El Indulto para Procesados y el Perro del hortelano

José C. Ugaz Sanchez Moreno
Abogado, Profesor Auxiliar de la PUC.

"La ciencia del Derecho ha enfatizado las "formas", la arquitectura de las normas, como si se tratara de un paisaje absolutamente detallado y perfectamente obligatorio que se identifica con el Universo para los fines jurídicos: las reacciones del hombre frente a tal paisaje no interesan porque el paisaje tiene por principio vigencia, independientemente de toda consideración del hombre."

Fernando de Trazegnies.
"Ciriaco de Urtecho, litigante por Amor", pág. 205

I. ANTECEDENTES

Hemos asistido en las últimas semanas a un largo e interesante -y en nuestra opinión sobredimensionado- debate surgido en torno a una iniciativa presidencial: la despenalización.

La polémica se desató el mismo día que el Presidente Fujimori anunció desde el Penal "San Jorge", la promulgación de un Decreto que extendería el Indulto a los "presos sin condena", es decir a quienes encontrándose en condición de inculpados (sin sentencia) han sido privados de su libertad al habérseles aplicado la medida cautelar de detención (pese a no existir cifras exactas, se estima que cerca del 80% de los casi 18,000 presos con que cuenta el Perú, se encuentran en esta situación).

No por ser actual, la preocupación del Presidente expresa una realidad reciente. La crisis de los penales, manifestada en hacinamiento, insalubridad, caos administrativo, violencia, condiciones inimaginables de vida, descontrol absoluto de la población, etc., es una realidad presente en el Perú desde hace varios años.

Pese a que nuestro inconsciente colectivo se esfuerza por ocultar lo que sucede en las cárceles, en los últimos diez años, los protagonistas de estos infiernos terrenales eufemísticamente llamados CRAS (Centro de Readaptación Social) y bautizados con nombres del Santoral Católico, se han encargado de recordarnos su existencia. Como mudos testigos de ello quedaron los muertos y heridos de los motines de "El Sexto" durante el gobierno de Belaúnde y las víctimas de los dos amotinamientos organizados por Sendero Luminoso durante el régimen aprista, el último de los cuales terminó en una injustificable masacre.

Lo mostrado por los medios de comunicación a raíz de este debate ha evidenciado que a pesar de la contundencia de las cifras (7.5% de tuberculosos, 36 muertos por desnutrición en el penal de "San Pedro" a setiembre de este año, 1,100 calorías por día/hombre de déficit, etc.) el terrible drama de las cárceles en el Perú sólo puede ser percibido en su real dimensión cuando uno ingresa a ellos y huele, escucha y ve lo que allí sucede.

Pese a la gravedad de la situación carcelaria y a la urgencia de sus reformas, el anuncio presidencial generó una cerrada oposición que mantuvo el debate sobre la despenalización en las primeras planas durante más de dos meses. A continuación, haremos un breve recuento de los argumentos esgrimidos a lo largo de la discusión.

II. ASPECTOS JURIDICOS

Aunque la mayor parte de la polémica estuvo centrada en lo Jurídico, creemos que en la mayoría de los casos, las razones legales fueron simplemente un instrumento más en el contexto de una pugna política. Ello sin embargo, no le restó valor a los argumentos jurídicos, entre los que destacaron los siguientes:

1. El D.S. 017-90-JUS es inconstitucional

Este fue probablemente el primero y más utilizado recurso de oposición al D.S. 017-90-JUS. Afirman

sus propulsores que el Indulto en el Perú "...sólo puede ser para condenados" porque así lo ha establecido la tradición jurídica en el país y aparece claramente establecido en la Constitución y el Código Penal.

En respuesta a ello se ha señalado que la Constitución Política **no define** el Indulto, limitándose únicamente a señalarlo como facultad presidencial (art. 211, inc. 23°) y excepción a la independencia del Poder Judicial (art. 233, inc. 2°).

Por su parte, el Código Penal sólo menciona el Indulto en el art. 126 para definirlo como la gracia por la cual se "**suprime la represión del hecho punible**", diferenciándolo de la amnistía que "...suprime legalmente el hecho punible a que se refiere e implica el perpetuo silencio respecto de él."

Han insistido los opositores al D.S. 017-90-JUS en que **la represión del hecho punible** está únicamente referida a la aplicación de una pena y que por lo tanto el Indulto sólo puede concederse a los condenados.

Adicionalmente han intentado reforzar esta posición con una interpretación sistemática a partir del "Nomen Iuris" del Título XV del Libro Primero del Código Penal ("Extinción de la acción penal y de la pena"), que concordado con el art. 118 -que señala como causa de extinción de la acción penal a la amnistía mas no al Indulto- llevaría a concluir que cuando el art. 126 del Código se refiere a la represión del hecho punible, se está refiriendo exclusivamente a la pena, ya que de comprender a la acción penal, el Indulto estaría expresamente consignado en el inc. 1° del art. 118.

El afán político que animó a los opositores, los llevó a restringir un concepto amplio como el de "***represión del hecho punible***", para circunscribirlo tan sólo a una de sus fases: la pena. Sin embargo, la represión del hecho punible abarca los cuatro momentos del "jus puniendi" (fijación de tipos y penas, persecución penal, imposición de pena y cumplimiento de la sanción). ¿O es que acaso la detención y reclusión en un penal, aún cuando se realice bajo el nombre de "medida cautelar", no constituye un acto de represión?. A ello se debe que el art. 49 del C.P., establezca que la detención sufrida antes de dictarse sentencia será deducible de la duración total de la pena.

En cuanto a la pretendida interpretación sistemática, ésta llega a una conclusión errada por partir de una premisa errada al confundir ACCION PENAL con PUNIBILIDAD y ésta con PUNICION.

En efecto, la sistemática del título XV abarca tanto la Extinción de la acción penal (arts. 123 y 124) como de la pena (arts. 123 y 124) y de la punibilidad (art. 126).

La diferencia entre punición y punibilidad estriba en que mientras la primera está referida a la aplicación de una pena vía sentencia (pena impuesta), la segunda implica la posibilidad de aplicación de una pena (pena conminada). Es a esta última -la punibilidad- a la que renuncia el Estado al conceder el Indulto a un procesado, por lo que, como sostiene el profesor Felipe Villavicencio, el Indulto constituye "una causa personal de exclusión o cancelación de la punibilidad."

En cuanto a que el indulto en nuestra tradición jurídica **siempre** ha sido para condenados, ello no es cierto y aún cuando lo fuera, no implica que **siempre ha de ser así**, ya que de aceptar tal pretensión, la Doctrina y el Derecho nunca evolucionarían ni podrían adaptarse a las nuevas realidades.

Para probar que tal afirmación no es correcta, basta citar al profesor Domingo García Rada[1] quien señala que el indulto:

> "Es perdón que se otorga a una persona condenada **o por lo menos procesada**...supone condena o **por lo menos estado de procesamiento.**"

La opinión de tan connotado procesalista peruano, demuestra que el Indulto para procesados no es una novedad para la Doctrina Nacional.

De igual modo, en el transcurso del debate, el Senador Valle Riestra demostró con abundante documentación que en el Perú el indulto para procesados se ha venido aplicando desde muy antiguo, tanto por regímenes democráticos como de facto.

2. El D.S. 017-90-JUS es una Amnistía

Algunos opositores al D.S. en comentario, afirmaron que éste contenía una amnistía y no un indulto y que por lo tanto, el Poder Ejecutivo se estaba arrogando facultades propias del Legislativo.

Tal afirmación resulta obviamente infundada, pues mientras que la amnistía es innominada (de carácter general) e implica la derogación de la ley penal, el Indulto para procesados es nominal y sólo consiste en una modificación de la eficacia de la ley.

3. El D.S. 017-90-JUS constituye una interferencia al Poder Judicial

Esta objeción se fundaba en el art. 233, inc. 2° de la Constitución, que consagra la independencia del Poder Judicial y prohibe interferir en el ejercicio de

1. Manual de Derecho Procesal Penal, 8ª Edición, Eddili, 1984, Pág. 41.

sus funciones o avocarse al conocimiento de causas pendientes ante él.

Pero el artículo en referencia no termina con la prescripción prohibitiva, sino que agrega a continuación:

"Esta disposición no afecta el derecho de gracia".

Parece que algunos críticos del D.S. no quisieron leer o entender esta frase, pues de lo contrario no hubieran afirmado tan categóricamente que el Indulto es una interferencia al Poder Judicial.

La doctrina comparada es unánime al señalar que el "Derecho de Gracia" comprende tres instrumentos: la amnistía, el indulto y la conmutación de penas. Todos ellos importan ingresar al campo propio de la función jurisdiccional, en un caso por acto legislativo (Amnistía) y en los otros dos por decisión del Ejecutivo (Indulto y Conmutación), pero la Constitución autoriza dicho ingreso expresamente, pues se trata justamente de un Derecho de Gracia.

Al indultar a un procesado, el Ejecutivo está ejercitando ese derecho constitucionalmente previsto, lo que no puede ser considerado como una interferencia, pues de lo contrario no existiría el Derecho de Gracia (dicho argumento también se podría utilizar contra el Poder Legislativo al decretarse una Amnistía).

Finalmente creemos que no hay interferencia por cuanto el Poder Ejecutivo sólo ingresará a indultar a un procesado una vez que **se haya vencido el triple** del plazo previsto en la ley para que se emita sentencia y el individuo siga preso sin que se resuelva su situación jurídica (art. 5° del D.S. 017-90-JUS). Unicamente habrá indulto cuando el Poder Judicial no haya sido capaz de resolver dentro de un término más que razonable, el drama de los presos sin condena.

III. EL TRANSFONDO POLITICO

Creemos que de haber sido planteado y promulgado en otro momento político, el D.S. 017-90-JUS no hubiera encontrado tanta resistencia.

Debemos recordar que éste es anunciado luego de que el Presidente había fustigado muy duramente a los miembros del Poder Judicial y a los pocos días de haberse enfrentado al Poder Legislativo, calificando a los congresistas de "parlamentaristas estériles". Ambas confrontaciones habían desatado iracundas reacciones contra el Presidente, contexto en el cual, el Indulto para procesados se convirtió en el pretexto perfecto para devolver al Primer Mandatario los agravios de que habían sido objeto Magistrados y Políticos.

Ello explica por qué -como no ha sucedido en ningún otro país del mundo- en el Perú el debate en torno al Indulto para procesados (y a la despenalización en sentido amplio) se prolongó por más de dos meses, captando durante ese tiempo, la atención preferencial de los medios y la comunidad política.

Esto explica también por qué lo apasionado del debate y la intransigencia de algunos opositores, quienes llegaron incluso a afirmar que la aplicación del Indulto para procesados constituía un problema de "ignorancia jurídica, mal asesoramiento, etc.".

IV. LA REALIDAD DEL INDULTO PARA PROCESADOS O INDULTO ANTICIPADO

La gracia del Indulto (al igual que la de la amnistía y la conmutación de penas), posee una antigua raíz histórica, siendo así que aparece en los libros sagrados de la India, en el remoto Egipto y el antiquísimo Derecho Romano a través de la "provocatio ad populorum".

Pero tan antigua como la vigencia del Derecho de Gracia, es la discusión respecto de su justicia y legitimidad.

El profesor valenciano José Enrique Sobremonte Martínez[2], nos recuerda que al ser el Indulto "un derecho contra el derecho", parece raro e inadmisible para algunos, a lo que se suma que quienes lo conceden son el Ejecutivo o el Legislativo, lo que roza con el principio constitucional de la independencia de poderes.

Entre los opositores al Indulto se cuentan a Beccaria, Kant, Bentham y Filangieri, siendo Voltaire uno de sus principales enemigos entre los criminalistas de la ilustración.

Los argumentos que sustentan la oposición al Indulto desde sus orígenes, no han variado mucho hasta la fecha (perturbador del orden penitenciario, interfiere con el Poder Judicial, es arbitrario, fomenta autoritarismo del Poder Ejecutivo, etc.). Sin embargo, el Indulto se ha mantenido vigente en la gran mayoría de países del mundo.

¿Cuál es el fundamento del Derecho de Gracia que le ha permitido prevalecer por encima de las críticas a lo largo de tantos años?

Coincidimos con el autor antes citado cuando afirma que la "gracia" se ha mantenido básicamente porque constituye una forma de Justicia. En su concepto:

> "...Amnistía e Indulto son actos de Justicia contra la Justicia, pues lo que con ambas institucio-

2. "Indultos y Amnistía", Universidad de Valencia, 1980, pp. 118-119.

nes se pretende es ***corregir o evitar***, en nombre de una justicia extralegal y hasta superior a la ley, o sea, en nombre de una justicia "humana", las injusticias reales que la estricta y rigurosa aplicación de las disposiciones del derecho vigente pueden provenir"[3].

Esta es a nuestro criterio, la real naturaleza del Indulto. Por su intermedio se buscan ***corregir o evitar*** las consecuencias injustas de leyes obsoletas, drásticas, o simplemente "inhumanas" -en el sentido que no atienden a determinadas circunstancias (económicas, políticas, sociales, etc.) -que están afectando a personas determinadas o grupos humanos.

Es justamente desde esa perspectiva que el llamado Indulto para procesados se plantea como un correctivo que busca resolver en algo los problemas planteados por leyes procesales y sustantivas anacrónicas y en algunos casos arbitrarias, así como de un sistema penitenciario absolutamente caótico y contrario a los Derechos Humanos elementales.

Cuando la ley deja de servir al hombre para volverse contra él, creemos que ha perdido su razón de ser y por lo tanto debe ser corregida. Si esa corrección no es posible de realizarse estructuralmente o toma mucho tiempo, el gobernante cuenta con un mecanismo rápido y eficaz que permite resolver tal conflicto: El Indulto.

Mucho se ha discutido si el Indulto es aplicable a los procesados, habiéndose llegado incluso al extremo de calificar de ignorantes a quienes han afirmado tal posibilidad, como si fuera el Perú de hoy el primer país que implementa esta institución.

No sólo se ha aplicado antes en el Perú (como ya tenemos dicho) y en muchos otros países (Argentina, Austria, Checoslovaquia, Italia, España, etc.) sino que la propia Doctrina reconoce entre los diversos tipos de Indulto (Generales, Parciales, Particulares) al llamado ***INDULTO ANTICIPADO*** definiéndolo como aquel que se aplica a quien "...no siendo aún condenado, ha sido procesado, lo que implica procesalmente el desplazamiento de la sentencia que remata el juicio por el sobreseimiento libre que elude el juicio."[4]

Esto demuestra que lo que aquí se llamó "indulto para procesados", no es otra cosa que lo que en otras realidades rige como el Indulto Anticipado a que hace mención la doctrina.

V. LA MORALEJA DEL PERRO DEL HORTELANO

"Ni come ni deja comer" reza la moraleja del perro del Hortelano y es esa la sensación que nos dejó la discusión respecto al Indulto Anticipado.

Más allá del formalismo o conservadurismo incomprensible frente a una realidad tan lacerante como la de los penales, preocupa la actitud de nuestros políticos y magistrados, quienes han dejado traslucir una vocación de "no resolver, ni dejar resolver".

Pese a la grita de los políticos y a su apresurada y repentina "iniciativa" legislativa para bloquear el D.S. 017-90-JUS, han transcurrido más de tres meses desde que se inició el debate y ni han derogado el controvertido Decreto Supremo (lo que ofrecieron hacer de inmediato) ni han aprobado **una sola ley** que apunte a resolver el problema de los penales.

Lo mismo se puede afirmar del Poder Judicial, el que hasta la fecha no ha adoptado medida alguna tendiente a resolver los problemas de la administración de justicia en lo penal.

Coincidimos con quienes han afirmado que el Indulto Anticipado sólo es un paliativo para la crisis penitenciaria del país y que ésta requiere una reforma estructural urgente. Sin embargo, hace **más de dos meses** que el Ejecutivo presentó un Proyecto de Ley de Reformas de Urgencia a la Legislación Penal y hasta la fecha ni siquiera se ha discutido en el Congreso y lo mismo se puede afirmar de los proyectos de Código Penal y de Procedimientos Penales.

Creemos que una Política Criminal del Estado Peruano, que comprenda un proceso racional de despenalización es urgente y necesaria.

Tengo sin embargo la impresión de que mientras lo que prime sea la oposición por la oposición (o por el interés de figuración o de obtención de dividendos políticos) al margen de la resolución de los grandes problemas del país, pasaremos del Shock al Indulto y de éste a los anticonceptivos y al final no habremos resuelto nada.

Por lo pronto, podemos afirmar que el controvertido Decreto Supremo, más allá de la discusión acerca de su eficacia, ha tenido la gran virtud de poner en el tapete de la política nacional la terrible realidad de los penales, movilizar a las diversas instituciones vinculadas a él y generar conciencia en la población respecto del problema. Sólo nos queda esperar que quienes se opusieron al D.S. 017-90-JUS, pero manifestaron su concordancia con la necesidad de resolver cuanto antes el problema de hacinamiento y deshumanización de los penales, honren su palabra e implementen a la brevedad posible las soluciones tan necesarias y reclamadas por todos.

3. Op. cit, pág. 13.
4. Op. cit, pág. 231.