde en principio al parlamento que puede delegarla en el gobierno de acuerdo al artículo 80 de la Constitución. En materia judicial rige la*

⁷¹ LUDWIG, Emil: *“El Kaiser Guillermo II. Desde su nacimiento hasta su destierro”*, Sexta Edición, Barcelona, Ediciones. Juventud, 1973, p. 60.

regla normal de separación de poderes sin que corresponda al ejecutivo, ningún poder fuera del Derecho de gracia”.⁷²

A diferencia de la Constitución de 1919, la Ley fundamental de Boon establece que el Presidente Federal podrá delegar el ejercicio del Derecho de gracia, aspecto que se mantiene hasta la fecha y que generalmente recae en el Canciller.⁷³

El Código Penal Alemán, contempla la figura del indulto como generador de la capacidad de goce y ejercicio de Derecho por parte de los sentenciados, así en su artículo 45 se dispone “(1) *La pérdida de las capacidades, de la situación jurídica y de Derecho se hará efectiva con la ejecutoria de la sentencia.* (2) *La duración de la pérdida de una capacidad o de un Derecho se computará desde el día en que la pena privativa de libertad se haya cumplido, prescriba o se haya perdonado. (...)*”. Asimismo, el mencionado cuerpo legal en su artículo 79 establece que el instituto penal de la prescripción queda suspendido cuando al condenado se le concede por el procedimiento de la gracia del indulto.⁷⁴

6.4. EL INDULTO EN ESPAÑA

El primer testimonio escrito del Derecho de gracia en España la encontramos en la Ley de Partidas (1256-1265), específicamente la Ley XXVI en su Título XVIII, consagra este derecho prescribiendo “*los que recibiesen los privilegios e las grazias del Rey le agradeciese a aquél que es poderoso de lo dar e de cuya mano lo recibe*”. El desarrollo histórico del indulto no ha sido preocupación en los estudios del Derecho español, sin embargo en mayoría se señala que su origen constitucional se produce en el año 1812 con la Constitución de las Cortes de

⁷² SÁNCHEZ AGESTA, Luís: “El Mando en el Ejército en el Derecho Constitucional Comparado” en Jornadas de Estudio sobre el título preliminar de la Constitución. Volumen IV. Fondo editorial del Ministerio de Justicia Español. Madrid. 1988. p. 2831.

⁷³ Léase Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Traducción de Ricardo García Macho, Universidad Jaime I - Castellón de la Plana. España. 2010.- “Artículo 60 [Nombramiento y relevo de los Jueces federal, funcionarios federales y militares; Derecho de gracia] (1) *El Presidente Federal nombrará y relevará a los Jueces federales y a los funcionarios federales, así como a los oficiales y suboficiales, siempre que las leyes no dispongan otra cosa.* (2) *Ejercerá en nombre de la Federación el Derecho de gracia en cada caso particular.* (3) *Podrá delegar estas facultades en otras autoridades (...)*”.

⁷⁴ Código Penal Alemán: del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998. Traducción de Claudia López Díaz. Fondo editorial de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. 1999.

Cádiz, “la figura del indulto se constituía por aquel entonces como una herramienta al servicio del monarca quien, de uno u otro modo, eximía del cumplimiento de sus penas a determinadas personas, introduciéndose una importante innovación, la exigencia de que se conceda la "gracia" con arreglo a la Ley”.⁷⁵

Pedro Nolasco Vives y Cebriá, en la obra “*Usages y otros Derecho de Cataluña conocidos con el nombre general de Constitución*”, establece lo relacionado a los casos de homonimia de mujeres adúlteras en el año 1351 en el reinado de Pedro III; en comentario del autor existía la posibilidad de que el marido ofendido pueda acceder al indulto.⁷⁶

La institución del indulto tiene como primer antecedente constitucional no la constitución de las Cortes de Cádiz, sino en las constituciones de Cataluña. Según opiniones especializadas ésta prerrogativa otorgada al emperador “se justificaba como una solución in extremis”.⁷⁷ Junto con esta pionera Constitución, las normas supremas de 1837 (artículo 47, N° 3), de 1845 (artículo 45, N° 3) y de 1856, siguieron la misma tendencia.⁷⁸ Asimismo la Constitución Española de 1869 confería al Rey la potestad de “indultar a los delincuentes con arreglo a las leyes, salvo lo dispuesto relativamente a los Ministros”, la carta magna si bien confería al rey la potestad de indultar, también limitaba dicha potestad al exigir que previamente a su ejecución haya una ley autoritativa. Dentro de esta tendencia, se erigió la Ley Provisional estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto, de 18 de junio de 1870, en adelante la Ley de Indulto Española, se basaba en dos premisas, la primera que el indulto a conceder no afecte intereses de terceros y que el sentenciado obtenga el perdón previo del sujeto pasivo del delito.

⁷⁵ SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, José Enrique: “Indultos y Amnistía”. Editorial Universidad. Madrid. 1980. p. 8.

⁷⁶ Pedro Nolasco Vives y Cebriá, “*Usages y otros Derecho de Cataluña conocidos con el nombre general de Constitución*”, Editada por la Imprenta Verdager, Barcelona, 1832, p. 255.

⁷⁷ GARCÍA MAHAMUT, Rosario y LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando: “El indulto: un análisis jurídico-constitucional”. Marcial Pons. 2004. p. 30.

⁷⁸ GARCÍA MAHAMUT, Rosario y LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando: p. 27.

La publicidad relacionada al ejercicio de esta prerrogativa presidencial y, su ejercicio abusivo, ha dado a que la tendencia actual sea denegar el otorgamiento del indulto a favor de sentenciados.

CAPÍTULO VII

EL INDULTO: CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y FUNCIONES

Según Rodríguez y Serrano “la gracia es (...) el Derecho del Estado (...), a renunciar a todo o en parte a la imposición de la pena”,⁷⁹ siendo que su existencia solo está justificada en ser “un correcto, general y último, frente a errores y contradicciones a los Principios de necesidad y merecimiento de pena”,⁸⁰ ya que “nadie podría estar en condición –ni siquiera el propio Estado - de asegurar veredictos totalmente perfectos y penalidades irremisiblemente justas”.⁸¹

El clásico Diccionario de García Calderón define al indulto como “la condonación o remisión de la pena que un delincuente merecía por su delito”,⁸² asimismo, Roy Freyre explica que esta gracia “es la renuncia que hace el Estado en favor de persona determinada respecto a su derecho a ejecutar la pena que le ha sido imputada en una sentencia irrevocable”,⁸³ Hurtado Pozo y Prado Saldarriaga por su parte indican que es el perdón que extingue la pena por lo que presupone una sentencia condenatoria firme y que se diferencia de la amnistía porque es individual,⁸⁴ también Bramont-Arias Torres indica que el indulto “tiene un carácter personal y consiste en perdonarle la pena a un sujeto que ha sido sentenciado”,⁸⁵ mientras que Rodríguez Campos apunta que “es una causa de extinción de la pena impuesta mediante sentencia firme”,⁸⁶ por su lado, Gómez Paulet señala que es el “perdón de la pena (...) dirigida a todos los sentenciados por delitos

⁷⁹ RODRIGUEZ DEVESA, José y SERRANO GÓMEZ, Alonso. Derecho Penal Español. Parte General. Décima Séptima Edición. Dykinson. Madrid. 1993. p. 670.

⁸⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ariel. Barcelona. 1984. p. 412.

⁸¹ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis Comparado. Cuarta Edición. Rao Jurídica. 1998. p. 573.

⁸² GARCÍA CALDERÓN, Francisco. Diccionario de la legislación peruana. Grijley. Lima. 2004.

⁸³ ROY FREYRE, Luis Eduardo. Causas de extinción de la acción penal y de la pena. Grijley. Lima. 1997. p. 229.

⁸⁴ HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Manual de Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Cuarta Edición. Idemsa. 2011. p. 418.

⁸⁵ BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel. Ob. cit. pág. 381.

⁸⁶ RODRIGUEZ CAMPOS, Rafael. Ob. cit. p. 147.

que no cuenten con impedimento legal y que (...) hayan cumplido las reglas de conducta fijadas por la autoridad penitenciaria y demuestren buena recepción al tratamiento penitenciario”.⁸⁷

Según el artículo 118 de la Constitución Política de 1993, corresponde al presidente de la República: “Conceder indultos y conmutar penas. Ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria”. Este derecho del Jefe del Estado en el Perú, debe entenderse como el perdón que se concede a un sentenciado. En ese sentido, “El indulto es el perdón de la pena. No borra el delito. Solo perdona la pena que falta cumplir. Es una decisión particular, no general. Extingue la pena principal las accesorias y subsiste la obligación de reparación civil”.⁸⁸

Asimismo, el indulto definido como el perdón de la pena, está previsto en el artículo 85 inciso 1 del Código Penal y en el artículo 89 segunda parte del mismo cuerpo legal, como una causa de extinción de la sanción o pena, más no de la reparación civil que queda subsistente. Estos beneficios son otorgados vía resolución suprema.

7.1. CONCEPTO

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, define el “vocablo indulto” del latín “indultus”, masculino singular, como “gracia o privilegio concedido a uno para que pueda hacer lo que sin él no podía. Gracia por la cual el superior remite el todo o parte de una pena o la conmuta, o exceptúa y exime a uno de la Ley o de cualquier otra obligación”. “Análogamente es indulgencia, perdón, olvido, exculpación, condonación, rehabilitación, venia, absolución, relevación, misericordia, compasión, clemencia, etc.”.⁸⁹

7.2. ETIMOLOGIA

⁸⁷ GÓMEZ PAULET, Noelia Roxana. Ob. cit. p. 88, quien además reconoce dos tipos de indulto: el indulto común y el indulto por razones humanitarias.

⁸⁸ CHANAME ORBE, R. Diccionario de Derecho constitucional. Arequipa: Adrus; 2008.

⁸⁹ El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, Décimo-novena edición. Madrid 1970.

Etimológicamente la palabra indulto se deriva del término latino *Indultum*, forma sustantiva del verbo *indulgeo*, *indulges*, *indulgere*, *indulsi*, *indultum*, que se puede traducir por condescender, ser indulgente, ser complaciente con las faltas. También en la lengua latina aparece el sustantivo *indultor*, *indultoris* refiriéndose al que perdona.

El indulto es una manifestación de la prerrogativa del Derecho de Gracia por el que el Estado como único titular del “*ius puniendi*” renuncia a exigir el cumplimiento de una pena impuesta.⁹⁰ Decimos que es gracia porque el otorgarla depende de la voluntad de quien la concede. El derecho de gracia ha sido considerado como uno de los más significativos para explicar y comprender el específico equilibrio de los poderes en la formación y concreción del Estado de Derecho.

El Código penal se refiere al indulto como una causa de extinción de la responsabilidad criminal, es decir como una de “las causas que, después del delito, extinguen la responsabilidad criminal del sujeto, o sea la obligación de sufrir la pena”.⁹¹ No es que el delito se extinga, sino que solo se renuncia a la pena, cuando de su inaplicación producen más ventajas que inconvenientes. El indulto se proyecta sobre la pena.

El perdón tiene gran importancia para la realización del Estado de Derecho pues en determinadas circunstancias las penas pierden total o parcialmente su significado legal y para ello existe el indulto, que compatibiliza las exigencias de la Justicia formal con la Justicia material del caso.

El fundamento del indulto, se encuentra en la necesidad de un instrumento, un remedio jurídico, que corrija la estricta aplicación de la ley general, adaptándola a las específicas circunstancias particulares que pueden concurrir en cada caso concreto, ya que sería de necios pensar que las leyes y Justicia y magistrados que las aplican son tan perfectos que la pena impuesta es siempre justa. El Derecho de gracia, en su manifestación de indulto, es un instituto histórico que acompaña a la idea de Justicia desde antes de la configuración del Estado de

⁹⁰ Ver. COBO DEL ROSAL, M. 1976: “Consideraciones generales sobre la concepción del Poder Punitivo del Estado”. Volumen II, número 63, Madrid: 264 y ss.

⁹¹ ANTÓN ONECA, J. 1949: Derecho Penal. Parte General, Tomo I., (ed. actualizada en 1986 por Hernández Guijarro, J.L.), Madrid: 567.

Derecho. Tuvo su apogeo en las monarquías absolutas en las que todos los poderes del Estado confluían en el soberano.

7.3. NATURALEZA JURÍDICA

La concesión del indulto implica un acto de justicia, equidad o utilidad pública, manifestadas bien por un exceso de pena, por razones de justicia material o por cualesquiera otras, bien derivadas de la propia rehabilitación o reinserción social del penado, consecuencia de un acto discrecional, de naturaleza netamente gubernamental y ejecutiva, por tanto, el indulto es y permanece un acto del poder ejecutivo y no del judicial.

7.3.1. La Discrecionalidad del indulto

El concepto y la esencia del indulto conllevan la idea de discrecionalidad derivada de la propia naturaleza de la institución. Esta discrecionalidad alcanza la concesión o no de la gracia solicitada y la determinación de sus efectos, pero no así respecto a la iniciación o cancelación del expediente administrativo que deberá finalizar acordándose o denegándose el indulto.

7.3.2. Motivación de la concesión de la gracia

Aunque no se exija motivación, expresa, de la resolución que conceda o deniegue el indulto, sí se tienen que acreditar a lo largo del expediente administrativo los criterios que según nuestra jurisprudencia y la doctrina permitan la valoración de cada petición; en este sentido la proporcionalidad y la reinserción social, los cuales se acompañan de previsiones expresas que garanticen la audiencia del ofendido, si lo hubiera, o los posibles perjuicios que pudiera ocasionar la concesión del indulto.

7.4. FUNCIONES DEL INDULTO

El indulto juega un papel de gran relevancia, llevando a cabo funciones diversas en varios campos como son en: interés de la política general, de la política criminal, como beneficio penitenciario y como correctivo de la función juzgadora. Analizamos cada uno de ellos.⁹²

7.4.1. Política general

⁹² ANTÓN ONECA, J. 1986: Derecho penal. Parte General, 1949 Madrid: 574.

La utilización del indulto ha tenido en numerosas ocasiones un marcado interés político, en tanto que se considera un acto de esta naturaleza por proceder de una de las facultades concedidas al señor Presidente de la República, -artículo 118, 21 de la Constitución política del Perú de 1993- máximo representante de la función ejecutiva del Estado peruano .

7.4.2. Política criminal

Aunque no debe dejar de reconocerse que “aunque ciertamente desde un punto de vista político-criminal, el derecho de gracia puede ser utilizado como medio para conseguir la rehabilitación de algún condenado, para corregir errores judiciales o para templar el excesivo rigor de las penas legalmente impuestas, pero incompatibles con la actual sensibilidad. De hecho, en la práctica, se utiliza por simples razones coyunturales de política general e incluso como un arma política más”.⁹³

7.4.3. Corrección de la función juzgadora

La Institución del Indulto hoy en día, sin perder esa naturaleza de medida excepcional extrajudicial, está llamada a jugar un importante papel de instrumento corrector de las disfunciones, deficiencias o contradicciones que la actuación del Poder Judicial, o más concretamente del Sistema Legal y Judicial en su conjunto. Esta medida de gracia, debe operar como elemento corrector de nuestro sistema legal y judicial, bien mitigando la pena a imponer, bien excluyendo en aras del superior principio de Justicia material implícito en nuestra Constitución y de la finalidad predominantemente resocializadora que debe informar la aplicación de las penas privativas de libertad y medidas de Seguridad y, por extensión, todas las penas.

No debe olvidarse que la concesión del indulto es competencia del poder Ejecutivo, por lo que escapa a las atribuciones del Judicial, de ahí que, cuando se aprecie que la pena pueda ser inadecuada, por exceso, a la culpabilidad y reproche social que merece el sujeto, deberán agotarse todas las posibilidades que ofrece el ordenamiento jurídico a los tribunales de justicia, para que sea en

⁹³ JESCHECK, H.H.1981: Tratado de derecho penal, 1258.

sede judicial donde se alcance la mejor individualización y proporcionalidad de la pena que se imponga.

En el ámbito individualizador, el indulto puede facilitar esa labor en cuanto suaviza los rigores que resultan de la aplicación de las leyes en determinados supuestos, y tomando en consideración algunas circunstancias que no se hayan revelado hasta el momento de la ejecución de la pena, como por ejemplo el reconocimiento de la drogadicción de un penado que no se alegó en juicio.

Estos fines individualizadores en relación a la pena impuesta puedan ser atendidos por los indultos particulares, que pueden aplicarse como correctivo de la pena desproporcionada al grado de culpabilidad del agente.

CAPITULO VIII

EL DESARROLLO CONSTITUCIONAL DE LAS GRACIAS EN EL PERU

Con el nacimiento del Perú independiente y en gran parte de nuestra historia como nación, la concesión de gracias fue una facultad del poder legislativo y no del poder ejecutivo.

No es hasta 1823 que contamos con una constitución peruana, razón por la cual los documentos anteriores a la misma,⁹⁴ que buscaban darle un orden constitucional a la convulsiva etapa de la independencia, por su extensión y detalle no contemplaban referencia alguna a la institución del indulto.

8.1. EL INDULTO EN EL PERU

Desde la Constitución Política del Perú sancionada por el primer Congreso Constituyente el 12 de Nov de 1823 hasta la de 1979, a nivel constitucional quedó establecido que el indulto procedía contra las penas impuestas.

A diferencia de todas las anteriores Constituciones políticas, la Constitución de 1979 consideró al indulto como parte del derecho fundamental de la libertad, así el artículo 2, 20, de ésta Constitución señalaba que “Toda persona tiene derecho “a la libertad y seguridad personales. En consecuencia: (...) La amnistía, el indulto, los sobreseimientos definitivos y las prescripciones producen los efectos

⁹⁴ El Reglamento Provisional de 1821, el Estatuto Provisional de 1821, el Reglamento Provisional del Poder Ejecutivo, ley del 15 de octubre de 1822, las bases de la Constitución de 1812.

de cosa juzgada”. Este enunciado resulta ser un nuevo paradigma dentro de nuestro marco constitucional por diversas razones. La primera de estas razones, es que confiere al indulto como parte fundamental del derecho a la libertad. Esta norma de la constituyente de 1978 se diferencia de todas sus antecesoras al conferir el estatus de cosa juzgada al indulto. Vale decir, ninguna constitución política anterior, había dado tal fuerza jurídica a un mandato ejecutivo confiriéndole la fuerza de un mandato judicial del más alto nivel.

El otro paradigma constitucional que rompe la Constitución de 1979 es concebir que el indulto lo emite el presidente de la república pues este personifica a la nación, en ese sentido el artículo 211, 23 de la norma constitucional señalaba que “Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República: (...) Conceder indultos y conmutar penas, salvo los casos prohibidos por la ley”.

En el código penal peruano de 1862 considerado el primer código penal aprobado en el Perú, señaló en su artículo 39 que “el indulto de la pena no exime al sentido de la vigilancia de la autoridad, ni le rehabilita para ejercer cargos públicos o derechos políticos, a no ser que expresamente se le otorgue la exención o rehabilitación. El indulto de la pena de muerte produce inhabilitación absoluta y sujeción a la vigilancia de la autoridad por diez años”.⁹⁵

8.2. EL DERECHO DE GRACIA EN LAS CONSTITUCIONES PERUANAS

8.2.1. LA CONSTITUCION DE 1823, elaborada por el primer congreso constituyente, era de corte liberal. Respecto al indulto era una facultad exclusiva del Congreso a de conceder indulto generales y particulares (inciso 2 del artículo 60), inició una tradición que imperó la mayor parte de nuestra vida republicana en la cual, el indulto era de carácter excepcional y potestad del poder legislativo.

8.2.2. LA CONSTITUCION DE 1826, elaborada por Simón Bolívar, que estuvo en vigor sólo cincuenta días, estableció que era iniciativa de la cámara de los tribunos,⁹⁶ el conceder indultos generales (inciso 16 del artículo 43), y concedió al Presidente de la República la atribución de conmutar las penas capitales

⁹⁵ CODIGO PENAL DEL PERU. Edición Oficial. Imprenta Calle de la rifa N° 58. Lima, 1862. p. 12 – 18.

⁹⁶ La cámara de los Tribunos puede ser comparada con lo que ahora se llama cámara baja, la cámara de diputados en la Constitución de 1979.

decretadas a los reos por los tribunales (inciso 29 del artículo 83). Respecto a la atribución concedida al Presidente de la República sólo está referida al caso específico de la conmutación de las penas capitales (llámese pena de muerte).

8.2.3. LA CONSTITUCION DE 1828, de corte liberal. Respecto a las gracias, se estableció como atribución del congreso conceder amnistías e indultos generales cuando lo exija la conveniencia pública (inciso 22, artículo 48); y como atribución del Poder Ejecutivo, conmutar a un criminal la pena capital previo informe del tribunal o juez de la causa, siempre que concurren graves y poderosos motivos, y que no sean los casos exceptuados por la ley.

8.2.4. LA CONSTITUCION DE 1834, fue en realidad una enmienda a la Constitución de 1828 y tuvo una vigencia menor a un año. Respecto a la amnistía y el indulto, siguen siendo atribuciones del congreso, con la diferencia que se excluye expresamente la posibilidad de otorgar amnistías e indultos de carácter particular (inciso 21, artículo 51). La conmutación de las penas capitales por parte del Poder Ejecutivo no presenta cambio alguno.

8.2.5. LA CONSTITUCION DE 1839, de corte conservador, refuerza las potestades del poder Ejecutivo frente a las Constituciones anteriores en las que el Poder Legislativo y las libertades individuales tenían mayor preponderancia. Respecto a las gracias, mantiene la atribución del congreso de conceder amnistías e indultos, pero sin señalar limitación alguna (inciso 15, artículo 55), mientras que la potestad del Presidente de la República de conmutar la pena capital, con informe previo del Poder Judicial, no es modificada (inciso 40, artículo 87).

8.2.6. LA CONSTITUCION DE 1855, mantiene la facultad del Presidente de conmutar la pena capital previo informe del poder judicial, sin ninguna modificación (inciso, artículo 1).

8.2.7. LA CONSTITUCION DE 1856, de corte liberal, antimilitarista y anticlerical. Al eliminar la pena de muerte ya no comprendía facultad alguna del Presidente de la República de conmutar penas. Respecto a la amnistía y el indulto, estos siguieron siendo atribución del congreso, sin que se señale límite alguno (inciso 18, artículo 55).

8.2.8. LA CONSTITUCION DE 1860, la más longeva en la historia del Perú, salvo algunos intervalos, estuvo vigente hasta 1920. Si bien se instaura la pena de muerte, no contempla la facultad del Presidente de conmutar la pena capital. El congreso sigue teniendo la facultad de dar amnistías e indultos, sin que se señale limitación alguna (inciso 19, artículo 59).

8.2.9. LA CONSTITUCION DE 1867, de corte liberal. Estableció que la ley no puede imponer la pena de muerte (artículo 15), por lo que no existía facultad alguna del Presidente para otorgar conmutaciones, ni gracia alguna. Establecía que el Congreso tiene la atribución de conceder amnistías mandando cortar los juicios políticos pendientes, sin hacer referencia a la facultad de conceder indultos (inciso 29, artículo 59).

8.2.10. LA CONSTITUCION DE 1920, promulgada por Augustos B. Leguía. De corte progresista, restituye la pena de muerte (por homicidio calificado y traición a la patria), no contempla ninguna potestad al Presidente de la República por gracia alguna. La potestad de conceder amnistías e indultos era del Congreso, sin límite alguno (inciso 20, artículo 83).

8.2.11. LA CONSTITUCION DE 1933, promulgada bajo la presidencia del General Sánchez Cerro, era de corte liberal. Amplió las causales por las que debía imponerse la pena de muerte, ampliando las causas por las que debía imponerse dicha pena, a los delitos de homicidio calificado, traición a la patria todos aquellos delitos que señale la ley (artículo 54). Las gracias eran atribución del congreso y sólo durante su receso el ejecutivo podía conceder indultos a los condenados por delitos políticos sociales (inciso 22, artículo 123).

8.2.12. LA CONSTITUCION DE 1979, abolió la pena de muerte excepto para los casos de guerra exterior. Fue la primera Constitución en facultar al Presidente de la Republica a conceder indultos y conmutar penas, salvo los casos prohibidos por la ley (inciso 23, artículo 211), mientras que el Congreso conservó la atribución ejercer el derecho de la amnistía (inciso 6, artículo 186).

Históricamente, fue el Congresos quien ostentó el derecho de otorgar gracias como el indulto y la amnistía, advirtiendo la consideración de excepcionalidad que han tenido dichas instituciones en nuestro país.

8.3. LAS GRACIAS PRESIDENCIALES EN LA CONSTITUCION VIGENTE

En la constitución de 1993, se regula las gracias presidenciales en el numeral 21 del artículo 118, el cual establece que corresponde al Presidente de la República concederlas. Esta Constitución facultad al Presidente de la República, indultar y amnistiar, el de otorgar el derecho de gracia en beneficio de los procesados (o también llamado indulto impropio) condicionado a que la etapa de investigación del procesado haya excedido el doble del plazo que establezca la ley, mas su ampliatoria.

No se hace referencia a limitaciones legales en las gracias presidenciales, ello no implica la inexistencia de límites que las tenemos en la propia constitución y las leyes que conjuntamente con ella forman el bloque constitucional, al respecto Quiroga León señala: (...) como toda facultad constitucional, esta debe desarrollarse por la ley de la materia. Por lo tanto, la ley que desarrolla el ejercicio del derecho de gracia podría establecer restricciones para ciertas figuras delictivas por su gravedad, connotación social o repulsión; esto es narcotráfico, secuestro, lesa humanidad, derechos humanos, genocidio, terrorismo, violación de menores, etc.⁹⁷

8.4. IMPEDIMENTOS LEGALES PARA OTORGAR GRACIAS PRESIDENCIALES SOBRE DETERMINADOS DELITOS

Mediante las siguientes normas con rango de ley, ya sea dadas por el congreso o por el poder ejecutivo (por delegación otorgada), se han establecido a las gracias presidenciales sobre determinados delitos, que por consideración a su gravedad o connotación social no pueden ser pasibles de la merced del Presidente de la República.

Mediante la ley N° 23490, del 6 de noviembre de 1982, se estableció que quedan excluidos del beneficio del indulto los autores de los delitos de tráfico ilícito de drogas, de prevaricato, de violación sexual en agravio de menores de 10 años de edad y de homicidios penados en los artículos 151 y 152 del código penal.

⁹⁷ ROY FREYRE, Luis y QUIROGA LEON, anibal: "La necesidad de supervivencia del derecho de gracia e indulto y sus formas de control en el Estado Constitucional" En: *Revista Jus constitucional*, mayo, 2008, pp. 98 y 99.

Mediante la ley N° 26478, de 14 de junio de 1995, se establece que quedan excluidos del beneficio del indulto los autores del delito de secuestro agravado previsto en el último párrafo del artículo 152 del código penal.

El Decreto Legislativo N° 824- Ley de lucha contra el tráfico ilícito de drogas, del 24 de abril de 1996, estableció que el indulto es aplicable a los que fueron condenados por primera vez por micro comercialización o micro producción de drogas, suministro indebido de drogas (casos de médicos que recetan indebidamente), coacción e instigación al consumo de drogas. Asimismo, establece que el indulto no es aplicable a los dirigentes, jefes o cabecillas de las bandas u organizaciones denominadas “firmas” o “carteles”, dedicado al tráfico ilícito de drogas.

Mediante la ley N° 28704, de 05 de abril de 2006, se establece que no procede el indulto, ni la conmutación de pena, ni el derecho de gracia a los sentenciados por los delitos de violación sexual en agravio de menores de edad, seguida o de muerte o lesión grave, previstas en los artículos 173 y 173-A del Código Penal.

Mediante la ley N° 28760, de 14 de junio de 2006, se establece que no procede el indulto, la conmutación de pena, ni el derecho de gracia cuando se encuentren relacionados a los delitos de secuestro y extorsión.

8.5. TIPO DE GRACIAS PRESIDENCIALES EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO PERUANO

Se puede establecer cuatro tipos de gracias presidenciales en nuestro ordenamiento jurídico nacional: 1). El indulto común, 2). Derecho de gracia común. 3). Conmutación de pena, 4). Indulto y gracia por razones humanitarias,⁹⁸ las mismas que deben respetar los límites impuestos por las normas antes

⁹⁸ El numeral 6.2. del artículo 6, Del Decreto Supremo N° 004-2007-JUS, establece que la comisión de gracias presidenciales es competente para evaluar y proponer el otorgamiento de:

-Indulto común

-Indulto por razones humanitarias

-gracia común

-gracia por razones humanitarias

-conmutación de pena.

señaladas, respecto al tipo de delitos que no pueden ser merecedores de estos tipos de facultad.

8.5.1. EL INDULTO COMUN.

Tal como señala el Tribunal Constitucional el indulto⁹⁹ “(...) es la facultad del Presidente de la República, a través de la cual, tal como lo prevé el artículo 89¹⁰⁰ del Código Penal se suprime la pena a un condenado”.

El indulto si bien elimina la pena, no significa el olvido del delito, ni de las reparaciones civiles que son consecuencia de la misma. Al respecto el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0953-2006-PC/TC, fundamento 4:

4. Que el Tribunal estima que la pretensión del recurrente debe ser desestimada. La concesión del indulto, (...) no suprime la reparación civil, sino sólo la pena (...).

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 628-2003-AA/TC, fundamento 2:

2. (...) si bien es cierto que, con fecha 21 de diciembre de 1996, el recurrente fue beneficiado con una medida de indulto simple mediante Resolución Suprema N° 242-96-JUS, no lo es menos que tal decisión no supone un modo alguno la inexistencia del delito, sino tan solo la extinción de la acción punitiva por parte del Estado. Por consiguiente, y a diferencia de lo que ocurre con el llamado indulto especial o razonado, no es que al demandante se le haya encontrado inocente de los cargos imputados, sino que se le ha perdonado con el objeto de beneficiarlo (...).

El indulto presupone la existencia de una sentencia condenatoria y de una pena (la que no necesariamente tiene que ser privativa de la libertad) a ser suprimida por la mencionada gracia presidencial. Sin embargo, tal como observamos de las sentencias del Tribunal Constitucional, el indulto sólo está referido a la supresión de la pena impuesta y no implica el olvido de la comisión del delito, ni de la reparación civil ni de otras consecuencias que le son accesorias.

⁹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 03660-2010-PHC/TC, fundamento 3.

¹⁰⁰ Artículo 89. La amnistía elimina legalmente el hecho punible a que se refiere e implica el perpetuo silencio respecto a él. El indulto suprime la pena impuesta.

Actualmente, este tipo de solicitudes las evalúa la Comisión de Gracias Presidenciales, la cual absorbió en el año 2010, la Comisión Permanente de Calificación de Indulto. Su regulación leal se encuentra prevista en la Ley N° 29809 –Ley de organización y funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y por el Decreto Supremo N° 004-2007-JUS, este último que fusiona todas las comisiones en la Comisión de Gracias Presidenciales.

8.5.2. DERECHO DE GRACIA COMUN.

Tal como establece la propia constitución está dirigido a los procesados cuya etapa de instrucción haya durado más del doble del tiempo que comprende el plazo inicial y su ampliatoria, sin que se haya iniciado el juicio oral. En tal sentido, la finalidad de esta gracia está relacionada con el exceso de carcelería de los procesados durante la etapa investigatoria, cuando no cuentan con condena y no se ha demostrado en juicio la culpabilidad de algún delito. En la doctrina también se la conoce como indulto impropio para procesados, pues es una gracia presidencial que se otorga ante la inexistencia de una pena impuesta (A diferencia del indulto propio), expresando la renuncia del Estado a la persecución penal, extinguiendo el proceso penal incoado.

El derecho a una prisión preventiva razonable es el sustento para que ante su quiebre, pueda otorgarse el derecho de gracia, más aún en un país en el cual, de la población interna en los penales en abril del año 2012 un 58.42% en encuentra en calidad de procesados (33,060 internos en calidad de procesados y 23, 526 en calidad de sentenciados), de los cuales 2, 174 internos se encuentran reclusos por más de cinco años en situación jurídica de procesados.¹⁰¹

Actualmente todos los casos de Gracias Presidenciales son atendidos por la “Comisión de Gracias Presidenciales”, en atención del Decreto Supremo N° 008-2010-JUS, que fusionó todas las comisiones anteriores existentes, entre ellas “La Comisión de Alto Nivel para la concesión del derecho de gracia a internos procesados”, creada por la Ley N° 26329, para calificar y proponer al Presidente,

¹⁰¹ Informe estadístico mensual del INPE, abril 2012.

en forma excepcional, la concesión del derecho a gracia a los internos procesados.

8.5.3. CONMUTACION DE PENA.

Es la prerrogativa que tiene el Presidente para conmutar o modificar la sanción penal impuesta por una de menor gravedad (cualitativa y/o cuantitativamente hablando). Sobre el particular, Marcial Rubio Correa, señala que “La conmutación de penas consiste en la gracia de convertir una pena más grave en una menos grave. Por ejemplo, en convertir la pena de muerte en una de privación de la libertad”.¹⁰²

8.5.4. INDULTO Y DERECHO DE GRACIA HUMANITARIAS.

Este tipo de gracia como tal se desprende de la Constitución Política del Perú, ésta ha sido parte del desarrollo reglamentario del indulto y del derecho de gracia, al haber creado la posibilidad de poder otorgarlas pero bajo la condición de: padecer enfermedades terminales o un mal irreversible o degenerativo, que la condición carcelaria pueda colocar en grave riesgo la vida, salud o la integridad del recluso, entre otras condiciones.

Por las características propias por este tipo de gracia presidencial, que analiza enfermedades o situaciones particulares de salud, históricamente existía una comisión especial para analizar estos casos, que era “La Comisión de Pena”, actualmente absorbida por la Comisión de Gracias Presidenciales.

8.6. DESARROLLO REGLAMENTARIO SOBRE INDULTOS Y CONMUTACIONES

El otorgamiento de indultos y conmutación de pena es una potestad del Presidente de la República, en virtud al artículo 118, inciso 21 de la constitución política del Estado. En los considerandos del Decreto Supremo N° 04-2001-JUS, publicado el 17 de febrero del 2001,¹⁰³ se estableció que la conmutación de pena

¹⁰² RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución política de 1993. T. IV, PUCP, Lima, 1999. P. 373.

¹⁰³(Derogado por el Decreto Supremo N°04-2007-JUS, del 31 de marzo del 2007.

permite la sustitución de una pena por otra, o la reducción del tiempo de duración de una de la misma naturaleza.

Mediante la Resolución Ministerial N° 193-2007-JUS del 6 de junio del 2007 se promulgó en Reglamento Interno de la Comisión de indultos y Derecho de gracia por razones humanitarias y conmutación de la pena, en cuyo artículo quinto conceptualizó los siguientes términos:

Indulto por razones humanitarias: es la renuncia al ejercicio del poder punitivo del Estado, por razones de carácter humanitario.

El derecho de gracia por razones humanitarias: Es la facultad presidencial de excarcelar a los procesados por razones humanitarias.

Conmutación de la pena: es la sustitución de la pena privativa de libertad impuesta y efectiva por otra de menor gravedad y/o medida de seguridad.

La resolución Ministerial N°0162-2010,¹⁰⁴ denominado “Reglamento Interno de la Comisión de Gracias Presidenciales”, promulgado posteriormente al escándalo suscitado por el “indulto humanitario” otorgado a José Enrique Crousillat López-Torres, varió las definiciones en el siguiente sentido:

Gracias Presidenciales: Es la potestad del presidente de la República para conceder el indulto (común, humanitario y excepcional), ejercer el derecho de gracia (común, humanitario y excepcional), y para conmutar las penas (común y excepcional).

Indulto: Es la potestad del Presidente de la República para adoptar la renuncia al ejercicio del poder punitivo del Estado respecto de los condenados.

Pueden Ser:

Indulto común

Indulto por razones humanitarias: Es el indulto que se otorga por razones de carácter humanitario.

¹⁰⁴ Reglamento del DS N° 008-2010, que fusionó las distintas comisiones de indulto y Derechos de Gracia.

Derecho de Gracia: Es la potestad del Presidente de la República para extinguir la acción penal a los procesados en los casos en que la etapa de la instrucción haya excedido el doble de su plazo más la ampliatoria.

Pueden ser:

Derecho de gracia común

Derecho de gracia por razones humanitarias: Es el derecho de gracia que se otorga por razones de carácter humanitario.

Conmutación de pena: Es la potestad del Presidente de la República para reducir la pena privativa de libertad impuesta a un quantum menor.

8.7. LA COMISION DE GRACIAS PRESIDENCIALES

La ley N° 27134, asignó al Consejo Nacional de Derechos Humanos la función de recomendar al Presidente de la República las políticas a seguir en los temas de indultos, derecho de gracia o conmutación de las penas, en los siguientes términos:

Artículo 1. Asignación de funciones al Concejo nacional de Derechos Humanos

El Concejo Nacional de Derechos Humanos a que se refiere el artículo 29 del Decreto Ley N° 25993, Ley Orgánica del sector Justicia, recomendará al Presidente de la República las políticas, acciones, y medidas sobre indultos, derechos de gracia y conmutación de penas conducentes a la despenalización y al logro de los objetivos de la Justicia.

El decreto Supremo N° 04-2001-JUS del 17 de febrero del 2001, instituye la Comisión de Penas, otorgándole carácter multisectorial, estuvo integrada por cinco miembros: dos representantes del Ministerio de Justicia, uno de los cuales la preside, un representante de la Corte Suprema de Justicia, designado por el Concejo Ejecutivo del Poder Judicial, entre los vocales supremos jubilados, un Fiscal Supremo en lo penal o adjunto, representante del Fiscal de la Nación; y, un representante del Concejo Nacional Penitenciario del Instituto Nacional Penitenciario.

Mediante Decreto Supremo N° 015-2001-JUSdel 27 de abril del 2001, se aprueba el Reglamento del Concejo Nacional de Derechos Humanos,

estableciendo que la Presidencia del Concejo Nacional de Derechos Humanos recaiga en el Ministro de Justicia o su representante, quien tenía como función “recomendar al Presidente de la República la política, medida y acciones en materia de indulto, derecho de gracia y conmutación de pena, conducentes a la despenalización y a los objetivos de la Justicia”.

El órgano técnico administrativo del Concejo Nacional de Derechos Humanos, estuvo a cargo de un secretario ejecutivo. Uno de los órganos de esta secretaría Ejecutiva, fue la secretaria Especializada en Gracias Presidenciales, la misma que a su vez estuvo conformada por cuatro secretarías técnicas. a) De la Comisión Permanente de Indultos, b) De la Comisión de Alto Nivel de Calificación de Derecho de Gracia; c) De la Comisión de Conmutación de pena, y d) De la Comisión de Indulto, Derecho de Gracia y Conmutación de pena (Ley N° 27234 para casos de delito de terrorismo y traición a la patria).

Mediante Decreto Supremo N° 010-2004-JUS del 6 de setiembre del 2004, se constituye la Comisión de Indulto y Derecho de Gracia por razones humanitarias, cuya finalidad era recibir, calificar y proponer al Presidente de la República la concesión de indulto y derecho de gracia por razones humanitarias. El Reglamento de esta Comisión fue aprobado mediante Resolución Ministerial N° 593-2004-JUS, del 10 de diciembre del 2004. El artículo 17 del Reglamento estableció. “La comisión eleva su propuesta al Ministro de Justicia para su recomendación al Presidente de la República”.

La Comisión de indulto y derecho de gracia por razones humanitarias estuvo conformada por cuatro miembros, el Secretario especializado de gracias presidenciales del Concejo de Derechos Humanos, quien la presidía, un asesor ad honorem del Ministerio de Justicia, un representante del Ministerio de Salud y un representante del Instituto Nacional Penitenciario. Contó con una secretaría técnica que era designado por el secretario ejecutivo del Concejo Nacional de Derechos Humanos a propuesta del secretario especializado de gracias presidenciales.

El Decreto Supremo N° 001-2007-JUS, del 9 de febrero del 2007, modificó algunos artículos del Decreto Supremo ° 07-95-JUS que aprobó el Reglamento de la Comisión Permanente de la Comisión de Indultos. La secretaría Técnica

deja de ser asumida por la Dirección Nacional de Justicia del Ministerio de Justicia para ser asumida por la Secretaría Especializada de Gracias Presidenciales de la Secretaría Ejecutiva del Concejo Nacional de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia.

Mediante Resolución Ministerial N° 0162-2010-JUS del 14 e julio del 2010, se aprobó el Reglamento Interno de la Nueva Comisión de Gracias Presidenciales. Se eliminó el artículo donde se establecía el carácter excepcional de la concesión del indulto y derecho de gracia por razones humanitarias y conmutación de penas.

8.7. LA COMISION DE GRACIAS PRESIDENCIALES

Las dudas de constitucionalidad, puede darse si el indulto al otorgarse no cumplierse los presupuestos para su aprobación, es decir, el indulto puede darlo el Presidente de la República, por ejemplo, sin el informe favorable de la Comisión Gracias Presidenciales que califica tanto el indulto común como el indulto por razones humanitarias.

Esta irregular forma de conceder la gracia esta prescrita en el artículo 3 de la Ley N° 26329 que señala: “Las propuestas de la Comisión Especial de Alto Nivel [entiéndase “Comisión de Gracias Presidenciales” desde la dación del Decreto Supremo 008-2010-JUS] no obligan al Presidente de la República, ni la opinión desfavorable o la ausencia de ésta impide la concesión del derecho de gracia(...)”, asimismo en el artículo 6.3 del Decreto Supremo N° 004-2007JUS, modificado por el Decreto Supremo N° 0082010-JUS que indica: “El informe de la Comisión de Gracias Presidenciales es ilustrativo y no vinculante a la decisión que adopte el Presidente de la República” y se encuentra también el segundo párrafo del artículo 23 del Reglamento que señala: “La propuesta que formula la Comisión no vincula al Presidente de la República, ni la opinión desfavorable o la ausencia de opinión impiden su concesión, con arreglo a la Constitución Política del Perú.”

El concepto de arbitrario apareja tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario

entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.

De allí que desde el principio del Estado de Derecho, surge el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado: a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho. b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad.”¹⁰⁵

Bajo este parámetro jurisprudencial debe concluirse entonces que la prerrogativa constitucional de indultar no puede ejercerse de espaldas a presupuestos legales y constitucionales, que serán siempre limitantes válidos para cualquier ejercicio razonable de poder. En este entendido la discrecionalidad que otorga la Constitución no es infinita y absolutamente autárquica, suscribir lo contrario y decir que el Presidente posee un atributo insondable sería negar la existencia o al menos limitar decididamente los principios del Estado Constitucional, donde ningún poder es ilimitado, desmedido y fuera de cualquier tipo de control, pues por el contrario, las atribuciones, facultades, prerrogativas y competencias están orientadas todas al respeto de los derechos fundamentales, derechos tales como la igualdad.¹⁰⁶

Por ello, cuando el mandatario del Estado concede un indulto común u humanitario, sin observar y sin tener en consideración el análisis del caso realizado por la Comisión de Gracias torna en arbitraria su decisión y habilita la posibilidad de ejercer un control jurisdiccional del mismo.

La posibilidad más cercana parece ser interponer el proceso de acción popular contra el Decreto Supremo 008-2010-JUS y solicitar la inconstitucionalidad por

¹⁰⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Juan Carlos Callegari Herazo, en el Expediente N.º 0090-2004-AA/TC, fundamento jurídico 12.

¹⁰⁶ AGUILO REGLA, Josep. “Sobre derecho y argumentación” En Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y doctrina. Dirección César Landa Arroyo. Palestra. Lima. 2007. pp. 127-136, en este texto el profesor precisa las diferencias entre el Estado de Derecho y el Estado Constitucional de Derecho.

conexión de la parte pertinente del reglamento, Resolución Ministerial N° 0162-2010-JUS.

8.8. EL INDULTO Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

BERNAL PULIDO, sobre el principio de proporcionalidad constitucional, señala gráficamente aunque circunscribiendo su análisis a los derechos fundamentales que: “El principio de proporcionalidad estructura (...) un procedimiento en cinco pasos, en el cual son tenidos en cuenta todos los argumentos materiales analíticos, normativos y fácticos a favor y en contra de la validez de la norma adscrita relevante.”¹⁰⁷

A diferencia de la Constitución de 1979 que disponía en el inciso 23 del artículo 211 la potestad presidencial de: “conceder indultos y conmutar penas, salvo los casos prohibidos por la ley”, la Constitución vigente únicamente indica: “conceder indultos y conmutar penas (...)”, por ello, la aceptación de una prohibición legal donde la Constitución no la habilita, solo puede admitirse –en principio- de forma excepcional y luego, reconocida su excepcionalidad, verificar que la intervención busque fomentar otro fin constitucional, siendo que para alcanzar tal objetivo no existan otras medidas similares y que el grado de satisfacción de ese bien sea por lo menos igual o mayor que la facultad comprometida.

La intervención a la potestad presidencial de indultar, será viable *prima facie* y antes de iniciarse el test de proporcionalidad, desde nuestro juicio, cuando y conjuntamente aparezcan estas condiciones:

- a. Se trate de delitos altamente reprochables, esto es, ataques a los bienes jurídicos más básicos para la existencia y convivencia humana, así como los delitos realizados por el propio Estado.
- b. Se trate de ilícitos en cuya comisión se atente directamente contra derechos humanos o fundamentales de un peso abstracto elevado.

¹⁰⁷ BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 2003. pp. 544-545.

c. Vinculado a los presupuestos anteriores, con la comisión del ilícito debe demostrarse un alto desprecio por la dignidad humana.

En abstracto podría admitirse la prohibición de otorgar indultos a delitos como el homicidio calificado, en el delito de violación sexual a menor seguida de muerte, la tortura, los que atenten contra la humanidad, las formas agravadas del tráfico ilícito de drogas, por citar algunos ejemplos.

8.9. LIMITES CONSTITUCIONALES Y LEGALES DE LAS GRACIAS PRESIDENCIALES

8.9.1. DESARROLLO DE LAS GRACIAS PRESIDENCIALES A TRAVES DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La Constitución no es sólo una simple norma política, sino que tiene un contenido y carácter jurídico, que vincula a todo poder (público privado) y a la sociedad en su conjunto, como norma objetiva y, que por lo tanto, ningún acto puede estar ajena a ella, ni al control jurisdiccional de su constitucionalidad, sustentada en límites formales y materiales.

Todo acto tiene límites formales y materiales, recogidos en la constitución, y que respecto a este último se sustentan en el respeto a los derechos fundamentales de las personas, la dignidad humana y las obligaciones del Estado de no sólo respetarlas, sino además de no afectarlos.

La sentencia del Tribunal Constitucional del 25 de enero de 2011, expediente N° 03660-2010-PHC/TC Lima (caso CROSILLAT), analiza *el indulto*. A continuación, presento algunos fundamentos:

¿Qué es el indulto?

“El indulto es una facultad del Presidente de la República reconocida en el artículo 118,21 de la Constitución Política, a través de la cual, tal como lo prevé el artículo 89° del Código Penal, se suprime la pena impuesta a un condenado. Se trata, además, de una facultad presidencial revestida del máximo grado de discrecionalidad; lo que no significa que se trate de una potestad que pueda ser ejercida sin control jurisdiccional y con la más absoluta arbitrariedad”.¹⁰⁸

¿Qué efectos genera el indulto como cosa juzgada?

¹⁰⁸ fundamento 3.

“De este modo, el efecto de cosa juzgada del indulto de un lado proscribe articular medios impugnatorios tendientes a revisar lo ya decidido a favor de un condenado, y de otro lado, imposibilita una posterior persecución penal basada en los mismos hechos cuya consecuencia penal fue dejada sin efecto por el indulto. Es decir, el indulto no solo elimina la pena sino también la posibilidad de volver a perseguir penalmente a la persona por los mismos hechos”.¹⁰⁹

Si se concede un indulto y luego es revocado, ¿se vulnera la garantía de la cosa juzgada?

“Queda claro para este Tribunal Constitucional que el indulto es una potestad constitucionalmente instituida que permite al Presidente de la República intervenir a favor de un condenado y adquiere carácter definitivo. Así pues, la posterior revocatoria de lo ya concedido no resulta *prima facie* constitucionalmente admisible. La garantía de la cosa juzgada y su inmutabilidad contradicen esta posibilidad. Sin embargo, no debe olvidarse que incluso la garantía de la inmutabilidad de la cosa juzgada puede ceder ante supuestos graves de error. Así, por ejemplo, el ordenamiento procesal de la justicia ordinaria reconoce el recurso de revisión en el ámbito penal, o la cosa juzgada fraudulenta en el ámbito civil. Ello se funda en lo ya señalado por este Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, el goce de un derecho presupone que éste haya sido obtenido conforme a ley, pues el error no puede generar derechos”.¹¹⁰

¿Un indulto puede ser anulado en sede jurisdiccional?

“La decisión de indultar a un condenado genera cosa juzgada y como tal es inimpugnable y por tanto, irrevocable administrativamente, e impide la posterior persecución penal por los mismos hechos. Sin embargo, ello no obsta que pueda ser objeto excepcionalmente de anulación en sede jurisdiccional.

Naturalmente dicho control no versa sobre la conveniencia o no del indulto, pues ello resulta una materia reservada a la propia discrecionalidad del Presidente de la República, sino sobre su constitucionalidad”.¹¹¹

¿Es posible que el Presidente de la República revoque el indulto concedido?

“Dado que la facultad presidencial de indulto genera efectos de cosa juzgada, su revocación por el propio Presidente de la República resultaba jurídicamente inviable, sin perjuicio de que aquél pueda ser controlado jurisdiccionalmente. De

¹⁰⁹ fundamento 5.

¹¹⁰ fundamentos 6 y 7.

¹¹¹ fundamento 10.

ahí que el indulto precise siempre de un estándar mínimo de motivación que posibilite un control constitucional”.¹¹²

La sentencia del Tribunal Constitucional N° 03660-2010-PHC/TC, respecto al caso de José Enrique Cruosillat, a quien mediante resolución Suprema N° 056-2010-JUS, se dejó sin efecto el indulto humanitario que le fue otorgada mediante Resolución Suprema N° 285-2009-JUS. En la mencionada sentencia, el Tribunal reafirma el principio de interdicción de la arbitrariedad, por el cual ningún acto de los poderes del Estado, puede ser arbitrario, exento de justificación alguna, ni de control constitucional, por lo que esta sentencia es aplicable a todos los tipos de gracias presidenciales.¹¹³

Asimismo, en la mencionada sentencia en sus fundamentos 6 y 7 el Tribunal añade que a pesar de que el indulto es una potestad constitucionalmente instituida que adquiere carácter definitivo, en virtud a su calidad de cosa juzgada, no es inmutable, pues puede ceder ante casos de error, tal como ocurre con la cosa juzgada fraudulenta en el ámbito civil, o ser cuestionado como ocurre a través de los procesos constitucionales (Amparo o habeas corpus contra resolución judicial). Así se señala en reiterada jurisprudencia, se ha establecido que el goce de un derecho presupone que éste haya sido obtenido conforme a ley, pues el error no puede generar derechos, en ese sentido, añade que:

“7. (...) Es posible afirmar que la calidad de la cosa juzgada que ostenta una resolución está supeditada a que no atente contra derechos fundamentales u otros principios o valores de la constitución. En este orden de ideas, el ejercicio de la potestad discrecional del indulto está sujeto al marco constitucional y, como tal, debe respetar sus límites (...)

9. (...) De este modo, para que un acto del poder público sea constitucionalmente válido no sólo debe ser emitido conforme a las competencias propias sino ser respetuoso de los derechos fundamentales, principios y valores constitucionales. Así, por ejemplo, resulta exigibles un estándar mínimo de motivación que garantice que éste no se haya llevado a cabo con arbitrariedad. Ello implica que si bien el indulto genera efectos de cosa juzgada, lo cual conlleva la imposibilidad

¹¹² fundamento 21.

¹¹³ BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Derechos fundamentales y proceso justo. Lima. ARA Editores. 2001. pp. 309-314.

de ser revocado en instancias administrativas o por el propio Presidente de la República, cabe un control jurisdiccional excepcional a efectos de determinar la constitucionalidad del ato”.

De la sentencia en comento, podemos concluir que las gracias presidenciales no pueden ser disociadas del orden constitucional y su discrecionalidad debe estar acorde con los principios constitucionales y los derechos fundamentales en su ámbito objetivo y subjetivo, como limitativos de la acción de la administración.

8.9.2. LIMITES CONSTITUCIONALES

La Constitución Política del Perú confiere al Presidente de la República la facultad de otorgar indultos y conmutar penas. (Artículo 118 de la Constitución: corresponde al Presidente de la República:

Inciso 21. “Conceder indultos y conmutar penas. Ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más la ampliatoria”.

La potestad de perdonar las penas que fueron impuestas por el Poder Judicial, como consecuencia de la comisión de delitos comunes, también es aplicable a las personas que, encontrándose en la situación de “procesados”, experimentan un proceso donde el plazo de la instrucción ha excedido el doble del plazo fijado por ley más su ampliatoria. En un escenario de incumplimiento de plazos, en sede judicial, la facultad presidencial podría ser ejercida en forma arbitraria, ilimitada e irrazonablemente.

Voto singular en el expediente N° 4053-2007-PHC-TC, de los doctores Landa Arroyo y Beaumont Callirgos:

8. El ejercicio de la gracia presidencial, asimismo, es excepcional, en la medida que ordinariamente le corresponde al Poder Judicial Administrar Justicia, de conformidad con el artículo 138 de la Constitución. De hacerse corriente su ejercicio, no sólo se estaría convirtiendo en una suerte de Sistema judicial paralelo”, sino que también su ejercicio abusivo (artículo 103 de la Constitución) puede embozar una sustracción a la acción de la Justicia, lo cual se agrava si están de por medio delitos cuya persecución y sanción están previstos en la propia constitución, como son el de terrorismo (artículo 2, inciso 24, literal f), tráfico ilícito de drogas (artículo 8) y corrupción (artículo 41), entre otros.

Como puede observarse, la facultad de conceder gracias presidenciales debe ser excepcional y debe responder a un ejercicio razonable (no abusivo). Al estar de por medio la potestad punitiva del Estado, cuyo ejercicio le corresponde exclusiva y excluyentemente al Poder Judicial, la concesión abusiva de un indulto o conmutación de pena, no sólo supondría sustraerse a la acción de la justicia, sino que afectaría a la concepción misma del Estado de Derecho. Peor aun tratándose de delitos perseguibles por disposición de la propia carta magna.

CAPITULO IX

EL INDULTO HUMANITARIO

9.1. EL INDULTO ANTICIPADO

Según el Tribunal Constitucional “el indulto es una facultad del Presidente de la República reconocida en el artículo 118.21 de la Constitución Política, a través de la cual, tal como lo prevé el artículo 89 del Código Penal, se suprime la pena impuesta a un condenado. Se trata además, de una facultad presidencial revestida del máximo grado de discrecionalidad: lo que no significa que se trate de una potestad que pueda ser ejercida sin control jurisdiccional y con la más absoluta arbitrariedad”.¹¹⁴

La Resolución Ministerial N° 162-2010-JUS indica en el literal b. del artículo 3 que el indulto “Es la potestad del Presidente de la República para adoptar la renuncia al ejercicio del poder punitivo del Estado respecto de los condenados”

A nuestro entender, el indulto es la facultad del Estado por lo general arrogada al Presidente de la República, como sucede en nuestro país, por el cual el gobierno decide excepcionalmente dispensar a una persona o personas determinadas –nunca en abstracto- de la ejecución de la pena impuesta por el Poder Judicial. En esa medida, presupone un proceso penal con sentencia definitiva y tiene por efecto suprimir la pena impuesta, liberando al autor que se encuentra en prisión o purgando otro tipo de pena.

¹¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional en el caso José Enrique Crousillat López Torres, Expediente N.º 03660-2010-PHC/ TC, fundamento jurídico número 3.

A partir de esta concepción provisional podemos identificar dos tipos de indulto: un indulto común y otro por razones humanitarias. En la regulación legal peruana, ambas figuras están reconocidas. Por un lado, el indulto común está reconocido por el artículo 6.2 del Decreto Supremo N.º 004-2007-JUS, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2010-JUS y regulado por los artículos 3, 26, 27, 28, 29 y 30 de la Resolución Ministerial N.º 162-2010-JUS, de otro, el indulto por razones humanitarias está igualmente registrado por el artículo 6.2 del Decreto Supremo N.º 004-2007-JUS, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2010-JUS y regulado por los artículos 3, 31, 32, 33, 34 y 35 de la Resolución Ministerial N.º 162-2010-JUS.

9.2. EL INDULTO HUMANITARIO

La figura del indulto humanitario, no se consideró en la Constitución Política del Estado, fue incorporada al ordenamiento jurídico mediante el Decreto Supremo N.º 010-2004-JUS, con la creación de la Comisión de indulto y Derecho de Gracia por razones humanitarias.

El Decreto Supremo mencionado fue derogado y sustituido por el Decreto Supremo N.º 004-2007-JUS del 31 de marzo del 2007, que creó la Comisión de indulto y Derecho de Gracia por razones humanitarias y conmutación de penas. El 14 de junio del 2007 se aprobó el primer Reglamento Ministerial N.º 193-2007-JUS. El artículo 22 del mencionado Reglamento¹¹⁵ establece cuatro supuestos para la recomendación de indultos por razones humanitarias.

a) Quienes padecen de enfermedades terminales y no terminales irreversibles o degenerativas;

¹¹⁵ 14 de julio del 2010, se aprobó el Reglamento Interno de la Comisión de Gracias Presidenciales, mediante Resolución Ministerial N.º 162-2010-JUS, que viene a sustituir al anterior Reglamento y que en su artículo 31, establece que se recomendará el indulto y derecho de gracia por razones humanitarias sólo en los siguientes casos:

a) Los que padezcan enfermedades terminales.

b) Los que padezcan enfermedades no terminales graves, que se encuentren en etapa avanzada, progresiva, degenerativa e incurable; y además que las condiciones carcelarias puedan colocar en grave riesgo su vida, salud e integridad.

c) Los afectados por trastornos mentales crónicos, irreversibles y degenerativos; y además que las condiciones carcelarias puedan colocar en grave riesgo su vida, salud e integridad.

- b) Los que pese de padecer enfermedades no terminales, la naturaleza de las condiciones carcelarias puede colocar en grave riesgo su vida, su salud e integridad,
- c) Los afectados por trastornos mentales crónicos, irreversibles o degenerativos; y
- d) Los mayores de 65 años.

Los Magistrados Landa y Beaumont, en la sentencia N° 4053-2007-TC, argumentan sobre el derecho de gracia, en los siguientes términos:

5. (...) La configuración constitucional del ejercicio del derecho de gracia presidencial es a de ser un acto discrecional, excepcional y limitado. El derecho de gracia presidencial en la medida que la propia Constitución lo reconoce como una facultad exclusiva cuyo ejercicio corresponde al Presidente de la República. La exigencia más importante que se deriva de esta característica, es la de su motivación, en la medida que discrecionalidad no significa arbitrariedad (...).

8. (...) es excepcional en la medida que ordinariamente es al Poder Judicial al que le corresponde administrar Justicia, de conformidad con el artículo 138 de la Constitución. De hacerse corriente su ejercicio no sólo se estaría convirtiendo en una suerte de “sistema judicial paralelo” (...)

9. (...) también es limitado (...) el derecho de gracia está sujeto, pues, a dos clases de límites constitucionales básicamente: 1). Límites materiales y 2) límites formales”.

El otorgamiento de gracias presidenciales es una facultad exclusiva del Jefe de Estado. Por lo tanto el ejercicio de esta discrecionalidad tiene que ser debidamente motivada, pues de lo contrario se convierte en un acto arbitrario que deviene en responsabilidad funcional.

El indulto humanitario y su procedencia están condicionada a graves motivos de salud que presenta el sentenciado (o el procesado en el indulto impropio). Un primer supuesto de su admisión se ubica por tanto cuando el favorecido tiene un mal terminal. Igualmente, se estima viable cuando la enfermedad no sea terminal pero si grave, revestida por un carácter de progresividad y que a la fecha de la concesión tenga un avance significativo y sea incurable, sujeto además a que

conjuntamente con estos presupuestos, se desprenda que las condiciones carcelarias coloquen la vida, la salud o la integridad del beneficiado en grave riesgo, un último supuesto se configura cuando el reo presenta crónicos, irreversibles y degenerativas enfermedades mentales, situación a la que debe adicionarse que la condición carcelaria del culpado incrementa de forma extralimitada el riesgo para su vida, su salud o integridad física.

El indulto, humanitario, desde nuestro punto de vista guarda poca relación con el delito o con las circunstancias del hecho penado. El rechazo social se produce por ejemplo cuando este tipo de gracia es otorgado en contextos no tan claros o en lo que se imputa que son provenientes de corrupción, por lo que la sociedad no repara (o lo hace muy poco en el delito) por el que el sentenciado se encontraba en prisión sino en el escándalo de su concesión por la figura de un expresidente.

9.3. LA GRACIA PRESIDENCIAL Y SU ADOPCIÓN EN EL PERÚ: UNA ACLARACIÓN NECESARIA

En la doctrina constitucional y penal el indulto es especie dentro del género denominado gracia presidencial¹¹⁶ y aun cuando los contornos de esta última institución no sean del todo precisos,¹¹⁷ la doctrina mayoritaria se inclina por incluir dentro de la gracia presidencial a la amnistía, el indulto, el indulto a procesados y la conmutación de la pena. Por ello, la gracia presidencial puede ser descrita como las facultades que corresponden al Estado y que están destinadas a la extinción de la acción penal y la renuncia de este a la persecución, el proceso penal y la pena.

La gracia es el derecho del Estado, como único titular del derecho a castigar, a renunciar a todo o en parte a la imposición de la pena y la existencia de estas prerrogativas se justificaría, según Bustos Ramírez, porque constituiría la posibilidad de ser utilizada como un correctivo, general y último, frente a errores

¹¹⁶ RODRIGUEZ CAMPOS, Rafael. "El indulto como manifestación del derecho de gracia en la Constitución de 1993 y su tratamiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano". En: Actualidad Jurídica. Número 207. Gaceta Jurídica. Lima. 2011. p. 146.

¹¹⁷ CHIRINOS SOTO, Enrique. La Constitución. Lectura y comentario. Quinta Edición. Rodhas. Lima. 2006. p. 313.

y contradicciones a los principios de necesidad y merecimiento de pena¹¹⁸ y es que “(...) el punto de apoyo es realista y reflexivo, puesto que en la actualidad nadie podría estar en condiciones –ni siquiera el propio Estado- de asegurar veredictos totalmente perfectos y penalidades irremisiblemente justas”.¹¹⁹

9.4. LA JUDICIALIZACIÓN DEL INDULTO: LOS LÍMITES A LA ACTUACIÓN PRESIDENCIAL Y LOS LÍMITES DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

Son pocos los supuestos en que el juez constitucional puede revisar la concesión o denegatoria de un indulto vía procesos constitucionales de la libertad (básicamente el amparo y el hábeas corpus).

Así, puede iniciarse un proceso constitucional cuando: i) se otorgue o deniegue un indulto recomendado por la Comisión de Gracias pero no observado por el Presidente en uso de la “discrecionalidad” absoluta; ii) se deniegue un indulto basado en una ley que limita de forma desproporcional la facultad presidencial, es decir, una ley que vulnera la facultad; iii) cuando se conceda el indulto a personas que han cometido delitos que atenten directamente contra derechos fundamentales cuyo peso abstracto sean elevado, que tengan alto reproche y que con el delito desconozcan el valor del principio de dignidad humana; iv) cuando la resolución que deniega la gracia carezca de motivación.

De este modo, y siempre desde nuestra humilde perspectiva, no podría iniciarse un proceso constitucional: i) para la revisión del cumplimiento de presupuestos o la carencia de ellos al conceder o denegar el indulto; ii) para impugnar deficiencias de motivación en la concesión del indulto; iii) para la declaración de nulidad del indulto basado en un error en el cumplimiento de los presupuestos; iv) para recobrar la vigencia del indulto otorgado en base a un error.

En estos últimos supuestos subsistirá la responsabilidad administrativa de los miembros de la Comisión de Gracias y la responsabilidad constitucional del Presidente y del Ministro que refrenda la Resolución Suprema. Sobre los supuestos antes enunciados en iii) y iv), esto es, en: nulidad del indulto basado

¹¹⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ariel. Barcelona. 1984. p. 412.

¹¹⁹ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis Comparado. Cuarta Edición. Rao Jurídica. 1998. p. 573.

en un error y recobrar la vigencia del indulto otorgado en base a un defecto, debe decirse -por tanto- que no resulta correcto que en el caso José Enrique Crousillat López Torres, Expediente N° 03660-2010PHC/TC, el Tribunal Constitucional, arrogándose una facultad que no tiene y que además no había sido solicitada declare nula la concesión del indulto otorgado al actor pero ya dejado sin efecto por el Ejecutivo y declare infundada la demanda cuya pretensión era recobrar la vigencia del indulto conseguido con anterioridad.¹²⁰

9.5. INDULTO EN DELITOS PARTICULARMENTE CONTRARIOS AL ORDEN JURÍDICO

La Comisión de Gracias y el Presidente, no pueden estimar un indulto cuando el solicitante haya cometido un delito grave que implique desprecio por la dignidad humana.

Tales ilícitos atacan de forma central las condiciones de vida en colectividad, se trata de delitos cuyo desvalor de la acción es elevado y que resquebrajan los fines del Estado y los derechos fundamentales que este protege y, en esa medida, su concesión implicaría desconocer la labor del Estado en la protección contra amenazas (artículo 44 del Código Penal), el incumplimiento de los fines de la pena, el incumplimiento de los fines preventivos de la pena¹²¹ y la seguridad personal en su dimensión objetiva, auspiciando “la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos”.¹²²

Sin embargo, no se puede negar que conceder el indulto en delitos de alto reproche prohibiría que la pena que implicó el delito no se cumpla, generando tensiones con otros principios constitucionales que deben ser observados.

¹²⁰ Quizá convenga aclarar que el señor José Enrique Crousillat López Torres fue beneficiario de un indulto por razones humanitarias, sin embargo, debido a que con posterioridad se habría comprobado que la presunta enfermedad que padecía no existía o no era de tal magnitud, el Presidente de la República removió el indulto, lo que motivo iniciar el proceso de hábeas corpus.

¹²¹ STC, Expediente N° 0019-2005-PI/TC, así el Colegiado Constitucional indicó: Fundamento jurídico 38.

¹²² Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (fondo, reparaciones y costas) en el caso Baldeón García vs. Perú, párrafo N° 195, asimismo, en el caso Heliodoro Portugal vs. Panamá (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párrafo 244.

En el caso del indulto al ex presidente Alberto Fujimori Fujimori no sería procedente la concesión del indulto, pues los crímenes por los que fue procesado y sentenciado son irreconciliables con otros valores, bienes y derechos constitucionales, si el indulto fuera, dentro de la clasificación que supra hemos sostenido si se tratase de un indulto común, sin embargo el indulto concedido al expresidente lo es por razones humanitarias, siendo el fundamento diferente.

9.6. CONSIDERACIONES JURIDICAS EN LA CONCESION DEL INDULTO AL EX PRESIDENTE ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI

El 7 de abril del 2009 la Sala Penal Especial de la Corte Suprema condenó al ex presidente Alberto Fujimori Fujimori a pena privativa de libertad de 25 años, por su participación como autor mediato dentro de un aparato organizado de poder que cometió los delitos de homicidio calificado (asesinato) por alevosía, lesiones graves y secuestro agravado por crueldad que, en el contexto de los casos Barios Altos y la Cantuta, fueron calificados por los tribunales peruanos como delitos de lesa humanidad, calificación que ha ratificado la Sala Segunda Penal Transitoria de la Corte Suprema al confirmar en todos los términos la condena el 30 de diciembre de 2009.

Fujimori solicita la aplicación del derecho de gracia presidencial, concretamente el indulto por razones humanitarias. Ello generó debate político sobre la conveniencia de dicha medida. La Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y los deudos se pronunciaron de modo contrario, bajo el entendimiento que el indulto, en este caso particular, se configuraría como un instrumento de impunidad no permitido bajo el sistema constitucional y los estándares del Sistema Internacional de la Corte Penal Internacional.

El artículo 118 numeral 21 de la Constitución reconoce con carácter general, y sin aparentes limitaciones, la facultad del Presidente de la República de conceder indultos. El artículo 89 in fine del código penal tampoco establece restricciones, no indicando que el pago de la reparación civil sea una condición para el indulto.

Las limitaciones más importantes son de rango infra legal, así tenemos que la Resolución Ministerial N° 162-2010-JUS de 14 de julio de 2010 establece el

procedimientos y condiciones para la concesión del llamado indulto por razones humanitarias, conforme al artículo 31 la Comisión de Gracias Presidenciales puede recomendar dicho indulto a favor de: a) los que padecen enfermedades terminales, b) los que padecen enfermedades no terminales graves, que se encuentren en etapa avanzada, progresiva, degenerativa e incurable, siempre que las condiciones carcelarias puedan colocar en grave riesgo su vida e integridad; y, c) los afectados por trastornos mentales crónicos, irreversibles y degenerativos, cuando las condiciones carcelarias puedan colocar en grave riesgo su vida, salud e integridad; el caso del expresidente Fujimori Fujimori, no estaría incurso o no se le podría subsumir en ninguna de los tres supuestos glosados a los que se refiere el dispositivo legal acotado, consecuentemente, consideramos que el indulto concedido al expresidente es ilegal, por lo tanto arbitrario, afectándose de esta manera el principio de discrecionalidad.

En el sistema jurídico peruano no existe una norma expresa que impida la concesión del indulto en casos de delitos de lesa humanidad, si el caso se subsume en cualquiera de los supuestos previstos en la ley, para el concesorio del indulto humanitario.

Aun cuando Fujimori no ha sido condenado por delito de lesa humanidad, porque Chile autorizó la extradición en el año 2007 sin mención alguna a este delito internacional, por ello, no fue juzgado ni condenado por lesa humanidad, pese a lo cual la sentencia indicó que los delitos comunes cometidos por él –asesinato y secuestro– debían entenderse como delitos de lesa humanidad, declaración que tuvo un solo efecto práctico: la imposición de la pena máxima; consideramos que el Indulto humanitario deben primar por “razones humanitarias”, -causal que no se da en el presente caso- aún por encima de los criterios generales del indulto común para el que irremediablemente rige la prohibición legal citada.

Asimismo, Alberto Fujimori Fujimori era el ciudadano preso que en reclusión en la DIRIOES cumplía la condena impuesta en las mejores condiciones en todo el Perú, es que la comparación entre las condiciones en que Alberto Fujimori cumplía su condena y en las que lo hacen el resto de los detenidos era abismal; así por ejemplo no padecía a la sobrepoblación de los establecimiento penitenciarios, a la deficiencia sanitaria y alimentaria de los mismos, a la

ausencia de medios materiales y personales para cumplir en lo mínimo con la finalidad de “resocialización” de la detención, que constituye el contexto en el que se regula y aplica medidas como el indulto. En realidad se trata del reconocimiento del tratamiento injusto al que son sometidos la gran mayoría de detenidos e, igualmente, que la ejecución de las detenciones contradice los principios y directivas constitucionales.

CONCLUSIONES

La facultad presidencial de otorgar gracias presidenciales establecida en el inciso 21 artículo 118 de la constitución, si bien es un acto discrecional y excepcional, no es una facultad ilimitada. Es una facultad que se ejerce con sujeción al orden constitucional y al ordenamiento jurídico.

Si hay algo que caracteriza a los Estados constitucionales y democráticos de Derecho, es la racionalización del ejercicio no solo del poder público, sino también, de los poderes privados.

En el Estado constitucional de Derecho no existen poderes exentos de control jurisdiccional o parlamentario.

En la doctrina constitucional y penal, el indulto es especie dentro del género denominado gracia presidencial.

El artículo 3 de la Resolución Ministerial N° 193-2007-JUS, anterior Reglamento Interno de la “Comisión de indulto y Derecho de gracia por razones humanitarias y conmutación de la pena” establecía el carácter excepcional del indulto, del derecho de gracia y la conmutación de la pena.

La institución del indulto, históricamente, es tan antigua como el delito mismo.

Como gracia presidencial debe ser excepcional y limitado.

Desde la Constitución Política de la República Peruana sancionada por el Primer Congreso Constituyente el 12 de Noviembre de 1823 hasta la de 1979, a nivel constitucional quedó establecido que el indulto procedía contra las penas impuestas.

El indulto se relaciona directamente con la equidad, como principio rector de la justicia, y con el perdón como principio ético.

El indulto una medida excepcional que puede afectar a derechos fundamentales, los motivos de su concesión deben ser restrictivos, concretos y detallada justificación.

En el Perú el Reglamento Interno de la Comisión de Indulto y Derecho de Gracia ha establecido que su concesión debe ser de carácter excepcional (Resolución Ministerial N° 193–2007–JUS).

La utilización del indulto desde un punto de vista político-criminal se asocia al derecho de gracia a un medio para conseguir la rehabilitación de algún condenado, para corregir errores judiciales o para templar el excesivo rigor de las penas legalmente impuestas, pero incompatibles con la actual sensibilidad.

El indulto humanitario se concede si el caso en concreto se subsume en cualquiera de los supuestos previstos en la ley.

El indulto humanitario concedido al ex presidente Alberto Fujimori Fujimori, ha sido ilegalmente concedido en razón de que no se ha cumplido con los supuestos y exigencias legales para su concesión.

RECOMENDACIONES

Elaborar y presentar proyecto de desarrollo constitucional a fin de mantener el carácter excepcional del derecho de gracia presidencial, pues su ejercicio indiscriminado e irrazonable genera desconfianza ciudadana.

Recomendar que el Congreso de la República, través de las comisiones correspondientes, haga efectiva su facultad de control político respecto de las resoluciones supremas mediante las cuales se otorgan las gracias presidenciales, cuando resulte evidente la trasgresión de los límites constitucionales (materiales y formales) de la potestad presidencial.

Debatir jurídicamente en nuestro medio si esta prohibición general de indultos en casos de crímenes internacionales puede ceder de modo absolutamente excepcional ante razones humanitarias.

BIBLIOGRAFIA

AGUADO RENEDO, César, Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia, Madrid 2001.

AGUILO REGLA, Josep. “Sobre derecho y argumentación” En Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y doctrina. Dirección César Landa Arroyo. Palestra. Lima. 2007.

ANTÓN ONECA, J. 1986: Derecho penal. Parte General, 1949 Madrid.

ARENAL, C. 1896. El Derecho de Gracia ante la Justicia, en “Obras Completas” Tomo XII, Madrid: Librería de Victoriano Suárez.

AVALOS C, ROBLES M. Jurisprudencia reciente del nuevo Código Procesal Penal. Lima, Perú: Gaceta Penal & Procesal; 2012.

BACIGALUPO, Enrique, “Los límites políticos del Derecho penal”, en BACIGALUPO, Enrique, Justicia penal y Derechos Fundamentales, Madrid y Barcelona 2002.

BASADRE GROHMANN, Jorge. Historia de la República del Perú (1822-1933). Tomo I. Editorial El Comercio. Lima. 2005.

BECA J. Indulto Particular: Perfeccionamiento de una institución arcaica hacia la protección de derechos fundamentales. Temuco: Universidad Católica de Temuco; 2013.

BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 2003.

BERNAL PULIDO, Carlos. El derecho de los derechos. Universidad de Externado de Colombia. Bogotá. 2005.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis Comparado. Cuarta Edición. Rao Jurídica. 1998.

BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel. Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Santa Rosa. Lima. 2000.

BRUNO G. La amnistia en la constitución. Revista chilena de Derecho.1991.

BUENO ARÚS, F.

- 1976. "Notas sobre el Decreto de Indulto de 25 de Noviembre de 1975" Madrid: REP. núms. 212-215, enero-diciembre, 1976.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ariel. Barcelona. 1984.

COBO DEL ROSAL, M.

- 1976. "Consideraciones Generales sobre la Concepción del poder punitivo del Estado". Madrid: RD Púb., Vol. II, N 63, 1976.

- 1990. Derecho Penal Parte General. Con Vives Antón, Valencia: Tirant lo Blanch.

Congreso Constituyente Democrático. Constitución Política del Perú; Lima, Perú: Diario Oficial el peruano. 1993.

CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho pena. Parte general. Bosh. Barcelona. 1967. Tomo I.

CHANAME R. Diccionario de Derecho constitucional. Arequipa: Adrus; 2008.

CHIPOCO C. El indulto a Fujimori. Lima, Perú: Diario El Correo: 10 de Octubre del 2012.

CHIRINOS SOTO, Enrique. La Constitución. Lectura y comentario. Quinta Edición. Rodhas. Lima. 2006.

CHIRINOS F. El indulto es inamovible e irreversible por que no se trata de un proceso, fallo o decisión judicial. Lima, Perú: Diario La Razón; 2010.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. "Supervisión del Sistema Penitenciario". Serie Informes Defensoriales N° 113. Lima. 2007.

DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Taurus. Madrid. 1969.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA, voz "indulto" y "Amnistía", 19ª. Madrid, ed. 1970.

DONAYRE MONTESINOS, Christian. “En torno a la controversia suscitada entre el Tribunal Constitucional y el Jurado Nacional de Elecciones. Un breve análisis desde la teoría general de los organismos constitucionalmente autónomos”. En Actualidad Jurídica. Número 146. Gaceta Jurídica. Lima. 2006.

DONAYRE MONTESINOS, Christian. “El margen de acción del juez constitucional frente a los actos calificados como ‘políticos’. Del control de los actos discrecionales por la jurisdicción constitucional al examen de la constitucionalidad de los actos políticos”. En: Actualidad Jurídica. Número 149. Gaceta Jurídica. Lima. 2006.

DOVAL, BLANCO, FERNÁNDEZ-PACHECO, VIANA SANDOVAL.

- 2011. “La concesión de indultos en España” Rev. Española de Investigación Criminológica. Artículo 5, N° 9. Valencia.

EGUREN F. García es el responsable del indulto; entrevista de Carlos Noriega. Lima Perú: Diario La Razón; 15 de marzo de 2010.

ESER, A., “Una justicia penal a la medida del ser humano”, en *Revista de derecho penal y criminología*, N° 1 (1998).

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. “Derecho a la igualdad en el Perú: modelo para armar, avances y retos por enfrentar. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional sobre el particular”. En: Los derechos fundamentales. Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho. Gaceta Jurídica. Lima. 2010.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. “Reflexiones en torno a la jurisdicción constitucional en el derecho comparado”. En: Jurisdicción Constitucional, impartición de justicia y debido proceso. Ara Editores. Lima. 2003.

FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de derecho”, En Neoconstitucionalismo (s). CARBONELL, Miguel (Ed.). Madrid. Trotta. 2003.

FERNÁNDEZ PAREDES, Jorge Antonio Edgardo El indulto a procesados en el ordenamiento jurídico del Perú. Lima. (s. N°) 2008.

FRANCESC DE CARRERAS, J.L.

- 2000. "El indulto en nuestro Estado de derecho" Madrid: publicado por "El Diario El País" martes 12 diciembre 2000.

GARCÍA CALDERÓN, Francisco. Diccionario de la legislación peruana. Grijley. Lima. 2004.

GRACIA MARTÍN, L./ BOLDOVA, M. A./ ALASTUEY, M., Las consecuencias jurídicas del delito, Valencia 1996.

GERMAN M. El indulto: Una institución satisfactoria para unos y fuente de críticas para otros. Santo Domingo: Diario Libre; 13 de diciembre del 2008.

GIMENO GÓMEZ, V. 1972. "La gracia de indultos": Revista de Derecho Procesal Ibero-Americana, N° 4.

GÓMEZ PAULET, Noelia Roxana. "Reflexiones sobre las gracias presidenciales a tenor de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el caso Jaililie". En Jus-Constitucional. Número 5. Grijley. Lima. 2008.

JESCHECK, H.H. 1981. Tratado Derecho penal. Parte General, Vol.II. (Trad. y adicciones de derecho español de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde), Barcelona: Bosch.

JORGE BARREIRO, A., "El sistema de sanciones en el Código penal español de 1995", en La Reforma de la justicia penal. Estudios en homenaje al Profesor Klaus Tiedemann, Castellón de la Plana 1997.

HERNANDEZ M, Salas B. La Pena en Perú. Lima, Perú: Código Procesal Penal de 2004; 2015.

HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional. Selección y traducción de Pedro Cruz Villalón. Segunda Edición. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1992.

HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Manual de Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Cuarta Edición. Idemsa. 2011.

LANDA ARROYO, César. "Justicia constitucional y political questions". En: Pensamiento Constitucional. Número 7. Fondo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 2000.

LINDE PANIAGUA, E.

- 1976. Amnistía e Indulto en España, Madrid: Tucar.
- 1998. “La Clemencia (Amnistía e Indulto) a la luz de la Jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Constitucional y del Código penal de 1995”. Madrid: BIMJ, nº. 1328. Junio.

LLORCA ORTEGA, J.

- 1995/1997/2003. La Ley de Indulto (comentarios, jurisprudencia, formularios y notas para su reforma) Valencia: Tirant lo Blanch.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo 1991 Teoría de las consecuencias jurídicas del delito, Tecnos, Madrid.

PEÑA CABRERA Raúl. 1994 Tratado de Derecho PENAL, Parte GENRAL, 5ª edición Grijley Editores.

POZZOLO, Susanna. “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional” en: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Tomo 21. Volumen II. Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante y Centro de Estudios Constitucionales. Alicante. 1998.

QUINTANO RIPOLLÉS, A.1958. “Compendio de Derecho Penal”, Tomo I, Madrid: Revista de Derecho Privado.

-1966.“Comentarios al Código penal”. Madrid: Rev. Derecho Privado.

QUINTERO OLIVARES, G. 1999. Manual de Derecho Penal, Parte General, Navarra: Aranzadi.

ROBLES W. El indulto: La constitución del perdón. Huacho, Perú: Radio Latina de Huacho: 16 de marzo del 2010.

RODRIGUEZ CAMPOS, Rafael. “El indulto como manifestación del derecho de gracia en la Constitución de 1993 y su tratamiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano”. En: Actualidad Jurídica. Número 207. Gaceta Jurídica. Lima. 2011.

RODRIGUEZ DEVESA, José y SERRANO GÓMEZ, Alonso. Derecho Penal Español. Parte General. Décima Séptima Edición. Dykinson. Madrid. 1993.

RODRIGUEZ R. El indulto como manifestación del derecho de gracia en la Constitución de 1993 y su tratamiento en la jurisprudencia del tribunal constitucional Peruano. Lima: Gaceta Juridica; 2011.

ROY FREYRE, Luís Eduardo. Causas de extinción de la acción penal y de la pena. Grijley. Lima. 1997.

SALOME JC. Notas sobre el indulto presidencial. Ius et Tribunalis. 2016; 1(1):39-54.

SANTANA DM. Demostrando el indulto, especial referencia a los delitos de corrupción. Revista Española del Derecho Constitucional. 2016; 108:151-91.

Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 4053-2007-PHC.

Sentencia del Tribunal Constitucional en el caso José Enrique Crousillat López Torres, Expediente N.º 03660-2010-PHC/TC.

STC en el Expediente N.º 4053-2007-PHC.

SANCHEZ-VERA GÓMEZ –TRELLES, J.

- 2008."Una lectura crítica de la Ley de Indulto " Madrid: Rev. InDret.

SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, J.E. 1980. Indultos y Amnistía. Valencia: (Colección de estudios Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal): Universidad de Valencia.

TORO MARZAL, A. 1972. "Comentarios al art. 112 del Código Penal", en Córdoba Roda, Rodríguez Mourullo, Casabó Ruiz, Toro Marzal y, comentarios al Código penal, Tomo II. Barcelona: Ariel.

RODRÍGUEZ DEVESA, J. Mª y SERRANO GÓMEZ, A. 1995. Derecho Penal Español. Parte General, 18ª ed. Madrid: Dykinson.

SOLER, Sebastián. Derecho penal argentino. Actualizado por Guillermo J. Fierro. Tomo II. Décima reimpresión. TEA. Buenos Aires. 1992.

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, J., "La castración química ¿Pena o medida de seguridad?", en Consecuencias jurídicas del delito, Lima 1997.

VALLE-RIESTRA, Javier. "Amnistía, indulto y gracia: Cosa juzgada irrevocable e irrevisable. En: Jus Constitucional. Grijley. Número 5. 2008. Lima.

ZAFFARONI E. Tratado de derecho Penal. Buenos Aires: Ediar; 1998.