

**EL INTERNO PENITENCIARIO: ¿CIUDADANO DE SEGUNDA CLASE?.
LA MANIFESTACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN
CONTRADICCIÓN CON LA POLÍTICA CRIMINOLÓGICA DE PREVENCIÓN
SECUNDARIA Y TERCIARIA EN EL PERÚ**

**THE PENITENTIARY INTERNAL: SECOND CLASS CITIZEN?. THE
MANIFESTATION OF THE CRIMINAL LAW OF THE ENEMY IN
CONTRADICTION WITH THE CRIMINOLOGICAL POLICY OF SECONDARY
AND TERTIARY PREVENTION IN PERU**

Dr. Dr. Dr. H.C. Gino Ríos Patio
Director del Instituto de Investigación Jurídica
Universidad de San Martín de Porres
griosp@usmp.pe
www.ginoriospatio.com
Perú, Lima

Recibido: 28 de mayo de 2019

Aceptado: 01 de julio de 2019

SUMARIO

- Introducción.
- El derecho penal del enemigo.
- La política criminológica prevencionista.
- La democracia y el derecho político de elegir.
- La imposibilidad de ejercer el derecho de sufragio del ciudadano interno en un establecimiento penitenciario.
- Conclusiones.

RESUMEN

El artículo analiza la razonabilidad, sentido democrático y fundamentación político criminológica de la suspensión *de jure* del ejercicio de la ciudadanía para las personas privadas de la libertad a título de pena, así como de la suspensión *de facto* de los presos sin condena, es decir, de las personas que se encuentran internadas en los establecimientos penitenciarios preventivamente, sin que hayan sido condenados a pena privativa de la libertad. El autor hace conocer, desde una perspectiva criminológica, su discrepancia con dicha política, fundando su posición en los principios demo liberales y critica el empleo de medidas provenientes del derecho penal del enemigo para recortar derechos

fundamentales de las personas que han tenido el infortunio de ver criminalizada su conducta, con lo cual agravan y perpetúan su situación marginal.

ABSTRACT

The article analyzes the reasonableness, democratic sense and criminological political foundation of the *de jure* suspension of the exercise of citizenship for persons deprived of liberty by way of punishment, as well as the *de facto* suspension of prisoners without conviction, that is, of people who are interned in prisons preventively, without having been sentenced to imprisonment. The author makes known, from a criminological perspective, his discrepancy with this policy, basing his position on liberal demo principles and criticizes the use of measures from the criminal law of the enemy to cut fundamental rights of people who have had the misfortune to see criminalized their conduct, thereby aggravating and perpetuating their marginal situation.

PALABRAS CLAVE

Derecho penal del enemigo; política criminológica; ciudadanía; suspensión del ejercicio de los derechos ciudadanos; pena privativa de la libertad.

KEYWORDS

Criminal law of the enemy; criminological policy; citizenship; suspension of the exercise of citizens' rights; deprivation of liberty.

INTRODUCCIÓN

En el pórtico de la constitucionalidad peruana, se lee: La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Con este enunciado principista de raigambre netamente jus antropocéntrica, el artículo 1° de la Constitución Política permite prever que el orden jurídico y político siempre está y se resuelve a favor de la persona humana.

Asimismo, el artículo 2° inciso 17 de nuestra Ley Fundamental reconoce que toda persona tiene derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida política de la Nación; y que los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum.

En el artículo 31 de la misma Carta Política se reconoce que los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica.

Asimismo, es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción, siendo la ley la que norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de su participación.

Los ciudadanos en goce de su capacidad civil tienen derecho al voto, para cuyo ejercicio se requiere estar inscrito en el registro correspondiente. El voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años. Es facultativo después de esa edad.

La ley establece los mecanismos para garantizar la neutralidad estatal durante los procesos electorales y de participación ciudadana. Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos.

Como se puede apreciar es bastante amplio el elenco de los derechos políticos vinculados con el voto y el sufragio, como corresponde a un estado constitucional y de derecho, así como a un régimen gubernamental democrático.

Sin embargo, el artículo 33 de la Constitución Política establece que el ejercicio de la ciudadanía se suspende por sentencia con pena privativa de la libertad, lo que desde una perspectiva democrática resulta cuestionable, pues si la suspensión del ejercicio de la ciudadanía no ha sido impuesta judicialmente como pena principal o accesoria, es difícil comprender si existe razón para que la Ley Fundamental, de manera supletoria, general y sin atender a las circunstancias particulares del caso concreto, disponga dicha suspensión.

Ello, además, pese a que el artículo 139 inciso 22 de la Constitución Política consagra el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

El problema se agrava cuando los internos procesados, es decir, los presos sin condena, los no sentenciados, tampoco pueden ejercer sus derechos políticos.

En el Perú, según el Informe Estadístico del Instituto Nacional Penitenciario 2019¹, al mes de enero de este año, había 91,283 internos, de los cuales el 57.39% eran varones sentenciados y el 37.10% varones procesados, mientras que mujeres sentenciadas eran 3.25% y mujeres procesadas 2.26%.

Si tenemos en cuenta que de acuerdo con los resultados oficiales de las elecciones presidenciales del año 2016 publicados por la Oficina Nacional de Procesos Electorales², la diferencia entre el candidato ganador y el que ocupó el segundo lugar fue de 41,057 votos; es fácil advertir que la cantidad de internos en los establecimientos penitenciarios es mayor a la diferencia de votos que decidieron al Presidente de la República. Pero esta es apenas una consecuencia pragmática de la suspensión del ejercicio de la ciudadanía. Lo que interesa en el presente artículo es ponderar las razones

1 Disponible en: <https://www.inpe.gob.pe/normatividad/estad%C3%ADstica/1836-informe-estadistico-inpe-enero-2019/file.html>

2 Disponible en: <https://www.web.onpe.gob.pe/modElecciones/elecciones/elecciones2016/PRP2V2016/Resumen-GeneralPresidencial.html#posicion>

por las cuales el estado ha optado por esta medida extrajudicial.

El análisis crítico se desarrollará considerando las manifestaciones del derecho penal del enemigo; la idoneidad de una política criminológica con fines de prevención; y la trascendencia de un sistema penal con base auténticamente democrática; con la finalidad de discutir la virtud y utilidad social de una norma como la que impone ciega y arbitrariamente la suspensión del ejercicio de la ciudadanía a todo interno en los establecimientos penitenciarios del país.

EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

El concepto de enemigo

Para referirnos al derecho penal del enemigo, es necesario abordar previamente el concepto de enemigo, que es de naturaleza política, como el concepto de guerra, del que constituye una noción básica *sine qua non*.

Schmitt, C. en versión de Rafael Agapito (2009) sostiene que el enemigo como concepto ha trascendido la idea de la guerra como acción, aplicable a la operación militar *per se*, en la que el contrario está inmediata y visiblemente presente como antagonista. En cambio, en la idea de la guerra como situación, el enemigo subsiste aún terminada la operación bélica o sin ésta, pues políticamente el contexto agonal es consustancial a la existencia de un estado y a la siempre actual necesidad de que el poder que lo sustenta sobreviva ante la acción ofensiva externa e interna.

El enemigo es entendido de esta manera como el agresor, esto es, el que rompe la paz, el que no se aviene a un orden jurídico, el que no obedece las normas estatales, entre otras formas de desacato ciudadano, entendidas desde una perspectiva penal, lo que nos da la idea de criminal. No es un rival personal y privado al que se abomina por una cuestión de apego o aversión, sino todo aquel que, de acuerdo con una posibilidad real, se enfrenta ofensivamente a un conjunto de hombres. Es, en suma, un enemigo público.

El mismo Schmitt, en la versión anteriormente citada, señala que la palabra enemigo significa el que odia y, por tanto, es no amigo, lo que en el Imperio Romano se denominó *hostis*.

Es claro que el término enemigo está referido a un estado y como todo estado también comparte la misma naturaleza política. En efecto, el estado es el *status* político de un pueblo organizado jurídicamente, es decir, el modo en que un pueblo está en un momento histórico determinado, que contiene la decisión en un cierto momento terminante. Así, estado, política y enemigo se sitúan inseparablemente en la misma línea de identificación y comprensión.

La oposición amigo-enemigo marca el nivel superior de asociación o disociación, lo cual permite escindir de la categoría *enemigo* al moralmente protervo como al contendiente económico, pues es suficiente que sea existencialmente diferente para ser considerado el *otro*, el *extraño*. Cabe agregar que esta distinción binaria se intensifica precisamente por el uso político, ya que es el elemento más agudo y penetrante psicológicamente de las desuniones y agremiaciones.

La polarización social: el enemigo es el otro

Ya hemos visto cómo los conceptos de estado y enemigo están vinculados por lo político. Si nos atenemos al conocido concepto según el cual la política es la lucha por el poder, concluiremos en que el poder capturará y gobernará el estado y definirá la noción de enemigo.

En ese orden de ideas, la percepción psicológica de los conceptos amigo-enemigo se constriñe tanto que resulta reducida socialmente a dos polos irreconciliables, de manera nociva e invariable. El binomio *nosotros-ellos*, que se traduce en una grave carga emocional de aprobación y repulsión incondicionales, rompe el sentido común de diálogo y discusión reemplazándolo por intolerancia e intransigencia, formas nada democráticas.

De esa manera, se arruina la plataforma de la interacción comunitaria, los valores pierden significado real en la comunidad y los supuestos de la convivencia social devienen criticados, con lo cual toda la sociedad se resiente ético políticamente por el resquebrajamiento del tejido social producido por el conflicto, que complica las posibilidades de concordia democrática, pues la violencia se internaliza, naturaliza y legitima, describiendo una dinámica complicada en la que la pertenencia a un grupo origina *ipso facto* el rechazo activo del otro grupo.

Colombo, E. (1993) sostiene al respecto que toda sociedad crea un conjunto ordenado de representaciones, un imaginario a través del cual se reproduce y designa al grupo para sí mismo, distribuye las identidades y los roles, expresa las necesidades colectivas y los fines a realizar.

A partir de ese imaginario social, la vida social y sus conflictos se articulan a estos sistemas simbólicos, contribuyendo a la expresión de distintas formas de violencia real y simbólica, como anota Lozada, M. (2004).

En nuestro país, el imaginario comprende la asociación de que lo malo es feo y oscuro y lo bueno es bello y blanco, como remanente mítico de la conquista y el colonialismo, por eso nuestras cárceles están sobre pobladas de feos y pobres, que sobreviven en condiciones de turgurización y hacinamiento indignas. Nadie pide nada para ellos, nadie protesta en favor de ellos. Este simbolismo pone de manifiesto una construcción ideológica del conflicto social entre las categorías amigo-enemigo y graves contradicciones socioeconómicas y culturales de una sociedad desigual, que es mantenida y reforzada por una inicua distribución de la riqueza, por formas de gobierno clientelares y populistas, que definen modos de vida y patrones de conducta asociados a la creación de criminalidad y de criminales.

Esto ocurre contrariamente a lo que significa la coexistencia democrática, la cual supone la elaboración y cimentación consensuada de un orden simbólico que da sentido y orientación a la vida social.

El enemigo en el derecho penal

El derecho penal siempre discriminó y segregó normativa y funcionalmente al enemigo. De ahí que Gunter Jakobs no haya inventado el derecho penal del enemigo, sino únicamente lo haya sacado a la luz.

Esta clase de derecho penal se caracteriza por un trato punitivo al ser humano carente de las más elementales garantías jurídicas, por lo que es producto de un estado de policía y no de un estado de derecho, ya que priva al ser humano de la condición de persona. Es la penosa fisura absolutista del estado constitucional y de derecho.

En palabras de Agamben, G. (2006) el *homo sacer* del derecho romano en que se convierte el

individuo que comete un crimen grave, pierde la protección del derecho humano y divino; se le excreta de la sociedad, confinándolo en una cárcel, lo que equivale a una expulsión hacia adentro; y cualquiera puede despojarlo de la vida sin cometer delito, lo que rememora la inmensa legión de confinados en las cárceles que conforma la numerosa población penitenciaria, los asesinatos morales mediáticos y los linchamientos de la justicia popular.

Lo cual manifiesta hasta qué punto el poder omnipotente estatal ha confiscado también la vida de las personas, además del conflicto inter personal que supone el crimen, así como la actitud que el estado adopta frente al enemigo desde el derecho penal, conculcando sus derechos humanos, pese a tratarse de un estado (formalmente) democrático, supuestamente paladín de la libertad y los derechos fundamentales, cuando lo cierto es que se encuentra en una clandestina, entrañable e irresponsable sociedad con el totalitarismo, grave afirmación de Agamben con la que coincidimos.

De este modo, el estado en ejercicio de su poder soberano ha incluido la vida biológica de la persona en el ámbito político, para disciplinarla y regularla con mayor facilidad. La vida misma ha pasado a ser objeto y sujeto de la política.

Al que delinque, el estado lo trata jurídicamente como enemigo y le aplica un derecho penal especial, más represivo, menos garantista, caracterizado según Zaffaroni, E. (2006) por el adelantamiento de la barrera de punición, lo que alcanza a los actos preparatorios; la desproporción en las penas sin relación alguna con la lesión causada; la disminución de las garantías procesales; la vuelta al derecho penal de autor; la minimización de la acción en beneficio de la omisión, interesando el deber violado más que el acto imputado; la construcción del dolo cognitivo, que le permite abarcar campos antes considerados propios de la negligencia; la pérdida de contenido material del bien jurídico, que permite una proliferación de los mismos; la cancelación de la exigencia de lesividad debido a la multiplicación de tipos de peligro abstracto o presunto; la lesión a la legalidad mediante tipos confusos; y la delegación de función legislativa penal.

Hay un trato diferente para el enemigo. Al atribuírsele la condición de peligroso o dañino se le niega la calidad de persona, arrasando con su dignidad y privándolo de sus derechos humanos, lo que es una clara incongruencia con el estado de derecho. La mera represión cosifica al ser humano.

El sistema penal peruano abusa de las medidas de contención cautelares -de largo plazo- para los enemigos. Es una praxis malsana porque convierte en regla la excepción de seguir el proceso privado de la libertad. De hecho, en el sistema penitenciario nacional, el 39.36% de los internos e internas son presos sin condena³. Lo que demuestra que existe una deformación en el sistema penal cautelar a través del cual el estado ejerce su poder y dominación.

Actualmente es constatable que el imaginario penalista tiene un efecto expansivo contaminante que incluye la criminalidad callejera y de subsistencia, lo que implica la criminalización de la pobreza y de la protesta consecuente, que ha originado un encarcelamiento intensivo que es verificable por las 91,283 personas privadas de la libertad en el Perú, según cifras oficiales⁴ del Instituto Nacional Penitenciario.

De acuerdo con Ferrajoli, L. (2007) el derecho penal del enemigo ha traído como consecuencia la configuración de un verdadero oxímoron, esto es, de una contradicción en los términos que representa, porque el derecho penal no debe ser pura punición, sino garantías del individuo que limiten el poder estatal. Sin embargo, la experiencia muestra como vienen cayendo una a una dichas garantías y principios penales liberales, desde el principio de legalidad al de culpabilidad, desde la presunción de inocencia hasta la carga de la prueba y los derechos de la defensa.

En ese sentido, el derecho penal del enemigo al agravar las penas y reducir o eliminar las garantías penales traiciona su esencia y desfigura su rol social.

Esta situación no se experimenta ni siquiera en el derecho de la guerra o *ius in bello*, ámbito

en el que pese a ser la guerra la negación del derecho, como éste es la negación de aquella, no le está permitido jurídicamente a las partes combatientes hacer lo que deseen con el enemigo⁵. El *ius in bello* no es otro que el derecho internacional humanitario (DIH), que regula la conducción de las hostilidades, con el propósito rigurosamente humanitario de minimizar los sufrimientos causados por los conflictos armados.

El simbolismo del derecho penal (del enemigo)

El derecho penal, tanto en su faz normativa como en su vertiente operativa, tiene carácter simbólico, porque su finalidad es la de irradiar a la población la idea de sosiego porque la autoridad está vigilante y resuelta a prevenir y combatir la criminalidad. En la teoría jurídica, la norma es simbólica y la pena también, en la medida que protege bienes jurídicos relevantes para la sociedad y reafirma la cohesión social acerca de los valores que comportan dichos bienes tutelados.

Claro que ello no ocurre en la realidad, no solo porque resulta inidóneo para dicho propósito, sino porque desde su diseño el derecho penal no es útil para prevenir, ya que siempre llega tarde, cuando el crimen ya se consumó; ni para luchar contra la criminalidad, esto es, para disuadir y contra motivar al potencial infractor, pues no obstante la agravación de las penas, el recorte de beneficios, la eliminación de las garantías y principios penales liberales, la victimidad (26.3%) y la percepción de inseguridad (86.6%) se incrementan, como lo demuestran las cifras estadísticas oficiales del Informe Técnico de Estadísticas de Seguridad Ciudadana al mes de febrero de 2019 del Instituto Nacional de Estadística e Informática⁶.

Hay que significar, sin embargo, que ambos parámetros se refieren exclusivamente a la criminalidad callejera y de subsistencia. Se excluye a la criminalidad económica, ambiental, política y funcional pública.

3 Disponible en: <https://www.inpe.gob.pe/normatividad/estad%C3%ADstica/1836-informe-estadistico-inpe-enero-2019/file.html>

4 Disponible en: <https://www.inpe.gob.pe/normatividad/estad%C3%ADstica/1836-informe-estadistico-inpe-enero-2019/file.html>

5 Nota del autor: *Ius in bello* es un término usado para referirse al derecho de la guerra, que define las prácticas del combatiente que son aceptables durante las operaciones bélicas y que están contenidas en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales. Diferente al *Ius ad Bellum*, que enuncia las legítimas razones que un Estado tiene para entrar y hacer la guerra justa.

6 Disponible en: https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/estadisticas_de_seguridad_ciudadana_a_nivel_regional_set.2018-feb.2019.pdf

Asimismo, que el porcentaje de delitos no denunciados por diversos motivos (por considerar la denuncia una pérdida de tiempo 32.2%; por desconocer al delincuente 24.6%; y por asignarle poca importancia al delito 17.1%) asciende al 73.9%.

En ese sentido, el extremo más simbólico del derecho penal resulta ser el derecho penal del enemigo, al punto que puede ser considerado un fetiche penal. En efecto, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española⁷, el fetiche es un objeto de culto al que se atribuyen poderes sobrenaturales. Para el caso que nos ocupa, el sistema penal resulta ser para el pueblo un talismán que se cree tiene facultades prodigiosas tan impresionantes que es capaz de reducir la criminalidad y resolver los problemas que ella conlleva en términos de inseguridad integral y acabar con las causas que la generan, que son estructurales, a nivel económico, social, cultural y político; y no individuales.

Estos artificiales y supuestos efectos mágicos del sistema penal, en el que la población cree, pese al padecimiento cotidiano de inseguridad que experimenta, tienen el mismo efecto anestésico, emocional, complaciente, que una simple enunciación normativa (la ley penal promulgada reactivamente) sin ningún estudio criminológico del suceso a prohibir y penalizar o del impacto político criminológico que tendrá.

Es evidente que ningún problema social se soluciona formulando leyes penales, menos aun cuando son contrarias a la Constitución Política. Esta política penal solo trae hiperinflación de la legislación punitiva, neo criminalización, populismo punitivo y distorsión penal. Sin embargo, el derecho penal es en extremo servicial de la política y no se detiene en satisfacer los apetitos del poder, configuradores de una gobernanza a través del crimen.

LA POLÍTICA CRIMINOLÓGICA PREVENCIÓNISTA

La política criminológica es la respuesta del Estado frente a la criminalidad, a través del conjunto de recursos, instrumentos, medios, técnicas, conocimientos y demás efectos

útiles para prevenir el origen y avance de la criminalidad. Forma parte de la política general del estado e incluye políticas sectoriales y también la política penal, con la que se relaciona en el aspecto de su formulación y aplicación.

Siendo el crimen un conflicto violento cuyas causas se encuentran en la injusta estructura económica; desigual estructura social; excluyente estructura cultural; y arbitraria estructura política; las cuales inciden negativamente en los factores individuales o sociales que cada persona tiene y percuten o no un comportamiento criminal según las condiciones en las que se encuentre la persona; es evidente que nace en la interacción personal y no en el tipo penal.

Por tal razón, resulta incuestionable la importancia y trascendencia de una política criminológica prevenciónista y que encauce la enunciación y operación del sistema penal, reduciéndolo a su mínima expresión por tener carácter de última *ratio*, esto es, postrero instrumento al cual se recurre para proteger los bienes jurídicos, máxime si el derecho penal registra características de ilegitimidad, ilegalidad y falsedad, toda vez que en su configuración no interviene la sociedad y sus representantes ante el Congreso de la República lo hacen cada vez menos, habiéndose instalado el mal hábito de que el Poder Ejecutivo legisle en materia penal mediante decretos legislativos; asimismo no tutela todos los bienes jurídicos en los cuales tiene igual interés la comunidad; la ley penal no es igual para todos, pues cuando interviene, procesa y castiga lo hace con intensidad desigual y fragmentario, castigando a las personas con independencia del daño social causado con su conducta criminal.

Tales caracteres llevan a cuestionar la necesidad inexorable de la pena, por ser una medida que añade más violencia al conflicto pre existente y aparecer sin utilidad alguna, porque no resocializa al infractor sino por el contrario lo etiqueta y estigmatiza; no reivindica ni resarce a la víctima; ni resuelve el conflicto pre existente sino lo agrava y sedimenta en la sociedad; por lo que sería más eficaz en términos de control social prevenir la generación de crímenes.

De ahí que ya no importe determinar si el dolo pertenece la tipicidad o a la culpabilidad, sino más bien levantar el telón del derecho

⁷ Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=HpHhvVa>

penal para conocer realmente qué es lo que ha ocultado y disimulado desde antiguo, lo que equivale a hacer algo mejor que el derecho penal, en lugar de hacer mejor el derecho penal.

Queda claro entonces que la prevención desde dentro del sistema penal no funciona. La respuesta es siempre negativa a las preguntas de ¿La pena privativa de libertad previene el crimen? ¿Cuántos años de cárcel previenen el crimen?

La Organización de las Naciones Unidas (ecosoc, 2002) se ha pronunciado en el sentido que “las estrategias de prevención del delito bien planificadas no solo previenen el delito y la victimización, sino que también promueven la seguridad de la comunidad y contribuyen al desarrollo sostenible de los países”. Dichas medidas alcanzan aspectos como el fomento del bienestar general a través del desarrollo socioeconómico, la inclusión social, la salud y la educación; la asistencia para la reintegración social de los delincuentes e, incluso, la reducción de riesgos delictivos mediante el “diseño ambiental” de los espacios públicos.

La Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, en su Manual sobre la aplicación eficaz de las Directrices para la prevención del delito (2011) sostiene que:

La prevención del delito se ha convertido en un componente cada vez más importante de muchas estrategias nacionales de seguridad pública. El concepto de prevención se basa en la idea de que el delito y la victimización se ven favorecidos por numerosos factores causales o de fondo, los cuales son resultado de una amplia gama de elementos y circunstancias que influyen en la vida de las personas y las familias a medida que pasa el tiempo, y de los entornos locales, así como situaciones y oportunidades que facilitan la victimización y la delincuencia. Determinar qué factores están asociados a los diferentes tipos de delitos puede dar lugar a la elaboración de una serie de estrategias y programas para cambiar estos factores y prevenir o reducir la incidencia de tales delitos. (páginas 9 y 10)

La prevención criminológica debe estar sostenida por la información científica que proporciona la criminología, precisamente para

identificar las causas, factores y condiciones que generan la conducta criminal. Dependiendo la mayor o menor relevancia etiológica de los respectivos programas, los destinatarios a los que se dirigen, los instrumentos y mecanismos que utilizan, los ámbitos de su aplicación y los fines perseguidos, señala García, A. (1992), la prevención criminológica puede ser primaria, secundaria y terciaria.

La prevención primaria se dirige a evitar la aparición de las causas criminógenas, que son la fuente y raíz del comportamiento criminal, por lo que deben implementarse en los ámbitos de la economía, familia, educación, socialización, vivienda, trabajo, bienestar social y calidad de vida, por lo que opera a largo y mediano plazo y comprende a todos los ciudadanos.

La prevención secundaria atiende a cuándo y dónde se manifiesta la criminalidad, opera a corto y mediano plazo y comprende selectivamente a ciertos sectores de la sociedad que exhiben riesgo de criminalización; se expresa en la política legislativa penal y en la acción policial. Se implementa en el correcto cumplimiento del deber de información veraz y objetiva de los medios de comunicación, la ordenación urbana y el diseño arquitectónico para la creación de espacios defendibles.

La prevención terciaria se lleva a cabo para la población reclusa, con la finalidad de evitar la reincidencia. Tiene carácter punitivo y se encuentra alejada por ello de la causa criminógena. Se trata de una intervención tardía pues actúa una vez cometido el delito; parcial por cuanto se dirige únicamente al penado; y exigua ya que no contrarresta las causas del problema criminal.

No obstante, cabe relieves que la prevención del crimen es, fundamentalmente, social y comunitaria, debido a que esa es la esencia del crimen, de ahí que toda prevención implique un compromiso solidario de la sociedad, ya que supone prestaciones positivas que enerven escaseces, apremios, desequilibrios y conflictos. Por ello, es menester reestructurar la convivencia, redefinir positivamente la relación social como una relación entre iguales y con la comunidad.

Una prevención penal o policial de intervenciones negativas y programada sobre fines disuasorios carece de utilidad social y

deviene ineficaz para reducir y controlar la criminalidad.

LA DEMOCRACIA Y EL DERECHO POLÍTICO DE ELEGIR

El estado democrático

La democracia es, según Sartori, G. (1992) un ideal, una aspiración política, cuyo anhelo es, como anota Welzel, el fortalecimiento de la disposición básica de todos los grupos en lucha ideológica por el poder político a fin de conseguir un orden social justo, sin destruir como enemigo al que piensa de otra manera, una vez conseguida la mayoría y el poder.

En esta idea esencial de sociedad abierta, no autoritaria, transparente, promotora y respetuosa de la libertad y los derechos humanos.

Como forma de estado, distingue al estado democrático por oposición al estado autoritario y al totalitario, en función de la relación entre el poder y la población. Así, cuando el poder respeta, garantiza y promueve los derechos humanos, estamos en un estado democrático, en cambio cuando los restringe hay un estado autoritario y cuando los desconoce existe un estado totalitario.

Por ello, de acuerdo con Binder, A. (1997) el núcleo de una política criminológica democrática es la salvaguardia de la dignidad de las personas, la que como hemos visto sólo puede provenir de un estado constitucional, democrático y de derecho.

Precisamente, un derecho penal y una política criminológica democráticas exigen que las construcciones normativas y la operatividad del sistema penal sean despolitizadas, que se respete el fuero interno de las personas y su derecho a la libertad de expresión de ideas, para asegurar la autonomía de la libertad y un mínimo de convivencia armoniosa. El derecho penal no debe ser moralizador ni servir para imponer una ideología, como apunta Bacigalupo, E. (1989), pues añadimos que el derecho penal no es el brazo armado de la ética, sino un sistema regulatorio de la sana convivencia comunitaria.

Por eso, el mismo Binder (op. cit.) considera que uno de los principales hitos de una política

criminológica democrática, además de la limitación del uso del poder penal a los casos graves, que causan el mayor daño social o que afectan bienes reconocidos universalmente como básicos para el desarrollo de la persona humana; la vigencia de los principios y garantías penales; la transparencia en el ejercicio del poder penal; y el control vía mecanismos de participación ciudadana de las instituciones que ejercen el poder penal; es el trato humanitario de los presos. De esta manera, concordamos con Pérez, A. (1991) en que una política criminológica democrática disminuye la violencia estatal y extiende la libertad.

Contrariamente, una política criminológica autoritaria o totalitaria somete los principios de libertad y de igualdad al principio de autoridad, por lo que no conoce límites y fundamenta la lucha contra el crimen en la persona del delincuente, no en las causas criminógenas y maniobra la violencia estatal considerando estados de conducta peligrosos y desviados, consagrando un derecho penal del enemigo.

El derecho político a elegir

El derecho de sufragio está vinculado al concepto de colegialidad, es decir, el espacio público o privado donde una pluralidad de personas debe adoptar una decisión. Ahora bien, la colegialidad es opuesta al poder ejercido por una sola persona, pues el derecho de elegir quedaría excluido.

Para elegir a una persona que represente en el gobierno de la comunidad al sufragante, el derecho político a elegir debe estar indisolublemente ligado al concepto político de democracia y, por ende, debe tener carácter universal, nadie debe estar excluido de él sin que se afecte el principio democrático; ser libre y ejercerse sin coacción alguna; ser de igual valor; ser directo y emitirse sin intermediarios; y ser secreto para garantizar la libertad de emitirlo.

La democracia como relación de identidad entre gobernantes y gobernados, está basada en la heterogeneidad y pluralidad de la sociedad, cuyo gobierno viable debe ser posible a través de la composición de los disímiles intereses, para que el estado pueda permanecer integrado; y en la limitación y control del poder por los ciudadanos, así como en la participación y deliberación política.

De ahí que el principio esencial de la democracia sea que el poder político y la soberanía de un estado emanan del pueblo. Por ello, su comprobación más fidedigna es el ejercicio del derecho de elegir. De lo contrario, no hay democracia sin representación política, ni ésta sin el ejercicio del derecho político de elegir, el cual conlleva la restricción temporal del poder delegado en la autoridad política mediante elecciones periódicas.

LA IMPOSIBILIDAD DE EJERCER EL DERECHO DE SUFRAGIO DEL CIUDADANO INTERNO EN UN ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO

En el artículo 43 de la Constitución Política⁸ se declara que la República del Perú es democrática y social; y que su gobierno es representativo y se organiza según el principio de separación de poderes.

En el artículo 44 de la misma Carta Política se dispone que es deber primordial del estado, entre otros, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; y que entre estos se encuentran los derechos políticos, tales como el de todo ciudadano de participar en los asuntos públicos mediante referéndum, iniciativa legislativa, remoción o revocación de autoridades; demanda de rendición de cuentas; de elegir a sus representantes y ser elegidos; y que tienen derecho al voto los ciudadanos en goce de su capacidad civil, a partir de los 18 años de edad, para cuyo ejercicio se requiere la inscripción electoral; siendo nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos.

En el artículo 33 de la Ley Fundamental se establece que el ejercicio de la ciudadanía se suspende, entre otros, por sentencia con pena privativa de la libertad y por sentencia con inhabilitación de los derechos políticos.

En la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Carta Magna se lee que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

8 Disponible en: <http://pdba.georgetown.edu/Parties/Peru/Leyes/constitucion.pdf>

Precisamente, la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁹ señala en su artículo 1 que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos; en su artículo 2 que toda persona humana tiene los derechos y libertades proclamados en ella sin distinción de ninguna condición, además queda prohibido hacer distinción fundada en la condición jurídica; y en su artículo 21 que toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por intermedio de representantes libremente elegidos.

Asimismo, la Convención Americana de los Derechos Humanos¹⁰ estatuye en su artículo 1 que los Estados Parte se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su pleno y libre ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por cualquier motivo; y en el artículo 23 que todo ciudadano debe gozar del derecho de votar y participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; y que la ley puede reglamentar el ejercicio de este derecho exclusivamente por razones de condena en proceso penal.

De igual manera, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹¹ en su artículo 2 dispone que todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en ella sin ninguna distinción; en su artículo 20 establece que toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de participar en las elecciones populares, entre otros, y en el artículo 32 manda que toda persona tiene el deber de votar en las elecciones populares del país de que sea nacional, cuando esté legalmente capacitada para ello.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹² en su artículo 25 manda que todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades, entre otros:

9 Disponible en: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

10 Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con_uibd.nsf/82C8F9A4E32C68070525755F00830687/\\$FILE/05_ConvencionAmericana.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con_uibd.nsf/82C8F9A4E32C68070525755F00830687/$FILE/05_ConvencionAmericana.pdf)

11 Disponible en: http://www.oas.org/DIL/ESP/Declaraci%C3%B3n_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf

12 Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;

Como se puede apreciar, tanto la Constitución Política como los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, reconocen el derecho fundamental de todo ciudadano de votar, elegir y participar en los asuntos públicos de su país.

En el caso de la Constitución Política, si bien se consagra dicho derecho humano de cariz político, otorgado a todo ciudadano capaz, se le suspende su ejercicio al condenado penalmente y al condenado con inhabilitación del mismo derecho. Se trata de una manifestación normativa anacrónica que configuraba una democracia no inclusiva, en la cual se agrupaban las mujeres, los analfabetos y los militares y policías, junto con los condenados penalmente. Pero a medida que se fue ampliando el ámbito de aplicación democrático, cada uno de los grupos antes indicados fue dejando su vulnerabilidad y minusvalía para incorporarse de lleno a la nación democrática con plena igualdad de derechos, dejando de ser *capitis deminutio*,

Efectivamente, esta expresión latina significa disminución de la capacidad de la persona, esto es, una incapacidad de derecho absoluta. El máximo grado de esta disminución se producía cuando la persona perdía la libertad y la ciudadanía. En otras ocasiones se podía perder la ciudadanía sin perder la libertad, lo que no se suponía tan grave.

La mujer alfabeta logró que se le reconozca el ejercicio de su derecho al voto mediante la Ley N° 12391 de 7 de septiembre de 1955 durante el gobierno del presidente Manuel Odría. El analfabeto lo logró mediante la Constitución Política de 12 de julio de 1979, fruto de la Asamblea Constituyente presidida por Víctor Raúl Haya de la Torre. El militar y policía lo lograron mediante la Ley N° 28480 de 10 de marzo de 2005, que modificó el artículo 34 de la Constitución Política del Perú.

Sin embargo, el condenado penalmente está impedido aún de ejercer su derecho al voto, porque la Constitución Política así lo

establece. En peor situación se encuentra el interno penitenciario, que no está condenado y no obstante ello no puede ejercer su derecho al voto. Esta situación pone de manifiesto que nadie se interesa por el ciudadano que se encuentra en prisión, el cual además de haber perdido su libertad ambulatoria, subsiste en condiciones infrahumanas por el hacinamiento y la tugurización en que se encuentran los establecimientos penitenciarios debido a la sobrepoblación existente en ellos, como lo muestra el Informe Estadístico del Instituto Nacional Penitenciario a enero de 2019¹³ (página 10):

La capacidad de albergue se refiere al aforo máximo que tiene el Sistema Penitenciario para albergar a los internos, se dice que hay sobrepoblación cuando se excede el aforo máximo. Cuando la sobrepoblación excede o es igual al 20% de la capacidad de albergue, se denomina sobrepoblación crítica, lo que el Comité Europeo para los Problemas Criminales ha entendido como hacinamiento. El mes de enero, la diferencia entre la capacidad de albergue y la población penal es de 52,160 internos que representa el 133% de la capacidad de albergue, esto quiere decir que esta cantidad de internos no tendría cupo en el sistema penitenciario.

Todos los instrumentos normativos sobre derechos humanos anteriormente citados, establecen como derecho fundamental del ciudadano el derecho al voto, sin excepción alguna y sin discriminación por ningún motivo. Únicamente la Convención Americana estipula que por ley se puede reglamentar el ejercicio de este derecho exclusivamente por razones de condena en proceso penal. Observemos bien que la Convención no habla de suspender el ejercicio del derecho de voto al condenado penalmente, sino únicamente de reglamentar el ejercicio del derecho por razones de condena penal. Es decir, regular la forma, modo y circunstancias en que el derecho de voto se ejercerá en los centros penitenciarios. No es posible denegarlo, puesto que se trata de un derecho humano del que todos deben gozar en igualdad de condiciones sin discriminación alguna.

¹³ Disponible en: <https://www.inpe.gob.pe/normatividad/estad%C3%ADstica/1836-informe-estadistico-inpe-enero-2019/file.html>

Entonces, no cabe que un Estado Parte por medio de su Constitución Política suspenda el ejercicio de la ciudadanía, que comprende el ejercicio del derecho de voto, a los condenados penalmente a quienes no se les ha impuesto como pena la inhabilitación de dicho derecho. Sin embargo, lo hace porque en el marco de la gobernanza a través del crimen, el estado considera un enemigo al reo y lo trata con una regulación normativa draconiana sin importarle que contradiga sus principios penales democráticos, como es el de la finalidad resocializadora de la pena y el de respeto a la dignidad humana del penado.

En este caso, el constituyente está suplantando al juez, pues en el caso que éste no haya condenado a un ciudadano con la pena de inhabilitación, aquel ha decidido -arbitrariamente- que además de la pena privativa de la libertad debe sufrir *ipso facto* la de inhabilitación. ¿Cuál es la razón para haber legislado en ese sentido? No la encontramos. Se trata de una extensión de la pena privativa de la libertad. O de la violación al principio del *ne bis in idem* que proscribió sancionar a una persona dos veces por lo mismo: la primera en términos de privación de la libertad ambulatoria; y la segunda en términos de grave afectación sin causa de un fundamental derecho humano de cariz político. En todo caso, lo preceptuado por el artículo 33 de la Constitución Política del Estado en este extremo, es una norma intrínsecamente penal, punitiva y excluyente.

Del estado de la cuestión criminal se deduce que sólo se puede llegar a concluir que se trata de un acto constitucional del más alto nivel inmotivado y sin fundamento alguno. Para el caso del preso sin condena, que sufre la suspensión del ejercicio de su derecho al voto *de facto*, peor aún se trata de un acto gubernamental del más alto nivel igualmente inmotivado y sin ningún cimiento, pues el hecho de que en los centros penitenciarios no se instalen mesas de sufragio o dispositivos electrónicos para ejercitar el derecho al voto, no constituye razón válida suficiente. La norma constitucional acotada en el párrafo precedente es, entonces, irracional.

Resulta evidente que este tratamiento indebido contra el interno penitenciario (preso con condena y preso sin condena) es ilegítimo y nada democrático. Empero, observamos que se manifiesta sin ninguna oposición porque

al preso se le considera el enemigo del estado y la sociedad, por lo que existe la creencia generalizada de que contra él todo vale. Y es que en el sistema penal la pena no es otra cosa que un hecho de poder violento más amplio

Para Zaffaroni, E. (2003:282), la pena proviene de un “hecho de poder violento más amplio”, enraizado en un sistema tanático, que discrimina, castiga sin razones, escoge a sus víctimas y utiliza la fuerza, fundamentalmente, contra los grupos más vulnerables de la sociedad, como refiere Gargarella, R. (2016).

El castigo es, hasta la actualidad, una expresión cultural contradictoria con sus fines reconstructivos del infractor. Como si el dolor que reparte sanara. Como si la violencia con la que se aplica curara. Ahí está la tasa de reincidencia, casi 30% según el Informe Estadístico del Instituto Nacional Penitenciario a enero de 2019¹⁴; y el etiquetamiento y la estigmatización consiguientes del que cumple su condena, en virtud de las cuales no logra rehacer su vida.

CONCLUSIONES

Los conceptos de Estado de Derecho, democracia, derechos humanos, principios penales liberales y garantías constitucionales, son la piedra angular sobre la que debe descansar un sistema penal democrático, de tal modo que configuran un marco interpretativo inevitable para cualquier operador jurídico, inclusive el legislador constituyente. Son, además, el espacio de referencia obligado de todo el orden jurídico y político, de lo contrario se quiebra el sistema, generando un nivel de inseguridad alto y un modelo total de intervención punitiva, compatibles con un estado totalitario.

La suspensión del ejercicio de la ciudadanía debido a una condena a pena privativa de la libertad, dispuesta por la Constitución Política, como una extensión de la pena, resulta una medida injustificada, arbitraria, irracional e ilegítima, toda vez que no asiste razón alguna para negar a un preso con condena y, peor aún, a un preso sin condena, el derecho al voto. En este sentido, la democracia ve afectado su carácter inclusivo y plural, con un pensamiento autoritario.

14 Disponible en: <https://www.inpe.gob.pe/normatividad/estad%C3%ADstica/1836-informe-estadistico-inpe-enero-2019/file.html>

No es posible desvincular la idea de los derechos fundamentales con la de democracia, porque aquellos son la esencia misma de ésta, como bien sostiene González, J. (2007). En efecto, los derechos fundamentales, como afirma Vives Antón (1995), no son únicamente garantías frente a los poderes públicos ni concreción de valores sustantivos que la Constitución incorpora, sino que representan las reglas básicas de procedimiento a las que ha de ceñirse la toma de decisiones en todo sistema democrático.

El preso, considerado el enemigo, el otro, por el estado, es convertido por imperio de normas jurídicas provenientes del pensamiento totalitario de un estado democrático y de derecho (¿?) en un subhumano, lo cual entraña el peligro de adoptar políticas cuya única virtud es la fuerza -que es la negación del derecho- y sucumbir ante cualquier medida irracional basado en que el castigo al enemigo lo justifica todo.

Ante el gobierno a través del crimen que se viene ejerciendo, mediante una política punitiva desbocada, que se expresa en expansionismo penal, populismo punitivo, sobre criminalización, hiper punitivismo y quiebra de los principios penales liberales, es menester revertir esta perversa tendencia que tiene como único fin de la pena la inocuización y exclusión del penado, al que se considera como enemigo.

Frente a lo cual ya no es posible justificar la limitación de derechos (humanos) en un fin constitucionalmente legítimo, porque el suspender el ejercicio de la ciudadanía y, por ende, impedir el derecho político al voto, carece de racionalidad y científicidad por atentar contra la dignidad humana, por lo que deviene meramente en un acto de hostilidad contra el penado y contra el procesado, que espera el final de su juicio en prisión.

En cualquiera de ambos casos, se trata de un acto basado en la fuerza y coacción de quien tiene el poder, más no en la imposición de una sanción conforme a derecho, propia de un estado democrático.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Fuentes bibliográficas

Agamben, Giorgio (2006) *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida I*. Valencia, España: Pre-textos.

Bacigalupo, Enrique (1989) *Manual de derecho penal*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

Binder, Alberto (1997) *Política Criminal: De la formulación a la praxis*. Buenos Aires, Argentina: Editorial AD – HOC.

Colombo, Eduardo (1993) *El imaginario social*. Montevideo, Uruguay: Nordan-Comunidad.

Organización de las Naciones Unidas (2002). Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, N° 1.

Sartori, Giovanni (1992). *Elementos de teoría política*. Madrid, España: Alianza Editorial S.A..

Schmitt, Carl (2009). *El concepto de lo político*. en versión de Rafael Agapito. 5ª. Reimpresión. Madrid, España: Alianza Editorial S.A.

Vives Antón, T.S. (1995). La reforma del proceso penal. En “*La libertad como pretexto*”, Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

Welzel, Hans (1978). *Introducción a la filosofía del derecho*. Madrid, España: Editorial Aguilar.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires, Argentina: EDIAR.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2003). En busca de las penas perdidas. Buenos Aires, Argentina: Ediar.

Fuentes electrónicas

Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito (2011) Manual sobre la aplicación eficaz de las Directrices para la prevención del delito. Nueva York. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/Handbook_on_the_Crime_Prevention_Guidelines_Spanish.pdf

Ferrajoli, Luigi (2007) El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal. En *Revista Ius*, Vol. 1, Núm. 19. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222926001.pdf>

García-Pablos de Molina, Antonio (1992). La prevención del delito en un estado social y democrático de derecho. En *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. xv. Disponible en: https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/4193/pg_081-100_penales15.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Gargarella, Roberto (2016) “Castigo y exclusión en la teoría de Eugenio Raúl Zaffaroni” en *Revista Jurídica Universidad de San Andrés*. Número 3 | Enero, 2016. Disponible en: <https://www.udesa.edu.ar/revista/voces-revista-juridica-de-san-andres-nro-3/articulo/castigo-y-exclusion-en-la-teoria-de>

González Cussac, José (2007) “*El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del Estado de Derecho: la doctrina del derecho penal del enemigo*”. Repositorio institucional de la Universidad de Huelva. Disponible en: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/12181>

Lozada, Mireya (2004) El otro es el enemigo: Imaginarios sociales y polarización. *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, vol. 10 n° 2 (mayo-agosto), pp. 195-209. Disponible en: <https://es.scribd.com/document/319369333/El-Otro-Es-El-Enemigo-Lozada-Mireya>