

“EL JUEZ COMO LÍMITE A LA SOBRECriminalIZACION”

“THE JUDGE AS A LIMIT TO OVERRIMINALIZATION”

Luis Enrique Sandívar Murillo

Abogado

Egresado de la Maestría en Ciencias Penales

Universidad de San Martín de Porres

lsandivar@estudiosandivar.com

luz_0618@hotmail.com

Perú

SUMARIO:

I.- Introducción II.- El congresista eufórico de normas penales III.- La sobrecriminalización. 3.1 Origen 3.2 Concepto IV.- Efectos negativos de la sobrecriminalización V.- El juez penal garantista como límite a la sobrecriminalización VI.- Principios rectores para evitar el daño de la sobrecriminalización en la persona, VII.- Conclusiones VIII.- Recomendaciones IX.- Bibliografía.

RESUMEN

El Estado en la actualidad ha venido adoptando una política criminal represiva, es decir, desde una óptica que busca erradicar los altos índices de criminalidad en base al castigo de los hechos delictivos perpetrados, situación que ha conllevado a generar una inflación en la producción de conductas punibles. Ante tal situación, estamos frente a una avalancha de procesos judiciales por la sobrecriminalización de conductas, el mismo que culmina con el fallo judicial expedido por el Juez quien determinará la punibilidad, rescatando el hecho que al momento de resolver, esté también podrá aplicar política criminal para enfrentar esta sobrecriminalización.

Palabras Claves: Política criminal represiva – sobrecriminalización – juez garantista – principios del derecho penal.

ABSTRACT

The State has been adopting a repressive criminal policy, that is, from a perspective that seeks to eradicate the high crime rates based on punishment of the criminal acts perpetrated, a situation that has led to generate inflation in production Of punishable conduct. Faced with such a situation, we are faced with an avalanche of judicial proceedings for the overcriminalization of conduct, which culminates with the judicial decision issued by the judge who determines the punishment, however, rescuing the fact that at the time of resolving, Apply criminal policy to address this overcriminalization.

Keywords: Repressive criminal policy - overcriminalization - judge-warrant - principles of criminal law.

I.- INTRODUCCION

En muchas oportunidades se ha procedido en abordar temas relacionados a la política criminal apuntando al objetivo prevención y reducción de la criminalidad, a lo cual siempre ha saltado a la vista que los mecanismos empleados para vencer la criminalidad han sido fallidos, por lo que no han logrado solidificar la seguridad ciudadana. Dentro de esos mecanismos fallidos que tuvieron como objetivo aproximarse a que la población sintiera que estaba en una sociedad segura, se tiene la sobrecriminalización de conductas.

Es de indicar que el producto de la sobrecriminalización se debe a la tendencia errada que ha tenido el legislador al considerar que con el mismo se podía erradicar la criminalidad, lo cual evidencia la falencia al no existir un debido estudio y asesoramiento al momento de establecer una conducta punible, que por el contrario, únicamente existe un trasfondo en el pensamiento del legislador que sería emplearlo como un mecanismo de popularidad.

Se resalta como medida fallida a la sobrecriminalización de conductas puesto que no ha logrado su objetivo de prevenir o reducir la criminalidad, sino que únicamente ha ocasionado la creación de más delitos, establecer más de un delito sobre una misma conducta (curso de leyes), elevar a rango de delitos conductas que constituían infracciones administrativas; por lo que se deduce que finalmente este fallido mecanismo desembocará en procesos judiciales.

Ante lo descrito, justamente el presente trabajo abarca un punto que no ha sido desarrollado con profundidad, el cual es si a pesar de este error producido en un inicio, es decir, en la expedición de la norma penal, sería posible de algún modo detener los efectos negativos de la sobrecriminalización, dado que el mayor daño derivado de sus efectos se produce en una etapa posterior como sería la privación de libertad de una persona, en base a un delito de poca relevancia para la sociedad y que no detendrá la criminalidad que viene aconteciendo en la realidad.

Por ello, se desarrollara en el presente artículo lo referente a que sí podría ser posible evitar los efectos negativos de la sobrecriminalización, siendo ello justamente en la etapa del proceso judicial; en la cual el Juez al momento de dictar sentencia tomara en consideración el real contexto, la necesidad de aplicar una norma penal y la relevancia de la misma, haciendo un análisis de sobrecriminalización y si es que realmente es meritorio condenar por un delito en la cual su conducta ha sido indebidamente criminalizado, tomando para ello en consideración al momento de resolver los principios rectores que guían el proceso penal.

II.- EL CONGRESISTA EUFORICO DE NORMAS PENALES

En esta última década hemos podido observar que en el Perú se ha producido una conducta animosa por parte de los congresistas en expedir normas penales con la finalidad de erradicar la delincuencia y los hechos violentos, siendo dos las circunstancias oportunas en las que se produce con énfasis esta animosidad:

- a) Los procesos electorales, en la que los postulantes a congresistas buscaran convencer al electorado con sus propuestas para que lo elijan como su representante en el Congreso de la República, abordando dentro de su pliego de propuestas lo relacionado

a la ola de violencia que acontece y las cuales serán erradicados con nuevas sanciones penales que propongan.

- b) Los momentos coyunturales suscitados por un hecho violento o delito en la que existe una conmoción social, situación en la que el congresista aprovecha las circunstancias del momento para expedir normas penales, bajo el enmascarado supuesto de que se trabaja contra la delincuencia y violencia.

En el mismo sentido, señala Douglas Husak (2013), el Derecho penal, y especialmente la criminalización, han demostrado ser una de las herramientas predilectas de los legisladores para responder a las demandas de su electorado y aumentar sus niveles de popularidad, de ahí que resulta casi paradójico que el mismo Husak, que es tan crítico con la labor que ha tenido el legislador en esta área, decida dejar la eficacia del derecho a no ser castigado en manos de esta misma institución.

Esta conducta eufórica de los congresistas por expedir normas que supuestamente enfrentaran a la delincuencia y actos de violencia, se tiene que lo único que ha generado es una sobrecriminalización de las conductas.

De otro lado, se tiene una situación particular que acontecido en el actual Congreso de la Republica (periodo 2016-2021) que en el primer año parlamentario, a través de la Ley N° 30506, publicado el 09 de octubre del 2016, en el diario oficial El Peruano, delego en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en diversas materias, entre ellos abordando lo relacionado a la seguridad ciudadana, el mismo que conforme se desprende del contenido de la misma ley existe un exceso de facultades respecto a la materia seguridad ciudadana ya que las mismas inciden de forma genérica en el ámbito de la legislación penal, procesal penal y ejecución penal que incluso no tienen relación con el tema de seguridad ciudadana, es decir, existe una situación maquillada para darle facultades de legislar al Poder Ejecutivo en materia penal en modo libre.

La situación señalada respecto a la facultad de legislar que se le ha otorgado al Poder Ejecutivo, es de precisar que se acontece únicamente por responsabilidad del Congreso de la Republica, puesto que otorga sus propias facultades cuando recién están asumiendo cargo, es decir, concretamente abdicar a sus funciones; cabe incluso señalar que el Principio de Reserva de Ley resalta la exclusividad de legislar al Congreso de la Republica, no obstante esta facultad es menoscabada por los mismos, lo que ocasionara que el Poder Ejecutivo pueda tener un abuso en las facultades delegadas, recordemos que justamente existe una diferenciación entre las facultades de los tres Poderes del Estado para que existe equilibrio.

Ahondando en este punto, también es de señalar que la justificación del Congreso para delegar facultades de legislar al Poder Ejecutivo, debió ser específicamente sobre materia de seguridad ciudadana conforme lo exige el artículo 104° de la Constitución Política del Perú, no obstante, del contenido de la ley se aprecia que la misma no lo es, que por el contrario, aborda temas distintos a la seguridad ciudadana; por lo que, podemos apreciar que ya existe un ánimo del Ejecutivo por emplear el poder punitivo.

III.- LA SOBRECriminalIZACION. ORIGEN Y CONCEPTO.

3.1 Origen.

Es de pleno conocimiento que la Sociedad en su conjunto se debe desarrollar en un ambiente de libertad, el mismo que amerita una protección de índole legal y constitucional para mantener ese ambiente libre; sin embargo, esta amplia libertad no permite que una persona puede incidir negativamente en la esfera de otra persona, por ello, es que justamente surge el Control Social como un mecanismo de orden y regulación para los que conformamos la sociedad. Asimismo, se tiene que existen dos tipos de Control Social:

- a) **El control social informal:** Es el que se produce en las familias, vecindades, escuelas, centros de trabajos, etc. Esta forma de control social se obtiene en la formación de las personas producto de la convivencia, no existe una normativa regulada en este tipo de circunstancias que sean reprimidas.
- b) **El control social formal:** Esta forma de control social es a través de las sanciones que existen al vulnerar algunas normas de convivencias reguladas (explicando a rasgos generales las implicancias del derecho, puesto que control social no es sinónimo de derecho penal) que pueden estar regulado en cualquier ámbito del ordenamiento legal.

Se tiene que el Congresista (o Legislador) para prevenir y erradicar la delincuencia emplea el **control social**, pero ha olvidado incidir y fortalecer el Control Social Informal y ha optado por pasar directamente al Control Social Formal, es decir ya se aprecia cual es la tendencia del congresista por el empleo de un mecanismo sancionador a base de leyes.

Siguiendo en este mismo punto cabria resaltar el hecho que a pesar que el Legislador haya optado por un Control Social Formal, puede acudir a todo el ámbito del derecho para controlar la conducta de las personas, a través de sanciones pecuniarias, limitativas, administrativas y privativas de libertad; es decir, se pueden apreciar distintos niveles de sanciones en el Control Social Formal, sin embargo, en la actualidad hemos podido apreciar que peor aún se refunde en lo errático el Congresista (o Legislador) puesto que no le basta con acudir inmediatamente al mecanismo formal de control, sino que emplea el mecanismo más gravoso de control que incide en la libertad de la persona y ello a través del derecho penal.

El origen de la sobrecriminalización se debe a la actuación desmesurada de los legisladores en un afán por utilizar al derecho penal como la primera alternativa para resguardar y proteger a la sociedad, por lo que, con dicha concepción se cataloga al derecho penal como el instrumento de control social por excelencia, desnaturalizando su esencia implícita en el Principio de Mínima Intervención.

3.2 Concepto.

En los párrafos precedentes hemos podido establecer cómo es que se origina la sobrecriminalización de la conducta a través de un mecanismo errado del Congresista (o Legislador); por ello, podemos pasar al siguiente nivel el cual es establecer un concepto de la sobrecriminalización.

La sobrecriminalización se conceptualizaría como la voluntad del Estado de emplear una política criminal en base al derecho penal a través de la creación excesiva de nuevos delitos que al mismo tiempo implica el aumento de las penas por producirse concurso de leyes, así como el hecho de elevar a rango de delito conductas que constituían infracciones administrativas o sanciones pecuniarias.

Tal vez el concepto puede cuestionarse en base a que si la sobrecriminalización es una voluntad propia del Estado, ya que algunas tratarían de alegar que es el acto de voluntad de los Congresistas (o Legisladores), sin embargo, cabe recordar que los legisladores reflejan la voluntad de todo un grupo ciudadanos para ser representados desde que son elegidos mediante elecciones electorales.

IV.- EFECTOS NEGATIVOS DE LA SOBRECriminalIZACION

Es cierto que en la Sociedad debe existir un equilibrio entre libertad y seguridad, pero es evidente que el empleo desmedido del Derecho Penal como mecanismo de control social restringe rotundamente la libertad.

Por ello, se coincide con Jimenez Díaz (2014) quien resalta, que tan negativo es un Derecho penal que persiga conseguir el máximo nivel de seguridad, a costa de la libertad individual (que sería, en suma, un Derecho penal autoritario), como lo es uno que, en aras de una mal entendida libertad, deje a sus ciudadanos indefensos e inseguros.

Citando al mismo autor (Jimenez Díaz, 2014), señala que esta forma de plantear la tensión entre libertad y seguridad, se aleja de la idea de que ambos intereses se encuentran en conflicto y son mutuamente excluyentes (lo que implicaría que la salvaguarda de uno supone necesariamente el sacrificio de otro). Lejos de lo anterior, se adscribe a la tesis de que ambos conceptos se unifican, en el sentido de que la seguridad no es sino un presupuesto para la libertad.

Interviene de forma desmedida en el desenvolvimiento de las personas en la sociedad, dejando de lado que existen otros mecanismos menos lesivos que son más eficaces.

La conducta incriminada arribara a un proceso penal, el cual estigmatizara desmedida e irracionalmente a la persona a pesar de ser un hecho de poca afectación al Bien Jurídico Protegido.

Dentro de un despliegue conductual que antes implicaba un delito, ahora se sancionaran con más de un tipo penal, acaeciendo o generando concurso de leyes.

Sobrepoblación en los establecimientos penitenciarios, por personas que hayan cometido conductas delictivas irrelevantes y que no tendrá sentido su internamiento al no saber en qué forma se rehabilitara con su encarcelamiento.

La persona que haya cometido el hecho delictivo sobrecriminalizado será separado de la sociedad para ser recluso en el establecimiento penitenciario, por lo que es muy probable que absorba los hábitos delictivos de quienes se encuentran en su entorno.

V.- EL JUEZ PENAL GARANTISTA COMO LÍMITE A LA SOBRECriminalIZACION

La función jurisdiccional la ejerce el juez quien tiene el deber de conducir los procesos judiciales con independencia, imparcialidad y motivación, así pudiendo reguardar y mantener la vigencia del Ordenamiento Jurídico.

El juez penal garantista más allá de tener presente todo los Principio Rectores de nuestro Ordenamiento Jurídico, debe direccionar su visión hacia el punto que vela por la libertad personal; en ese sentido, si es que identifica un acto que propicia afectación contra la libertad debe tratar de expectorarlo del proceso judicial. Por ello, es deber de los Jueces Penales Garantistas identificar cuando una norma ha sido producto de una sobrecriminalización, por ende saber los efectos negativos que este podría acarrear en el sistema de justicia.

Si bien es cierto, la expedición de una norma penal la cual regula un delito debería aplicarse si la conducta humana en concreto se subsume en el tipo penal, ello es en atención al Principio de Legalidad; sin embargo, también es de resaltar el hecho que no basta ceñirnos a una Ley Penal para condenar, sino que el análisis de dicha norma debe ser tomando en consideración los parámetros de otros Principios Rectores establecidos en el Ordenamiento Jurídico, siendo justamente quien brindara este contexto de ponderar los Principios en conjunto el Juez Penal Garantista.

Por ello, en este punto habría que establecer un escenario en la cual hay dos protagonistas: i) La sobrecriminalización que ha generado un contexto de expansión del Derecho Penal por la creación de delitos y su aplicación en atención al Principio de Legalidad; y ii) El accionar del Juez Penal Garantista que establece un límite a los efectos de la sobrecriminalización basado en otros Principios. Lo señalado genera una interacción que produce **Colisión de Principios**, a lo cual el Dr. Robert Alexy (2002) refiere que, las colisiones de principio deben ser solucionadas de manera totalmente distinta, que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. El mismo autor (Robert Alexy, 2002) señala que los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principio –como solo pueden entrar en colisión principio válidos- tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso, por ello indica que la solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada, concluyendo que la determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro.

En este punto, es de recalcar que si bien es cierto el Juez Penal Garantista se siente limitado en sus funciones al tener que aplicar una sanción penal por una conducta tipificada (es decir, codificada o regulada en cualquier otra ley), ello no conlleva a que prefiera la aplicación de una norma sobre lo que realmente salvaguarde a la Sociedad. Esta observación crítica que la considero correcto, lo he deducido de lo que explica Silva Sánchez (2002), quien refiere que la inversión de la forma lógica de las sentencias que caracteriza a nuestra jurisprudencia no sería sino una manifestación más de cómo, en realidad, el sistema se muestra muchas veces ante todo como un obstáculo que el juez se siente obligado a salvar tras haber adoptado una resolución de modo intuitivo,

directamente a partir de la ley y los hechos, y no tanto como un conjunto de instrumentos aptos para buscar esa resolución.

En conclusión, se podría decir que el Juez Penal Legalista podría evitarse complicaciones en su actuación con solo sancionar un delito que ha sido incorporado en la legislación penal; sin embargo, también existe la posibilidad que en su condición de Juez Penal Garantista pueda aplicar de modo sistemático la norma penal (producto de la sobrecriminalización) con los Principios Rectores para así expectorarla. Si bien es cierto, en este punto implicaría incluso realizar un Control Difuso, ello es facultad del Juez para lo cual se encuentra permitido de emplearlo.

VI.- PRINCIPIOS RECTORES PARA EVITAR EL DAÑO DE LA SOBRECriminalIZACION EN LA PERSONA

Queda claro que la sobrecriminalización limita la libertad, por ello es necesario detenerlo por la incidencia negativa que pudiera acarrear en la persona a través de la creación o regulación excesiva de delitos; para ello, se señalara los principales principios que puede emplear el Juez Penal Garantista para detener los efectos negativos de la sobrecriminalización en los casos en concreto que se encuentren en procesos judiciales las personas que vienen siendo procesados producto de estos delitos que se han generado por la sobrecriminalización.

Principio de Proporcionalidad: En un Estado Constitucional de Derecho no se puede permitir excesos por parte del Estado en contra de las personas que la conforman, por lo que, este Principio se encuentra inmerso en todo el campo del derecho, tal como lo señala el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el N° 0760-2004-AA/TC, indicando textualmente que, el principio de proporcionalidad constituye un test o canon de valoración para evaluar actos estatales que inciden sobre derechos subjetivos (constitucionales o simplemente legales). Se trata de una técnica a partir de la cual el juzgador puede evaluar si la intromisión estatal en el ámbito de los derechos resulta, o no, excesiva.

De lo señalado se puede apreciar que el Juez Penal Garantista puede evaluar la intromisión Estatal al expedir normas para ver si esta resulta excesiva, ello a través de un test que implique analizar la necesidad, adecuación y la proporcionalidad propiamente dicha.

Principio de Mínima Intervención: La esencia de este Principio se basa en hacer recordar que el Derecho Penal solo debe ser empleado cuando existe una afectación grave del Bien Jurídico Protegido, desprendiéndose de ello que en caso la afectación sea mínima y exista otro mecanismo de control social, el derecho penal no debe ser empleado.

Principio de Subsidiariedad: Este Principio es el que pone mayor énfasis a las otras formas de Control Social, ya que es el que debe estar presente en el pensamiento del Legislador al momento de adoptar como mecanismo de control al Derecho Penal, sin embargo, al omitir este Principio es deber del Juzgador evaluar para el caso concreto si es que existía otra vía idónea para solucionar el supuesto conflicto social, desterrando por ello la imputación del ámbito penal a otro ámbito menos gravoso.

Profundizando el Principio en estudio, cabe resaltar que se debe emplear los otros mecanismos de Control Social Formal, siendo solo que cuando no existe un resultado positivo de estos otros mecanismos se pueda emplear el Derecho Penal.

VII.- CONCLUSIONES

En este punto se ha podido determinar la afectación que acarrea la sobrecriminalización, sin embargo, también se ha resaltado el hecho que sus efectos negativos no solo quedan en la dación de la norma, sino que inciden en la libertad de la persona cuando se le apertura un proceso penal; por ello, se hace hincapié en el hecho que existe la posibilidad de que este efecto negativo de la sobrecriminalización pueda ser detenido por el Juez Penal Garantista en el proceso judicial al momento de resolver el caso en concreto, para ello, siendo necesario aplicar los Principios de Proporcionalidad, Mínima Intervención y Subsidiariedad (sin menoscabar la invocación de otros Principios).

Existe la crítica a esta posición que he asumido respecto a la actuación del Juez Penal, ya que se hace mención que el Juzgador no podría dejar de sancionar un delito que ha sido tipificado porque contravendría el Principio de Legalidad (por más que derive de una errada actuación del Legislador); sin embargo, es de resaltar también que el Juez Penal es independiente, imparcial y motivado en su sustento, pudiendo emplear los mecanismos legales o constitucionales para limitar los efectos negativos de la sobrecriminalización.

VIII.- RECOMENDACIONES

Se ha indicado el mecanismo para frenar los efectos perjudiciales de la sobrecriminalización contra la libertad individual, que se encuentran amparados en el marco jurídico, por lo que es factible que el juez penal de cualquier instancia pueda aplicarlo en los casos en concreto.

Debe resaltarse dicha recomendación, puesto que en la práctica se ha venido suscitando el hecho que se repara el efecto dañino de la sobrecriminalización cuando estos casos llegan a la instancia extraordinaria ante los Jueces Supremos, denotándose que no existe una voluntad por parte de los magistrados de otras instancias en solucionar este tipo de problemas.

Asimismo, esta situación también ha sido manifestado por el actual Presidente del Poder Judicial, Dr. Duberli Rodríguez Tineo, quien el 02 de agosto del 2016, por la celebración del Día del Juez brindó una declaración expresándose por el caso Silvana Buscaglia, en la cual indicó que no ameritaba una pena efectiva el haber faltado el respeto a un policía y que el juez desconocía el principio de proporcionalidad con la sentencia condenatoria, compartiendo el mismo sentido en una frase expresada por el mismo “el juez no es boca de la ley y que no entiende que el juez no puede convertirse en aplicador ciego de lo que hacen mal los legisladores”.

IX.- BIBLIOGRAFÍA

HUSAK, Douglas (2013) *Sobrecriminalizacion. Los límites del Derecho penal*. Madrid – España. Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales. Disponible en <https://www.marcialpons.es/static/pdf/9788415664680.pdf>

JIMENEZ DIAZ, María José (2014) *Sociedad del Riesgo e Intervención Penal*. España. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología ISSN 1695-0194. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-08.pdf>

ROBERT ALEXY (2002) *Teoría de los derechos fundamentales*. 2da Edición, Madrid – España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0760-2004-AA/TC de 9 de febrero de 2005, caso José Vidal Meza Guerra, Ica. Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00760-2004-AA.html>

SILVA SANCHEZ, Jesús María (2002) *Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal*. España. Revista de derecho penal y criminología, 2ª época (9). ISSN: 1132-9955. Disponible en <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2002-9-5030/Documento.pdf>